Benedetto Conforti

DERECHO INTERNACIONAL

Edición en español revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa

ZAVALIA

Editor

341
C 748d

#12577

BIBLIOTECA CONJUNTA
CORTEIDH - IIDH
Fecha de ingreso:
Origen:
Nº Inscripción:
Precio:

© Copyright 1995, by Víctor P. de Zavalía S.A.
Alberti 835, 1223 Buenos Aires
Diseño de tapa: Gustavo Pedroza
Corrección: Gabriela Tenner
Composición: Silvana Ferraro
Impreso en la Argentina
Queda hecho el depósito que indica la ley 11.723

ISBN: 950-572-301-6

IIDH
18819

Prefacio

La presente versión en castellano de la obra *Diritto Internazionale* se basa en la traducción de la cuarta edición del año 1992, publicada en Nápoles por Editoriale Scientifica.

A la traducción de este libro se incorporan notas y comentarios sobre la legislación, jurisprudencia y práctica argentinas vinculadas al tratamiento de algunos de los temas desarrollados. Estas notas aparecen dentro del texto mismo, identificadas entre corchetes.

Durante la lectura de pruebas de la traducción anotada, el autor tuvo oportunidad de actualizar aquellos temas que sufrieron modificaciones sustanciales a partir de la fecha de la última edición en italiano. Por este motivo, la presente traducción corresponde a una nueva edición.

En razón de que la presente traducción anotada intenta cubrir las necesidades básicas de los programas de enseñanza de derecho internacional de las universidades latinoamericanas, se decidió no incluir los capítulos existentes en el texto original relativos a "La adaptación al Derecho Comunitario" y a "La adaptación al derecho internacional y las competencias de las regiones".

Finalmente queremos expresar nuestro reconocimiento al Sr. Daniel Rimoli por su participación en los trabajos de traducción y a los integrantes de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por la atenta lectura de pruebas. Un especial agradecimiento a la Licenciada

Alejandra Ayuso por el esfuerzo y paciencia empleados en la valiosa revisión y adaptación idiomática de modismos y tecnicismos.

Enero de 1995.

Raúl R. Vinuesa
San Isidro

Benedetto Conforti
Nápoles

Abreviaturas

ADI	=	Annuario di diritto internazionale
AFDI	=	Annuaire français de droit international
AIDI	=	Annuaire de l'Institut de droit international
AJIL	=	American Journal of International Law
ALR	=	Adelaide Law Review
Annali	=	Annali di diritto internazionale
AV	=	Archiv des Völkerrechts
Bruns'Z	=	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
BYIL	=	British Year Book of International Law
Cah. Dr. Eur.	=	Cahiers de droit européen
Calif. W. ILJ	=	California Western International Law Journal
Can YIL	=	Canadian Yearbook of International Law
CI	=	La Comunità internazionale
CIJ, *Recueil*	=	Cour Internationale de Justice, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances
Clunet	=	Journal du droit international
CMLR	=	Common Market Law Review
Col JTL	=	Columbia Journal of Transnational Law
Corn ILJ	=	Cornell International Law Journal
CS	=	Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano
DCSI	=	Diritto comunitario e degli scambi internazionali

DeD	=	Democrazia e diritto
DI	=	Diritto internazionale
DSI	=	Diritto degli scambi internazionali
EdD	=	Enciclopedia del diritto
EG	=	Enciclopedia giuridica (Treccani)
EJIL	=	European Journal of International Law
FI	=	Il Foro Italiano
GC	=	Giustizia civile
Giur. Cost.	=	Giurisprudenza costituzionale
Giur. It.	=	Giurisprudenza italiana
GU	=	Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana
GUCE	=	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
GYIL	=	German Yearbook of International Law
Harv ILJ	=	Harvard International Law Journal
Hous. JIL	=	Houston Journal of International Law
ICLQ	=	International and Comparative Law Quarterly
ILM	=	International Legal Materials
ILR	=	International Law Reports
Ind JIL	=	Indian Journal of International Law
It. YIL	=	Italian Yearbook of International Law
NDA	=	Nuovo diritto agrario
NDI	=	Nuovo Digesto Italiano
NILR	=	Netherlands International Law Review
Nord TIR	=	Nordisk Tiidskrift för International Ret
Nss DI	=	Novissimo Digesto Italiano
NYIL	=	Netherlans Yearbook of International Law
ODIL	=	Ocean Development and International Law
ÖZöRV	=	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
PdD	=	Politica del diritto
Pol YIL	=	Polish Yearbook of International Law
Rabels'Z	=	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Raccolta	=	Corte di Giustizia delle Comunità europee. Raccolta della Giurisprudenza della Corte
RBDI	=	Revue belge de droit international

RC	=	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RDE	=	Rivista di diritto europeo
RDI	=	Rivista di diritto internazionale
RDILC	=	Revue de droit international et de législation comparée
RDIPP	=	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDISD	=	Revue de droit international et de sciences diplomatiques
RDP	=	Rassegna di diritto pubblico
REgDI	=	Revue égyptienne de droit international
REspDI	=	Revista española de derecho internacional
RGDIP	=	Revue générale de droit international public
RIAA	=	United Nations Report of International Arbitral Awards
RITD	=	Revue international de la théorie du droit
RMC	=	Revue du marché commun
RTDE	=	Revue trimestrielle de droit européen
RTDP	=	Rivista trimestrale di diritto pubblico
Schw. J	=	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
Syr JIL	=	Syracuse Journal of International Law and Commerce
TILJ	=	Texas International Law Journal
Virg JIL	=	Virginia Journal of International Law
Yale JIL	=	Yale Journal of International Law
YILC	=	Yearbook of the International Law Commission

Introducción

I. Definición del derecho internacional. Precisiones terminológicas

En una primera aproximación, el derecho internacional puede ser definido como el derecho (u ordenamiento) de la "comunidad de los Estados". Este complejo de normas se forma en el nivel supraestatal, y surge de la cooperación con otros Estados. Por su parte, el mismo Estado con sus propias normas, incluso las de rango constitucional, se compromete a respetarlo (cfr., por ejemplo, el artículo 10, primer punto de la Constitución italiana [y los artículos 31, 116 y 118 de la Constitución argentina de 1853]). Se dice además que el derecho internacional regula "las relaciones entre Estados". Es ésta, sin embargo, una expresión equívoca que puede usarse con la condición de precisar que la misma describe sólo un dato *formal*, más precisamente el hecho de que las normas internacionales se dirigen en línea general a los Estados y crean por tanto derechos y obligaciones para estos últimos. Sería en cambio totalmente erróneo, sobre todo hoy, usar la misma expresión si se quisiese indicar con ella las *materias* de las cuales se ocupa el derecho internacional. En efecto, la característica más relevante del derecho internacional actual está dada justamente por la circunstancia de que éste no regula sólo las materias atinentes a relaciones *interestatales*, sino que, incluso al dirigirse fundamentalmente a los Estados, el derecho internacional tiende a disciplinar materias atinentes a las relaciones *interindividuales*, es decir, a relaciones internas de las comunidades estatales. Tales relaciones internas eran, en una época, de incumbencia casi

exclusiva del ordenamiento estatal, mientras que el derecho internacional se ocupaba fundamentalmente de temas externos (inmunidad diplomática, alianzas, conducta de la guerra, etc.): el derecho internacional era, en definitiva, un derecho, por así decirlo, para diplomáticos. Hoy en día, las cosas son diferentes. Como todos pueden constatar, la vida moderna está dominada por el internacionalismo; en el plano jurídico, esta característica se traduce en la tendencia a transferir la disciplina de las relaciones económicas, comerciales, sociales del plano nacional al del ordenamiento internacional; estas materias están, en efecto, cada vez más reguladas por las convenciones internacionales, es decir, por las que pueden considerarse como la categoría más importante y más numerosa de normas internacionales. Para entendernos, el derecho internacional es cada vez menos un derecho para diplomáticos y cada vez más un derecho destinado a ser administrado y aplicado (a través de canales que estudiaremos) por los operadores jurídicos internos, en primer lugar por los jueces nacionales.

* * *

Derecho internacional público y derecho internacional privado

El derecho internacional es también llamado "derecho internacional público", en contraposición al derecho internacional privado. Sin embargo, entre estas dos disciplinas no hay demasiada afinidad. En lo que hace al derecho internacional privado, no estamos ya en el nivel supraestatal, en el ámbito de la comunidad de Estados, sino por debajo de este nivel, en el ámbito del ordenamiento estatal. El derecho internacional privado está formado, precisamente, por aquellas normas estatales que delimitan el derecho privado de un Estado y establece cuándo se debe aplicar dicho derecho privado local y cuándo, en cambio, los jueces de ese Estado deben aplicar normas extranjeras de derecho privado. Las normas de derecho internacional privado italiano están contenidas en las diposiciones preliminares del Código Civil (artículo 17 y siguientes) [mientras que las normas de derecho internacional privado argentino en materia de capacidad de las personas están contenidas en los artículos 6, 7, 948 y 949 del Código Civil].

Por ejemplo, el artículo 17 dice: "El estado y la capacidad de las personas, así como las relaciones de familia, están regulados por la ley del Estado al cual éstas pertenecen". Esto significa que si la persona es de ciudadanía italiana, el juez italiano aplicará a la capacidad de las personas o a las relaciones de familia el Código Civil italiano y las otras normas privadas italianas; en cambio, si la persona es extranjera, el juez aplicará la ley nacional de la misma. [En igual sentido, el artículo 6 del Código Civil argentino expresa: "La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero"; por su parte el artículo 7 establece: "La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República".]

Por lo tanto, resulta claro por qué tiene escaso sentido oponer el derecho internacional público al derecho internacional privado. No se trata de dos ramas del mismo ordenamiento, sino de normas que pertenecen a ordenamientos totalmente diferentes: el primero, al ordenamiento de la comunidad de Estados en su conjunto y el segundo, al ordenamiento estatal. Es cierto que, como se dijo, el derecho internacional público tiende a regular también las relaciones entre individuos y también relaciones que son objeto del derecho privado (convenciones internacionales que contienen leyes uniformes, convenciones del derecho internacional privado), pero esto significa solamente, como veremos, que el Estado tiene la obligación de traducir en normas internas las normas internacionales que se ocupan de tales relaciones (problema de la adaptación del derecho estatal al derecho internacional).

Derecho internacional privado y derecho público extranjero

En el derecho internacional privado, entendido obviamente en sentido amplio, están incluidas todas las normas que delimitan las ramas públicas del ordenamiento estatal respecto de otros Estados: por ejemplo, las normas que establecen en qué casos se aplica el derecho penal a delitos cometidos fuera del territorio o por extranjeros (cfr. los artículos 3 y siguientes del Código Penal italiano), cuándo puede ejercerse jurisdicción civil con relación a extranjeros (cfr. el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil italiano), etc. A diferencia de lo que sucede en el ámbito privado, en el sector público

BIBLIOTECA CONJUNTA
CORTEIDH - IIDH

queda excluida la posibilidad de aplicar derecho extranjero. En todo caso, incluso para estas normas que delimitan las ramas públicas del ordenamiento estatal vale lo que hemos dicho hasta ahora, y por lo tanto se trata de normas internas estatales que no tienen nada que ver, formalmente, con las normas surgidas de la comunidad de Estados.

Al no existir homogeneidad entre el derecho internacional privado y el llamado derecho internacional público, la calificación de público dada al derecho de la comunidad de los Estados no sólo resulta superflua sino inclusive errónea; en realidad, el derecho de la comunidad internacional (que de ahora en adelante llamaremos simplemente derecho internacional) no es ni público ni privado, puesto que esta distinción sólo se desarrolla y tiene sentido en lo que respecta al ordenamiento jurídico estatal.

II. Esquema sintético de las funciones de producción, determinación y aplicación coactiva del derecho internacional

Demos una mirada al conjunto de las características del ordenamiento de la comunidad de Estados, para distinguir entre función normativa, función de determinación del derecho y función de aplicación coactiva de las normas. Nos ocuparemos luego de las particularidades correspondientes a cada función.

Función normativa

En lo que respecta a la función normativa, es necesario distinguir entre el derecho internacional general y el derecho particular, es decir, entre las normas que se dirigen a *todos* los Estados y aquellas que vinculan a un número restringido de sujetos, generalmente los sujetos que han participado directamente de su formación.

Costumbre

El artículo 10 de la Constitución italiana se refiere a las normas de derecho internacional general ("El ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas". [La Constitución argentina de 1853 no hace mención específica al derecho internacional general, entendiendo a éste como costumbre internacional general.]). Estas normas generales son las normas consuetudinarias, formadas en el ámbito de la comunidad internacional a través del uso: puede afirmarse la existencia de estas normas sólo si se demuestra que ellas corresponden a una práctica constantemente seguida por los Estados. La característica de la *costumbre*, que podemos considerar como la fuente primaria o de primer grado del ordenamiento internacional, es que ha dado lugar a un escaso número de normas. Como veremos, fuera de las normas *de carácter meramente instrumental* (como las que regulan los requisitos de validez y de eficacia de los tratados y las que se limitan a disciplinar una ulterior fuente normativa), no son muchas las normas *materiales*, es decir, aquellas normas que imponen directamente derechos y obligaciones al Estado.

Acuerdo

Aunque también existen costumbres particulares, las normas típicas de derecho internacional particular son aquellas impuestas por *acuerdos* (o pactos, convenciones o tratados) internacionales, que vinculan sólo a los Estados contratantes. A diferencia de las normas consuetudinarias, éstas son muy numerosas y constituyen la parte más relevante del derecho internacional. En efecto, es a través de tratados que hoy se tiende a regular muchas relaciones de la vida social, relaciones que trascienden ya casi todos los límites y las posibilidades del Estado individualmente considerado. El acuerdo internacional está subordinado a la costumbre, así como en el derecho interno el contrato está subordinado a la ley. En otros términos, la norma internacional *pacta sunt servanda* tiene naturaleza consuetudinaria, así como la norma según la cual el contrato "es ley entre las partes" tiene naturaleza legislativa o estatal. Tienen además, como ya se dijo, naturaleza consuetudinaria las normas que regulan los requisitos de validez y eficacia de los acuerdos.

El hecho de que los acuerdos internacionales que persiguen la colaboración entre los Estados (y que, por lo tanto, dependen en todo y para todo de la voluntad de colaboración de cada Estado), sean mucho más numerosos que las costumbres demuestra que tanto en lo que hace a las normas jurídicas como a su producción, la comunidad internacional tiene características totalmente diferentes a las de

BIBLIOTECA CONJUNTA
CORTEIDH - IIDH

las comunidades estatales. En otras palabras, justamente el hecho de que el derecho general sea extremadamente limitado y que casi todas la relaciones estén reguladas por convenciones da la idea de una comunidad bastante... anárquica.

Como derivación de los acuerdos (fuente de segundo grado, en cuanto subordinada a la costumbre) se encuentra otra fuente de normas internacionales: los procedimientos previstos por los acuerdos, llamados también fuentes de tercer grado. Estos procedimientos constituyen fuentes de derecho internacional particular. Toman su fuerza de los acuerdos internacionales que los prevén, y vinculan solamente a los Estados que adhieren a dichos acuerdos.

El fenómeno de las fuentes previstas por los tratados reviste particular importancia en el derecho internacional actual porque en él se pueden ubicar muchos de los actos de las organizaciones internacionales, es decir, de las distintas asociaciones de Estados, como la ONU, los organismos especializados de las Naciones Unidas, las Comunidades Europeas (CE, CECA y Euratom), etc., que han ido multiplicándose a partir del final de la Segunda Guerra Mundial.

Conviene referirnos ahora a estas organizaciones, cuyo examen será retomado detalladamente más adelante. El problema principal que plantean es justamente el de la sistematización de sus actos entre las fuentes internacionales. En realidad, las organizaciones internacionales generalmente no tienen poderes vinculantes respecto de los Estados miembros: el instrumento del cual se sirven normalmente es la *recomendación*, que tiene, justamente, el carácter de una mera exhortación. No faltan, sin embargo, casos en los cuales las organizaciones promulgan decisiones vinculantes. Además, tienen fuerza vinculante los actos de las Comunidades Europeas. Veremos luego el valor de estos actos. Por ahora sólo es importante destacar que las decisiones vinculantes de los órganos internacionales se encuentran por debajo de los acuerdos en la jerarquía de las fuentes, en cuanto cada organización nace, precisamente, de un acuerdo (el llamado tratado constitutivo). Por lo tanto, el Estado está obligado por la decisión, dado que se comprometió a respetarla en virtud del acuerdo constitutivo de la organización (así, por ejemplo, Italia, por haber ratificado el Tratado de Roma de 1957, se comprometió a respetar

las decisiones de la Comunidad Económica Europea, hoy llamada "Comunidad Europea"). [Al contrario, el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, que establece un Mercado Común para América del Sur (Mercosur), no prevé, en la etapa de transición, la creación de órganos comunitarios con capacidad para generar normas directamente vinculantes para los Estados miembros. La Constitución argentina de 1853, a partir de la reforma de 1994, estableció como atribución del Congreso la de aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos (art. 75, inc. 24). De esta manera se prevé la posibilidad de que el Estado argentino participe de sistemas de integración aceptando que las normas secundarias creadas por órganos internacionales de integración sean directamente aplicables en el ordenamiento interno, con rango superior al de las leyes de la Nación.]

* * *

Arbitraje

En cuanto a la función de determinación judicial del derecho internacional, es necesario decir que, en el ámbito de la comunidad internacional, dicha función es principalmente de carácter *arbitral*. A diferencia de la jurisdicción, incluso en el campo del derecho estatal, el arbitraje se apoya sobre el acuerdo de las partes en someter la controversia a un determinado árbitro. Mientras que, sin embargo, en el derecho estatal el recurso al arbitraje es un hecho excepcional, en el derecho internacional constituye la regla, ya que no existen instancias jurisdiccionales institucionalizadas a las cuales pueda recurrir individualmente un Estado contra otro, a menos que este último haya aceptado de algún modo someterse a ellas.

* * *

Autodefensa

Finalmente, en lo que respecta a los medios que se utilizan en el derecho internacional, tanto para asegurar coactivamente la observancia de las normas como para reprimir sus violaciones, es necesa-

rio reconocer que, en realidad, pese a los esfuerzos de numerosos autores por demostrar lo contrario, tales medios pueden incluirse casi todos en la categoría de la *autotutela*. Una vez más, lo que constituye una excepción en el derecho interno (ya que se puede hacer justicia por sí mismo solamente dentro de ciertos límites y en determinadas condiciones, es decir, cuando no pueden intervenir los órganos estatales) es la regla en el derecho internacional. De aquí la observación siempre recurrente de que el derecho internacional se apoya meramente en relaciones de fuerza.

* * *

Obligatoriedad del derecho internacional

Se ha discutido y se discute aún si, dadas las características que hemos señalado, el derecho internacional es, en último análisis, un verdadero derecho. La defensa del carácter obligatorio del derecho internacional y la búsqueda de un fundamento para tal carácter obligatorio comprometieron y comprometen a los especialistas más representativos en la materia. Frente a estos esfuerzos, subsiste el escepticismo, que se manifiesta tanto a nivel científico como incluso a nivel del hombre común y que pone el acento en la falta de medios idóneos para obligar a los Estados, particularmente a las grandes potencias, a respetar las normas internacionales. *Obviamente, no se niega —y sería imposible hacerlo— que las normas se formen a nivel supraestatal*, ya sea en virtud de la costumbre o a través de la celebración de tratados entre los Estados mismos; *lo que se niega es que se trate de un fenómeno jurídico*, capaz de imponerse (y además, imponerse de manera continua y eficaz) a cada Estado individualmente considerado.

Derecho internacional y operadores jurídicos internos

Según nuestra opinión, una solución al problema de la obligatoriedad del derecho internacional, o mejor aún de la capacidad de que tal derecho se aplique de manera concreta y estable, no puede no pasar a través de los operadores jurídicos internos, es decir, aquellos que en el ámbito de cada comunidad estatal tienen institucionalmente la tarea de aplicar y hacer respetar el *Derecho*, en primer lugar, los jueces. Como veremos, a través de normas que son más o menos parecidas en todos los países, los ordenamientos estatales

prevén que el derecho internacional sea igualmente observado que el derecho interno: en Italia, por ejemplo, el artículo 10 de la Constitución compromete el respeto de las "normas del derecho internacional generalmente reconocidas"; además, los tratados celebrados por Italia son normalmente objeto de una ley ordinaria que ordena su aplicación. [Si bien la Constitución argentina de 1853 no menciona a la costumbre internacional como generadora de obligaciones vinculantes en el ordenamiento interno, los tribunales argentinos le han otorgado igual valor jurídico que al que se le asigna a los tratados.] Así las cosas, la observancia del derecho internacional reposa en la voluntad de los operadores jurídicos internos de utilizar, *hasta el límite máximo*, los instrumentos que el mismo derecho interno ofrece para garantizar tal observancia y, por lo tanto, de hacer prevalecer por esta vía las valoraciones internacionales por sobre las nacionales. En otras palabras, el respeto del derecho internacional está asegurado en los límites dentro de los cuales los operadores jurídicos internos de los distintos países determinan la solidaridad internacional —que tan a menudo falta a nivel de los Gobiernos— por efecto de la innegable comunidad de ciertos valores básicos entre los hombres, más allá de las barreras nacionales. [En ese sentido, la Corte Suprema de la Nación Argentina sostuvo en el caso Ekmekdjian c/Sofovich (E. 64. XXIII. Recurso de Hecho, sentencia del 7 de julio de 1992) que "lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente".]

Observancia del derecho internacional y autolimitación del Estado

Lo que aquí se sostiene no es otra cosa sino una formulación en términos modernos de la tan criticada tesis de la doctrina positivista alemana del siglo pasado (Jellinek), que consideraba al derecho internacional como fruto de una *autolimitación* de cada Estado. En

realidad, ningún artificio dialéctico está en condiciones de negar tanto la eterna verdad ínsita en la teoría de la autolimitación (observada, como ya se ha dicho, también por el hombre común) como el hecho de que la comunidad internacional en su conjunto no dispone de medios *jurídicos* para reaccionar eficaz e imparcialmente en caso de violación de las normas internacionales. Es necesario, sin embargo, superar la idea del libre albedrío de cada Estado (su libertad de deshacerse en todo momento de cualquier compromiso internacional), ínsita también en la teoría de la autolimitación y perfectamente conforme, por otra parte, a las concepciones políticas en uso en Alemania durante la época en la cual la teoría fue formulada. Por los motivos que citábamos, una correcta administración del derecho dentro del Estado constituye, *desde el punto de vista jurídico*, el único freno eficaz contra el ejercicio de un libre albedrío de este tipo.

Permítasenos insistir sobre la observación de que los ordenamientos estatales mismos y, en nuestro caso particular, el ordenamiento italiano [como así también en el ordenamiento argentino], imponen la observancia del derecho internacional incluso a nivel constitucional. Además, la aplicación del derecho internacional por parte de los jueces italianos puede comprobarse dando una ojeada, aun superficial, a los repertorios de jurisprudencia. No faltan, ciertamente, lagunas y errores en tal aplicación, a veces debidos a prejuicios nacionalistas pero más a menudo fruto de un escaso conocimiento tanto de los instrumentos jurídicos internos que pueden utilizarse para alcanzar soluciones internacionales como de las normas internacionales apropiadas.

Jurisprudencia

Debe insistirse aún sobre otro punto. La aplicación del derecho internacional, que es el recurso más abierto a las fuentes internacionales en cuestiones que se susciten en el interior del Estado, no debe llegar a comprometer valores fundamentales de la comunidad estatal, por lo general garantizados constitucionalmente. Veremos cómo se han presentado y se presentan problemas bastante delicados con respecto a la coordinación entre normas nacionales y normas internacionales, especialmente aquellas promulgadas por organizaciones internacionales (por ejemplo, las Comunidades Europeas). Y veremos justamente que la coordinación no puede dejar de tener en

cuenta el hecho de que en distintos aspectos, el derecho interno ha avanzado más que el derecho internacional.

* * *

Aspecto "político-diplomático" del derecho internacional

La cooperación del derecho interno es indispensable para asegurarle *acabadamente* al derecho internacional, a esta masa de normas que se forman a nivel supraestatal, su valor y su fuerza en cuanto fenómeno *jurídico*. Pero el derecho internacional puede ser también considerado teniendo en cuenta exclusivamente su existencia en el ámbito de la comunidad internacional, al nivel de las relaciones internacionales, y por lo tanto sin recurrir de ninguna manera a los ordenamientos jurídicos internos. Desde este punto de vista, esto parece más bien un punto de referencia y de base de una *sana* diplomacia. El Estado que puede demostrar que su comportamiento se conforma a las reglas del derecho internacional tiene un argumento muy fuerte a su favor. El derecho internacional, en la puesta en práctica de una función de este tipo, se presenta como una suerte de moral positiva internacional (Austin). Se trata de una función cuya importancia nadie puede desconocer, más aún ahora que en el pasado, si se considera que las relaciones internacionales se desarrollan actualmente en un clima que desalienta la diplomacia secreta y que impone a los Gobiernos el deber de dar cuenta de sus acciones frente a la opinión pública mundial.

* * *

Enfoque "internista" del estudio del derecho internacional

Pueden comprenderse a esta altura el objetivo y las líneas fundamentales de este libro. Se propone estudiar el derecho internacional así como se aplica y es aplicable en el interior del Estado; se dirige a los actores jurídicos internos o mejor aún, entiende contribuir a la formación internacional de los futuros actores jurídicos internos, particularmente de los jueces. El núcleo central estará constituido, por lo tanto, por los problemas presentados por la adaptación del derecho interno al derecho internacional o, si se quiere, por la coordinación entre normas internacionales y normas nacionales. Queda

claro, por otra parte, que sólo podrá llegarse al tratamiento de tales problemas luego de una descripción de las normas internacionales y de su contenido.

La óptica "internista" se revelará también en la solución de algunas cuestiones atinentes a las relaciones entre los poderes del Estado, particularmente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en la aplicación del derecho internacional. Precisamente, el propósito es reaccionar contra la tendencia todavía difundida a afirmar una subordinación, aunque sea limitada, de los jueces al Poder Ejecutivo, la que ciertamente no contribuye a reforzar la "juridicidad" del derecho internacional.

III. El Estado como sujeto de derecho internacional. Otros sujetos. Sujetos presuntos

Hemos definido al derecho internacional como el derecho de la comunidad de Estados; hemos dicho también que, si bien las normas internacionales tienden hoy a regular cualquier tipo de relación, incluso relaciones internas de cada una de las comunidades estatales, formalmente se dirigen a los Estados, es decir, crean derechos y obligaciones para estos últimos. A esta altura, y a fin de resolverlo rápidamente, vale la pena llamar la atención sobre uno de los problemas al cual han dedicado análisis detallados tanto los estudiosos del derecho internacional como los de la teoría general del derecho: nos referimos al problema de la definición de Estado y, más precisamente, del Estado como sujeto o destinatario de normas internacionales o, si se quiere, como miembro de la comunidad internacional. Es necesario también preguntarse si, además de los Estados —que son, sin duda, los principales protagonistas de la escena internacional— existen otros entes de los cuales se ocupa *formalmente* el derecho internacional y, por lo tanto, también puedan considerarse como sujetos.

Estado-comunidad y Estado-organización

Según nuestra opinión, la única alternativa útil para individualizar al Estado como sujeto internacional es la distinción entre Estado-comunidad, por una parte, y Estado-organización, Estado-aparato o Estado-gobierno, por otra. Incluso quien no se ocupa de problemas jurídicos, al preguntarse qué es el Estado, ante todo se inclina a pensar en una comunidad humana ubicada en cierta región de la superficie terrestre y sometida a leyes que la mantienen unida. Es éste, *grosso modo*, el fenómeno que la teoría general del derecho llama "Estado-comunidad". Otro fenómeno, evidente también de manera empírica, lo constituye el conjunto de los gobernantes, el conjunto de los órganos que ejercen —y *en cuanto* ejercen— el poder supremo o *imperium* sobre cada uno de sus miembros. Siempre hablando desde la teoría general del derecho, a este fenómeno lo llamamos "Estado-organización" o "Estado-gobierno". Ambos fenómenos son reales. Pero ¿cuál de los dos resulta más relevante desde el punto de vista del derecho internacional?

Atribución de subjetividad internacional al Estado-organización

Nos parece que una visión global de la vida de relación internacional lleva a avalar la tesis que asigna el carácter de sujeto de derecho internacional al Estado-organización. En efecto, debemos referirnos al conjunto de los órganos estatales cuando, como veremos enseguida, la subjetividad internacional del Estado aparece ligada al criterio de la efectividad, es decir, del efectivo ejercicio del poder de gobierno. Los órganos estatales son los que participan en la formación de las normas internacionales; a los órganos estatales se refiere el contenido de las normas materiales internacionales, dirigidas todas a disciplinar y limitar el ejercicio del poder del gobierno (v. p. 255 y ss.); y, por último, los órganos estatales, y sólo los órganos estatales, son los que pueden generar con su conducta la responsabilidad internacional del Estado (v. p. 419 y ss.).

Noción de órgano estatal para el derecho internacional

Debe quedar bien claro que, cuando se habla de órganos estatales, se entiende hacer referencia a *todos* los órganos y, por lo tanto, a todos los que participan del poder de gobierno en el ámbito del territorio: en definitiva, no se trata sólo de los órganos del Poder Ejecutivo (ni siquiera de aquellos órganos del Poder Ejecutivo que se ocupan de las "relaciones exteriores") ni tampoco de los órganos del poder central solamente. También las administraciones locales y los entes

públicos menores —que tienen generalmente una personería jurídica distinta de la del Estado desde el punto de vista del derecho interno— se consideran, en virtud de la costumbre, componentes de la organización del Estado en cuanto sujeto de derecho internacional, como tendremos oportunidad de constatar cuando nos ocupemos de los problemas relativos a la actividad, a la tutela y a la responsabilidad internacional del Estado. Comúnmente se afirma que al derecho internacional no le interesa la organización estatal; que cuando tiene necesidad de referirse a la organización estatal, se limita a referirse al derecho interno, o incluso que el derecho internacional presupone la organización estatal. Para ser coherentes con lo que hemos dicho, sólo es posible compartir estas afirmaciones si se tiene en cuenta que la participación en el poder de gobierno, distinta para cada clase de órganos, debe fundarse en el ordenamiento jurídico estatal o en otro ordenamiento que se derive de él.

* * *

Efectividad del Estado-organización

Si acordamos que el derecho internacional se dirige al Estado-organización, debe subrayarse que, en tanto se tome en consideración la organización mencionada, en tanto ésta sea destinataria de las normas internacionales y como tal pueda pretender que dichas normas se respeten en lo que a ella se refiera, en tanto y siempre que ejerza *efectivamente* su poder sobre una comunidad territorial, el requisito de la efectividad es esencial. Los "gobiernos que no gobiernan" no tienen intereses relevantes que administrar en el plano internacional.

Gobiernos en el exilio y comités de liberación con sede en el exterior

Se niega, por lo tanto, la subjetividad de los gobiernos en el exilio (fenómeno que, si bien se verifica también actualmente, tuvo sus manifestaciones más significativas durante la Segunda Guerra Mundial, cuando varios gobiernos de los territorios ocupados por los nazis se refugiaron en Londres), a pesar de que a sus componentes se les hayan reconocido unilateralmente, por motivos políticos, ciertas prerrogativas soberanas por parte del Estado receptor. Es análogo al fenómeno de los gobiernos en el exilio y, por lo tanto, no puede ser evaluado de manera diferente desde el punto de vista jurídico, el fenómeno de las organizaciones, frentes o comités de liberación nacional que tengan sede en un territorio extranjero y que hayan constituido en él, desde el primer momento, una suerte de organización de gobierno (por ejemplo, la Organización para la Liberación de Palestina).

Organización para la Liberación de Palestina

En lo que respecta a la OLP, ésta es regularmente invitada a participar, sin derecho a voto, en las sesiones de los órganos de las Naciones Unidas en los que se debaten cuestiones que le interesan (cfr. Conforti, p. 27 y p. 86 y ss.); participa además en los trabajos de otras organizaciones internacionales y tiene "oficinas" (no representaciones diplomáticas) en varios países, incluida Italia. [En la actualidad, la OLP está negociando con el gobierno argentino el establecimiento de relaciones institucionalizadas a nivel oficina de enlace o de representación con inmunidades y privilegios funcionales. Argentina reconoce el derecho a la libre determinación del pueblo palestino, pero no reconoce un Estado Palestino.] Pero esto no significa que se esté en presencia de un sujeto de derecho internacional.

Según el Tribunal de Casación (sent. 28-6-1985 N° 1981, en RDI, 1986 p. 884 y ss.), la OLP, así como todos los movimientos de liberación nacional —incluso aquellos que no tienen una organización de gobierno instalada en el territorio de un Estado— gozaría de una subjetividad limitada a la finalidad "de discutir, sobre bases de perfecta igualdad con los Estados territoriales, los modos y los tiempos de la autodeterminación de los pueblos controlados políticamente por ellos, en virtud del principio de la autodeterminación de los pueblos, considerado una norma consuetudinaria de carácter imperativo" (sobre la autodeterminación de los pueblos v. p. 37 y ss.). En cambio, al excluir la subjetividad plena, el Tribunal niega que al Jefe *pro tempore* de la OLP, Yasser Arafat, le corresponda la inmunidad acordada por el derecho internacional a los Jefes de Estado extranjeros (v. p. 291). Como es obvio, éste es el núcleo central de la decisión, que aún está plenamente por aprobarse. En cuanto a la "subjetividad limitada", tiene escaso significado jurídico en los términos indicados por el Tribunal (términos que resultan interesantes, sin duda, desde el punto de vista de la construcción teórica).

Independencia del Estado-organización

Además del de la efectividad, se debe considerar necesario un segundo requisito a los fines de la subjetividad internacional del Estado: el de la *independencia* o soberanía externa. Es necesario, por lo tanto, que la organización de gobierno no dependa de otro Estado.

Estados miembros de Estados federales

En cuanto carecen del requisito de la independencia, no pueden considerarse sujetos de derecho internacional los Estados miembros de Estados federales. A veces, éstos son autorizados por la Constitución federal a estipular acuerdos con terceros Estados, normalmente con el consentimiento del Poder central (cfr., por ejemplo, el art. 4, sección 10, N° 1 de la Constitución de Estados Unidos o el art. 9 de la Constitución suiza). Pero en esos casos actúan como órganos del Estado federal en su conjunto desde el punto de vista del derecho internacional, como específicamente demostró Quadri, y de acuerdo con lo que ya hemos dicho respecto de la persona del Estado.

Confederación

El Estado federal, que es un Estado único, legislativa y administrativamente descentralizado, no debe confundirse con la Confederación, que es una unión (internacional) entre Estados perfectamente independientes y soberanos, creada con fines de defensa común y caracterizada por un órgano de asamblea (a veces llamado Dieta), representativo de todos los miembros, con amplios poderes en materia de política exterior. La Confederación es un fenómeno que pertenece en gran medida al pasado, y se liga incluso a las Ligas entre las ciudades medievales, como la famosa Liga Hanseática: los ejemplos más importantes están dados por la Confederación de los Estados Unidos de América (1778-1787), por la Confederación Helvética (1815-1848) y por la Germánica (1815-1871). Como se ve en estos tres ejemplos, el estadio confederal puede ser una fase de transición hacia la constitución de un Estado federal. Puede darse, sin embargo, que ocurra lo contrario, es decir que un Estado federal se disuelva, sobreviviendo entre sus miembros, devenidos independientes, un vínculo de tipo federal. Es demasiado pronto para decir si se desarrollará un vínculo de este tipo entre los miembros de la novísima Comunidad de Estados Independientes (CEI), surgida a fines de 1991 sobre las ruinas de la Unión Soviética. Es, en cambio, un claro ejemplo reciente de confederación la Confederación entre Senegal y Gambia (sobre éste cfr. RGDIP, 1982, p. 374 y ss.).

El requisito de la independencia debe entenderse *cum grano salis*. Si se lo quisiera entender como absoluta posibilidad de determinarse por sí mismo, se llegaría a la conclusión de que ningún Estado es un sujeto de derecho internacional (ni siquiera las grandes potencias), ya que la interdependencia es hoy en día una característica cada vez más saliente de las relaciones internacionales. ¿Qué decir, entonces, de los Estados satélites, de la soberanía limitada, de la presencia de bases y de tropas extranjeras, y de todos los otros condicionamientos

puestos en práctica por los Estados más fuertes frente a los más débiles? ¿Dónde ubicar el límite más allá del cual no existe la independencia como requisito para la subjetividad y, por lo tanto, no existe subjetividad internacional? A nosotros nos parece que, como regla general, no se puede soslayar un dato *formal*: es independiente y soberano todo Estado cuyo ordenamiento sea original, que tome su fuerza jurídica de una Constitución propia y no del ordenamiento jurídico, de la Constitución de otro Estado. Esto permite explicar, por otra parte, por qué se considera normalmente que no influyen sobre la subjetividad las *dimensiones* del Estado y, por lo tanto, se consideran sujetos internacionales la República de San Marino, Liechtenstein, las islas Seychelles, etc. Puede admitirse quizá una sola excepción, si accedemos a opiniones manifestadas por otros (Crawford): este dato formal no puede invocarse y debe ceder frente al dato *real*, cuando en los hechos es total el control y la injerencia de otro Estado en el ejercicio del poder de gobierno, en definitiva, cuando el gobierno local es un verdadero gobierno "fantoche".

Gobiernos fantoche

Gobiernos fantoche, carentes como tales de subjetividad internacional, existieron, por ejemplo, en los territorios ocupados por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial (Gobierno Quisling en Noruega, República Social Italiana, etc.).

* * *

Reconocimiento de los Estados

La organización de gobierno que ejerza su poder de manera efectiva e independiente sobre una comunidad territorial se transforma *ipso facto* en sujeto de derecho internacional. En efecto, no es necesario que sea reconocida por los otros Estados.

A menudo se oye hablar de *reconocimiento*, incluso en las crónicas comunes de hechos internacionales: se sabe, por ejemplo, que Italia reconoció a la República Democrática Alemana (y viceversa) recién en 1973; que los Estados Unidos y China se reconocieron recíprocamente recién a principios de 1979; que la mayor parte de los Estados Árabes no reconocen a Israel; que Italia, [Argentina] y algunos otros países han reconocido, a principios de 1992, a Croacia y Eslovenia, que se proclamaron Estados independientes después de la

división de Yugoslavia, etc. Sin embargo, todo esto tiene escasa relevancia jurídica. Según la opinión que nos parece corresponder mejor a la práctica de los Estados, para el derecho internacional el reconocimiento es un acto meramente lícito, así como es meramente lícito el no reconocimiento: ninguno de los dos tiene consecuencias jurídicas. En definitiva, el reconocimiento pertenece a la esfera de la política (Quadri); no revela más que la intención de estrechar relaciones amistosas, de intercambiar representaciones diplomáticas y de posibilitar formas más o menos intensas de colaboración a través de la celebración de acuerdos. Por lo general, la mayor o menor intensidad que se quiere dar a la colaboración se subraya mediante la fórmula del reconocimento *de iure*, es decir pleno, y la del reconocimiento *de facto*, respectivamente.

Vale la pena destacar un aspecto de la cuestión del reconocimiento (que es un acto en relación al cual han sido sostenidas las más diversas teorías). Cuando se le niega valor jurídico al reconocimiento, lo que se está rechazando es, sobre todo, la tesis de que éste sea constitutivo de la personalidad internacional. Se está rechazando, entonces, la tesis según la cual, al afirmarse una nueva organización de gobierno con las características de efectividad e independencia ya mencionadas, los Estados preexistentes pueden ejercer con respecto a ella una suerte de poder de admisión en la comunidad internacional, justamente a través del reconocimiento. Sin embargo, es necesario admitir que esta tesis tiene el mérito de recoger una *tendencia* que ha estado siempre presente en la práctica internacional, aunque luego no haya logrado nunca traducirse en normas jurídicas precisas. En efecto, los Estados ya existentes *tienden* a juzgar si el nuevo Estado "merece" o no la subjetividad, y basan su juicio en determinado valor o en determinada ideología: en el pasado se decía que no podía ser reconocido un Estado no cristiano o, inclusive, no monárquico; en la época actual, desde varios ámbitos se tiende a considerar que no deben reconocerse como sujetos del derecho internacional los gobiernos que se han afirmado por la fuerza, los Estados "no democráticos", los Estados "no amantes de la paz", los Estados que violan los derechos humanos, etc. En verdad, todo esto no se tradujo nunca en normas internacionales, por el simple motivo de que los Estados,

aun cuando estén de acuerdo sobre el valor que actuará como base del reconocimiento, luego suelen tener opiniones divergentes sobre su aplicabilidad para cada caso en concreto (la mayoría de las veces, por razones políticas).

Declaraciones de Bruselas sobre el reconocimiento de los nuevos Estados de Europa Oriental

La tendencia de los Estados ya existentes acerca de la admisión inclusive "se burocratiza": tal es el caso de las dos Declaraciones emitidas por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países de la CE en la reunión de Bruselas del 16-12-1991. En la primera Declaración, titulada "Directivas sobre el reconocimiento de los nuevos Estados en Europa Oriental y en la Unión Soviética", los doce países comunitarios se declaraban dispuestos a reconocer a los Estados que se formaran en la región "por medio de un proceso democrático", siempre que cumplieran con determinados requisitos, entre los cuales (y para limitarnos sólo a los principales) se contarían el respeto de la Carta de las Naciones Unidas y del Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación Europea, en especial en lo que respecta a las normas sobre el principio de legalidad y sobre derechos humanos; el respeto de los principios sobre protección de minorías; la observancia de la regla de la inviolabilidad de las fronteras; la aceptación de las obligaciones relativas al desarme y a la no proliferación nuclear, y el compromiso de resolver pacíficamente las controversias de carácter regional. En virtud de la segunda Declaración, todas las Repúblicas yugoslavas que "deseen ser reconocidas", eran invitadas a presentar "solicitud" hasta el 23 de diciembre de 1991, en la cual explicitarían, entre otras cosas, su deseo de aceptar el contenido de las directivas mencionadas anteriormente. Las solicitudes serían evaluadas por una comisión específica hasta el 15 de enero de 1992. Inmediatamente después de estas dos Declaraciones, se extinguía la Unión Soviética y las Repúblicas consecuentemente independientes comenzaban a recibir el reconocimiento de los otros países. En lo que respecta a Yugoslavia, presentaron su solicitud en los términos establecidos: Croacia, Eslovenia, Macedonia y Bosnia-Herzegovina. Pero solamente Croacia y Eslovenia fueron reconocidas por los países comunitarios (además de otros veinte países, entre los cuales no figuraban, por otra parte, potencias importantes como Estados Unidos, al menos hasta el 16 de enero de 1992); Macedonia, cuya solicitud había sido considerada en regla por la comisión instituida por la Declaración del 16 de diciembre, no fue reconocida a causa de la firme oposición de Grecia, oposición fundada sobre motivos claramente políticos.

Esta práctica demuestra claramente la naturaleza política del reconocimiento.

Otros supuestos requisitos de la personalidad internacional

Decíamos que los requisitos necesarios para que un Estado sea considerado automáticamente sujeto de derecho internacional son los de la efectividad y de la independencia. Todavía resta preguntarse si estos requisitos son suficientes, o bien si se necesitan otros. Dicho de otro modo, estos requisitos (o algunos de ellos), a los que condicionan el reconocimiento los Estados ya existentes, ¿son requisitos *objetivos* para la adquisición automática de la personalidad internacional, en virtud de principios de derecho internacional suficientemente consolidados? Dejemos de lado las exageraciones, como la de la Declaración de Bruselas del 16-12-1991 anteriormente citada, que incluye una larga lista de requisitos sin precedentes en la práctica. Limitémonos, en cambio, a los dos requisitos que hoy aparecen más frecuentemente, esto es, que el Estado nuevo no constituya una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y que no viole los derechos humanos. ¿Es posible decir, efectivamente, que no deben considerarse sujetos de derecho internacional aquellos Estados que se comporten en contra de estos principios? En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa. En realidad, si desvinculamos estos requisitos de la cuestión del reconocimiento, si los consideramos presupuestos de la personalidad internacional, antes que condiciones para que un Estado ya existente instaure relaciones de amistad con un Estado nuevo y, por lo tanto, si entendemos que en carácter de presupuestos deben subsistir no sólo para adquirir la personalidad internacional, sino también para no perderla, deberemos concluir que tales requisitos no encuentran base alguna en la realidad. En la comunidad internacional actual no faltan ni son pocos los Estados que, permanente o temporalmente, amenazan la paz o violan los derechos humanos. Más bien es cierto que un Estado está obligado a no amenazar la paz (v. p. 444) y a respetar los derechos humanos (v. p. 313) en virtud de principios generales del derecho internacional contemporáneo generalmente aceptados; pero también es cierto que estas obligaciones, en cuanto tales, no condicionan sino que presuponen la personalidad jurídica de ese mismo Estado.

Estados que practican el *apartheid*

En las ediciones precedentes de este libro indicábamos como única excepción la tendencia a negar un *locus standi* en la comunidad internacional a aquellos Estados que practicaran el *apartheid*. Agregábamos que, si bien no se podía negar por el momento la personalidad internacional de Sudáfrica, no podía tampoco excluirse la posibilidad de que esta tesis negativa fuera sostenible en el futuro, si la mayor parte de los Estados intensificaban las medidas para marginar a este Estado de la comunidad internacional. Los cambios que se han verificando en Sudáfrica, a partir del abandono de la política del *apartheid* y la asunción del poder de un Gobierno libremente elegido por el pueblo, hacen que esta previsión haya perdido actualidad.

Diferente fue la situación del Gobierno de Rodesia del Sur, otro Gobierno que practicaba el *apartheid*, y que desde su nacimiento, por separación de Gran Bretaña en 1965, ha recibido la condena de la mayor parte de los Estados. Rodesia del Sur fue objeto de medidas de aislamiento total (interrupción de todo tipo de relaciones económicas y de todo tipo de comunicación marítima, aérea, telegráfica, etc.), decretadas por el Consejo de Seguridad de la ONU (v. p. 195), luego revocadas en 1979, al desaparecer el régimen instaurado por la minoría racista del país. Respecto de Rodesia del Sur (hoy Zimbabwe) se puede decir que en aquellos años se formó una norma *ad hoc*, que negaba la subjetividad internacional del Estado.

* * *

Rebeldes

Una vez esclarecido el hecho de que una organización de gobierno se transforma automáticamente en sujeto de derecho internacional cuando ejerce de manera efectiva e independiente el propio poder sobre una comunidad territorial, queda también resuelto el problema de la subjetividad del Gobierno (o Partido) insurrecional, que ha sido sumamente debatido en la doctrina menos reciente. Los insurrectos, en cuanto tales, ciertamente no son sujetos de derecho internacional, sino sólo súbditos rebeldes respecto de quienes el Gobierno que se dice legítimo puede realizar las acciones que considere más oportunas (salvo que se trate de movimientos de liberación nacional, de los cuales hablaremos enseguida, cuando mencionemos el principio de autodeterminación de los pueblos). Ahora bien, si estos insurrectos logran constituir una organización de gobierno que controle efectivamente una parte del territorio, aunque sea durante una gue-

rra civil, entonces nos encontramos frente a una forma, si bien embrionaria, de Estado, al cual no puede negarse la personalidad internacional, independientemente del hecho de que dicha personalidad esté destinada a extinguirse si, finalmente, la insurreción no tiene éxito. La doctrina tradicional tendía a limitar la subjetividad del gobierno insurreccional, tanto subordinándola al reconocimiento por parte de terceros Estados, como circunscribiéndola a las normas del derecho internacional de guerra. Además de la cuestión del reconocimiento, para la que vale lo que ya hemos dicho, esta limitación no tiene sentido (ni encuentra confirmación en la práctica estadual contemporánea) dado que, si se controla efectivamente el territorio, se cumplen todos los requisitos para adquirir personalidad jurídica internacional.

* * *

La vida del Estado puede sufrir cambios como consecuencia de sucederse diferentes organizaciones de gobierno en el ámbito de un territorio: un Estado puede desmembrarse en varios Estados, puede ser incorporado por otro Estado o fusionarse con él, puede sufrir la secesión de una parte de su territorio, en la cual puede constituirse una nueva organización de gobierno, con su consentimiento o luego de una insurrección victoriosa, y así sucesivamente. De este tema nos ocuparemos cuando hablemos del derecho de los tratados, dado que los problemas más importantes que suscitan estos asuntos se refieren a la eventual sucesión de un Estado a otro en el gobierno de un territorio, a propósito de los derechos y las obligaciones derivadas de pactos celebrados por el Estado predecesor (v. p. 149 y sig.); nos referiremos también a la sucesión de Estados cuando tratemos la soberanía territorial y sus límites, bajo el perfil de la sucesión en los derechos y en las obligaciones de derecho interno (v. p. 268 y p. 278 y s.).

* * *

El individuo

Además de los Estados, a los cuales se dirige fundamentalmente el derecho internacional, ¿existen otros sujetos de derecho internacional? Gran parte de la doctrina contemporánea habla de una personalidad internacional de los individuos, aunque limitada. Esta opinión

se conecta estrechamente a la tendencia del derecho internacional contemporáneo, ya mencionada, a ocuparse de cuestiones internas de cada comunidad estatal, e incluso de las relaciones entre el Estado y los propios súbditos. Esta tendencia surge, sobre todo, de las normas convencionales que obligan a los Estados a tutelar los derechos fundamentales del hombre (como, por ejemplo, las Convenciones de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, etc.: v. p. 232 y ss.): a tales obligaciones de los Estados corresponderían entonces *derechos* internacionales de los individuos propiamente dichos. Debe agregarse que, si no se le reconoce el propio derecho, a veces el individuo puede recurrir a órganos internacionales previstos especialmente (como es el caso, por ejemplo, de la Comisión instituida por la citada Convención Europea: v. p. 233); de este modo, la titularidad del derecho estaría acompañada por la titularidad de un poder de acción. Además de los derechos humanos, surgirían en otros campos derechos y obligaciones internacionales de los individuos, en particular cuando existen normas internacionales o de origen internacional que toman en cuenta los comportamientos y los intereses individuales: pensemos, por ejemplo, en los Tratados Constitutivos y en las Actas de las Comunidades Europeas, que tienden a disciplinar muchos aspectos de la vida económica y social interindividual (v. p. 211 y ss.) y que además establecen que, en determinadas condiciones, las personas físicas o jurídicas pueden recurrir a la Corte de Justicia de las Comunidades (v. p. 505); por citar otro ejemplo, pensemos en las normas emanadas de las organizaciones internacionales para regular las relaciones de empleo con sus funcionarios (v. p. 310). El derecho consuetudinario puede proveer también materia respecto de la personalidad internacional de los individuos: en este sentido cabría incluir, por ejemplo, las normas sobre los llamados *crimina iuris gentium*, categoría en la cual entrarían los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (v. p. 270) y, por lo tanto, aquellos delitos para los cuales el Estado puede (y en ciertos casos, debe, al menos según algunos) ejercer la propia potestad punitiva más allá de los límites habitualmente establecidos. Estas normas no harían otra cosa que imponer a los individuos la obligación de no cometer los delitos previstos por ellas.

Negación de la subjetividad internacional de los individuos

Sin embargo, no resulta generalmente aceptada la tesis que promueve al individuo a la categoría de sujeto de derecho en el ámbito de la comunidad de Estados. En lo que respecta a una parte de los derechos y de las obligaciones que estamos considerando, precisamente los que se derivan de los tratados constitutivos y de las actas de las organizaciones internacionales, incluso los de las Comunidades Europeas, no se niega que los individuos sean efectivamente titulares de esos derechos y obligaciones en la mayor parte de los casos, pero la naturaleza misma de los verdaderos derechos y obligaciones internacionales se opone a adjudicar la personalidad internacional a los individuos en virtud de estas normas, ya que se trataría de situaciones jurídicas que pueden considerarse ordenamientos particulares, a los cuales darían lugar los tratados constitutivos de cada organización, diferentes, por lo tanto, del ordenamiento de la comunidad internacional. En cambio, en lo que respecta a los derechos y a las obligaciones no ligados al fenómeno de la organización internacional, se opone la misma titularidad por parte de los individuos. Los Estados serían siempre los únicos destinatarios de las normas consuetudinarias o convencionales que se refieren a la situación del individuo. Las obligaciones de los Estados de tratar al individuo de determinada manera (por ejemplo, reconocerle los derechos fundamentales de la persona humana, o castigarlo si cometió crímenes contra la humanidad) subsistirían siempre respecto de otros Estados: de todos los otros Estados, si se trata de derecho consuetudinario, o de los otros Estados contratantes, si se trata de derecho convencional. Las distintas situaciones jurídicas correspondientes a las previsiones del plano interestatal se producirían sólo en el ámbito de los ordenamientos internos de cada uno de los Estados, siempre que éstos adapten su propio derecho interno para hacer honor a las obligaciones mencionadas (v. p. 376 y ss.).

¿Qué se puede decir de esta discusión, de carácter esencialmente teórico? Si aquí también adherimos a una visión global de la vida de relación internacional, no podemos evitar alinearnos con aquellos que se niegan a atribuirle personalidad al individuo en el derecho internacional, reservando ese carácter para los ordenamientos de los Estados o de las asociaciones de Estados. Es cierto que el derecho internacional contemporáneo se ocupa y preocupa cada vez más por los intereses y los comportamientos individuales; pero también es cierto que la comunidad internacional permanece todavía estructurada como una comunidad de *gobernantes* y no de *gobernados*, que la colaboración de los aparatos estatales es aún indispensable para que puedan alcanzarse los objetivos que se proponen las normas sobre el individuo, y que en este tipo de situaciones tiene poco sentido colocar al mismo nivel jurídico de los Estados a entidades completamente sometidas a éstos.

* * *

Minorías

Las mismas consideraciones valen para las normas internacionales que se ocupan del individuo en cuanto parte de un grupo, en lugar de ocuparse del individuo en particular. Hay numerosas normas convencionales que protegen, por ejemplo, a las minorías étnicas; lo cual no debe llevar a concluir que las minorías tienen el rango de sujetos de derecho internacional, aunque sólo sea en cuanto a los derechos que se les reconocen. Esto significa, simplemente, que el Estado al cual está sometida una determinada minoría tiene la obligación de reservarle, en el propio ordenamiento interno, el tratamiento convenido con los otros Estados contratantes.

Pueblos

En la práctica internacional, así como también en los textos de los acuerdos internacionales, cada vez más a menudo se habla de los "derechos de los pueblos": derecho de los pueblos a la autodeterminación, derecho de los pueblos a disponer libremente de los propios recursos naturales, derecho de toda la humanidad de explotar los recursos de los fondos marinos, etc. En la mayor parte de estos derechos, de los cuales tendremos ocasión de ocuparnos al tratar el contenido de las normas internacionales, el término "pueblo" es usado sólo de manera enfática y puede ser tranquilamente sustituido por el término Estado, para indicar al titular efectivo del derecho. Por ejemplo, a los Estados les compete la soberanía de los recursos naturales del propio territorio (v. p. 264), así como la participación en la explotación de los recursos marinos (v. p. 351). Claro que aquí "pueblo" puede subrayarse en términos jurídicos sólo si se parte de

la idea de que el sujeto de derecho internacional no es el Estado-aparato sino el Estado-comunidad, que no se identifica con los gobernantes sino con los gobernados. Ahora bien, ya hemos criticado este tipo de ideas, desde un punto de vista general, por considerarlas contrarias a la realidad, incluso respecto de las normas específicas a las cuales nos estamos refiriendo. En cambio, se trata de una cuestión diferente al hablar de derecho de los pueblos en relación con normas que se ocupan del pueblo en contraposición con el Estado, es decir, que se ocupan de los gobernados por oposición a los gobernantes; en definitiva, que tienden a proteger al pueblo respecto del aparato que lo gobierna, como es el caso de las normas sobre los derechos fundamentales de los individuos. Las normas de este tipo no son muchas y tal vez se reduzcan a un único principio general, sobre el cual conviene detenerse un momento: el principio de autodeterminación de los pueblos.

Autodeterminación de los pueblos

El principio de autodeterminación es hoy una regla de derecho internacional positivo. No sólo está contenido en el texto de distintos acuerdos internacionales (por ejemplo, las ya citadas Convenciones de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos), vinculantes sólo para los Estados contratantes, sino que ha adquirido carácter consuetudinario a través de una práctica que se desarrolló por obra de las Naciones Unidas y que encuentra su base tanto en la misma Carta de la ONU (art. 1, párr. 2 y art. 55) como en ciertas solemnes Declaraciones de Principios de la Asamblea General de la Organización, tal como la Declaración de 1960 sobre la independencia de los pueblos coloniales y la de 1970 sobre las relaciones amistosas entre los Estados (v. p. 79). También la Corte Internacional de Justicia reconoció su existencia como principio consuetudinario en dos opiniones dadas a pedido de la Asamblea General (sobre la función consultiva de la Corte: v. p. 499), la opinión 21-6-1971 sobre Namibia (CIJ, *Recueil*, 1971, p. 31 y ss.) y la opinión 16-10-1975 sobre el Sahara Occidental (*ibidem*, 1975, p. 31 y ss.). Es necesario, sin embargo, evitar dar al principio de autodeterminación un significado que corresponda exactamente al significado común de esta palabra. Es necesario evitar considerar que el derecho internacional pretenda que todos los Gobiernos existentes en la Tierra gocen del consentimiento de la mayoría de los súbditos y sean libremente elegidos por ellos; o que este avale las aspiraciones secesionistas de regiones o provincias autónomas e incluso de regiones étnicamente diferentes del resto de un país. Estamos lejos de una situación de este tipo, como cualquiera puede fácilmente constatar. El principio de autodeterminación, en cuanto principio jurídico que se extrae de la práctica efectiva de la mayor parte de los Estados y no en cuanto *slogan* publicitado por una agrupación u otra, tiene un campo de aplicación más bien restringido. Se aplica solamente a los pueblos sometidos a un Gobierno *extranjero*, en primer lugar a los pueblos (pocos) sujetos a dominación colonial, en segundo lugar a las poblaciones de territorios conquistados y ocupados por la fuerza (pensemos en los territorios árabes ocupados por Israel luego de 1967). Como se lee en las citadas Declaraciones de la ONU, y como fue confirmado por la Corte Internacional de Justicia, la autodeterminación comporta el "derecho" de los pueblos sometidos a dominio extranjero a independizarse, a asociarse o integrarse con otro Estado independiente, a elegir libremente el propio régimen político.

Autodeterminación y presencia de fuerzas armadas extranjeras en el territorio de un Estado

Precisar con exactitud el caso previsto por el principio de autodeterminación presenta notables dificultades cuando se trata de territorios en los cuales el Gobierno extranjero, aun estando presente masivamente con las propias fuerzas armadas, se apoya en un Gobierno local del cual tal vez recibió una solicitud de "ayuda" más o menos fraternal. Se podría decir que en este caso —incluso cuando la presencia del Gobierno extranjero no llegue a hacer que el Gobierno local parezca un Gobierno fantoche (v. p. 29)— el principio de autodeterminación se aplica en el sentido de imponer a ambos Gobiernos la cesación de la ocupación extranjera. Modificando parcialmente lo dicho en otro ámbito (v. Conforti, p. 240), consideramos que en este sentido podría interpretarse la práctica de la Asamblea General de la ONU, orientada a condenar, en nombre del principio de autodeterminación, la presencia de la Unión Soviética en Afganistán hasta 1989 y la vietnamita en Camboya (para las referencias a la práctica, *ibidem*, p. 241).

Autodeterminación y descolonización

En lo que respecta a los territorios coloniales, el principio de autodeterminación ha venido adquiriendo el significado que tiene actualmente, o sea, el principio que impone la concesión de la independencia, a través de una práctica que cambió el art. 73 de la Carta de las Naciones Unidas. Este artículo,

en efecto, lejos de prever la independencia de las colonias, se limitaba a solicitar a las potencias coloniales promover el progreso político, económico, social y educativo de las poblaciones sometidas, proteger a estas últimas contra los abusos y favorecer su autogobierno. El art. 73 pareció a algunos incompatible con los citados art. 1, párr. 2 y art. 55 de la Carta, que asignan a la ONU la tarea de desarrollar entre los Estados "relaciones amistosas fundadas en el respeto del principio... de la autodeterminación de los pueblos". En nuestra opinión no existe un problema de compatibilidad, dado que, en la época de la redacción de la Carta, la autodeterminación tenía un significado diferente y más restringido: no era entendida *en sentido positivo*, es decir como obligación de un Gobierno que ocupaba un territorio no propio de dejar que el territorio mismo decidiese acerca del propio destino, sino en *sentido negativo*, o sea, simplemente como obligación sobre todos los Estados de no interferir, mediante amenazas, acciones coercitivas o presiones eficaces, en las elecciones libres, con respecto a gobierno, constitución, leyes, etc., operadas en el ámbito de Estados extranjeros (pueden encontrarse indicios en este sentido también en los trabajos preparatorios de la Carta: cfr. Conforti, p. 240). Entendido de este modo, el principio de autodeterminación venía a coincidir con el de no injerencia en los asuntos de otros Estados (v. p. 292 y ss.).

Siempre a propósito de los territorios coloniales, es necesario también tener en cuenta una regla que se formó en el ámbito de la ONU y que atribuye a la Asamblea General la competencia para decidir, con efectos vinculantes para todos los Estados, acerca de la suerte de los territorios mismos (v. p. 193). La Asamblea debe, sin embargo, conformarse al principio de autodeterminación así como fue entendido más arriba; de lo contrario su decisión es ilegítima e ineficaz. Según lo expresado por la Corte Internacional de Justicia en la citada opinión sobre el Sahara Occidental (CIJ, *Recueil*, 1975, p. 33, párr. 59), la Asamblea puede decidir, si circunstancias "especiales" lo requieren, incluso sin consultar a los habitantes del territorio y siempre que se alcance igualmente el objetivo de respetar su voluntad.

El principio de autodeterminación de los territorios coloniales debe además coordinarse con el principio de la integridad territorial, y la necesidad de la coordinación se impone también a la Asamblea General de la ONU en sus decisiones. Sobre la base del principio de la integridad territorial es necesario tener en cuenta los nexos histórico-geográficos del territorio a descolonizar con un Estado contiguo formado también, quizá precedentemente, por descolonización. La esfera de aplicación de este principio es más bien incierta: todo lo que puede decirse es que el principio de autodeterminación debe cederle el paso sólo cuando la población local no es mayoritariamente indígena sino "importada" desde la madre patria (como, por ejemplo, en el caso de las islas Malvinas o de Gibraltar, sometidas a dominación inglesa). También en este caso debemos preguntarnos en qué sentido y hasta qué punto las pretensiones del Estado contiguo deben ser satisfechas. Según una opinión que parece bien fundada en la práctica de las Naciones Unidas (Iovane), de la combinación de los dos principios no nace la obligación del Estado colonial de transferir el territorio al Estado contiguo, sino la de acordar una solución orientada hacia la descolonización. En el caso de las Malvinas, los acuerdos de Madrid de 1989 y de 1990 entre la Argentina y el Reino Unido —acuerdos que señalaron una suerte de reconciliación entre los dos países luego de la guerra de 1982— han creado por ahora solamente el clima favorable para una definición de los vínculos relativos a estas islas (para el texto de los acuerdos, v. ILM, 1990, p. 1291 y ss.).

Irretroactividad del principio de autodeterminación

Notemos, finalmente, que, a fin de que sea configurable la obligación del Gobierno que ocupa un territorio no propio de permitir su autodeterminación (salvo, obviamente, el caso de los territorios coloniales), es necesario que la ocupación no se remonte más allá de la época en que el principio de autodeterminación se afirmó en su sentido *positivo*, o sea más allá de la segunda posguerra. No puede reconstruirse, en efecto, una voluntad de la comunidad internacional de rever todas las situaciones territoriales que se crearon en épocas anteriores, luego de eventos bélicos o mediante el uso de la fuerza. No puede por lo tanto hablarse, por ejemplo, de un derecho a la autodeterminación de los territorios que fueron objeto de ocupaciones o anexiones luego de la Primera Guerra Mundial. Tampoco podía hablarse (y por los mismos motivos), antes de los acontecimientos que a principios de setiembre de 1991 llevaron a la independencia de Estonia, Letonia y Lituania —los tres países bálticos ocupados por la fuerza y anexados a la Unión Soviética en 1940—, de un derecho de estos países a la autodeterminación. Como se sabe, los Estados bálticos adquirieron la independencia con el consentimiento de la Unión Soviética; su reconstitución concreta una hipótesis de formación de nuevos Estados por secesión (v. p. 157).

Por lo tanto, el derecho internacional general le impone al Estado que gobierna un territorio no propio que permita su autodeterminación. Puede incluso sostenerse, como veremos, que, frente a la violación del principio, los otros Estados deben adoptar sanciones, como el desconocimiento de cualquier efecto extraterritorial de los actos de gobierno emanados en el territorio (v. p. 267). Es considerado lí-

cito además, siempre por el derecho internacional general y siempre de conformidad con una práctica desarrollada por obra de las Naciones Unidas, el apoyo a los movimientos de liberación nacional. Pero, establecido todo esto, ¿puede hablarse de un verdadero derecho subjetivo internacional a la autodeterminación de los pueblos sometidos a dominación extranjera? En realidad, también en este caso, e incluso con mayor evidencia que respecto de las normas correspondientes a los individuos, las relaciones de derecho internacional se verifican de manera exclusiva entre los Estados. Es con respecto a todos los Estados o, como se dice, a la comunidad internacional en su conjunto, que subsiste la obligación del Gobierno extranjero de permitir la autodeterminación; es con respecto a la comunidad internacional que los Estados tienen la obligación de negar eficacia extraterritorial a los actos de gobierno cumplidos en el territorio dominado; es en las relaciones entre el Estado que gobierna el territorio y los otros Estados que el apoyo a los movimientos de liberación no puede ser considerado ilícito. Nos parece arriesgado, en cambio, construir relaciones jurídicas internacionales entre el pueblo que lucha para liberarse y el Gobierno extranjero que lo oprime.

Movimientos y guerras de liberación nacional

No puede invocarse, en cambio, la así llamada naturaleza internacional de las guerras de liberación, siempre que con esto no se quiera insistir en el hecho de que las luchas de los pueblos para la autodeterminación conciernen al derecho internacional con las limitaciones antedichas, sino sostener que se apliquen *automáticamente* las normas consuetudinarias del derecho internacional bélico, válidas para la guerra entre Estados, a estas luchas, cuando sean armadas. Esta tesis fue, en efecto, defendida repetidas veces en sede de las Naciones Unidas y fue también recogida en algunas resoluciones no unánimes de la Asamblea de la ONU (las resoluciones de la Asamblea no tienen, en sí, fuerza vinculante: v. p. 192); sin embargo, la tesis mencionada encontró siempre oposición en el grupo de países occidentales. Se trata, por lo tanto, de una tesis cuyo valor político y moral difícilmente pueda desconocerse (la aplicación de las normas internacionales de derecho bélico contribuiría tanto a dar mayor relieve a los movimientos de liberación como a humanizar el conflicto), pero, por no contar con el consenso de la generalidad de los Estados, no corresponde al derecho vigente.

Tampoco se le da mayor importancia a los resultados de la Conferencia sobre el Derecho Humanitario en los conflictos armados, que se llevó a cabo en Ginebra entre 1974 y 1977 para integrar las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 sobre la protección, respectivamente, de los heridos y de los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas navales, de los prisioneros de guerra y de los civiles en tiempo de guerra (sobre la Conferencia v. *The New Humanitarian Law of Armed Conflicts*, a cargo de A. Cassese, Nápoles, 1979, vol. I y II). De acuerdo con el I Protocolo surgido de la Conferencia y abierto a la ratificación de todos los Estados, las normas contenidas en el Protocolo mismo como así también en las citadas Convenciones, que son aplicables en caso de guerra entre las Partes contratantes, se extienden a los conflictos armados "en los cuales los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a la autodeterminación..." (art. 1, párr. 4); esta extensión está condicionada, en primer lugar, a la circunstancia de que el Gobierno colonial, ocupante o racista, ratifique el Protocolo, transformándose en parte contratante del mismo y, en segundo lugar, a una "declaración unilateral" por parte de la "Autoridad representante del pueblo en lucha" (art. 96, párr. 3) por la cual ésta se obligue a respetar, a su vez, las Convenciones y el Protocolo. Claro que el hecho de que se verifique la primera condición es totalmente improbable y hace ocioso, por lo tanto, el argumento del significado de dicha extensión desde el punto de vista jurídico-formal. Debe ponerse en evidencia, de todos modos, que a la "Autoridad representante del pueblo" no se le atribuye la función de parte contratante (aunque la capacidad de celebrar acuerdos sea un rasgo característico de la subjetividad internacional) y que esto se explica, una vez más, por la oposición de los países occidentales, manifestada también en el seno de la Conferencia, contra la automática equiparación de las guerras de liberación a las guerras internacionales. Así las cosas, sería siempre difícil sostener que, incluso en el caso de que debieran verificarse las condiciones para aplicar las normas de Ginebra a una guerra de liberación, entre el pueblo que lucha y el Gobierno opresor se instauren verdaderas relaciones de derecho internacional convencional; debería decirse, más bien, que el Gobierno resultaría obligado a respetar dichas normas sólo respecto de los demás Estados contratantes, y que la declaración de aceptación por parte de los representantes del pueblo en lucha, o sea el compromiso a la reciprocidad, constituiría una condición para que surja dicha obligación.

Debemos al menos advertir que lo sostenido hasta aquí prescinde de la hipótesis de que un movimiento de liberación nacional logre controlar efecti-

vamente una parte del territorio, hipótesis en la cual su subjetividad a título de Gobierno insurreccional está fuera de discusión, tanto en el derecho bélico como en el derecho internacional de paz (v. p. 33 y ss.).

* * *

Hasta aquí hemos considerado los entes *sometidos* al poder de gobierno de los Estados, excluyéndoles la subjetividad internacional. Queda ahora por preguntarse si son sujetos de derecho internacional ciertos entes que operan en el ámbito de la comunidad internacional *junto* a los Estados, en posición de independencia respecto de éstos.

Organizaciones internacionales

No obstante las dudas que aún manifiesta una parte de la doctrina, y modificando opiniones expresadas por nosotros en el pasado, consideramos que no se puede negar plena personalidad a las organizaciones internacionales, o sea, a las asociaciones entre Estados, dotadas de órganos que persiguen intereses comunes (ONU, organismos especializados de las Naciones Unidas, Comunidades Europeas, etc.). La personalidad de las organizaciones, como sujetos diferentes de los Estados miembros, ya es un dato indiscutible de la práctica internacional de hoy en día, en particular, aunque no exclusivamente, en lo que respecta a los acuerdos que celebran estas organizaciones, en los distintos ámbitos ligados con su actividad (v. p. 116 y ss.): se considera que estos acuerdos producen derechos y obligaciones *propios* de las organizaciones, quedando sin efecto en la esfera jurídica de los Estados miembros. Es sintomático al respecto que, cuando un Estado no miembro no entiende celebrar un acuerdo sólo con la organización sino que quiere involucrar también a los Estados miembros, es frecuente solicitar la directa participación de estos últimos en el acto. Sintomáticas son también aquellas disposiciones contenidas en algunos tratados constitutivos de organizaciones, como el art. 228 del Tratado CE (v. p. 225), según el cual los acuerdos celebrados por la organización vinculan también a los Estados miembros; no habría necesidad de disposiciones de este tipo si la regla general no fuese la contraria.

La personalidad de todas las organizaciones internacionales fue afirmada rotundamente por la Corte Internacional de Justicia en la

opinión del 20-12-1980 sobre la interpretación del acuerdo del 25-3-1951 entre la Organización Mundial de la Salud y Egipto (CIJ, *Recueil*, 1980, p. 89 y ss., párr. 37). "La organización internacional —se lee en la opinión— es un sujeto de derecho internacional, vinculado, en cuanto tal, por todas las obligaciones que se derivan de las reglas generales del derecho internacional, de su tratado constitutivo y de los acuerdos de los cuales forma parte". Debe notarse, por otra parte, que la mayoría de las obligaciones que normalmente pesan sobre los Estados presuponen el gobierno de una comunidad territorial y, por lo tanto, se aplican poco a entes que, como las organizaciones internacionales, no ejercen ese gobierno, o lo ejercen en casos totalmente excepcionales (como sucedió, por ejemplo, en el caso de la ONU en Nueva Guinea Occidental entre los años 1962-1963).

Personalidad interna de las organizaciones internacionales

No debe confundirse la personalidad internacional de las organizaciones internacionales con su personalidad en el derecho interno. Si una organización internacional adquiere inmuebles y contrae obligaciones en un Estado, el ordenamiento jurídico de ese Estado deberá establecer dentro de qué límites ésta tiene capacidad para hacerlo. Normalmente los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales prevén la obligación de los Estados miembros de reconocer su capacidad jurídica en sus respectivos ordenamientos, y a menudo también dictan normas tanto con respecto al contenido y a los límites de tal capacidad (y de la consiguiente capacidad de actuar) como a los órganos competentes para representar a la organización en las relaciones de derecho interno: por ejemplo, el art. 104 de la Carta de las Naciones Unidas establece que la ONU "goza, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones y para la obtención de sus fines"; el art. 211 del Tratado CE prevé que en cada Estado miembro la Comunidad tiene "la más amplia capacidad jurídica reconocida a las personas jurídicas por las legislaciones nacionales", en particular, que ésta puede "adquirir o enajenar bienes inmuebles y presentarse a juicio", y que a tal fin está "representada por la Comisión", etc. Es claro que normas de este tipo son aplicables en caso de que se presente un problema relativo a la capacidad jurídica de la organización en el ámbito de un Estado miembro; si, en cambio, el problema surge en un tercer Estado no vinculado por el tratado constitutivo, será necesario referirse a las normas que en el ordenamiento de ese Estado regulan la capacidad jurídica de los entes colectivos extranjeros, y sólo se podrá hacer referencia al derecho in-

ternacional si, eventualmente, son aplicables normas de derecho internacional general a la relación concreta que se debe regular. Sobre esta materia v. *Conforti*, en RDI, 1964, p. 566 y ss. y en RDIPP, 1970, p. 229 y ss.

Un problema muy importante que puede presentarse con respecto a la personalidad jurídica interna de las organizaciones internacionales es el de la eventual responsabilidad solidaria de los Estados miembros por las obligaciones contraídas por los órganos de la organización en la persecución de los fines estatutarios. El problema es evidentemente diferente del mencionado más arriba, que consiste en preguntarse si los acuerdos *internacionales* celebrados por la organización vinculan o no a los Estados miembros, y su solución no puede, por lo tanto, ser deducida de las normas que regulan esta segunda cuestión. Se trata en este caso de un problema que debe resolverse a la luz de las normas, internacionales o internas, sobre la capacidad de derecho interno. Dos interesantes sentencias, una de la Cámara de los Lores del 26-10-1989 (caso *J.H. Rayner Ltd* v. *Department of Trade*, en el ILR, vol. 81, p. 679 y ss. y p. 714 y ss.) y la otra del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional del 5-3-1984 (ILR, vol. 80, p. 612 y ss.) se ocupan del tema: en el primer caso se trataba de decidir si los Estados miembros de la Organización Internacional del Estaño, creada para estabilizar los precios de esta materia prima (v. p. 314 y ss.), debían responder por las deudas contraídas por la Organización que ésta no estaba en condiciones de pagar; en el segundo caso, se presentaba la misma duda con respecto a la Organización para la Industrialización Árabe, creada por algunos Estados árabes para el desarrollo de la industria de las armas y luego puesta en liquidación. Ambas sentencias se apoyan en la tesis de que la existencia de una norma interna sobre la capacidad jurídica de una organización internacional, contenida en su tratado constitutivo, no es decisiva para negar la responsabilidad subsidiaria de los Estados miembros, dado que la absoluta limitación de responsabilidad no es consecuencia necesaria de la personalidad. Pero, mientras que la sentencia inglesa considera que no hay normas internacionales aplicables y decide el caso a la luz del propio ordenamiento, llegando a excluir la responsabilidad de los Estados miembros, la segunda considera que, dada la omisión del tema en el tratado constitutivo, la responsabilidad subsiste sobre la base de un principio general de derecho (como veremos, los principios generales de derecho constituyen una categoría de normas de derecho internacional general: v. p. 60 y ss.), precisamente del principio según el cual "quien se compromete en asuntos de naturaleza económica debe responder por las obligaciones que de ellos deriven". Nos parece que debe preferirse el resultado al cual llega la segunda sentencia cuando se trata —como en el caso de los dos entes de los cuales se ocupaban estas sentencias— de organizaciones internacionales que, dado el número restringido de sus miembros y la naturaleza de la actividad desarrollada, se limitan a perseguir los intereses, o la suma de los intereses, de los Estados que forman parte de ellas y no fines totalmente autónomos y superiores: no se escapa en este caso del principio *cuius commoda, eius incommoda*. Es necesario, sin embargo, ser cautos antes de concluir que la limitación de responsabilidad no deriva de la norma del tratado constitutivo que prevé la capacidad interna de la organización. Parece, por ejemplo, que una fórmula como la utilizada por el citado art. 211 del Tratado CE ("*la más amplia* capacidad jurídica reconocida por las legislaciones nacionales") tiende, justamente, a la limitación.

Iglesia Católica

Otro ente totalmente independiente de los Estados, pero activo en el ámbito de la comunidad internacional, es la Iglesia Católica. Incluso en el período entre 1870 y 1929, en el cual desapareció todo su dominio territorial, siempre se le reconoció por tradición personalidad internacional a la Iglesia Católica. La personalidad de la Iglesia se concreta no sólo en el poder de celebrar tratados internacionales (entre los cuales se encuentran, según la opinión más difundida, los mismos *Concordatos*), sino también, dada la existencia del Estado de la Ciudad del Vaticano, en todas las situaciones jurídicas que presuponen el gobierno de una comunidad territorial.

Con la Iglesia Católica y las organizaciones internacionales, la lista de los sujetos internacionales puede considerarse cerrada.

Orden de Malta

Una parte de la doctrina italiana, seguida por la jurisprudencia de Italia, reconoce la calidad de sujeto internacional también a la Soberana Orden Militar de Malta, orden religiosa dependiente de la Santa Sede. En efecto, la Orden tiene como único nexo con la comunidad internacional el hecho de haber "gobernado" un tiempo en Rodas y luego, hasta fines del siglo XVIII, en Malta. Hoy está dedicada a obras de asistencia, función sumamente noble, pero que no justifica la posesión de personalidad internacional, la que normalmente se le excluye incluso a la Cruz Roja Internacional. La atribución de la personalidad a la Orden de Malta no haría mal a nadie si, siempre en el caso de Italia, no diese lugar a la justificación para reconocerle a la Orden todas las inmunidades que, como veremos, corresponden a los Estados extranjeros y a sus órganos (v. p. 287 y ss. y 292 y ss.). Sobre todo, se le ha permitido a la Orden sustraerse al Fisco, en relación con los bienes poseídos

en Italia (incluidas las propiedades agrícolas), como así también a la jurisdicción civil italiana en las controversias relativas a las relaciones con sus empleados, con el consiguiente avasallamiento, en este último caso, de derechos individuales constitucionalmente garantizados. Se notó cierta inversión de tendencia en tiempos recientes, con dos sentencias del Tribunal de Casación en Sesiones Unidas (sent. n. 960 del 18-2-1989, en FI, 1989, I, col. 667 y ss., y sent. n. 3374 del 19-7-1989, *idem*, 1990, I, col. 2597 y ss.), sentencias que llegan a afirmar, con todo, la jurisdicción italiana en materia de relaciones de trabajo con la Orden a través de varias argumentaciones, no todas aceptables, pero que no reniegan de la tesis de la personalidad internacional de la Orden. Debe de todos modos esperarse que esta tesis se abandone definitivamente y que cualquier problema se resuelva de raíz, de la manera jurídicamente más correcta. [La Corte Suprema de Justicia de Argentina, en un reciente caso concerniente a un sumario donde se investiga la presunta comisión del delito de contrabando o eventualmente de una infracción aduanera, contra el Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la Soberana Orden de Malta acreditado ante el Gobierno argentino, sostuvo la aplicación del artículo 24, inc. 1°, último parágrafo del Decreto-ley 1285/58 a los efectos de requerir la conformidad del demandado para ser éste sometido a juicio por ante los tribunales nacionales. (Radziwill, Carlos s/causa N° 9439, Corte Suprema de Justicia de la Nación: R. 96. XXIV. Originario Penal, 13 de mayo de 1993.) La Corte en su sentencia confunde inmunidad y franquicias diplomáticas con inmunidad de jurisdicción del Estado. Sobre el particular debe recordarse que Argentina reconoció a la Soberana Orden de Malta como "entidad internacional independiente" y estableció relaciones diplomáticas por Decreto N° 26.588/48. Este hecho no implica el reconocimiento de la Orden como un Estado, ni mucho menos conceder a sus representantes diplomáticos idénticos privilegios e inmunidades que a los representantes diplomáticos de los Estados, regulados en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.]

Primera parte

La formación de las normas internacionales

IV. El derecho internacional general. La costumbre y sus elementos constitutivos

Las normas de derecho internacional general, es decir, las normas que vinculan *a todos* los Estados, tienen, como ya se dijo, naturaleza consuetudinaria. Comenzamos, por tanto, a preguntarnos qué debe entenderse por costumbre internacional, reservándonos para más adelante considerar si existen, además de ella, otras fuentes de normas generales.

La noción de costumbre en el derecho internacional no difiere de la noción de costumbre elaborada por la teoría general del derecho y utilizada también en el derecho interno. De conformidad con esa noción, se considera que la costumbre internacional está constituida por un comportamiento constante y uniforme de los Estados, es decir, por la repetición de un determinado comportamiento, acompañada por la convicción de la obligatoriedad de ese mismo comportamiento.

Elementos de la costumbre

Por lo tanto, son dos los elementos que caracterizan a esta fuente: la *diuturnitas* (o mejor, la *praxis*) y la *opinio iuris sive necessitatis*. Una concepción de este tipo, llamada dualista, no tuvo, sin embargo, unanimidad de consenso en la doctrina. Se sostuvo, por otra parte, que la costumbre estaría constituida solamente por la *praxis*, ya que si se admitiera la necesidad de la *opinio iuris*, se llegaría inevitablemente a considerarla nacida de un error. Se dice que si en el momento en que se va formando la norma, el Estado cree que determinado comportamiento es obligatorio, es decir, requerido por el

derecho, mientras que en realidad el derecho no existe, porque se halla en formación, es evidente que el Estado está en un error. La *opinio iuris* no sería, por lo tanto, uno de los elementos constitutivos de la costumbre, sino más bien el efecto psicológico de la existencia de la norma, presuponiendo por lo tanto que ésta ya se ha formado.

La crítica a la concepción dualista de la costumbre tiene el defecto de fundarse principalmente en argumentos lógicos. Si bien desde un punto de vista abstracto dichos argumentos pueden también resultar convincentes, nos parece determinante en sentido contrario la observación de la práctica internacional.

Si se examina la práctica de los Tribunales internacionales, se puede confirmar la tesis según la cual ambos elementos deben ponerse de relieve en la delicada obra de reconstrucción de la costumbre internacional. Esta orientación ha sido retomada por la Corte Internacional de Justicia en la sentencia del 20-2-1969 sobre la cuestión de la delimitación de la plataforma continental en el Mar del Norte (CIJ, *Recueil*, 1969, párrafo 76-78), como así también en las sucesivas sentencias del 3-6-1985 por la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Malta (CIJ, *Recueil*, 1985, párrafo 17) y del 27-6-1986 sobre las actividades militares y paramilitares contra Nicaragua (*idem*, 1986, párrafo 186-186). También la jurisprudencia interna es favorable al reconocimiento de ambos elementos (cfr. *Conforti, Cours général*, p. 64 y ss.). Paralelamente a la práctica jurisprudencial, los Estados siempre se pronunciaron en el sentido de que la *opinio iuris* era indispensable para la existencia de la costumbre. Es sintomático al respecto el hecho de que, para evitar que la *praxis* de por sí cree derecho, muy a menudo los Estados se apuran a declarar que un cierto comportamiento que ellos entienden mantener está dictado por meras razones de cortesía, o bien que no puede ser considerado capaz de "crear un precedente" a los fines de la formación de una norma consuetudinaria o de la abrogación de una norma preexistente (*desuetudo*).

Costumbre y normas de cortesía

Por otra parte, es necesario no sobrevalorar la objeción según la cual, si se admitiera la *opinio iuris*, la costumbre se basaría sobre el error. En realidad se habla y se habló siempre de *opinio iuris ac necessitatis*. La obligatoriedad se confunde así con la necesidad, es decir, con la obligación social. Al menos en el momento inicial de formación de la costumbre, el comportamiento no se siente tan debido *jurídica* como *socialmente*. Debe también observarse que, si no se insistiese sobre la *opinio iuris ac necessitatis*, faltaría la posibilidad de distinguir entre el mero "uso", determinado, por ejemplo, por motivos de cortesía, de ceremonial, y la costumbre, productora de normas jurídicas. Se ha objetado a esto que la distinción se basaría sobre otros elementos, más precisamente sobre el hecho de que el mero uso consistiría en asuntos *poco importantes* desde el punto de vista social, incapaces como tales de producir normas jurídicas. Pero se puede objetar también que ciertos usos dictados por motivos de cortesía —por ejemplo, el uso de extender la esfera de las inmunidades diplomáticas— no reviste absolutamente dicha característica y, si no se concretan en costumbres jurídicas, se debe justa y solamente a la circunstancia de que los Estados no están convencidos de su obligatoriedad.

Este punto se encuentra tratado en la sentencia del Tribunal de Casación Penal, Secciones reunidas, 28-5-1955, en *Giur. It.*, 1955, II, 367, que niega la existencia de una norma de derecho internacional general que extienda las inmunidades diplomáticas al personal de servicio de las embajadas. La Corte observa: "... no puede desconocerse, ciertamente, la existencia de una costumbre internacional por la cual se acuerda la inmunidad de jurisdicción incluso a las personas del séquito no oficial y a la familia del diplomático, incluido el personal doméstico, aunque sólo sea a título de mera cortesía. Por otra parte, si se determina el contenido de esta norma consuetudinaria con el rigor necesario dada la falta de una correspondiente *opinio necessitatis*, resulta útil señalar que de ningún modo existe una subyacente obligación internacional de los Estados de observar esta norma incondicionalmente y en cualquier caso". La sentencia examina luego algunas prácticas en las cuales queda de manifiesto lo anterior. En cuanto a la jurisprudencia extranjera, y siempre en el tema de la extensión de las inmunidades diplomáticas al personal de servicio de los diplomáticos cfr., por ejemplo, la sentencia de la Corte Administrativa Federal de la República Federal Alemana 22-1-1971 (en ILR, vol. 70, p. 402) y de la Corte Suprema austríaca del 28-4-71 (*idem*, vol. 71, p. 550).

Costumbre y práctica convencional

La existencia o no de la *opinio iuris ac necessitatis* es el único criterio utilizable para verificar la existencia de una norma consuetudinaria a partir de la práctica convencional. Si se examina una vez más la jurisprudencia interna, se verá que los tratados constituyen uno de los puntos de referencia más utilizados en la reconstrucción de una norma internacional consuetudinaria. Pero los tratados pueden ser interpretados ya sea como confirmación de normas consuetudinarias existentes, o como creación de nuevas normas, limitadas sólo a las relaciones entre los Estados contratantes; en este sentido sólo una indagación sobre la *opinio iuris ac necessitatis*, sólo la investigación orientada a establecer si los Estados contratantes han entendido el vínculo contractual en el primer o en el segundo sentido puede permitir o excluir la utilización de toda una serie de tratados como prueba de la existencia de una norma consuetudinaria.

No puede extraerse un principio consuetudinario de una práctica convencional, aunque sea constante y repetida en el tiempo, cuando es claro que dicho principio es fruto de las concesiones que hacen parte de los Estados contratantes con el único fin de obtener otras concesiones, tal vez con respecto a relaciones diferentes. Es así como, por ejemplo, el Tribunal Irán-Estados Unidos (*Irán-US Claims Tribunal*), instituido por los acuerdos de Argel del 19-1-1981 para entender en los recursos presentados por los ciudadanos respectivos debido a las medidas tomadas en cuanto a sus bienes, se negó a deducir de la práctica de los llamados *lump-sum agreements* el principio de "indemnización parcial", aplicable a la expropiación y a la nacionalización de los bienes extranjeros. Los *lump-sum agreements* son acuerdos, bastante frecuentes en la práctica, mediante los cuales el Estado nacional de los sujetos cuyos bienes han sido expropiados o nacionalizados en el extranjero acepta del Estado expropiante o nacionalizante una suma global, generalmente inferior a la que debería corresponder si la indemnización cubriese el valor total de los bienes (v. p. 276). Según el Tribunal Irán-Estados Unidos, los *lump-sum agreements* serían de hecho fruto de negociaciones (*bargain*) y, por lo tanto, no resultarían un indicativo de la existencia de norma alguna de derecho internacional general. Para los datos relevantes, cfr. Pellompäa y Fitzmaurice en NYIL, 1988, p. 108 y ss.

Transformación del derecho consuetudinario

Finalmente, el elemento de la *opinio iuris ac necessitatis* sirve para distinguir el comportamiento del Estado tendiente a modificar el derecho consuetudinario preexistente —es decir, el comportamiento que tiende a modificar o a abrogar una determinada costumbre a través de la formación de una costumbre nueva o simplemente de un *"desuetudo"*— del comportamiento que constituye, en cambio, un mero ilícito internacional. El tema es sumamente importante y puede ligarse al vivo debate doctrinario que se desarrolló en Estados Unidos (cfr. AJIL, 1986, p. 913 y ss. y 1987, p. 371 y ss.), originado por algunos casos de jurisprudencia en los cuales se había presentado, entre otros, el problema de si las Cortes estadounidenses podían censurar la eventual violación de normas del derecho internacional consuetudinario por parte del Gobierno. Si el Ejecutivo, y en particular el Presidente de Estados Unidos —se dijo— no son libres de violar el derecho consuetudinario, ¿esto no significa excluirlos, precisamente, del proceso de transformación del derecho consuetudinario, dado que dicho proceso parte, justamente, de un comportamiento que sólo puede ser ilícito a la luz del derecho existente y en el momento inicial de formación de la nueva norma? La pregunta tuvo varias respuestas: algunos autores fueron contrarios a atribuir un "poder de violación" al Ejecutivo y otros, partidarios; otros incluso se mostraron propensos a requerir "una autorización para violar" por parte del Congreso. En nuestra opinión, el problema se resuelve si se tiene presente, en este caso, que el procedimiento de formación del derecho consuetudinario necesita de la *opinio iuris ac necessitatis*, es más, de la *opinio necessitatis*. Es claro, por lo tanto, que el Ejecutivo puede violar el derecho consuetudinario si demuestra (y si lo reconoce la Corte eventualmente llamada a censurar su actuación) que dicha violación está basada en la convicción de su deber social.

* * *

Tiempo de formación de la costumbre

En lo que respecta al elemento de la *diuturnitas* (continuidad en el tiempo), debe advertirse que el problema del *tiempo de formación* de la costumbre no se presta a soluciones precisas y unívocas. Si es necesario que transcurra cierto tiempo para que se forme la norma, y si

es cierto que ciertas normas consuetudinarias —por ejemplo, y como veremos, las normas sobre la soberanía territorial y sus corolarios— tienen carácter plurisecular, también es cierto que ciertas normas se han consolidado en pocos años —por ejemplo, la norma que somete la plataforma continental al poder del Estado ribereño. En realidad, el tiempo puede ser tanto más breve cuanto más *difundido* esté un determinado comportamiento entre los miembros de la comunidad internacional. Sin embargo, la persistencia en el tiempo sigue siendo un factor ineliminable, ya que las "costumbres instantáneas", de las cuales incluso llegan a hablar algunos, no sólo son una contradicción en los términos, sino también un fenómeno que en nuestra opinión no puede generar normas jurídicas, debido a la falta del carácter de *estabilidad* que está ínsito en el derecho no escrito.

Actos del Estado que forman costumbre

¿Cuáles son los órganos del Estado que concurren en el procedimiento de formación de la norma consuetudinaria?

Se reconoce generalmente que pueden participar en él todos los órganos estatales, no solamente los órganos que detentan el poder exterior. A la formación de la costumbre pueden concurrir, por lo tanto, no sólo actos "externos" de los Estados (tratados, notas diplomáticas, comportamientos en los organismos internacionales) sino también actos "internos" (leyes, sentencias, actos administrativos). No existe ningún orden de prioridad entre todos estos actos, sino que uno u otro reviste, en cada caso, una importancia mayor según el contenido de la norma consuetudinaria de que se trate.

Papel de la jurisprudencia interna en la formación de la costumbre

La jurisprudencia interna desempeña un papel decisivo en la formación de ciertas normas consuetudinarias, precisamente de aquellas destinadas a recibir mayor aplicación internamente en el Estado. Pensemos en el campo de las inmunidades de los Estados extranjeros con respecto a la jurisdicción civil (v. p. 292 y ss.) o de las inmunidades de los agentes diplomáticos (v. p. 287 y ss.) Como veremos, la norma actual sobre la inmunidad de los Estados con respecto a la jurisdicción civil, que prohíbe el ejercicio de jurisdicción respecto de los actos de naturaleza pública pero lo admite respecto de los de naturaleza privada, ha ido formándose a partir de la Primera Guerra Mundial por obra, precisamente, de la jurisprudencia de varios países y bajo el influjo inicial de la jurisprudencia ítalo-belga, derogando así una vieja costumbre, expresada con el lema *par in parem non habet iudicium*, que sancionaba, en cambio, la inmunidad absoluta de los Estados extranjeros. Ahora, la misma jurisprudencia está elaborando nuevas normas para regular un aspecto en particular de la inmunidad de los Estados, el de las relaciones de trabajo con Estados extranjeros (v. p. 298 y ss.). Además, en cuanto a las causas de nulidad o de terminación de los tratados (v. p. 171 y ss.) la jurisprudencia que debe aplicarlos puede contribuir a la evolución del derecho consuetudinario. Por cierto, una función de este tipo es desarrollada con especial autoridad por las Cortes Supremas. Aun cuando procedan en defensa de los valores formalmente protegidos por los ordenamientos internos pero susceptibles de ser aceptados también a nivel internacional, para ser difundidos en la mayoría de los países, las Cortes Supremas pueden tener una influencia decisiva en la creación de derecho consuetudinario; y su tarea frente a costumbres antiguas que se oponen a valores constitucionales fundamentales y difundidos es promover, aunque con cautela, la revisión de tales normas consuetudinarias.

Aplicabilidad de la costumbre a los Estados nuevos

Como se dijo, la costumbre crea derecho general y como tal se impone a todos los Estados, hayan o no participado en su formación. Según lo que comúnmente se enseña, las normas consuetudinarias se imponen también a los Estados de reciente formación. Sin embargo, este principio ha sido puesto en discusión por el numeroso grupo de Estados nuevos surgidos del proceso de descolonización (¡que son la mayoría de los miembros actuales de la comunidad internacional!). El viejo derecho internacional consuetudinario —dicen ellos— se formó en la época colonial, respondiendo a exigencias y a intereses totalmente diferentes de los de nuestro tiempo; no puede pretender, por lo tanto, vincular a un Estado que nazca hoy, con exigencias e intereses opuestos. De aquí la pretensión de los nuevos Estados de respetar so-

lamente aquellas normas consuetudinarias preexistentes "aceptadas" libremente por ellos, y además, como es obvio, contribuir junto a los otros Estados en la formación de nuevas normas.

Mientras que ciertas normas consuetudinarias preexistentes —por ejemplo, la de la soberanía territorial (v. p. 261 y ss.)— no se ponen ni siquiera mínimamente en discusión, la objeción afecta a aspectos íntegros del derecho no escrito, como, por ejemplo, el del llamado derecho internacional económico, en especial las normas internacionales para el tratamiento de los intereses *económicos* de los extranjeros, y el derecho internacional del mar, en particular el régimen de los *recursos marinos*. ¿Es aceptable este tipo de objeción que, por otra parte, encuentra precedentes en actitudes pasadas de los países socialistas, sobre todo de la Unión Soviética luego de la Primera Guerra Mundial, cuando rechazó el derecho internacional consuetudinario por ser "capitalista"? ¿Dentro de qué límites deben tenerla en cuenta quienes tienen que aplicar una norma internacional consuetudinaria, por ejemplo, el juez nacional que debe establecer si se aplican o no a una nave de bandera de un Estado de reciente independencia las tradicionales normas no escritas relativas al mar territorial, a la jurisdicción de las naves extranjeras en puerto, etc.?

Aplicabilidad de la costumbre al objetor persistente

Nos parece que la respuesta a estas preguntas, y más generalmente, al problema del "rechazo" de una norma consuetudinaria por parte de algún Estado, es la siguiente: debe considerarse irrelevante la objeción, aislada o repetida, de *un solo Estado* (llamado *persistent objector*); y, más aún, tampoco es necesario probar la aceptación de la norma consuetudinaria por parte del Estado con respecto al cual se la invoca. Si esta prueba fuera necesaria, la costumbre debería configurarse como acuerdo tácito, como de hecho la configura una parte de la doctrina. Pero de este modo se negaría la idea misma de un derecho internacional general y común a varios sujetos internacionales, idea vigente en el ámbito de la comunidad internacional. En cambio, no puede ignorarse la objeción cuando proviene de un grupo de países: se decía en una época todavía reciente que era relevante cualquier objeción proveniente del grupo de los países industrializados de Occidente, o bien de los países socialistas, o bien de los países en vías de desarrollo. La disgregación del grupo socialista

—y la consecuente inserción de sus miembros en el grupo de los países industrializados o en el de los países en vías de desarrollo— simplifica las cosas (aunque, como es obvio, pueden formarse distintos grupos y asociaciones de Estados para ciertas cuestiones particulares). Pero es cierto que, cuando una norma recibe una firme y repetida objeción por gran parte de los Estados pertenecientes a un determinado grupo, dicha norma no sólo no puede oponerse a aquellos que la objetan, sino que tampoco debe considerarse que existe como norma consuetudinaria. Antes de llegar a la conclusión de que un determinado ámbito no está regulado, o ya no está regulado por normas consuetudinarias, el intérprete debe esforzarse en tratar de encontrar un mínimo común denominador en la actitud de los Estados, a fin de reconstruir principios tal vez generalísimos. Como veremos, una síntesis de este tipo no debe excluirse tampoco en los ámbitos más controvertidos, como aquellos del tratamiento de los intereses económicos extranjeros y del derecho del mar.

Costumbre y resoluciones de las Naciones Unidas

Quizá sea oportuno señalar desde ahora que los países en vías de desarrollo, aunque objetan el derecho no escrito "colonialista", en lo que hace a la reconstrucción del derecho general actual tienden a sobrevalorar la importancia de toda una serie de resoluciones (recomendaciones) de las organizaciones internacionales de carácter universal, particularmente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, órgano del cual detentan la mayoría. A este respecto, no es raro oír, tanto en la doctrina como en la práctica, que estamos frente a un verdadero derecho internacional general, o inclusive que el procedimiento clásico de formación de la costumbre fue sustituido por un procedimiento "cuasi legislativo", centrado en las Naciones Unidas (Abi-Saab). Esta opinión debe rechazarse. Como tendremos oportunidad de ver, dichas resoluciones no tienen formalmente fuerza vinculante, y por cierto que las normas contenidas en ellas sólo pueden adquirir una fuerza tal si son transformadas en costumbre internacional, o sea, si son confirmadas por la *diuturnitas* y por la *opinio iuris*, o bien si son transfundidas a convenciones internacionales. Por otra parte, como también tendremos oportunidad de ver, no está excluido que de las recomendaciones internacionales puedan derivarse algunos efectos jurídicos, que no implican la obligatorie-

dad del comportamiento recomendado. Se dice que las resoluciones de las organizaciones internacionales pertenecen al "derecho blando" (*soft law*), término sumamente ambiguo e impreciso, con el cual por otra parte se mantiene a salvo su característica de base, o sea, su no obligatoriedad.

* * *

Si bien se excluye que la costumbre deba configurarse como acuerdo tácito, puede compartirse la idea según la cual el derecho no escrito es un derecho de formación "espontánea" (Giuliano, Ago, Barile). Esta expresión se usa sobre todo para destacar que el derecho no escrito deriva de una verdadera fuente en sentido formal; y también esto puede compartirse. Sin embargo, no hay que exagerar con la espontaneidad y decir, como dice algún autor, que el derecho no escrito nace de manera inconsciente e impensada, o que vive en la "conciencia" de los miembros de la comunidad internacional o, más aún, que el intérprete sólo estaría en condiciones de sacarlo a luz ensimismando la propia conciencia con la de la comunidad internacional. Estas son afirmaciones bastante misteriosas, que proceden de una visión romántica del derecho y que pueden llegar a compartirse sólo si entienden que la costumbre nace de la *diuturnitas* y de la *opinio iuris*. En otros términos, basta no olvidar que el comportamiento uniforme sobre el que se basa la costumbre internacional no está constituido por material difuso (como tampoco lo está en la costumbre de derecho interno), sino más bien por actos de los Estados precisos y claramente individualizables, como los tratados, las leyes, las sentencias, etc.

* * *

Costumbres particulares

Además de las normas consuetudinarias *generales*, de las cuales se habló hasta aquí, se afirma generalmente la existencia de costumbres *particulares*, es decir, que vinculan a un grupo restringido de Estados; el ejemplo clásico en la materia está constituido por las costumbres regionales o locales (de las cuales se habla, por ejemplo, con respecto a ciertas normas que se formaron entre los Estados de América Latina).

Debe admitirse, por cierto, la figura de la costumbre particular. Su aplicación más relevante está dada, no tanto por las normas de

carácter regional, sino por el derecho no escrito que puede formarse como modificación o abrogación de las normas establecidas por un determinado tratado: en otros términos, es posible, y se verifica en los hechos, sobre todo en el caso de tratados constitutivos de organizaciones internacionales, que las partes contratantes (y los órganos de la organización) den vida a una práctica que modifique las normas pactadas en su momento. La capacidad de las normas consuetudinarias así formadas de modificar o incluso abrogar los tratados puede suscitar reservas sólo cuando se trate de organizaciones internacionales que comprenden un órgano jurisdiccional destinado a velar por el respeto del tratado constitutivo, como es el caso de las Comunidades Europeas.

Tanto la costumbre particular como la general son por *definición* un fenómeno de grupo, como tal *no descomponible* en relación a cada Estado. En otros términos, la costumbre regional, o la que se forma como modificación de un tratado, resulta siempre de los comportamientos en el seno de un grupo de Estados (los Estados de una cierta área geográfica, las Partes contratantes del tratado), sin que sea necesario indagar o probar que *cada* Estado perteneciente al grupo haya contribuido efectivamente a formarla. No nos parece, en cambio, que se pueda homologar a la figura de costumbre particular el caso de una uniformidad de comportamientos entre un cierto número de Estados no ligados por tratados o por vínculos geográficos o de otra naturaleza. Es mejor hablar, en estos casos, de reciprocidad.

* * *

Aplicación analógica del derecho consuetudinario

Las normas consuetudinarias generales son susceptibles de aplicación analógica. Como se sabe, la analogía, que debe entenderse como una forma de interpretación extensiva, consiste en aplicar una norma a un caso que ésta no prevé pero cuyas características *esenciales* son análogas a las del caso previsto. En el ámbito del derecho consuetudinario, y por lo tanto de un derecho no escrito, el recurso a la analogía tiene sentido, obviamente, sólo con respecto a casos *nuevos*: las normas consuetudinarias pueden ser aplicadas a relaciones de la vida social que no existían en la época de la formación de la

norma. Los ejemplos más banales en la materia están dados por la aplicación (que se afirmó en la práctica en épocas lejanas) de las normas sobre navegación marítima a las relaciones atinentes a la navegación aérea, y hoy por la aplicación de las normas sobre navegación aérea al tema de la navegación espacial.

V. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas

¿Existen otras normas de derecho internacional además de las consuetudinarias? Comencemos por plantearnos el problema de si existen otras fuentes *no escritas* de normas. Nos preguntaremos luego si existen fuentes *escritas* de normas generales.

Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

El art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cuenta entre sus fuentes "los principios generales de derecho reconocidos por la Naciones civilizadas". (Como veremos, la Corte, que es un órgano de las Naciones Unidas, tiene función arbitral, precisamente la función de resolver, *sobre la base del derecho internacional*, las controversias que los Estados de común acuerdo decidan someterle.) Según la interpretación que comúnmente se da al art. 38, y argumentando que dichos principios están indicados en tercer lugar, luego de los tratados y la costumbre, se trataría de una fuente utilizable sólo a falta de normas convencionales o consuetudinarias aplicables a un caso concreto. El recurso a los principios generales de derecho constituiría una suerte de *analogia iuris* destinada a cubrir las lagunas del derecho convencional y consuetudinario, y debería efectuarse antes de concluir que no existen obligaciones internacionales relativas a un caso concreto. Por otra parte, este art. 38 codificaría una práctica permanente en las relaciones internacionales, especialmente de los tribunales arbitrales, que revela, justamente, un uso más o menos amplio de principios generales, en especial de los principios de justicia o simplemente de lógica jurídica, connaturales a la idea misma de

derecho, y expresados aún hoy con las fórmulas de los antepasados (por ejemplo, *nemo iudex in re sua, in claris non fit interpretatio, ne bis in idem*, etc.).

El tema del valor de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas en el sistema de las fuentes internacionales ha suscitado vastas polémicas y diversas opiniones en la doctrina desde la constitución de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que funcionó en la época de la Sociedad de las Naciones y cuyo Estatuto tenía una norma similar en todos los aspectos a la del art. 38 del Estatuto de la Corte actual. La variedad de opiniones, que existe aún hoy, puede ser determinada fácilmente: abarca desde quienes llegan a negar que los principios generales tengan valor de normas jurídicas internacionales (por lo tanto, la sentencia que los aplicase sería "dispositiva", en cuanto crearía la norma internacional para el caso), pasando por posiciones intermedias hasta llegar a quienes los ubican en el primer grado de la jerarquía de las fuentes, por encima de la costumbre y de los tratados. Objetivamente, no es fácil orientarse en la materia. Sin duda, todo ordenamiento jurídico admite el recurso a los principios generales a falta de normas específicas y no queda claro por qué no deba admitirse lo mismo en el ámbito del ordenamiento internacional; sólo que aquí el problema se complica por la circunstancia de que los principios no surgirían, por abstracción, de las normas internacionales mismas (esta abstracción, de todos modos, sería difícilmente operable en el ámbito de las normas consuetudinarias, dado su escaso número) sino de los ordenamientos de los Estados "civilizados". ¿Dónde poner el acento, entonces? Es decir, ¿cuáles de los principios generales, más o menos presentes en todos los ordenamientos, serían aplicables a título de normas generales del ordenamiento internacional? La terminología misma ("Naciones civilizadas") es equívoca; incluso fue considerada anacrónica y ofensiva en el ámbito de los países del Tercer Mundo (cfr., por ejemplo, la opinión individual del juez Ammoun, anexa a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 20-2-1969 sobre la plataforma continental del Mar del Norte, en CIJ, *Recueil*, 1969, p. 132), opinión que no nos parece que podamos compartir totalmente, ya que la expresión "naciones civilizadas" apunta, a lo sumo,

a entenderse sobre un concepto nuevo de "civilización", ya que existen aún hoy Estados no civilizados (que torturan o que elevan la discriminación racial a sistema de gobierno).

Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas como normas consuetudinarias

En nuestra opinión, dos condiciones o requisitos deben subsistir para que puedan aplicarse principios estatales a título de principios generales de derecho internacional. Es necesario, ante todo, que tales principios estatales existan y sean uniformemente aplicados en la *mayoría* de los Estados; en segundo lugar, y esta es la condición más característica, es necesario que sean considerados obligatorios y necesarios incluso desde el punto de vista del derecho internacional, es decir, que defiendan valores e impongan comportamientos que los Estados consideren que son defendidos o impuestos, o al menos necesarios, también en el plano internacional. Entendidos así, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas no son sino una categoría *sui generis* de normas internacionales consuetudinarias, respecto de las cuales la *diuturnitas* está dada por su previsión y aplicación uniforme por parte de los Estados dentro de sus respectivos ordenamientos (como se vio, los órganos legislativos mismos pueden concurrir a la formación de normas internacionales consuetudinarias). En lo que respecta a la *opinio iuris ac necessitatis*, está ciertamente presente en lo que hemos llamado "antiguas normas de justicia y de lógica jurídica": se trata de normas que son entendidas por todos los órganos del Estado como "de valor *universal*", necesariamente aplicables en cualquier ordenamiento jurídico y, por lo tanto, también en el internacional. Para cualquier otra regla uniforme de derecho interno será necesario, en cada caso, determinar la *opinio iuris* desde el punto de vista internacional.

Se necesita mucho rigor para determinar la *opinio iuris* a nivel internacional, de manera de no llegar a la conclusión de que cualquier uniformidad de normas generales estatales crea derecho internacional general (menos aún, en este caso, de que la *opinio iuris* pueda considerarse implícita en la *diuturnitas*). Con esta reserva, la categoría de los principios generales de derecho comunes a los ordenamientos estatales le abre al intérprete nuevas perspectivas de reconstrucción de normas internacionales. Aparte de las antiguas normas de justicia y de lógica jurídica, dicha reconstrucción puede ser uno de los caminos

Principios que protegen la dignidad humana

para afirmar la naturaleza internacionalista de aquellos principios, hoy sostenidos universalmente, que apuntan a salvaguardar la dignidad humana y a poner en marcha una mejor justicia social. Como veremos al estudiar el contenido del derecho internacional, y en particular de la soberanía territorial, en un tiempo se decía —y aún es cierto, en parte— que el Estado, aunque tiene una serie de obligaciones respecto del tratamiento de los extranjeros, es internacionalmente libre de tratar a los propios súbditos como mejor le parezca (lo que se llama "dominio reservado del Estado"). Esta opinión corresponde cada vez menos a la realidad de las normas convencionales que, como ya se tuvo ocasión de subrayar, se ocupan hoy de muchos aspectos de la vida dentro de la comunidad estatal, e incluso de su vida más "íntima": baste pensar en toda la actividad convencional en defensa de los derechos humanos (v. p. 312). La misma opinión, sin embargo, es cierta todavía en lo que se refiere al derecho consuetudinario, salvo algunas excepciones: por ejemplo, y siempre en el campo de los derechos humanos, se considera que el derecho consuetudinario prohíbe solamente las violaciones *graves* (las llamadas *gross violations*) de los derechos humanos, tales como el genocidio, el *apartheid*, la tortura, los demás tratamientos inhumanos y degradantes, etc. Ahora bien, recurrir a los principios generales de derecho reconocidos por las Naciones civilizadas puede ser sumamente útil para extender la esfera de las relaciones entre el Estado y sus súbditos que están reguladas por el derecho consuetudinario.

En la perspectiva que hemos delineado hasta aquí, los principios generales de derecho comunes a los ordenamientos estatales terminan por perder su característica de ser principios destinados solamente a cubrir las lagunas del derecho internacional; su relación con las normas consuetudinarias propiamente dichas es la relación normal entre reglas de igual grado (la norma posterior abroga la anterior; la norma especial deroga la norma general).

* * *

Hemos dicho que uno de los requisitos para que exista un principio general de derecho común a los distintos ordenamientos estata-

Principios generales de derecho reconocidos por las Naciones civilizadas y los jueces internos

les es que esté uniformemente presente en la *mayoría* (por lo tanto, no en la totalidad) de los Estados. De esto se deriva que la reconstrucción de un principio de este tipo puede permitir que el juez de un determinado Estado lo aplique, aun cuando por un motivo cualquiera dicho principio no exista en el ordenamiento estatal, siempre que el ordenamiento interno imponga la observancia del derecho internacional, como generalmente sucede. [En el sistema jurídico argentino, al no existir una preeminencia del derecho internacional general, es decir, de la costumbre, por sobre el derecho interno, no es posible argumentar que los principios generales de derecho, generalmente aceptados por la comunidad internacional pero no reconocidos por el ordenamiento interno argentino, tienen fuerza vinculante para el Estado argentino.] Por ejemplo, los principios generales de derecho comunes a los ordenamientos estatales forman parte del ordenamiento italiano, igual que las normas consuetudinarias internacionales propiamente dichas, en virtud del art. 10, 1° punto, de la Constitución ("El ordenamiento italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas"). Dado que, en virtud del art. 10 (y de conformidad con la dirección de la Corte Constitucional italiana, de la cual hablaremos más adelante), la oposición de una ley ordinaria italiana al derecho internacional general comporta la ilegitimidad constitucional de dicha ley, podrá declararse también esta ilegitimidad en el caso de que una ley sea contraria a un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas.

El tema se trata rápidamente en la sentencia del Tribunal de Casación del 7-7-1971 N° 2134 (en FI, 1972, I, 1049-1052), en una controversia de trabajo a consecuencia de un despido. El trabajador había sostenido una excepción de inconstitucionalidad del art. 2118 del Código Civil en el tema de despidos, a la luz, entre otras cosas, del art. 10, 1° punto, de la Constitución, afirmando que dicho art. 2118 era contrario a una norma de derecho internacional generalmente reconocida, que surge del hecho de que "el ordenamiento interno de muchos otros países protege en gran medida a los trabajadores contra los despidos arbitrarios". El Tribunal de Casación rechazó la excepción y observó que en el ámbito internacional existen "simples recomendaciones" en la materia. Sin duda, la excepción era infundada

por los motivos que antes indicábamos, pero debe subrayarse mejor la falta de una *communis opinio* respecto de la necesidad "internacional" de un cierto grado de protección del trabajador contra los despidos.

En cambio, está fundamentada de manera sumamente exhaustiva la sentencia de la Corte Constitucional del 18-4-1967, N° 48, que afronta el problema de la inconstitucionalidad del art. 11, 1° punto, del Código Penal (es decir, la posibilidad de volver a someter a juicio en Italia a quien haya sido ya juzgado en el exterior por delitos cometidos *en Italia*), en virtud del art. 10, 1° punto, de la Constitución. Se había sostenido, en efecto, que el art. 11, 1° punto, contrastaba con el principio *ne bis in idem* y que éste era un principio general de derecho (procesal) reconocido en todos los ordenamientos y citado como tal en el art. 10, 1° punto, de la Constitución. La Corte rechaza la tesis de la inconstitucionalidad, fundándose correctamente en la circunstancia de que en ningún (o casi en ningún) ordenamiento estatal está previsto el principio *ne bis in idem* respecto de sentencias penales *extranjeras* (y, por lo tanto, en este caso, falta la *diuturnitas*). Idéntica solución adopta la Corte en la sucesiva sentencia del 8-4-1976, N° 69, a propósito del art. 11, 2° punto, del Código Penal (es decir, la posibilidad de volver a someter a juicio en Italia, a pedido del Ministro de Justicia, a quien haya sido ya juzgado en el exterior por delitos cometidos *en el exterior*).

* * *

Además de constatar que determinado principio esté uniformemente presente en la mayor parte de los ordenamientos estatales y que, al mismo tiempo, sea sentido como obligatorio en la esfera internacional, no parecen existir otras condiciones o límites a la reconstrucción de un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas. Se sostuvo con suficiente autoridad que no son configurables como tales los principios que disciplinan "situaciones típicas del derecho interno" (Quadri), por ejemplo, las relaciones entre el Estado y los propios súbditos o incluso entre el Estado y los extranjeros, debiéndose limitar de todos modos esta categoría a aquellas normas susceptibles de aplicación en las relaciones entre Estados. A la luz de lo que hemos dicho hasta ahora, nos parece que es inadmisible en una concepción moderna del derecho internacional una limitación semejante del contenido de los principios generales.

Aparte de los ejemplos extraídos de la actividad internacional en defensa de los derechos humanos, no es difícil demostrar que justamente muchas normas internacionales generales relativas al tratamiento de los extranjeros (v. p. 269 y ss.) toman origen en principios internos uniformes.

Respecto del hecho de que el 8° Mandamiento ("no levantarás falso testimonio") no constituye un principio de derecho internacional general, aunque esté penado el falso testimonio en todas las naciones civilizadas, cfr. la sentencia de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, 2ª Circ., en el caso *IIT and Others* v. *Vencap Ltd and Others* (1975), en ILR, vol 81, p. 499, que sostiene que son sólo normas internacionales aquellas que "... los Estados usan para su común interés y/o en sus relaciones recíprocas". En realidad, en este caso nos parece estar, precisamente, frente a una norma universal de justicia, aplicable en cualquier ordenamiento, incluso el internacional.

VI. Otras presuntas normas generales no escritas

Principios constitucionales

Una parte de la doctrina ubica *por encima* de las normas consuetudinarias (y formalmente diferente de éstas) a otra categoría de normas generales no escritas, los principios. Se sostuvo así la existencia de una serie de principios "constitucionales", ínsitos en (y que caracterizan a) la comunidad internacional, los cuales también comprenden un principio que permitiría incluso... ¡el recurso a la guerra!

Pero el más vigoroso, coherente y original partidario de la categoría de los principios es Quadri. Según el ilustre autor, que parte de una concepción fuertemente imperativa y realista del derecho, estos principios constituirían las normas primarias del derecho internacional, serían "expresión inmediata y directa de la voluntad del cuerpo social" y comprenderían, en definitiva, aquellas normas requeridas e impuestas por las "fuerzas predominantes" en el ámbito de la comunidad internacional en un determinado momento histórico. Entre los principios, algunos tendrían carácter formal, ya que se limitarían a instituir fuentes ulteriores de normas internacionales, y otros, carácter material, ya que disciplinarían directamente relaciones entre Estados.

Los principios formales serían dos: *consuetudo est servanda* y *pacta sunt servanda*. La observancia de la costumbre y de los tratados se explicaría, por lo tanto, en cuanto la requieren e imponen las fuerzas predominantes en el ámbito de la comunidad internacional. De este modo, tanto la costumbre como los tratados serían fuentes de segundo grado. En cambio, en la doctrina común respecto de la jerarquía de las fuentes internacionales en la cual nos hemos basado también nosotros (v. p. 16 y ss.; v. también p. 244 y ss.), la costumbre es considerada una fuente primaria que completa el derecho internacional general, mientras que se considera que los tratados, fuentes secundarias, toman su fuerza de la costumbre (se considera, por ende, que la norma *pacta sunt servanda* es una norma consuetudinaria).

Los principios materiales podrían tener cualquier contenido, según se combinen las fuerzas predominantes para requerir que se reglamente una determinada materia; como ejemplo más significativo, Quadri cita el principio que (durante siglos) sancionó la libertad de los mares (sobre el cual v. *infra*, p. 326).

La concepción de Quadri —que incluso nosotros habíamos acogido y defendido en el pasado— nos parece inaceptable luego de un examen más maduro. No son los principios formales, *consuetudo est servanda* y *pacta sunt servanda,* los que suscitan reservas: como nadie niega, el examen de la práctica internacional lleva a constatar la formación de normas consuetudinarias y de normas convencionales en el nivel supraestatal. En vez de considerar a la costumbre fuente primaria y a los tratados fuentes secundarias, este fenómeno puede incluso describirse, si se quiere, poniendo tanto a una como a la otra fuente en el mismo plano y remitiendo ambas a dos super-principios. Entonces, tal como veremos en las conclusiones acerca de las relaciones entre las fuentes internacionales (v. p. 244 y ss.), el hecho de que ciertas normas consuetudinarias tengan carácter imperativo, es decir, que no sean derogables por acuerdo de las partes, podría explicarse también diciendo que dicha inderogabilidad resulta sancionada por

un principio superior. Lo que, en cambio, no convence y lleva a rechazar a toda la categoría de los principios de Quadri es la posibilidad, por otra parte coherente, de reconstruir, independientemente de las prácticas, principios materiales, y reconstruirlos hasta sus últimas consecuencias. De este modo, si disponen de la fuerza necesaria, un grupo de Estados o incluso un solo Estado —incluso, por ejemplo, sólo Estados Unidos, para referirnos a las pretensiones hegemónicas que este país ha ido adquiriendo en estos últimos tiempos— podría imponer la propia voluntad a todos los otros miembros de la comunidad internacional. Es evidente que de esta manera podrían multiplicarse los ejemplos de principios; a medida que se aliaran las fuerzas internacionales dominantes se crearían normas generales. Pero, ¿no se llega con esto a legitimar el abuso? Sin duda se cometen abusos; pero resulta natural preguntarse cómo es posible legitimarlos desde el punto de vista jurídico, si, como creemos, existe siempre un elemento de estabilidad ligado a la idea de derecho.

La concepción de Quadri ya no puede avalarse desde el punto de vista de un actor jurídico interno, por ejemplo, del juez que interpreta el art. 10, 1° inc., de la Constitución italiana. Tal como establece el art. 10, al tener que establecer cuáles son las normas internacionales aplicables en Italia, el intérprete interno debería preguntarse en cada caso si no hay "imposiciones" por parte de las fuerzas dominantes en la comunidad internacional, en una determinada materia.

Es cierto que una norma no escrita se basa a menudo en una imposición y que las grandes potencias tienen siempre un papel protagónico en la formación del derecho internacional; pero la norma existe en cuanto se traduce en comportamientos reiterados de los Estados, acompañados del convencimiento del deber social de esos mismos comportamientos. En otros términos, si a la imposición inicial no la sigue este elemento de estabilidad y de continuidad, no es posible admitir que exista un principio. Para retomar el ejemplo del principio de la libertad de los mares, éste se basó, ciertamente, en la acción y la imposición de Holanda primero y de Inglaterra después, pero finalmente, cobró vida a partir de los comportamientos de todos los Estados. Hoy, por otra parte, sería inconcebible una norma general que no contara con la adhesión de la mayoría de los Estados,

tanto los pertenecientes al grupo de los países industrializados como al de los países en vías de desarrollo.

* * *

Equidad

Se discute si la equidad constituye fuente de normas internacionales, entendiendo por "equidad" el "sentimiento común de lo justo y de lo injusto". En especial, se debate si puede recurrir a la equidad el juez internacional o interno llamado a resolver una cuestión de derecho internacional. Nos parece que, salvo el caso de la llamada equidad *infra o secundum legem*, o sea, la posibilidad de utilizar la equidad como un recurso meramente interpretativo, y el caso en el cual un tribunal arbitral internacional está expresamente autorizado a juzgar *ex aequo et bono* (v. p. 499), la respuesta debe ser negativa. La equidad desarrolla un papel importante en el ordenamiento inglés (y en los ordenamientos que se inspiran en él), en el cual, por otra parte, tiene las características particulares de ese ordenamiento, tanto en lo relativo al derecho material como en lo relativo al derecho procesal. Pero la práctica internacional no avala una transposición *sic et simpliciter* de la experiencia inglesa al derecho internacional. Debe excluirse no sólo la equidad *contra legem*, es decir, contraria a normas consuetudinarias o convencionales, sino también la equidad *praeter legem*, que tiende a cubrir las lagunas del derecho internacional: si el derecho internacional (incluyendo también en él los principios generales de derecho reconocidos por las Naciones civilizadas) tiene lagunas, significa que los Estados no tienen obligaciones que observar o derechos que proteger, y la equidad no es capaz de crearlos.

Una vez establecido esto, nos parece que la equidad debe encuadrarse en el procedimiento de formación del derecho consuetudinario. En efecto, al examinar la jurisprudencia interna e internacional, se ve que a menudo se recurre a la equidad como a una suerte de *opinio iuris ac necessitatis*, es más, de *opinio necessitatis*, en cuanto tiene lugar en el momento en que una norma se está formando o modificando. En lo que respecta a la jurisprudencia interna, sobre razones de equidad se basan, por ejemplo, los diversos cambios de

dirección —a los cuales ya nos hemos referido al tratar la formación de la costumbre (v. p. 53 y ss.)— que se han verificado en el ámbito de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros. Sobre consideraciones de equidad se basan también numerosas decisiones de tribunales internacionales, en especial, varias opiniones y sentencias de la Corte Internacional de Justicia, que, por tener que tratar con reglas consuetudinarias incipientes o con fragmentos de reglas consuetudinarias, no dudaron en aplicar equidad. Esto sucedió, por ejemplo, en varios aspectos del derecho internacional del mar, como la determinación del límite interno del mar territorial (v. p. 333) o la delimitación del fondo marino (v. p. 341 y ss.); también en materia de reservas en los tratados (v. p. 131 y ss.), etc.

Cuando una sentencia *interna* recurre a consideraciones de equidad en el marco del derecho consuetudinario, influye *directamente* sobre la formación de la costumbre: las decisiones de los Tribunales internos constituyen, en efecto, una de las categorías más importantes de comportamientos estatales de los cuales debe deducirse la costumbre. La influencia es directa, pero relativa, por tratarse de una decisión que, aunque autorizada —en el caso de que haya sido tomada por una Corte Suprema—, proviene de un Estado individual.

La cuestión es diferente para las decisiones de los Tribunales *internacionales*. Aquí la influencia es *indirecta* (dado que no se trata de la "práctica de los Estados"), pero, por el contexto en el cual se ejerce, sumamente incisiva. Cuando se pronuncia la Corte Internacional de Justicia, o sea, el "órgano judicial principal de las Naciones Unidas" (art. 92 de la Carta de la ONU), la influencia es máxima. ¡La Corte expresa la *opinio iuris ac necessitatis* de la máxima organización mundial! Sin embargo, también esta opinión debe basarse, tarde o temprano, en la práctica de los Estados. Sin duda, como se vio anteriormente, decisiones y opiniones de la Corte han abierto el camino hacia la formación de importantes normas consuetudinarias. No faltan, sin embargo, casos en los cuales la Corte, apelando a la equidad y al mismo tiempo tratando de tomar elementos de la práctica existente, ofreció soluciones que luego fueron desmentidas por la práctica subsiguiente. Esto ocurrió, por ejemplo, con los pronunciamientos de la Corte sobre temas de gastos de las

Naciones Unidas para las acciones de mantenimiento de la paz (v. p. 193) y en otros casos.

VII. Inexistencia de normas generales escritas

A) El valor de los acuerdos de codificación

Nos queda ahora por examinar el problema de la existencia de normas internacionales generales *escritas*. Este problema se presenta sobre todo con respecto a las grandes convenciones de codificación auspiciadas por las Naciones Unidas.

El fenómeno de la codificación del derecho internacional general (consuetudinario) data de fines del siglo pasado. Hasta la Primera Guerra Mundial fueron las normas del llamado derecho internacional de guerra las que se codificaron en textos escritos: así se celebraron las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 sobre la guerra terrestre, a las que todavía se recurrió durante la Segunda Guerra Mundial y en las cuales se basó ampliamente la jurisprudencia italiana de la segunda posguerra para resolver toda una serie de problemas atinentes a la ocupación del territorio nacional, tanto por parte de los alemanes como de los aliados.

También se realizaron intentos de codificación en la época de la Sociedad de las Naciones, pero sin resultados. En cambio, con las Naciones Unidas la obra de codificación tomó fuerza efectiva, que se tradujo en una serie de tratados multilaterales. Dado que no existe en el ámbito de la comunidad internacional una autoridad dotada de poderes legislativos (ya que, como veremos, la Asamblea General de las Naciones Unidas no tiene ese carácter), es obvio que el tratado es el único instrumento que se puede utilizar para transformar el derecho no escrito en derecho escrito.

* * *

Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas

El art. 13 de la Carta de las Naciones Unidas prevé que la Asamblea General promueva estudios y haga recomendaciones para "... impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación...". Sobre la base de esta disposición y mediante la Resolución del 21-11-1947, N° 174, la Asamblea constituyó la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas como órgano subsidiario propio. Esta Comisión, integrada por expertos que se reúnen a título personal (es decir, como individuos que no representan a ningún gobierno), tiene justamente la tarea de preparar textos que codifiquen las normas consuetudinarias relativas a determinadas materias, para lo cual realizan estudios, envían cuestionarios a los Estados, recogen datos de la práctica, y de esta manera esbozan proyectos de convenciones multilaterales internacionales, que luego —ya sea en el seno de la Asamblea General o en Conferencias específicas— generalmente se adoptan y por último se abren a la ratificación y a la adhesión de los Estados mismos. La Comisión estudió hasta ahora numerosos aspectos del derecho internacional y preparó varias Convenciones de Codificación. Hecha la advertencia de que sólo algunas de estas Convenciones fueron ratificadas por un número considerable de Estados (como la Convención sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención sobre Relaciones Consulares), mientras que la mayor parte no alcanza siquiera —o supera por poco— las 50 ratificaciones (téngase en cuenta que los Estados que componen la Comunidad Internacional actual son alrededor de 180), recordaremos solamente las principales: la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas; la Convención sobre Misiones Especiales de 1969; la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares; las cuatro Convenciones de Ginebra de 1958 sobre Derecho del Mar, a saber, la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua, la Convención sobre Alta Mar, la Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de Alta Mar, y la Convención sobre Plataforma Continental; la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, es decir, sobre las normas relativas a la formación, validez y eficacia de los tratados internacionales; la Convención de Viena de 1986 sobre Derecho de los Tratados celebrados por los Estados con Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales; la Convención de Viena de 1978 sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados; la Convención de Viena de 1983 sobre Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas Estatales. De todas estas convenciones, las de 1958 sobre Derecho del Mar han sido objeto de revisión por obra de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, iniciada en 1973, que dio vida a una única Convención, adoptada y firmada por numerosos Estados en Montego Bay en 1982, que no ha entrado en vigor en noviembre de 1994. La particularidad de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar radica en el hecho de que ésta no trabajó sobre un texto preparado previamente por la Comisión de Derecho Internacional, sino que procedió directamente a elaborar el proyecto de convención.

Convenciones de codificación auspiciadas por las Naciones Unidas

* * *

Convenciones de codificación y terceros Estados

Los acuerdos de codificación, en cuanto son acuerdos internacionales comunes, vinculan a los Estados contratantes. Sin embargo, hay quien tiende a decir que, justamente porque se proponen codificar el derecho general, dichos acuerdos de codificación también vinculan a los Estados no contratantes. ¿Esto es cierto?

Incluso a nivel interno tiene importancia la respuesta, porque, como se verá al estudiar los problemas de la coordinación entre normas internas y normas internacionales, en el ordenamiento italiano es diferente el rango de las normas consuetudinarias generales del de las convenciones internacionales. En efecto, el art. 10 de la Constitución italiana le da rango de normas constitucionales o cuasi constitucionales al derecho internacional general, pero sólo a él (como ya lo afirmó la Corte Constitucional). Viceversa, como veremos, no se asigna el mismo rango al derecho convencional. [En el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado la costumbre internacional reconociéndole implícitamente el mismo rango que la Constitución Nacional le asigna a los tratados.] Desde este punto de vista, por lo tanto, tiene relevantes reflejos prácticos a nivel interno la tesis que afirma que los acuerdos internacionales de codificación contienen derecho o normas generales y que, por lo tanto, se imponen a los Estados independientemente de su ratificación del acuerdo. Además, si el acuerdo de codificación

vale solamente como acuerdo, podrá ser aplicado en Italia sólo si nuestro Estado lo ha ratificado y sólo con respecto a Estados extranjeros (o bien, según la materia de que se ocupe el acuerdo, con respecto a individuos o grupos pertenecientes a Estados extranjeros) que a su vez hayan ratificado el acuerdo.

Si bien está fuera de duda la gran importancia de la contribución de las Naciones Unidas a la afirmación del derecho en el ámbito de la Comunidad Internacional, mediante esta obra de codificación, en nuestra opinión hay que ser muy cautos al considerar que los acuerdos de codificación corresponden al derecho consuetudinario general y, por lo tanto, al extenderlos a los Estados no contratantes. Y hay que ser cautos por varios motivos.

Ante todo, no es el caso de confiar ilimitadamente en la obra de codificación desarrollada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. En la obra de reconstrucción de las normas internacionales no escritas, a menudo influye en gran medida la mentalidad del intérprete y, por lo tanto, de aquellos llamados a formar parte del reducido círculo de internacionalistas de que se compone la Comisión. No es sólo una cuestión de mentalidad, sino también de la generación a la cual pertenecen. Mentalidad y generación pueden ser entonces bastante determinantes para considerar que existen ciertas normas no escritas o para abolir otras.

En segundo lugar, tal como lo demuestra, justamente, un examen objetivo de los trabajos de las Conferencias de Estados realizadas para examinar, aprobar y abrir a ratificación los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional, se debe considerar que los Estados también hacen lo que siempre se hace durante las tratativas para celebrar acuerdos internacionales; es decir, los Estados tratan de hacer prevalecer sus propias convicciones y de asegurarse, sobre todas las cosas, la salvaguardia de los propios intereses. Así, por ejemplo, los trabajos relativos a la aprobación del texto de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial, en lo que respecta al ejercicio de jurisdicción penal y civil sobre naves extranjeras por parte del Estado ribereño (arts. 17-19 de la Convención). En esta ocasión, Estados Unidos logró hacer aprobar una

enmienda que falseaba el sentido de la norma internacional propuesta por la Comisión de Derecho Internacional, enmienda según la cual (art. 19) parecería quedar completamente al arbitrio del Estado ribereño ejercer o no la propia jurisdicción sobre las naves extranjeras en el mar territorial.

Existe además un tercer motivo que corresponde muy de cerca a la letra del citado art. 13 de la Carta de las Naciones Unidas, el cual no sólo habla de codificación sino también de *desarrollo progresivo* del derecho internacional. En efecto, esta expresión fue invocada a menudo para introducir normas, bastante inciertas a nivel del derecho internacional general, tanto en el seno de la Comisión como en el ámbito de determinadas Conferencias.

Por lo tanto, se puede afirmar que los acuerdos de codificación deben considerarse de la misma manera que los tratados internacionales; en consecuencia, vinculan sólo a las partes contratantes, es decir, valen solamente para los Estados que los ratifican. Claro, también, que el acuerdo de codificación constituye un punto de partida válido para el intérprete que debe reconstruir normas generales consuetudinarias en la materia que disciplina dicho acuerdo. Sin embargo, el intérprete deberá realizar una verificación ulterior, ya que siempre hay que demostrar que las normas contenidas en el acuerdo corresponden a la práctica de los Estados. Y sólo si esta verificación resulta positiva, podrá aplicar la norma del acuerdo de codificación en carácter de derecho general. En tal sentido también se expresó la Corte Internacional de Justicia en la sentencia, ya varias veces citada, del 20-2-1969 sobre la cuestión de la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte entre la República Federal de Alemania y los Estados limítrofes (v. p. 342). La Corte, que había sido llamada a decidir si el art. 6 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Plataforma Continental (que establece la equidistancia como criterio de delimitación del fondo marino entre Estados adyacentes o enfrentados) debía considerarse norma de derecho general (y que, por lo tanto, vinculaba también a Alemania aunque no hubiera ratificado la Convención), respondió negativamente. La Corte negó que este artículo contuviese una norma de derecho internacional general, ya que sostuvo que el criterio de la equidistancia adoptado por dicho

artículo no correspondía a una práctica de los Estados suficiente y consolidada.

Para la jurisprudencia italiana, cfr. Trib. Nápoles 7-2-1974 (en It. YIL, vol. I, 1975, p. 268 y ss.): la sentencia da por descontada la inaplicabilidad del art. 19, n. 1, letra d, de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial (que se refiere al ejercicio de la jurisdicción del Estado ribereño sobre las naves extranjeras para reprimir el tráfico de estupefacientes) en una cuestión relativa a una nave chipriota en aguas italianas, por no ser Chipre parte contratante de la Convención. Cfr. también Cons. de Estado (secc. VI), del 14-11-1969 N° 718 (en RDI, 1972, p. 728 y ss.), que distingue de manera bastante neta las normas de las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre Derecho del Mar de las normas consuetudinarias en la misma materia. [A contrario, Argentina y Uruguay, no siendo partes de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua, aceptaron la aplicación del artículo 13 de esa Convención en la Declaración Conjunta argentino-uruguaya de 1961 sobre el límite exterior del Río de la Plata.]

* * *

Recambio de las normas codificadas

Un tema ligado estrechamente a la materia tratada hasta aquí, pero que se refiere, sobre todo, a los Estados contratantes de un acuerdo de codificación, es el *recambio* de las normas contenidas en el acuerdo. Incluso si se admite que el acuerdo de codificación se corresponde perfectamente con el derecho internacional consuetudinario del momento de su redacción, es muy posible que más tarde, quizá inmediatamente después, dicho derecho consuetudinario sufra cambios por efecto del cambio de las prácticas de los Estados. Es necesario decir que los mismos acuerdos de codificación toman escasamente en cuenta una eventualidad de este tipo: todos los acuerdos de codificación auspiciados por las Naciones Unidas se celebran con una duración ilimitada, y sólo algunos de ellos (cfr. por ejemplo, el art. 30 de la Conv. de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial) prevén que puedan ser puestos en marcha por los Estados contratantes procedimientos para revisar las propias normas, procedimientos que, por otra parte, son sumamente lentos y que constituyen, de todos modos, la elaboración de un nuevo acuerdo. Sin embargo, el fenómeno del "envejecimiento" de la convención de codificación se hace cada vez más actual en un mundo que se desarrolla continuamente, tal como lo demuestra lo sucedido en materia de derecho de los tratados (por ejemplo, en lo que respecta a la modificación de algunos principios sobre las reservas contenidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y que fue realizada en la práctica: v. p. 137 y ss.), y aún más en el ámbito del derecho internacional del mar, en el cual varios principios codificados en Ginebra en 1958 (por ejemplo, el principio que restringía solamente al mar territorial la reserva de pesca en favor de los ciudadanos del estado ribereño) fueron superados por la práctica (en el ejemplo dado, por la práctica correspondiente a la Zona Económica Exclusiva: v. p. 344 y ss.), aunque no fueron formalmente sustituidos todavía por otras normas codificadas. Establecido esto, ¿cuál es el valor de una norma que ya no corresponde *más* al derecho internacional general, aunque esté contenida en un acuerdo de codificación todavía en vigor? Obviamente, no puede surgir ninguna duda acerca de la inaplicabilidad de una norma de este tipo a los Estados no contratantes; sólo puede decirse a este respecto que la posible evolución del derecho consuetudinario *luego* de la redacción del acuerdo de codificación constituye un motivo más para rechazar cualquier equiparación simplista del derecho codificado al derecho general. ¿*Quid* en lo que respecta a los Estados contratantes? La falta de una autoridad en el ámbito de la comunidad internacional impide que aquí se instaure esa relación entre derecho consuetudinario y derecho escrito típica de los ordenamientos estatales y que consiste en el valor puramente auxiliar del primero en los sectores donde existe el segundo. Como veremos al tratar la jerarquía de las fuentes (v. p. 244 y ss.), costumbres y acuerdos internacionales son, en principio, derogables entre ellos y nada impide que el derecho consuetudinario sucesivo abrogue el derecho convencional anterior. Tampoco parece el caso de apartarse de esta línea en lo que se refiere a las normas contenidas en los acuerdos de codificación, ya que el objetivo principal de dichas normas consiste en cierto sentido propio de bloquear la tradición en pos de la certeza de las relaciones jurídicas. Todo lo que se puede sostener es que el intérprete debe estar extremadamente seguro acerca de la práctica de la cual

entiende extraer la norma consuetudinaria abrogativa: además, en el caso en que no se especifique que el acuerdo de codificación continúe aplicándose como derecho especial *ratione personarum* (v. p. 245), debe demostrar que la costumbre se formó mediante el concurso de los Estados contratantes y que éstos la entienden aplicable incluso en las relaciones *inter se*. Pero si se da esta demostración, el acuerdo debe caducar.

Sobre este punto cfr. la sentencia del 30-6-1977 de la Corte Arbitral, relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Francia e Inglaterra (en ILM, 1979, p. 397 y ss., párr. 45-48). La Corte reconoce, en principio, que "un desarrollo del derecho consuetudinario puede, en ciertas condiciones, evidenciar el consenso de los Estados interesados en la modificación o también en la extinción de derechos precedentes y de obligaciones convencionales", incluso los derechos y las obligaciones derivados de convenciones de codificación (se trataba, en este caso, de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Plataforma Continental); pero excluye que esto se haya verificado en este caso concreto.

Para la jurisprudencia interna, cfr. la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rennes (Francia) del 26-3-1979 (en ILR, vol. 74, p. 144 y ss.) que considera que la Convención de Ginebra de 1958 sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de Alta Mar ha sido abrogada por la costumbre sobre la Zona Económica Exclusiva, precisamente en las relaciones entre Francia y España, ambos Partes contratantes de la Convención.

VIII. Continuación

B) Las declaraciones de principios de la Asamblea General de la ONU

También se encuadra en el tema del derecho internacional general el problema del valor de las declaraciones de principios emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Desde sus primeros años de vida, pero cada vez con mayor frecuencia en los últimos años, la práctica de la Asamblea General ha sido emanar, en forma más o menos solemne, declaraciones que contienen una serie de normas que a veces se refieren a las relaciones entre Estados, pero que generalmente se refieren a las relaciones internas de las diversas comunidades estatales, tal como las relaciones del Estado con sus propios súbditos o con los extranjeros.

Declaraciones de principios adoptadas por la Asamblea General de la ONU

Entre estas diversas declaraciones recordamos, además de la famosa Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución 217/III del 10-12-1948), las siguientes Resoluciones: sobre el Genocidio (Res. 96/I del 11-12-1946), sobre los Derechos del Niño (Res. 1386/XIV del 20-11-1959), sobre la Independencia de los Pueblos Coloniales (Res. 1514/XV del 14-12-1960), sobre la Prohibición del Uso de Armas Nucleares y Termonucleares (Res. 1653/XVI del 24-11-1961), sobre la Soberanía sobre los Recursos Naturales (Res. 1803/XVII del 14-12-1962), sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Res. 1904/XVIII del 20-11-1963), sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Res. 2263/XXII del 7-11-1967), sobre el Asilo Territorial (Res. 2312/XXII del 14-12-1967), sobre el Progreso y el Desarrollo Social (Res. 2542/XXIV del 11-12-1969), sobre Relaciones Amistosas y de Colaboración entre los Estados (Res. 2625/XXV del 24-10-1970), sobre el Régimen del Fondo y Subsuelo de los Mares y de los Océanos más allá de la Jurisdicción Nacional (Res. 2749/XXV del 17-12-1970), sobre la Definición de la Agresión (Res. 3314/XXIX del 14-12-1974), sobre la No Injerencia en los Asuntos Internos de los Estados (Res. 36/103 del 9-12-1981), sobre la Solución Pacífica de Controversias (Res. 37/10 del 15-11-1982), sobre la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular atención a los Niños dados en Guarda o en Adopción (Res. 41/85 del 3-12-1986). Merecen una especial mención, además, la Declaración y el Programa de Acción para la Instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional (Res. 3210 y 3202-S VI del 1-5-1974), la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Res. 3281/XXIX del 12-12-1974), la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (Res. 41/128 del 4-12-1986) y la Declaración sobre la "Revitalización" del Creci-

miento Económico y del Desarrollo de los Países en Vías de Desarrollo (Res. 5/18 del 1-5-1990), que contienen las reglas en las cuales debería inspirarse la acción de los Estados para eliminar, o al menos atenuar, las graves desigualdades existentes entre países ricos y países pobres; en suma, las reglas fundamentales del *nuevo* derecho económico internacional (v. p. 314 y ss.).

Carácter no vinculante de las Declaraciones

Las Declaraciones de Principios no constituyen una fuente *autónoma* de normas internacionales generales. La Asamblea General de las Naciones Unidas no tiene poderes legislativos mundiales (como veremos, el acto típico que puede emanar según la Carta es la *Recomendación*, es decir, un acto con mero valor de exhortación) y el carácter no vinculante de sus Resoluciones, incluso de las Declaraciones de Principios, es defendido con fuerza por un sector significativo de sus miembros, tal como los países occidentales. Si la Asamblea tuviera poderes legislativos, los países del Tercer Mundo, que tienen mayoría en ella, ¡serían los que dispondrían el derecho internacional general! Por otra parte, es sintomático que a menudo se reivindique y subraye la libertad de conformarse o no a determinada declaración en el momento de la adopción de dicha Declaración en el seno de la Asamblea, incluso por parte de los Gobiernos que le acuerdan su voto positivo: baste citar, a este respecto, las inequívocas reservas sobre el carácter obligatorio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, hechas por las mismas potencias que la habían propugnado.

Por lo tanto, parece audaz la tesis sostenida por el Tribunal de Casación italiano (Secc. Un., 31-7-1967, N° 2035, en RDI, 1969, p. 590), según la cual la Declaración Universal de los Derechos Humanos tendría valor de fuente de normas internacionales generales y como tal sería operativa en nuestro ordenamiento jurídico, sobre la base del art. 10 de la Constitución. La Corte se refiere al art. 15 de la Declaración ("Todo individuo tiene derecho a una ciudadanía") para sostener que los ex ciudadanos italianos libios que permanecieron en Italia luego de la Segunda Guerra Mundial no perdieron la ciudadanía italiana. Pero advierte también que llega a una conclusión de este tipo sobre todo por medio de la aplicación de normas italianas: por lo tanto, la referencia al art. 15 debe considerarse hecha *ad abundantiam*. Cfr. también Corte Constitucional, 23.11.1967 N° 120, donde se cita la Declaración Universal, siempre a la luz del art. 10 de la Constitución, para excluir que esté en contraste con ella el art. 139 de la Ley Aduanera 25.9.1940, N° 1424 (que corresponde a la obligación de caución para conceder la libertad provisional al extranjero detenido por delitos aduaneros), pero donde se agrega, por otra parte, que esta cita se hace "prescindiendo de toda indagatoria... respecto del valor jurídico" de dicha Declaración. [En el caso Washington Cabrera c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande (caso 82.746, sentencia del 5 de diciembre de 1983), la Corte Suprema argentina hizo suyos los considerandos de la minoría por los que se reconocía valor vinculante a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 con el objeto de asegurar la naturaleza de norma imperativa internacional del derecho de la defensa en juicio. Ver asimismo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OC-10/89).]

Si todo esto es cierto, también es cierto que las Declaraciones desempeñan un papel sumamente importante (similar, en cierto modo, al que desempeñan los acuerdos de codificación) en el desarrollo del derecho internacional y de su adecuación a las exigencias de solidaridad y de interdependencia cada vez más presentes en el mundo de hoy. No se trata, repetimos, de acordarles una fuerza vinculante que de por sí no tienen; se trata de reconocer la contribución a la formación del derecho internacional que hace con ellas la Asamblea de la ONU, aun en el marco de las fuentes típicas de ese derecho, como la costumbre y los tratados. En lo que respecta al derecho consuetudinario, y a los fines de su formación, las Declaraciones adquieren relevancia en tanto *prácticas de los Estados*, en tanto suma de las actitudes de los Estados que las adoptan, no como actos de la ONU. Como generalmente se observa, esto queda demostrado por el hecho de que estas Declaraciones son tanto más válidas como práctica que forma costumbre si han sido votadas por unanimidad o por *consensus* (v. p. 188) o al menos por una amplísima mayoría.

Declaraciones y derecho consuetudinario

Quien examine las diversas Declaraciones emitidas por la Asamblea y su *proceso* de formación puede advertir que muy a menudo sólo se llega al

consenso de los Estados sobre principios "generalísimos", y a veces sólo sobre los principios que informan la Declaración, mientras que se presenta toda una serie de reservas de un número de Estados cada vez mayor, a medida que se pasa a normas que regulan casos más específicos y detallados; a menos que se trate (como sucede incluso bastante frecuentemente) de la mera reproducción de normas ya indiscutiblemente vigentes como normas consuetudinarias. Valga para todos el ejemplo de las citadas Declaraciones de 1974 sobre el Nuevo Orden Económico y sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que contienen un catálogo sumamente vasto de normas relativas al crecimiento de los países en vías de desarrollo, pero de las cuales sólo puede recogerse una opinión consensuada respecto de algunos principios generalísimos como, por ejemplo, el principio que impone evitar comportamientos que puedan poner en crisis toda la economía de otro país (principio, por otra parte, ya *in nuce* en la Carta de las Naciones Unidas).

Las Declaraciones en tanto acuerdos

Pasando al derecho convencional, se puede considerar que ciertas Declaraciones, o ciertas partes de ellas, tienen valor de verdaderos acuerdos internacionales. Nos referimos a aquellas Declaraciones que no sólo enuncian un principio sino que de manera expresa e inequívoca equiparan su inobservancia con la violación de la Carta. Dado que la Asamblea no tiene poderes interpretativos soberanos, es decir, no tiene poder para interpretar las normas de la Carta de manera obligatoria para cada uno de los Estados, desde el punto de vista de la Carta, también esas Declaraciones siguen siendo meras recomendaciones. Nos parece, sin embargo, que en este caso las Declaraciones tienen naturaleza de acuerdos y como tales vinculan a los Estados, obviamente a los Estados que las apoyan con su voto. Nos parece, en efecto, que si se equipara la inobservancia de un cierto principio a la inobservancia de la Carta, lo que se utiliza, en definitiva, es un expediente verbal para sancionar lisa y llanamente que ese principio ya es obligatorio; de lo cual resulta plenamente lícito presumir, al menos hasta que aparezca una prueba clarísima en contrario, que los Estados que participan en el acto con su voto favorable entienden obligarse. Y, en realidad, una de dos: o se admite dicha presunción, o bien se debe concluir que este tipo de Declaraciones de Principios que estamos examinando simplemente representan, para

decirlo en términos privados, declaraciones poco serias o realizadas con cierta reserva mental.

La situación no cambia si la Declaración considera que la inobservancia de determinado principio es una violación del derecho internacional general, no de la Carta. También en este caso, incluso prescindiendo de la real existencia de una norma que corresponda a la enunciada en el derecho general, es legítimo presumir, por los mismos motivos, que subsiste una sincera voluntad de obligarse.

Es oportuno insistir en que sólo puede deducirse la naturaleza obligatoria de una Declaración cuando se está en presencia de una fórmula que equipare expresamente la violación de los principios enunciados a la violación de la Carta o del derecho general: pensemos en la fórmula utilizada por la citada Declaración de 1962 sobre Soberanía sobre los Recursos Naturales, por la cual "la violación del derecho de todo pueblo a la soberanía sobre los propios recursos naturales es contraria al espíritu y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas...". En cambio, y justamente porque no se trata de basarse sobre la naturaleza interpretativa de las Declaraciones sino de reconstruir una voluntad autónoma de obligarse, no basta que el acta mencione en forma vaga la Carta, autodefiniéndose como conforme a su espíritu, a sus fines y a sus principios; es inútil subrayar que este tipo de referencias se encuentran en todos los preámbulos y los "considerandos" de las Declaraciones, si no en todos los actos de las Naciones Unidas. Es obvio, entonces, que las mismas Declaraciones deben interpretarse *cum grano salis*, y que se debe excluir la fuerza vinculante de aquellas partes que la fórmula no tiende a cubrir.

Entre las declaraciones que equiparan la inobservancia de los principios declarados a la inobservancia de la Carta o del derecho internacional general, cfr. por ejemplo las citadas Resoluciones sobre el Genocidio, sobre la Independencia de los Pueblos Coloniales, sobre la Prohibición de Armas Nucleares y Termonucleares, sobre la Soberanía de los Recursos Naturales.

Las Declaraciones encuadrables como acuerdos deben considerarse, precisamente, como acuerdos en forma simplificada, en vista del modo en que surgen (v. p. 97 y ss.).

IX. Los tratados. Procedimiento de formación y competencia para celebrarlos

Una vez completado el examen de los problemas relativos a la formación del derecho internacional general, consideremos una importante fuente de normas *particulares* (v. p. 17): los tratados. La terminología usada para indicarlos es sumamente variada, hablándose indistintamente de "acuerdo", de "tratado", de "convención", de "pacto", etc. También deben considerarse los casos en que se da determinado nombre en razón de la materia de la cual se ocupa el acuerdo o del procedimiento seguido para celebrarlo: por ejemplo, se usa el término *Carta* o *Estatuto* para los tratados constitutivos de organizaciones internacionales; *intercambio de notas* para el acuerdo resultante del intercambio de notas diplomáticas, etc. De todos modos, aunque cambie el nombre, no cambia la naturaleza del acto, que es, justamente, la naturaleza de los actos contractuales; un tratado internacional puede definirse como una "unión" o, mejor dicho, un "encuentro" de las voluntades de dos o más Estados, a fin de reglamentar una determinada esfera de sus relaciones. Por ser ambigua y por no responder exactamente a la práctica actual, no puede aceptarse una distinción —que introdujo la doctrina alemana en el siglo pasado y que aún hacen algunos autores— entre tratados normativos o tratados-ley, y tratados-contrato. Según esta definición, los primeros, considerados como los únicos que producen normas jurídicas verdaderas, estarían caracterizados como un encuentro de voluntades de contenido idéntico, tendientes a regular la conducta de un número relevante de Estados; entre ellos debemos incluir los acuerdos de codificación, los acuerdos constitutivos de organizaciones internacionales, los acuerdos que contienen declaraciones solemnes de los Estados, tales como la renuncia a la guerra, al empleo de cierto tipo de armas, etc., etc. En el caso de los tratados-contrato, que serían fuente de derechos y de obligaciones, o sea de relaciones jurídicas y no de normas, las partes partirían de posiciones contrastantes e intercambiarían concesiones más o menos recíprocas; esto caracterizaría, por ejemplo, a los acuerdos de establecimiento, con los cuales los

Los llamados tratados normativos y los llamados tratado-contrato

Estados se hacen concesiones recíprocas acerca del tratamiento de los ciudadanos de cada uno en los territorios de los otros, los acuerdos comerciales, los tratados de alianza, de cesión territorial, etc.

La distinción entre tratados normativos y tratados-contrato no tiene sentido, ya que no tiene sentido la oposición entre norma y relación jurídica. Cualquier acto que sea obligatorio o que vincule a alguien produce, precisamente por eso, una regla de conducta. (En lo que respecta a los contratos, se dice comúnmente que "son ley entre las partes".) Tampoco tiene sentido decir que en ciertos acuerdos las partes se oponen y en otros están unidas, ya que en todos los tratados se presentan de un modo u otro las dos situaciones, si bien de manera que los hace difícilmente identificables y clasificables, más allá del dato aparente constituido por la voluntad de obligarse. En realidad, se trata de una distinción anacrónica, como lo demuestra el hecho de que no existe rastro de ella en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, de la cual hablaremos seguidamente. La utilización del concepto de acuerdo normativo o *Vereinbarung*, sobre todo por obra de Triepel a fines del siglo pasado, principalmente tuvo motivaciones de teoría general, ya que deriva de la convicción de que sólo la voluntad del Estado, tal como se expresa a través de la ley, es capaz de crear derecho, y por lo tanto, también en el derecho internacional se debe reconstruir algo similar a la ley, algo que realice la unión de la voluntad de varios Estados con fines legislativos. Los primeros tratados solemnes celebrados en la segunda mitad del siglo pasado con el fin de reproducir y completar normas internacionales consuetudinarias —como la Declaración de París de 1856 sobre la Abolición de la Guerra de Corsarios y los Derechos de los Neutrales, el Acta General de la Conferencia de Berlín de 1885 en materia colonial y las Conferencias de La Haya sobre el derecho de guerra de 1889 y de 1907— proporcionaron, a su vez, el material para este tipo de reconstrucción.

Normas convencionales abstractas y normas convencionales concretas

No debe confundirse la distinción entre tratados normativos y tratados-contrato —con la cual se hace referencia a la naturaleza del tratado, o sea, del acto productor de normas, y no a las normas producidas— con la distinción entre normas *abstractas*, que regulan una situación o una relación "tipo" y que vinculan a los destinatarios que se encuentran en esa situación o

relación, y normas *concretas*, que regulan una situación o una relación individual y determinada, distinción que, aunque también carece de consecuencias prácticas, al menos en el derecho internacional, sin embargo es clara y comprensible. Es redundante decir que se encuentran normas abstractas y normas concretas en los acuerdos internacionales, así como también se encuentran en las fuentes del derecho interno, legislativas, administrativas, contractuales, etc., pero la calificación de un acuerdo como tratado-ley o tratado-contrato no depende de la presencia de unas o de otras, por lo que es necesario considerar que ciertamente hay normas abstractas en acuerdos generalmente considerados tratados-contrato, como, por ejemplo, los acuerdos de establecimiento o de comercio.

Normas convencionales materiales y normas convencionales instrumentales

Los tratados, como todas las fuentes de normas jurídicas, pueden generar tanto normas *materiales*, es decir, normas que disciplinan directamente las relaciones entre los destinatarios (en este caso, entre las partes contratantes del tratado) imponiéndoles obligaciones o atribuyéndoles derechos, como normas *formales* o *instrumentales*, es decir, normas que se limitan a instituir fuentes para la ulterior creación de normas. Entre los acuerdos que instituyen fuentes adquieren hoy gran importancia los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, los cuales, además de disciplinar directamente ciertas relaciones entre los Estados miembros, demandan a los órganos sociales, en mayor o menor medida, la producción de normas ulteriores. Nos ocuparemos más adelante de los actos de las organizaciones internacionales, en cuanto fuentes previstas por los respectivos tratados constitutivos, y en particular de los actos de las Comunidades Europeas (es decir, la llamada legislación comunitaria).

* * *

Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados

Así como en el derecho interno los contratos están sometidos a la ley, los tratados internacionales (además de estar sometidos a esa categoría especial de normas consuetudinarias que son los principios generales de derecho, de la cual hemos hablado en su momento) están sometidos a una serie de normas consuetudinarias que regulan tanto su procedimiento de formación como los requisitos para su validez y eficacia. Este conjunto de normas forma el llamado "Derecho

de los Tratados". A él está dedicada una de las grandes convenciones de codificación promovidas por las Naciones Unidas y elaboradas por la Comisión de Derecho Internacional (v. p. 71 y ss.): la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, en vigor desde el 27-1-1980 y ratificada también por Italia (mediante L. 12-2-1974, N° 112) [Argentina la ratificó con reservas el 5-12-1972, Ley aprobatoria N° 19.865 del 30-8-1972]. Además de la Convención de 1969, que se ocupa de los acuerdos entre Estados, deben mencionarse otras dos convenciones de codificación, celebradas también en Viena respectivamente en 1978 y en 1986, pero que aún no entraron en vigor. La primera se refiere a un aspecto en particular, el de la Sucesión de Estados en materia de Tratados [Argentina no la firmó] (v. p. 151 y ss.); la segunda se refiere a los tratados celebrados entre Estados y Organizaciones internacionales o por las distintas Organizaciones Internacionales entre sí [Argentina la ratificó el 17-8-90, aprobada por Ley N° 23.782 del 10-5-90]. No obstante haber sido redactada luego de varios años de trabajo en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, la Convención de 1986 se caracteriza por reproducir ciegamente y sólo con algún agregado insignificante la Convención de 1969. Esto puede explicarse dado que las normas sobre el nacimiento, la vida y la extinción de los tratados son, y no pueden dejar de ser, sustancialmente similares, tanto si los tratados han sido celebrados por los Estados o si en ellos participan organizaciones internacionales.

De ahora en adelante, cuando hablemos de "Convención de Viena", deberá entenderse la Convención fundamental de 1969.

Esfera de aplicación de la Convención de Viena

El art. 4 de la Convención de Viena establece: "Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, ésta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados". Como se puede ver, la primera parte del artículo se refiere a las normas de la Convención que simplemente reproducen las normas generales consuetudinarias en el tema de derecho de los tratados y, con una frase bastante fea y redundante, enuncia un principio re-

lativamente obvio, a saber, el principio de que dichas normas, por corresponder justamente al derecho general, son válidas para todos los Estados y para todos los tratados. Obviamente, será el intérprete quien deberá establecer si una determinada norma de la convención corresponde o no a la costumbre, y no es el caso de repetir aquí lo que dijimos en su momento acerca del valor que tienen los acuerdos de codificación respecto de terceros Estados y de la evolución del derecho codificado (v. p. 76 y ss.). Desde un punto de vista bastante general, y haciendo la salvedad de que volveremos más específicamente sobre el tema cuando tratemos cada uno de los aspectos del derecho de los tratados, puede solamente observarse que la Convención reproduce, en efecto, el derecho consuetudinario, no obstante que no faltan en ella normas de carácter innovador y original (entre ellas, mencionamos de manera especial, aunque no exclusivamente, las normas que regulan aspectos de procedimiento, tales como los términos para oponerse a las reservas, los procedimientos y los términos para hacer valer eventuales causas de nulidad o de terminación de los tratados, etc.).

La segunda parte del art. 4 se refiere a las normas que no reproducen el derecho consuetudinario, al establecer que la Convención "... sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados". En esta frase están claramente expresados dos principios: el principio de que las normas innovadoras de la Convención no tienen carácter retroactivo y el principio, por otra parte bastante obvio ya que se trata de normas que no corresponden a la costumbre, de que las normas innovadoras son válidas sólo para los Estados respecto de los cuales "se encuentra en vigor" la Convención, o sea, respecto de los Estados que la hayan ratificado. No queda demasiado clara, en cambio, la única cosa que merecía ser aclarada, es decir, si para que puedan aplicarse las normas innovadoras de la Convención de Viena, según el art. 4, es necesario que *todos* los Estados parte del tratado ulterior sean también parte de dicha Convención (la llamada cláusula *si omnes*), o si, en cambio, dichas normas deben aplicarse también a los tratados multilaterales de los cuales participen terceros Estados, aunque obviamente sólo en lo que hace a las relaciones entre

Estados vinculados por la Convención. Esta segunda interpretación parece ser la que más se conforma a la voluntad de los redactores de las normas de Viena, no sólo porque la cláusula *si omnes*, por ser limitativa, debería desprenderse del texto del art. 4 de manera inequívoca, sino también porque el espíritu de la Convención es el de ampliar y no el de restringir el alcance de las normas contenidas en ella, y finalmente, en razón del argumento que puede extraerse del art. 3, inc. c precedente, que repudia expresamente el principio *si omnes* en el caso de los acuerdos en los cuales participen otras categorías de sujetos de derecho internacional (por ejemplo, las organizaciones internacionales), además de los Estados vinculados por las normas de Viena. Como consecuencia de esto se deriva la posibilidad de una escisión, molesta pero no impracticable, en la normativa de un mismo tratado multilateral firmado luego de la entrada en vigor de la Convención de Viena, cuando algunas de las partes contratantes estén ligadas por la Convención y otras no. Sólo podrá evitarse la escisión si de ese mismo tratado multilateral se desprende la voluntad de las partes de someterse a una normativa *uniforme* en todo y para todo, que podrá ser la normativa de Viena o también la normativa consuetudinaria. Nada prohíbe, en efecto, un acuerdo posterior a la Convención para suspender su eficacia en determinado caso. A este respecto, es oportuno recordar las numerosas dudas que surgieron en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas durante la elaboración de las normas sobre Derecho de los Tratados, con respecto a la conveniencia de proceder a codificar esta materia mediante un texto convencional propiamente dicho, esto es, un texto que tiene la misma fuerza formal de la fuente a la que disciplina: la propuesta alternativa que se formuló en esa ocasión pero que luego fue rechazada por mayoría, era limitarse a una simple *recopilación* de las normas consuetudinarias vigentes. Quizá una recopilación de este tipo habría cumplido igualmente la función principal que se le asigna a la Convención de Viena, es decir, habría constituido igualmente un punto de referencia valioso para reconstruir el derecho de los tratados y no habría dado lugar a inútiles complicaciones formales.

* * *

Libertad de elección del procedimiento de formación de un tratado

¿Cómo se llega a celebrar un acuerdo? ¿Cuándo puede decirse que se ha verificado el encuentro de voluntad de dos o más Estados? La opinión universalmente aceptada es que el derecho internacional deja la más amplia libertad en materia de forma y de procedimiento de celebración de tratados y, por lo tanto, un acuerdo puede resultar de cualquier tipo de manifestación de la voluntad de los Estados, siempre que tengan idéntico contenido y que tengan la finalidad de obligarlos. De este modo, puede llegarse a celebrar un acuerdo instantáneamente o bien a través de complicados procedimientos; dicho acuerdo puede ser escrito u oral; puede estar consignado en un documento *ad hoc* o bien resultar de los procedimientos verbales de algún órgano internacional o de un intercambio de notas diplomáticas, y así sucesivamente. Por lo tanto, al describir el "procedimiento de formación" de los tratados, no es posible hacer referencia a normas jurídicas precisas y vinculantes, y tampoco puede darse carácter taxativo a la descripción de dicho procedimiento, sino que es preciso, necesariamente, limitarse a describir aquellos procedimientos que los Estados practican más que otros. Por otra parte, tampoco tiene carácter taxativo la enumeración de los modos de celebración contenida en la Convención de Viena (arts. 7-16), la que además está limitada a los acuerdos "celebrados por escrito" (v. art. 2, inc. a).

Procedimiento normal o solemne

Establecido esto, el procedimiento normal, también llamado solemne, de celebración de un tratado constituye aún hoy un calco del que se seguía hace varios siglos, en la época de las monarquías absolutistas. En esa época, la celebración de tratados era competencia exclusiva del Jefe de Estado. Los tratados eran negociados por los emisarios del Soberano, definidos como "plenipotenciarios" por ser titulares de "plenos poderes" para la negociación. Los plenipotenciarios preparaban el texto del acuerdo (el que debía ser aprobado por unanimidad) y lo suscribían. Seguía luego la "ratificación" por parte del Soberano, con la cual éste determinaba si los plenipotenciarios se habían atenido efectivamente al mandato recibido. Finalmente, para que el tratado se formalizara era necesario que la voluntad última del Soberano fuese dada a conocer a las contrapartes, es decir, se encontrase con las voluntades de las contrapartes, lo cual se verificaba a través del intercambio de las respectivas ratificaciones.

Negociaciones

Las fases descriptas (negociación, firma, ratificación, intercambio de ratificaciones) se encuentran aún vigentes en la práctica internacional, aunque haya disminuido la posición de preeminencia del Jefe de Estado, dadas las radicales modificaciones producidas en la organización interna de los poderes del Estado. Aún hoy el procedimiento normal de celebración de un acuerdo se abre con las negociaciones encabezadas por los plenipotenciarios, quienes generalmente son órganos (o de todos modos actúan por mandato) del Poder Ejecutivo.

El art. 7 de la Conv. de Viena establece, en el párr. 1, que una persona es considerada representante de un Estado "... si presenta los adecuados plenos poderes ...". Según surge de los trabajos preparatorios de la Convención y, específicamente, de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (cfr. YILC, 1959, II, p. 106, y 1962, II, p. 38), los plenos poderes son "adecuados" cuando emanan de los órganos competentes según el derecho y la práctica propios de cada país. En la mayor parte de los Estados, entre ellos Italia [y Argentina], la competencia es del Poder Ejecutivo.

El mismo art. 7 prevé que pueden representar al Estado sin presentar plenos poderes: los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores, respecto de todos los tratados; los jefes de las misiones diplomáticas, respecto de los tratados celebrados con el Estado ante el cual están acreditados; los representantes ante organizaciones internacionales, en lo que hace a los tratados celebrados en ellas.

Negociación de tratados multilaterales

La fase de la negociación es tanto más compleja cuanto más numerosos sean los Estados que participen en dicha negociación y cuanto más importante sea la materia por reglamentar: por ejemplo los tratados multilaterales de particular importancia, como los tratados de paz, de codificación, etc., son negociados por los plenipotenciarios en el ámbito de conferencias diplomáticas regidas por normas de procedimiento previamente acordadas y, a menudo, sumamente detalladas. En lo que respecta a la adopción del texto, según una práctica cada vez más frecuente en las conferencias internacionales, la vieja regla de la unanimidad va cediendo lugar al principio de mayoría; a veces se combinan ambas reglas, como cuando se prevé que se realice una votación por mayoría sólo después de que se hayan

realizado todos los esfuerzos posibles para adoptar un texto por consentimiento.

Art. 9 de la Convención de Viena: "1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párr. 2. 2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente".

Como ejemplo de combinación entre la regla de la mayoría y el principio de la unanimidad puede citarse el art. 37 del reglamento de procedimiento adoptado por la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar (v. p. 323 y ss.), según el cual las decisiones sobre cuestiones de fondo (o sea, todas las decisiones sobre las normas a incluir en la Convención sobre Derecho del Mar) debían tomarse por mayoría sólo después de haberse constatado la imposibilidad de alcanzar un *entendimiento general*. Un anexo del reglamento reproducía la misma regla, sustituyendo el término *entendimiento general* por el término *consensus* (v. p. 188). Cfr. Treves, en It. YIL, vol. II, 1977, p. 39 y ss.

Firma

Las negociaciones concluyen con la firma (o con el inicialado) por parte de los plenipotenciarios (cfr. el art. 10 de la Conv. de Viena). En el procedimiento normal, también llamado solemne, de formación de tratados —que es el que estamos describiendo— la firma no comporta ninguna obligación para los Estados; su finalidad es autenticar el texto, que de esta manera se establece en forma definitiva y sólo podrá sufrir modificaciones luego de la apertura de nuevas negociaciones.

Ratificación

En cambio, la manifestación de voluntad con la cual se compromete el Estado se obtiene en la fase sucesiva de la *ratificación* (sobre la cual cfr. el art. 14 de la Conv. de Viena). Cada Estado en particular reglamenta la competencia para ratificar tratados mediante normas constitucionales propias. Desde un punto de vista comparativo, y ampliamente aproximado, puede decirse que la ratificación es una de las atribuciones del Jefe de Estado, pero que la potestad de este órgano, siempre que no se reduzca simplemente a una competencia para *declarar* la voluntad de otros órganos, entra en competencia tanto con la potestad del Poder Ejecutivo (obviamente, salvo la hipótesis en que el Jefe de Estado sea también el Jefe de Gobierno) como con la de los órganos legislativos, en el caso de amplias categorías de tratados, como por ejemplo, los tratados de naturaleza política o que modifican leyes. En lo que respecta al ordenamiento jurídico italiano, el art. 87, inciso 8, de la Constitución establece que el Presidente de la República ratifica los tratados internacionales, previa autorización de las Cámaras cuando sea necesario; a su vez, el art. 80 de la Const. especifica que la autorización de las Cámaras, que se otorga mediante una ley, es necesaria cuando se trate de tratados de naturaleza política, o que prevén arreglos judiciales, o implican alteraciones del territorio nacional, obligaciones para las finanzas públicas o modificaciones de leyes. Las dos normas se combinan además con la regla del art. 89 de la Const., según la cual "ningún acto del Presidente de la República es válido si no es contrafirmado por los ministros que lo proponen, que son quienes asumen la responsabilidad". Finalmente, constituye opinión común que la ratificación corresponde a aquellos actos que el Presidente de la República no puede negarse a suscribir una vez que haya intervenido una deliberación gubernamental, aunque pueda solicitar su reexamen antes de la suscripción de la ratificación. Esto demuestra que en Italia el poder de ratificación está en manos del Ejecutivo en cuanto al contenido y, en las categorías de tratados antes indicadas, es potestad conjunta de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. [En el sistema argentino, el Poder Ejecutivo es el que negocia y finalmente ratifica un tratado, previa aprobación del Poder Legislativo. El artículo 99, inc. 11, de la Constitución reformada enuncia las atribuciones del Poder Ejecutivo para concluir y firmar tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras. El artículo 86, antes de la reforma de 1994, establecía en su inc. 14, las atribuciones del Poder Ejecutivo para concluir y firmar tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites, y de neutralidad, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras. Entre las atribuciones del Poder Legislativo, el antiguo artículo 67, inciso 19, de la Constitución Nacional, antes de su reforma de 1994, enunciaba las de

Normativa de la ratificación en el ordenamiento jurídico italiano

aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica. A partir de la reforma de 1994, el artículo 75, inc. 22, expresa que es atribución del Congreso el aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede.]

Relaciones entre el Presidente de la República y el Gobierno en el tema de la ratificación de los tratados

En lo que respecta a las relaciones entre el Presidente de la República Italiana y el Gobierno, en la doctrina constitucional se discute acerca de la exacta naturaleza de la intervención presidencial. (Esta discusión no se refiere a la ratificación en particular, sino a todos los actos que, aun siendo de competencia ministerial, deben ser suscriptos por el Presidente.) Algunos sostienen que el Jefe de Estado participa en la formación del acto mediante la suscripción de la ratificación; otros consideran, en cambio, que permanece extraño a la providencia, limitándose a darlo a conocer y a ejercer un poder de control que, como se dijo, se agota en la posibilidad de solicitar su reexamen. Por no tener consecuencias internacionales, la cuestión no merece mayor profundización.

Relaciones entre Parlamento y Gobierno en el tema de la ratificación de los tratados

Respecto de las relaciones entre Parlamento y Gobierno, existe consenso en considerar que, una vez que intervino la ley de autorización según el art. 80 de la Const., el Gobierno puede establecer discrecionalmente el tiempo en el cual proceder a la ratificación (en sentido contrario, v. ord. Corte de Apelaciones de Milán del 3-12-1979, en RDIPP, 1980, p. 277, que, basándose en la cuestión de constitucionalidad, llega incluso a prever la contrariedad al art. 80 de una ley de autorización que no fije un término preciso al Gobierno; la cuestión fue declarada inadmisible por la Corte Constitucional mediante ord. del 29-9-1983 N° 282, *idem*, 1984, p. 122). Se discute, en cambio, si la discrecionalidad del Gobierno puede llevarse hasta un aplazamiento *sine die* de la ratificación misma. La discusión es más bien académica, a falta de una práctica significativa. Además, carece de consecuencias internacionales dado que, si el Gobierno decide no ratificar, no se configura la voluntad del Estado y el problema es sólo la eventual responsabilidad política del propio Gobierno frente al Parlamento. [En cuanto a la situación en Argentina, una vez que el Poder Legislativo ha aprobado por ley un tratado, el Poder Ejecutivo se encuentra autorizado para ratificarlo. La ratificación, en la práctica, se ha convertido en un acto discrecional del Ejecutivo, quien no sólo maneja los tiempos para la ratificación, sino que es quien, en definitiva, puede decidir no ratificar un tratado debidamente aprobado por el Legislativo.]

Formación de la voluntad del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales y responsabilidad del Gobierno frente al Parlamento

El tema de la discrecionalidad del Gobierno en la "gestión" de un tratado cuya firma haya sido autorizada por el Parlamento tiene aplicaciones prácticas notables respecto de una serie de cuestiones (relativas a las reservas, a las denuncias, etc.) que tendremos ocasión de examinar seguidamente al ocuparnos de los diferentes aspectos del derecho de los tratados. Al resolver estas cuestiones a la luz de principios constitucionales, es necesario mantener siempre diferenciados los dos perfiles ya mencionados: el primero (y también el único que tiene consecuencias internacionales) es el de la válida formación y manifestación de la voluntad del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales; el segundo es el de la responsabilidad de los equipos gubernamentales que se suceden en los cargos frente al Parlamento y de los controles que éstos ejercen sobre la política exterior del gobierno mediante instrumentos de inspección (interpelaciones, mociones, votos de confianza, acusación, etc.).

No siempre las Constituciones, sobre todo las Constituciones más recientes o las modificadas recientemente, usan el término "ratificación". A menudo se emplean otros términos como alternativa o agregado, tales como "aprobación" (cfr. por ejemplo, el art. 53 de la Const. francesa de 1958), "conclusión" (cfr. por ejemplo, el art. 65, inc. 1, Const. austríaca, el art. 59, Const. alemana), etc., pero siempre haciendo referencia al procedimiento solemne de formación de los tratados. Se trata de términos completamente equivalentes, para los cuales vale lo que hemos dicho hasta aquí sobre la ratificación.

Adhesión

Debe también equipararse a la ratificación la *adhesión* (o aceptación), en el caso de los tratados multilaterales, que se obtiene cuando la manifestación de voluntad dirigida a concluir el acuerdo emana de un Estado que no tomó parte de las negociaciones. Para que tal voluntad sea eficaz obviamente es necesario que esté prevista en el texto mismo la participación en el tratado de otros Estados además de los que han acordado el texto (la llamada "cláusula de adhesión"), es decir que es necesario que el tratado sea *abierto*. En definitiva, la adhesión no es otra cosa sino la ratificación de un acuerdo realizado por otros y se entiende por qué ni siquiera se habla de ella en las Constituciones, ya que la competencia para adherir a tratados corresponde a la competencia para ratificar tratados.

Ratificación, adhesión, aprobación, aceptación, etc., son puestas al mismo nivel por la Convención de Viena (arts. 14, 2° inciso, y 15).

La adhesión de la cual hablamos implica participación *directa* en el tratado multilateral (abierto) por parte de un Estado que no participó de las negociaciones. Diferente es el caso de la adhesión que se expresa a través de un nuevo acuerdo entre los contratantes de un determinado tratado y un tercer Estado, acuerdo que es formalmente autónomo y que necesita no sólo de la ratificación del tercer Estado sino también de la de los contratantes del primer tratado. Por ejemplo, es necesario un acuerdo de este tipo para adherir a la Unión Europea, según el art. 0, 3° inc. del Tratado de Maastricht a 1992.

Canje o depósito de las ratificaciones

Una vez configurada la voluntad del Estado a través de las deliberaciones de los órganos constitucionalmente competentes, el procedimiento de formación del acuerdo se concluye con el intercambio o el depósito de las ratificaciones. En el caso del intercambio, el acuerdo se perfecciona instantáneamente. En el caso del depósito, que es el procedimiento normalmente adoptado para los tratados multilaterales, a medida que se depositan las ratificaciones (ante un Gobierno, ante la Secretaría de un organismo internacional, etc.), el acuerdo se efectiviza entre los Estados depositantes; sin embargo, generalmente se prevé en el texto del tratado que el mismo no entre en vigor, ni siquiera entre los Estados depositantes, hasta que no se alcance un cierto número de ratificaciones. El art. 16 de la Convención de Viena agrega al intercambio o al depósito de ratificaciones la *notificación* a los Estados contratantes o al depositario.

Registro de los tratados

Según el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas —al cual, además, hace implícita referencia el art. 80 de la Convención de Viena— todo tratado o acuerdo internacional "debe" ser registrado ante la Secretaría de las Naciones Unidas (v. p. 190) y publicado por cuenta de ella. Pero del mismo art. 102 surge que la *única* consecuencia derivada de la omisión del registro es la imposibilidad de invocar el tratado ante un órgano de las Naciones Unidas. Por lo tanto, el registro no es un requisito de validez del tratado, ni tampoco la publicación es una forma de homologación para determinar de una vez por todas la existencia y la validez del acuerdo, su eficacia obligatoria, etc. Diferente era la norma correspondiente del Pacto de la Sociedad de las Naciones, cuyo art. 18, con el fin de consolidar el principio de la abolición de la "diplomacia secreta" que propugnaba el presidente Wilson, declaraba que los tratados no registrados no eran vinculantes. Pero ya en esa época, la norma fue interpretada en sentido reductivo en la práctica, precisamente en el sentido de la no invocabilidad de los acuerdos ante los órganos societarios.

* * *

Procedimientos especiales de formación de tratados

El procedimiento descrito hasta aquí es el procedimiento normal o solemne. Puede suceder, sin embargo, que los Estados, valiéndose de la amplia libertad de que gozan en esta materia (v. p. 90), sigan un procedimiento diferente. Los procedimientos alternativos pueden distinguirse según desemboquen posteriormente en la ratificación (u otro procedimiento equivalente) y, por lo tanto, no se aparten sustancialmente del procedimiento normal, o bien se caractericen por un modo diferente de manifestación de la propia voluntad por parte de los Estados. Entre los primeros pueden encuadrarse las numerosas variaciones que sufren en la práctica las fases de la negociación y la firma. Recordemos que en el caso de muchos tratados preparados por organizaciones internacionales, como, por ejemplo, las convenciones laborales preparadas por la OIT (v. p. 200), muchas de las convenciones auspiciadas por las Naciones Unidas, por el Consejo de Europa (v. p. 232), etc., la discusión y la aprobación por parte de un órgano, generalmente la Asamblea de la organización, sustituye a la negociación directa. Para dar otro ejemplo relativo a la firma, recordemos que, en el caso de acuerdos multilaterales, cada vez más frecuentemente la firma se difiere en el tiempo: una vez redactado por los plenipotenciarios, el texto del tratado es "abierto" a la firma y a la ratificación de los Estados; de manera que, en el momento que le resulte oportuno, cada uno de los Estados puede firmar primero y luego proceder a depositar la ratificación. Como resulta evidente, la firma diferida no tiene ya función de autenticación del texto ni representa tampoco ninguna participación del Estado en el tratado, dado que es seguida por la ratificación; la firma constituye una declaración genérica de *disponibilidad*.

Pasando ahora a los procedimientos en los cuales la voluntad de un Estado en coincidencia con la de otros Estados no se manifiesta

Acuerdos en forma simplificada

en una ratificación, es necesario tener en cuenta el fenómeno de los llamados "acuerdos en forma simplificada" (o acuerdos "informales", según la terminología utilizada ya a fines del siglo pasado), cada vez más frecuente en la práctica internacional. Según una definición corriente, el "acuerdo en forma simplificada" es el que entra en vigor *por el solo efecto de la suscripción del texto por los plenipotenciarios*, que se produce cuando se desprende del texto mismo o de los comportamientos de las partes que éstas entendieron atribuir a la firma, justamente, el valor de una manifestación de voluntad plena y definitiva. Dice el art. 12 de la Convención de Viena: "El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante: 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; 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".

Como surge de la formulación del artículo, que corresponde a lo que sucede en la práctica, el acuerdo puede también ser "mixto", es decir, ser celebrado en forma simplificada por algunos Estados y con ratificación por parte de otros.

En la categoría de los acuerdos en forma simplificada pueden incluirse los intercambios de *notas diplomáticas* o de otros instrumentos similares, siempre que de los instrumentos mismos o *de otra documentación* se desprenda la intención de las partes de vincularse inmediatamente (cfr. el art. 13 de la Conv. de Viena). Incluso puede decirse que esta categoría comprende, en definitiva, *todos* los acuerdos que celebren, de un modo u otro, los órganos del Estado encargados de las relaciones con los otros Estados —para entendernos y simplificar, los órganos del Poder Ejecutivo— sin recurrir al procedimiento de la ratificación, comprometiendo directa y definitivamente, por lo tanto, la voluntad del Estado. A esta categoría corresponden, entre otros, los acuerdos celebrados íntegramente en el seno de las organizaciones internacionales, como es el caso de algunas Declaraciones de Principios de la Asamblea General de la ONU (v. p. 82 y ss.), de ciertas resoluciones del Consejo de Europa (v. p. 214 y s.), de las decisiones de los representantes de los Estados en el Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas (v. p. 224), etc.

Acuerdos en forma simplificada y acuerdos no jurídicos

Es importante, sin embargo, subrayar un aspecto: para celebrar un acuerdo en forma simplificada no es suficiente que se evite la fase de la ratificación, sino que es necesario también que del texto del acuerdo o de las circunstancias se deduzca una *segura* voluntad del Estado de obligarse por él. Este punto es importante porque en la práctica internacional se han dado muchos casos de *entendimientos* entre Gobiernos, a los cuales a menudo se les da incluso el nombre de acuerdos, pero que por cierto no tienen carácter de verdaderos acuerdos desde el punto de vista jurídico, ya que dicho carácter se halla excluido de todo lo que pueda deducirse del texto o bien de las declaraciones de aquellos que los suscriben. Estos *entendimientos*, que no pretenden ser de naturaleza jurídica, valen mientras valen. Para dar un ejemplo de notable importancia, éste es el caso del Acta Final de la Conferencia de 1975 sobre la Cooperación y la Seguridad en Europa (conocida también como "los Acuerdos de Helsinki": v. su texto en CI, 1976, p. 593 y ss.), como así también de los acuerdos que se concluyeron hasta ahora en el seno de las sucesivas reuniones de la Conferencia: son acuerdos sumamente importantes desde el punto de vista político, que han tenido un papel determinante en las relaciones entre Occidente y los países del Este europeo de los últimos años, ya que se ocupan, entre otras cosas, de cuestiones delicadas, como el respeto de los derechos humanos, pero que no pueden considerarse productores de efectos jurídicos, tanto por su tenor como por las declaraciones que a menudo los acompañan. Por cierto, los entendimientos no jurídicos están fuera del tema que estamos tratando, aunque debe reconocerse que en ciertos casos límite es difícil distinguir un entendimiento de este tipo de un acuerdo en forma simplificada.

Conferencia sobre la Cooperación y la Seguridad en Europa

El caso más claro, pero también el menos frecuente, de entendimiento no jurídico es aquel en que el texto mismo del acuerdo entre dos o más Estados declara expresamente "... no constituir un tratado internacional". En este

sentido cfr. el art. 12 del Memorándum de Acuerdo entre EE.UU. y Canadá del 9-3-1984 sobre la cooperación en materia de legislación *antitrust* (cit. en AJIL, 1984, pp. 659-661).

Aplicación provisoria de los tratados

En una zona límite entre los entendimientos no jurídicos y los acuerdos en forma simplificada se ubican los acuerdos sobre aplicación provisoria de los tratados, que se dan cuando, en el texto mismo de un tratado *sometido a ratificación* o en declaraciones separadas, las partes prevean que el tratado entre provisoriamente en vigor a la espera de la ratificación. Los acuerdos de aplicación provisoria son considerados por algunos autores como entendimientos carentes de carácter jurídico (según esta opinión, la aplicación provisoria sería una ejecución de hecho que se legitimaría sólo si, y cuando, se produce la ratificación); por otros, como acuerdos en forma simplificada, por consiguiente vinculantes. Para encuadrar el tema, Picone, en *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Nápoles, 1973, partic. cap. III (*idem*, cap. I, la exposición de las otras tesis) propone la categoría de acuerdos *jurídicos no vinculantes* (que se debe considerar, justamente, como una categoría límite, que pertenece, sin embargo, al *genus* de los acuerdos en forma simplificada). Estos acuerdos, que compartirían con los entendimientos sin carácter jurídico incluso la característica de poder ser revocados unilateralmente en cualquier momento, deberían considerarse, sin embargo, como acuerdos en sentido jurídico sobre todo dada su capacidad para suspender la eficacia de convenciones precedentes (y plenamente vinculantes) sobre el mismo objeto, como así también dada la imposibilidad del Estado de anular con eficacia retroactiva, en el momento de la revocación, las medidas de ejecución ya tomadas. La teoría de Picone, que produjo numerosos desarrollos ulteriores en distintas direcciones, no puede ser profundizada en este momento.

Tratados secretos

Según Fois (P.), en RDI, 1990, p. 809 y ss., entre los entendimientos jurídicamente no vinculantes deberían considerarse también los tratados secretos. Sin embargo, parece más apropiado considerar que la prohibición de celebrar tratados secretos es relevante en cuanto prohibición de derecho interno y debe encuadrarse, por lo tanto, en el tema de la nulidad de los tratados firmados en violación de normas internas de importancia fundamental (nos ocuparemos de este tema en breve: v. p. 105 y ss.). En otras palabras, si los ordenamientos jurídicos internos de los Estados firmantes permiten a los órganos competentes para celebrar tratados hacerlo en secreto, y si la naturaleza no vinculante del acuerdo secreto no consta *de otro modo*, no parece que pueda invocarse el derecho internacional para restarle validez o eficacia a dicho acuerdo.

Competencia para concluir acuerdos en forma simplificada

La competencia para celebrar acuerdos en forma simplificada, así como la competencia para ratificar tratados, está regulada por cada Estado mediante normas constitucionales propias. En otras palabras, y teniendo presente que los que comprometen al Estado mediante su firma en este tipo de acuerdos son generalmente representantes del Poder Ejecutivo, es el derecho constitucional de cada Estado el que establece hasta qué punto el Poder Ejecutivo puede celebrar un acuerdo sin recurrir al procedimiento de la ratificación. Desde un punto de vista comparativo, y también aquí con amplia aproximación, puede decirse que tal posibilidad abarca al menos los acuerdos sectoriales y específicos en cuestiones técnico-administrativas que se remontan a las atribuciones de las diversas ramas de la Administración, respecto de las cuales la misma Administración dispone de poderes normativos propios. Pero nunca como en este caso es imposible ir más allá de una mera aproximación, dado que es poco frecuente que las Cartas constitucionales contengan normas expresas al respecto (una de las pocas excepciones está dada por la Constitución Holandesa que, en el art. 62, prevé la forma simplificada para amplias categorías de convenciones), que las competencias del Poder Ejecutivo se fueron consolidando en la práctica de los Estados en tiempos relativamente recientes (o mejor aún, reconsolidando, ya que esta tendencia no es tan nueva) a causa de la necesidad de actuar advertida por los Gobiernos, frente a la inercia y a la indiferencia de los Parlamentos, y que por lo tanto los límites a la competencia para celebrar acuerdos en forma simplificada pueden variar sensiblemente entre país y país, según la posición que el Ejecutivo ocupe, o haya logrado ocupar, en el sistema constitucional, según la rigidez o no de ese sistema, según el valor de la práctica con respecto a las normas constitucionales escritas, etc. En lo que respecta al ordenamiento jurídico italiano, parece convincente la tesis (Cassese) según la cual la celebración de acuerdos en forma simplificada debería excluirse de manera absoluta sólo cuando dicho acuerdo pertenezca a una de las categorías previstas por el art. 80 (las recordamos: tratados que tienen naturaleza política, que prevén arbitrajes o arreglos judiciales, que representan alteraciones del territorio, obligaciones para las finanzas públicas o modificaciones de leyes); en todos los otros casos, el Poder Ejecutivo

Competencia para concluir acuerdos simplificados según el ordenamiento jurídico italiano

debería ser libre de decidir con las otras partes contratantes si se le da al acuerdo forma solemne y, por lo tanto, es necesaria la ratificación por parte del Jefe de Estado, o bien si se lo celebra directamente. Dado el silencio de la Carta Constitucional italiana, esta tesis surge de una interpretación sistemática de los arts. 80 y 87, párr. 8, de la Constitución y parece confirmada por los trabajos de la Asamblea Constituyente, durante los cuales se insistió sobre el principio de que no todos los acuerdos deben ser sometidos a ratificación, sino sólo los más importantes.

Nos parece que debe hacerse una modificación a la tesis que estamos examinando, en lo que respecta a una de las categorías comprendidas en el art. 80, más específicamente, la de los acuerdos que representan una obligación para las finanzas públicas. Si un acuerdo no corresponde a ninguna de las otras categorías previstas por el art. 80 y representa gastos que puedan incluirse en el presupuesto ordinario de la rama de la Administración interesada, se puede entender que sea posible celebrarlo en forma simplificada. Se puede considerar, entonces, que cuando el art. 80 habla de obligaciones para las finanzas públicas, entiende referirse a obligaciones no presupuestadas. ¡Sería absurdo, por ejemplo, considerar sujeto a ratificación y a una ley de aprobación de la ratificación un acuerdo relativo a una visita de un Jefe de Gobierno extranjero o de una misión técnica extranjera, etc., que represente gastos por la correspondiente hospitalidad!

La tesis a la cual adherimos, que se basa en la interpretación misma de la Constitución, parece preferible a la que fundamenta en una costumbre constitucional la competencia del Ejecutivo para concluir acuerdos en forma simplificada (Monaco, Marchisio). En realidad, como veremos en seguida, en Italia la práctica que corresponde a estos acuerdos tiende a sobrepasar los límites indicados y a invadir la esfera prevista por el art. 80. De allí se deriva que, si se hace coincidir exactamente esta hipotética costumbre con la práctica, se llega a la conclusión de que la práctica deroga el art. 80, lo cual es inadmisible; en cambio, si se la limita a las cuestiones no previstas por el art. 80, se excluye parte de la práctica, lo cual resulta metodológicamente injustificable cuando se trata de reconstruir una norma no escrita. Debe señalarse que la Corte de Casación se pronunció en favor de la tesis de la costumbre constitucional en las sentencias del 22-3-1972 N° 867, en RDI, 1973, p. 588 y ss. y del 17-4-1972 N° 1196, *idem*, p. 592; pero se trata de un pronunciamiento meramente casual, ya que estas dos sentencias se refieren principalmente a un problema diferente, el de la adaptación del derecho interno al derecho internacional (para este aspecto de las sentencias, v. p. 401).

Se sostuvo también con suficiente autoridad (Giuliano, en RDIPP, 1982, p. 17) que podrían justificarse estos acuerdos celebrados por el Poder Ejecutivo sin la ratificación del Jefe del Estado, siempre en cuestiones no previstas por el art. 80, sobre la base de una delegación del Jefe de Estado en cada Ministro. Esta delegación estaría implícita en el "acto mismo de conferir un oficio público del cual (los Ministros) están investidos... en lo que respecta a las cuestiones comprendidas en su esfera específica de competencia". Esta tesis, que les niega, obviamente, cobertura constitucional a los acuerdos en forma simplificada en las cuestiones no previstas por el art. 80, parece en cierto modo artificiosa.

Es importante señalar que el legislador italiano reconoce la categoría de los acuerdos en forma simplificada: la Ley del 11-12-1984 N° 345, al reorganizar el tema de la publicación de los actos normativos de la República Italiana en el Boletín Oficial, en el art. 1 inc. f, prevé que dicha publicación se lleve a cabo en el caso de "... los acuerdos en virtud de los cuales se obliga la República en sus relaciones internacionales, incluidos aquellos celebrados en forma simplificada, que no necesitan publicación según los incisos b y d (es decir, cuya publicación no esté ya asegurada por la publicación de las leyes ordinarias, de los decretos del Presidente de la República y de los actos ministeriales que les conciernen)".

Representa un límite a la competencia del Gobierno para celebrar acuerdos en forma simplificada la prohibición —que la mayor parte de la doctrina considera prevista implícitamente en la Constitución— de celebrar acuerdos secretos.

Difusión en la práctica de los acuerdos en forma simplificada

La práctica de los acuerdos en forma simplificada que, según se dice, encuentra su justificación en motivos de celeridad y practicidad que corresponden a la necesidad de los tiempos modernos, fue extendiéndose de manera impresionante en los últimos años. Por ejemplo, se ha calculado que el número de acuerdos de este tipo firmados por Estados Unidos (en particular, los *executive agreements* celebrados por el Presidente, o al menos bajo su responsabilidad, que no son sometidos a ratificación sino que generalmente se fundan sobre una mera autorización, sumamente genérica, contenida en un acta del Congreso, y que tienen por objeto materias técnico-administrativas,

como los servicios postales, las patentes, etc.; las relaciones comerciales con el exterior, incluidas las tasas aduaneras, las facilidades tarifarias, etc.; como así también varias cuestiones que corresponden a los amplios poderes del Presidente como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y responsable de la política exterior) fue de 9 en 1930 y era de 206 ya en 1968 (cfr. Whiteman, *A Digest of International Law*, vol. 14, Washington, 1970, p. 210). La situación no es diferente en muchos otros países, incluso Italia, donde la celebración de acuerdos en forma simplificada tiende a superar los límites de las materias técnico-administrativas, o aun de las cuestiones que corresponden al poder reglamentario del Poder Ejecutivo, para invadir la esfera cubierta por el art. 80 y donde resulta, por lo tanto, de particular actualidad el problema de las consecuencias internacionales de las limitaciones constitucionales a la competencia para celebrar tratados, problema del cual nos ocuparemos enseguida. [La Constitución argentina de 1853 nada dice respecto de los tratados celebrados en forma simplificada. En la práctica, el Poder Ejecutivo realiza constantemente este tipo de acuerdos sin intervención alguna del Poder Legislativo. Si bien en principio los acuerdos en forma simplificada versaban sobre materias técnico-administrativas, en la práctica no está claramente definida, en razón de la materia, la facultad del Ejecutivo para celebrarlos. Por ejemplo, las Declaraciones Conjuntas Argentino-Británicas que se sucedieron a partir de noviembre de 1989 no fueron sometidas a la aprobación del Legislativo. Estas declaraciones son verdaderos tratados que crean derechos y obligaciones en materias que tradicionalmente implicarían la intervención del Congreso Nacional (*status quo* territorial y marítimo, esquemas de conservación de especies ictícolas, medidas para el fortalecimiento de la confianza, seguridad, ayuda y salvatajes, etc.). Tampoco existe en la Constitución argentina una norma similar a la del artículo 80 de la Constitución italiana. Sin embargo, la doctrina local ha argumentado sobre la facultad irrenunciable del Legislativo, no sólo en cuanto a la aprobación o rechazo de ciertos tratados, sino incluso en cuanto a sus facultades en materia de negociación de tratados sobre límites con otras naciones o sobre la contratación de empréstitos públicos. El antiguo artículo 67 establecía entre otras

atribuciones del Legislativo la de contraer empréstitos de dinero sobre el crédito de la Nación (inc. 3°) y la de arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación (inc. 14). En los hechos, el Poder Legislativo no ha reclamado orgánicamente la aplicación textual del antiguo artículo 67 (incs. 3° y 14), hoy artículo 75, incs. 4° y 15 de la Constitución reformada en 1994. Por lo tanto se consolidó una práctica a favor de las atribuciones excluyentes del Ejecutivo en materia de negociaciones internacionales.]

* * *

Tratados concluidos en violación de normas internas sobre competencia para celebrar acuerdos

Tanto en el caso en que se respete el procedimiento normal y, por lo tanto, el tratado pase por las fases de negociación y de ratificación, como en el caso de los acuerdos celebrados en forma simplificada, el problema fundamental en materia de formación de acuerdos internacionales es el siguiente: si el órgano que celebra el acuerdo, es decir, que manifiesta la voluntad del Estado de adherir al tratado mediante la ratificación o de otra manera, no tiene competencia o no se atiene a las formas o a los procedimientos previstos por el derecho interno, ¿qué consecuencias se derivan en el plano internacional? ¿Debe considerarse que el tratado es válido de todos modos, al menos en presencia de ciertas circunstancias, o bien hay que concluir que si la voluntad del Estado está viciada según el derecho interno, lo está también según el derecho internacional y con qué consecuencias?

El problema de la competencia para celebrar tratados comenzó a presentarse en el siglo pasado, en la época de las monarquías constitucionales, en que se fue afirmando gradualmente el principio de que las Asambleas Legislativas debían intervenir en las decisiones concernientes a la ratificación de determinados tratados, con la consiguiente limitación de los poderes del Soberano, que en un tiempo habían sido absolutos en esta materia. Se comprende entonces por qué el problema de la competencia se planteó en un comienzo, y durante mucho tiempo siguió planteándose, como el problema de preguntarse si para el derecho internacional era válido *en todos los casos* un tratado firmado por el Jefe de Estado; si para el derecho internacional el Jefe de Estado seguía teniendo, como se decía, el *ius repraesen-*

tationis omnimodae en las relaciones con los otros Estados, o si en cambio influían en la validez del acuerdo las limitaciones constitucionales a la competencia del Jefe de Estado. Es claro también que, más recientemente, han ido cambiando los términos del problema y, si aún hoy no debe excluirse la posibilidad de que se presente el caso de un tratado celebrado por un Jefe de Estado más allá de los límites de las competencias que le reconocen las normas constitucionales (pensemos, sobre todo, en los países donde el Jefe de Estado tiene amplio poder de decisión en materia de política exterior, como los Estados Unidos de América), actualmente la discusión se concentra en las relaciones entre Poder Ejecutivo y órganos legislativos y en los acuerdos firmados por uno sin la participación de los otros. En definitiva, la discusión corresponde a los acuerdos celebrados en forma simplificada. Si el Poder Ejecutivo se compromete en forma autónoma y definitiva a nivel internacional con respecto a cuestiones en las cuales la Constitución requiere el concurso del Parlamento (y, aunque sólo formalmente, del Jefe de Estado), ¿qué valor tiene este compromiso desde el punto de vista del derecho internacional?

Casos de violación a normas italianas sobre competencia para celebrar acuerdos

El problema reviste mucha importancia en Italia, aunque la situación no es diferente en otros países, porque, como ya se tuvo ocasión de ver, no faltan los casos en que el Gobierno italiano escogió la forma simplificada, por lo general aduciendo motivos ligados a la política internacional, incluso para celebrar acuerdos que correspondían claramente a las categorías previstas por el art. 80 de la Constitución, para los cuales eran necesarias, por lo tanto, la intervención del Parlamento, en la forma de una ley de autorización para la ratificación, y la ratificación por parte del Presidente de la República. Entre los ejemplos más significativos recordamos: la solicitud de admisión de Italia en las Naciones Unidas (la Carta de la ONU es claramente un tratado de naturaleza política y la participación de un Estado en la Organización representa obligaciones financieras de importancia), que fue realizada mediante un acta del Ministro de Relaciones Exteriores del 7-5-1947 (y aceptada por la Asamblea General en 1955); el *Memorándum de Entendimiento* en la cuestión de Trieste, del 5-10-1954, que atribuyó a Italia la "administración" de la zona A del territorio triestino y a Yugoslavia la "administración" de la zona

B, y que fuera celebrado en Londres directamente por los plenipotenciarios de los Gobiernos de Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia y Yugoslavia —en nombre de Italia, el Embajador italiano ante el Gobierno británico—, quedando entendido entre las partes que dicho Memorándum entraba en vigor inmediatamente (el *Memorándum*, sustituido recién en 1975 por el Tratado de Osimo, que reguló definitivamente las relaciones entre Italia y Yugoslavia, comportaba claramente obligaciones para las finanzas públicas, modificaciones de leyes por imponer una serie de obligaciones sobre el tratamiento de las minorías eslavas y quizá también alteraciones del territorio nacional, en cuanto restituía sustancialmente Trieste a Italia); la Declaración final de la Conferencia de Tánger del 29-10-1956 sobre la abolición del régimen de administración internacional de Tánger (acuerdo de naturaleza claramente política); el intercambio de notas ítalo-francés del 28-4-1964 sobre la determinación de la frontera del Moncenisio; una serie de acuerdos de cooperación y de asistencia militar (para los detalles, v. Marchisio, art. cit., p. 551, nota 36) o de concesión de bases militares, a veces estipulados en forma secreta, como el acuerdo sobre la concesión de una base militar a la marina estadounidense en la isla de Magdalena, celebrado en 1972 (para los detalles, v. Franchini, en RTDP, 1980, p. 54 y ss.), y otros muchos acuerdos celebrados con Estados Unidos a partir de 1979 para la instalación de bases misilísticas, precisamente las bases de los misiles *Pershing* y *Cruise*; el *Memorándum* de "intención", del 19-9-1986, sobre la adhesión italiana al programa de investigación científica vinculado a la Iniciativa de Defensa Estratégica estadounidense (para los detalles, v. Sanna, en *Il trattato segreto* cit., p. 151 y ss.). ¿Qué decir entonces de la validez internacional de todos estos acuerdos? ¿Cuál es la solución que se debe dar al problema de la competencia para celebrar tratados?

Acuerdos sobre concesión de bases militares

En lo que respecta a los acuerdos de cooperación y asistencia militar y de concesión de bases militares, la tesis que siempre ha sostenido el Poder Ejecutivo es que dichos acuerdos no tienen necesidad de ratificación y de la correspondiente ley de autorización, por tratarse de acuerdos "ejecutivos" respecto del Tratado Constitutivo de la OTAN (v. p. 491), el que ha sido

debidamente ratificado y autorizado. Esta tesis no tiene fundamentos desde el punto de vista jurídico, dado que el Tratado de la OTAN (como fue subrayado, por otra parte, en el informe de mayoría a la Ley del 1-8-1949 N° 465, que autorizaba su ratificación, informe que está reproducido en Ambrosini, *Questioni costituzionali e politica estera italiana dal 1948 al 1953*, Milán, 1953, p. 202) prevé, en el art. 9, que los representantes de los Estados participantes en los dos órganos de la Organización, el Consejo y el Comité de Defensa, pueden adoptar solamente recomendaciones, o sea, actos no vinculantes para cada uno de los Estados miembros. Sobre esta cuestión, como sobre las referencias a la práctica, v. Marchisio, *Le basi militari nel diritto internazionale*, Milán, 1984, p. 240 y ss.

Teorías sobre la validez o invalidez de los acuerdos concluidos en violación a normas internas sobre competencia para celebrar acuerdos

Frente a una práctica internacional incierta y contradictoria, la mayor parte de los escritores que se han ocupado del tema concuerdan en excluir las soluciones radicales tanto en el sentido "internacionalista", por así decirlo, como en el sentido "internista": por una parte, se excluye de este modo que para el derecho internacional los tratados celebrados directamente por el Poder Ejecutivo sean válidos en cualquier caso, es decir, se excluye que el Poder Ejecutivo tenga, como se consideraba en un tiempo que tenía el Jefe de Estado, el *ius repraesentationis omnimodae*; y, por otra parte, se excluye que cualquier vicio, aun solamente de forma, cualquier irregularidad de procedimiento desde el punto de vista del derecho interno pueda influir sobre la validez internacional de un acuerdo. Más allá del rechazo de estas soluciones extremas no hay ninguna concordancia entre los internacionalistas, y se han sostenido varias teorías intermedias que privilegian esta o aquella manifestación de la práctica. Según algunos autores (más próximos a una solución puramente "internista"), en esta materia el derecho internacional se atendría al reparto de competencias dentro del Estado que existiera "de hecho" en el momento de la estipulación del acuerdo, o bien reenviaría a la Constitución "viva", que se forma en la práctica en contraposición a la Constitución formal, o incluso tendría en cuenta las perspectivas de recibir ejecución que no obstante subsistieran para un acuerdo celebrado por un órgano incompetente. Otros autores (más próximos a una solución internacionalista) apuntan a la buena fe, sosteniendo que el acuerdo sería válido cuando las otras partes contratantes no pudieran reconocer la violación del derecho interno. El art. 46 de la Convención de Viena contiene una solución que, aunque puede definirse como "ecléctica", sin embargo está bastante cerca de la solución puramente internacionalista. Esta norma (que tiene orígenes sumamente complicados y fue reformulada varias veces, en direcciones diametralmente opuestas, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas) establece: "1) El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2) Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica habitual y de buena fe".

Teoría receptada por el art. 46 de la Convención de Viena

La clara desconfianza que muestra este artículo respecto de la relevancia internacional de los límites constitucionales a la competencia para celebrar tratados (nótese, además, la formulación negativa de la norma: "El hecho de que el consentimiento de un Estado... haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno... no podrá ser alegado... a menos que... ") se ve reflejada también en otro artículo de la Convención, el art. 27, que se ocupa genéricamente de las relaciones entre los tratados y el derecho interno de las partes contratantes. "Una parte —dice el art. 27— no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

En nuestra opinión, algunos datos que surgen de la práctica contemporánea resultan bastante significativos para dar solución al problema. El primero es que, cuando los Gobiernos se comprometen a nivel internacional en cuestiones que corresponden a la esfera de competencia de otros órganos y en particular de los Parlamentos, más precisamente, cuando la exacta observancia de este compromiso no puede prescindir del uso de instrumentos jurídicos internos que no están en disponibilidad de los propios Gobiernos, generalmente éstos procuran, *tarde o temprano*, alguna forma de consentimiento o de aprobación por parte del órgano interesado. Otro dato es que, en

los casos en que a nivel diplomático se presentan solicitudes de ejecución o denuncias de violaciones de acuerdos celebrados exclusivamente por el Poder Ejecutivo, es extremadamente difícil establecer si tales presentaciones se realizan con la convicción de estar solicitando el respeto de verdaderos compromisos de caracter jurídico, o sólo se hacen por motivos políticos o incluso de propaganda: en efecto, a nivel diplomático se producen solicitudes de ejecución o denuncias de violaciones incluso respecto de acuerdos que no tienen carácter jurídico. A este respecto, baste recordar las denuncias —que se sucedieron cada vez con mayor frecuencia a medida que se acercaba la caída del bloque de Países Socialistas del Este europeo, a fines de los años ochenta— sobre la falta de respeto de estos países a las normas sobre derechos humanos incluidas en el Acta Final de la Conferencia de 1975 sobre Cooperación y Seguridad en Europa, de cuya falta de juridicidad ya hemos hablado. Un último dato, quizá el más importante, está dado por la jurisprudencia interna, en especial por la cantidad de sentencias provenientes de diferentes Estados que se niegan a aplicar tratados firmados por sus respectivos Gobiernos en violación a normas internas relativas a la competencia para celebrar tratados, sin preocuparse en modo alguno por la protección de las otras partes contratantes (para una lista de las sentencias, v. Conforti y Labella, en EJIL, 1990, p. 52 y ss. y Conforti, *Cours général*, cap. II, párr. 12). Así las cosas, consideramos que el art. 46 de la Convención de Viena responde al derecho internacional general al codificar el principio de que es causa de nulidad de un tratado la violación de las normas internas en materia de competencia que sean de fundamental importancia. Consideramos que existe una violación de este tipo cuando, y sólo cuando, no se haya pronunciado sobre el acuerdo uno de los órganos a los cuales la Constitución le asigna un efectivo poder de decisión en el procedimiento de celebración; para mantenernos dentro del ámbito del ordenamiento jurídico italiano, cuando haya faltado el concurso del Parlamento en las cuestiones enumeradas en el art. 80 de la Constitución. Nos parece, en cambio, que en la parte en que enuncia el principio de la buena fe (del cual se hace, por otra parte, escasa mención en la práctica internacional) el art. 46 no merece seguirse, y que manifiesta una concepción estrechamente "diplomática" del derecho internacional: un acuerdo celebrado por el Poder Ejecutivo más allá de las competencias que le corresponden constitucionalmente es y sigue siendo, de todos modos, un acuerdo sin carácter jurídico y que vale mientras vale. Consideramos, finalmente, que un acuerdo de este tipo adquiere el valor de verdadero acuerdo internacional en sentido jurídico en el momento en que (y no importa cuándo) el órgano dejado de lado manifieste explícita o implícitamente su consentimiento, siempre que éste utilice el *mismo* instrumento formal con que la Constitución prevé que intervenga (en lo que respecta al ordenamiento jurídico italiano, la ley, para las cuestiones enumeradas en el art. 80). El consentimiento del Parlamento italiano se obtuvo, por ejemplo, en algunos de los casos citados más arriba: en el caso de la admisión en las Naciones Unidas, con la ley del 17-8-1957 N° 847 que contiene la "orden de ejecución" de la Carta (que tiene la función diferente de adaptar el derecho interno a los acuerdos internacionales: v. p. 399); en el caso del *Memorándum* por Trieste, con la aprobación de leyes financieras que destinan fondos para la administración del territorio triestino (leyes del 19-3-1955 N° 112 y del 26-3-1955 N° 172 y N° 173); en el caso de la Declaración sobre la Abolición del Régimen internacional de Tánger, con la Ley del 23-3-1958 que "aprobó" esta misma Declaración, etc. Sería difícil negar que estos acuerdos hayan resultado vinculantes para Italia sólo después del consentimiento del Parlamento. Sin embargo, sería igualmente difícil sostener que cuando no se consiguió ese consentimiento, o no se lo consiguió en la forma de una ley, tal como está prescripto por la Constitución (como es el caso de los acuerdos sobre las bases militares), nos encontremos frente a compromisos que el *derecho* internacional nos impone respetar. Se trata, en cambio, de acuerdos que duran mientras duran y de los cuales cada parte es libre de deshacerse cuando y como lo crea conveniente.

Nulidad de un tratado en caso de falta de intervención del órgano dotado del efectivo poder de decisión

Debe señalarse que a menudo se dan acuerdos que subordinan expresamente su entrada en vigor, no ya al intercambio o al depósito de ratificaciones, sino a la comunicación, por parte de cada gobierno signatario, de que se cumplieron los procedimientos previstos por el derecho interno para "hacer

aplicable en el territorio del Estado" el acuerdo mismo. Tales acuerdos (que en Italia, cuando tratan de cuestiones comprendidas en el art. 80, deben recibir, y en efecto reciben, el consentimiento del Parlamento por medio de una ley de aprobación o bien de una ley que contenga la orden de ejecución: cfr. Starace, en RDI, 1977, p. 393 y ss.) no pueden considerarse exactamente como acuerdos en formá simplificada, dado que no declaran su entrada en vigor por efecto de la sola firma. Se trata de figuras intermedias entre los acuerdos en forma simplificada y los acuerdos celebrados en forma solemne, que confirman, sin embargo, lo dicho más arriba, o sea el hecho de que los Gobiernos, cuando celebran tratados en cuestiones que son de competencia de otros órganos, se preocupan de conseguir, tarde o temprano, el consentimiento de éstos.

* * *

Acuerdos concluidos por las Regiones

Conviene detenerse un momento sobre algunos aspectos particulares del problema de la competencia para celebrar tratados, tal como está previsto en el ámbito del ordenamiento jurídico italiano.

Una cuestión que se planteó en los últimos años es la posibilidad de que también las Regiones celebren tratados internacionales. Esta cuestión tuvo origen en ciertas iniciativas de diversas Regiones tendientes a acordar con otras Regiones u otras circunscripciones territoriales extranjeras distintas formas de colaboración en sectores de su respectiva competencia, tales como el turismo, la agricultura, la organización de ferias y mercados. Se celebraron acuerdos de este tipo, por ejemplo, entre Umbría y la Región de Potsdam en 1973; entre Lombardía y la Región somalí de Benadir y entre el Valle de Aosta y otra región somalí, Bajo Shebeli, en 1976; entre el Lacio y el Estado de Sonora (México), en 1984; entre las Marcas y la provincia china de Shandong, en 1986; etc. Cuando la Corte Constitucional tuvo que pronunciarse en ciertos recursos por conflicto de atribuciones con el Gobierno central, tomó en un primer momento una posición drásticamente antirregionalista y, en principio, afirmó la incompetencia de los órganos regionales en la "formulación de acuerdos con sujetos propios de otros ordenamientos", tarea "que en nuestro sistema constitucional corresponde exclusivamente a los órganos del Estado soberano" (cfr. la sentencia N° 170 de 1975).

Más tarde, la cuestión fue reglamentada legislativamente por el art. 4 del D.P.R. del 24-7-1977 N° 616, que reserva al Estado las funciones correspondientes a las relaciones internacionales en las materias transferidas y delegadas a las Regiones y cuyo inciso 2 prohíbe a las Regiones desarrollar "actividades promocionales en el exterior" sin previo consentimiento del Gobierno; el procedimiento para solicitar dicho consentimiento está regulado, a su vez, por las normas de actuación contenidas en el Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros del 11-3-1980 (en GU 17-4-1980, N° 106) que, además de atribuir a la Presidencia del Consejo la competencia para manifestar este mismo consentimiento, le reconoce funciones de dirección y de coordinación de las diversas iniciativas regionales hacia el exterior. Luego de la intervención legislativa, la Corte Constitucional volvió otras veces sobre el tema. Su sentencia más significativa es la N° 179 de 1987, en la cual se invierte la orientación inicial y se sostiene incluso que las Regiones, una vez obtenido el previo consentimiento del Gobierno central según el cit. art. 4, inc. 2, del D.P.R. N° 616 de 1977, pueden estipular "... acuerdos propiamente dichos", capaces "de comprometer la responsabilidad del Estado": estos acuerdos (que de todos modos no podrían referirse a las cuestiones contempladas en el art. 80 de la Constitución) se referirían a las actividades de promoción en el exterior, de las cuales habla el art. 4, inc. 2, precisamente: "cualquier comportamiento ligado por un riguroso nexo instrumental con las materias de competencia regional, o sea, en esos sectores, cualquier comportamiento dirigido al desarrollo económico, social y cultural en el territorio del ente local". De las actividades "de promoción" debían mantenerse separadas, siempre según la Corte, las actividades regionales "de importancia meramente internacional", constituidas por el "intercambio de informaciones útiles" o bien por la "profundización de conocimientos en materias de interés común" o aun por la "enunciación de intenciones y aspiraciones análogas" con entes territoriales extranjeros. Las actividades de importancia meramente internacional, que también requerirían el previo consentimiento del Gobierno central, a diferencia de las actividades de promoción, no darían lugar a verdaderos acuerdos que comprometieran la responsabilidad del Es-

tado (pero, como se ve, la diferencia es sumamente difícil de establecer en cuanto a los contenidos).

Con el debido respeto por la Corte Constitucional, nos parece que no puede siquiera plantearse el problema de una competencia de las Regiones para celebrar, o incluso sólo para negociar, *acuerdos internacionales*, dado que el mismo no encuentra asidero en ninguna norma constitucional; a diferencia de lo que sucede en algunos Estados federales (v. p. 28), en este caso se trata de competencias que corresponden al Estado y sólo al Estado. Pero podemos preguntarnos si éste es realmente el problema que surge de la práctica de las Regiones de la cual nos hemos ocupado sintéticamente más arriba; podemos preguntarnos si las iniciativas regionales orientadas a la colaboración con entes extranjeros análogos están efectivamente concebidas y pueden considerarse seriamente iniciativas tendientes a celebrar verdaderos acuerdos regidos por el derecho internacional. Teniendo en cuenta las circunstancias, la naturaleza de las partes, las declaraciones oficiales y los textos suscriptos, la respuesta nos parece negativa, sin ninguna duda. Por otra parte, no se ve a qué ordenamiento jurídico podrían remitirse los acuerdos que estamos examinando, excepto que una de las partes consienta sujetarse al ordenamiento jurídico de la otra. En realidad, se trata siempre de acuerdos, o mejor dicho, de programas carentes en sí mismos de carácter jurídico y que sólo son una ocasión para que las Regiones interesadas adopten ciertos actos legislativos o administrativos, los que, como tales, sólo pueden servir de punto de referencia a los fines de la interpretación de esos mismos actos. Creemos, en definitiva, que los únicos actos relevantes para el ordenamiento jurídico italiano son exclusivamente los actos legislativos o administrativos regionales que, tanto en la "aprobación" del acuerdo como mediante disposiciones autónomas, dan efectividad a la colaboración concordada. Aunque, por los motivos expuestos, no merecen ser considerados ilegítimos *por el solo hecho* de surgir de un acuerdo "con sujetos de otros ordenamientos", estos actos deben estar sometidos, obviamente, a todas las normas que preceden a las competencias regionales, incluso a las normas sobre las funciones estatales de dirección y coordinación de las actividades de promoción de las Regiones en el exterior.

Acuerdos concluidos por entes públicos distintos de las Regiones

Lo que hemos dicho respecto de los acuerdos entre Regiones de Estados diferentes vale, con mayor razón, para los acuerdos celebrados entre otras circunscripciones territoriales o entes públicos, tales como las asociaciones entre ciudades, los acuerdos interuniversitarios, etc.: también aquí se trata de meros programas destinados a proveer una ocasión para la adopción de actos administrativos internos. A menos que, teniendo en cuenta su contenido, se trate de verdaderos contratos de derecho privado, caso en el cual se planteará el problema de derecho internacional privado de cuál sea la ley aplicable (v. p. 14). Sobre este punto v. Burdeau, *Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de Pays différents*, en *Mélanges offerts à P. Reuter.*, París, 1981, p. 103 y ss.

Volviendo al caso de las regiones italianas, no deben confundirse los acuerdos promovidos autónomamente por las Regiones con los acuerdos entre Regiones de Estados diferentes que, *por explícita voluntad de los Estados contratantes manifestada en un tratado internacional*, constituyen ejecución o integración de ese mismo tratado (cfr., por ejemplo, la Convención de Madrid del 21-5-1980 sobre Cooperación Transfronteriza; otros ejemplos pueden encontrarse en Fois, *art. cit.*, p. 297 y ss.): este tipo de acuerdos toman su fuerza jurídica del tratado que los prevé y son clasificables, por lo tanto, como fuentes de tercer grado (v. p. 18). [El artículo 125 de la Constitución argentina de 1853 reformada en 1994, establece, al igual que el antiguo artículo 107, que: "Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal...". El artículo 126 agrega: "Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político...". La doctrina en general, al igual que los órganos de aplicación a nivel federal, ha interpretado que la facultad de las provincias para celebrar tratados parciales no implica la facultad de concluir acuerdos con potencias extranjeras. Se entiende que los tratados parciales son tratados interprovinciales. Las provincias han delegado al gobierno federal, a través de la Constitución, la potestad exclusiva de celebrar tratados con Estados. Sin embargo, las provincias se han reservado expresamente poderes que no delegaron en el

gobierno federal. Cabría preguntarse si respecto a esos poderes no delegados al gobierno federal, las provincias conservaron la capacidad de relacionarse con potencias extranjeras. Podría también preguntarse si el gobierno federal, en el manejo de las relaciones exteriores, tiene facultades para celebrar acuerdos referidos a asuntos de la exclusiva competencia de las provincias. En la práctica, las provincias han celebrado, en reiteradas oportunidades, acuerdos con Estados extranjeros. En general, esta situación ha sido formalmente salvada en algunos casos, subsumiendo la validez del acuerdo en un tratado marco preexistente (acuerdos de cooperación, relaciones culturales entre Estados, etc.). En este sentido, los acuerdos entre una provincia y un Estado extranjero serían considerados como una forma de ejecución, o de aplicación por delegación, de aquel tratado marco. Por otra parte, el hecho de que las provincias no tuvieran con anterioridad a 1994, capacidad para celebrar tratados con potencias extranjeras, en nada obstó a que aquellas hayan celebrado todo tipo de acuerdos con Estados u organizaciones internacionales, no ya regidos por el derecho internacional sino por el derecho interno. El artículo 124 de la Constitución reformada en 1994 faculta a las provincias a celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público de la Nación.]

* * *

Otro aspecto particular del problema de la competencia para celebrar tratados en el ámbito del ordenamiento jurídico italiano se refiere a las consecuencias que puede tener en Italia la competencia de los órganos comunitarios europeos para celebrar acuerdos internacionales, competencia que en ciertos casos excluye la de los órganos nacionales. Nos referiremos a este tema al tratar las Comunidades Europeas (v. p. 228).

* * *

Se halla también difundido en la práctica contemporánea el fenómeno de los acuerdos celebrados *por* las organizaciones internacionales, tanto entre ellas como con Estados miembros o bien con terceros Estados (el cual no debe confundirse con el fenómeno, ya examinado, de la negociación o de la celebración de acuerdos entre Estados *en el seno* de las organizaciones internacionales). El poder para celebrar acuerdos debe considerarse incluso como la manifestación más sobresaliente de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales (v. p. 44). Como ya se vio, a tales acuerdos les está dedicada toda una convención de codificación, la Convención de Viena de 1986 sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales, que reproduce exactamente la Convención de Viena de 1969.

Acuerdos de las organizaciones internacionales

Es necesario recurrir al Estatuto, es decir al tratado constitutivo de cada organización, para establecer cuáles son los órganos competentes para celebrar tratados y cuáles son las materias para las cuales tienen atribuida tal competencia. Análogamente a lo observado respecto de la violación interna de normas constitucionales en la celebración de acuerdos entre Estados, analogía que se justifica ampliamente dada la falta de una práctica específica (hasta ahora, el problema de la nulidad de acuerdos celebrados por órganos incompetentes de las organizaciones internacionales jamás se presentó concretamente, que sepamos), puede decirse que una violación *grave* de las normas estatutarias sobre la competencia para celebrar tratados comporta la nulidad de dicho acuerdo. Dado que las normas contenidas en el tratado constitutivo son modificables por la costumbre, como todas las normas convencionales (v. p. 59), la competencia para celebrar tratados puede derivarse también de normas desarrolladas en la práctica de la organización, siempre que se trate de una práctica cierta, o sea, seguida por los órganos institucionales y aceptada por los Estados miembros, y siempre que no exista un órgano judicial destinado a velar por el respeto del tratado constitutivo, como sucede en el caso de las Comunidades Europeas (v. p. 218), caso en el cual la jurisprudencia resulta ser el factor determinante de la eventual evolución de las competencias originarias.

Competencia para celebrar acuerdos que tienen los órganos de las organizaciones internacionales

Lo dicho encuentra, *grosso modo*, su confirmación en el art. 46 de la citada Convención de Viena de 1986, que reproduce el art. 46 de la Convención de Viena de 1969 y considera, justamente, causa

de nulidad de un tratado la violación de una de las "normas de la organización" de importancia fundamental relativa a la competencia para celebrar acuerdos. A su vez, el art. 2, que especifica el significado de los términos utilizados por la Convención, precisa, en su inc. j, que deben entenderse por "normas de la organización" "las normas estatutarias, las decisiones y las resoluciones adoptadas sobre la base de esas mismas normas, y la práctica consolidada de la organización".

Categorías de acuerdos de las organizaciones internacionales

Una gran cantidad de acuerdos celebrados por las organizaciones internacionales no reviste mayor interés para el jurista. Es decir, los llamados "acuerdos de conexión" que celebran entre ellas las organizaciones para coordinar sus respectivas actividades, a través de intercambios de información, de observatorios, etc. (por ejemplo, los acuerdos entre la ONU y los Organismos especializados, sobre los cuales v. p. 197, o los que puede concluir la CE con la ONU, los Organismos especializados, el Consejo de Europa y otras organizaciones, según los arts. 229-231 del propio tratado constitutivo); se trata de acuerdos cuya naturaleza jurídica incluso puede ponerse en duda y que, de todos modos, son intraducibles en términos de derechos y obligaciones de las partes contratantes. Existe, en cambio, toda una serie de tratados celebrados por las organizaciones internacionales con los Estados miembros o con terceros Estados que no difieren en nada de los acuerdos jurídicos internacionales normales. Algunos de éstos, como los acuerdos que fijan el régimen de la sede de las organizaciones o que atribuyen inmunidades y privilegios a sus funcionarios (v. p. 306 y ss.), se proponen asegurar a las mismas organizaciones una necesaria libertad de acción en los territorios estatales en los cuales están destinadas a operar. Otros, en cambio, tienen por objeto reglamentar las relaciones directamente conectadas a las cuestiones de competencia de la organización: de estos acuerdos, sobre todo de aquellos celebrados por las Comunidades Europeas, por ejemplo, en materia comercial, que no sólo nos interesan más de cerca sino que además presentan aspectos peculiares y complejos (v. p. 226 y ss.), tendremos ocasión de hablar más adelante, al tratar las diversas organizaciones internacionales.

Lo que digamos de ahora en más respecto de las distintas normas que reglamentan a los tratados entre Estados (en el tema de las reservas, de causas de terminación de los tratados, etc.) puede valer, *grosso modo*, también para los tratados de los cuales son parte las organizaciones internacionales.

X. Ineficacia de los tratados respecto de terceros Estados. La "incompatibilidad" entre normas convencionales

Pacta tertiis nec nocent nec prosunt

Como ya se dijo en diversas ocasiones, las normas convencionales se distinguen de las normas de derecho internacional general justamente porque sólo son válidas para aquellos Estados que las han creado. Para los tratados internacionales vale lo mismo que se dice respecto del contrato en el derecho interno: éste es ley entre las partes y sólo entre las partes. Sólo podrán derivarse de un tratado derechos y obligaciones para terceros Estados a través de alguna forma de participación de estos terceros Estados en dicho tratado. Puede suceder que el tratado sea *abierto*, es decir que contenga la llamada cláusula de adhesión o aceptación, la cual prevé, justamente, la posibilidad de que Estados diferentes de los contratantes originales participen a título pleno del acuerdo mediante una declaración de voluntad: en este caso, como ya se tuvo ocasión de señalar (v. p. 95), la posición de estos Estados jurídicamente no difiere en nada de la de los contratantes originales; la adhesión se inscribe en el proceso de formación del tratado y tiene la misma eficacia que la ratificación por parte de los Estados contratantes originales, y la única diferencia entre los Estados adherentes y los contratantes originarios radica en el hecho de que los primeros no participaron en la elaboración del acuerdo. Puede suceder, en cambio, que falte una cláusula de adhesión o que no se prevea la participación plena y formal de un Estado en una convención ya celebrada por otros, sino sólo la posibilidad de que de la convención misma se deriven determinados derechos a su favor o determinadas obligaciones a su cargo. Ahora bien, también en este caso deberá demostrarse que de algún modo estos derechos y

obligaciones son aceptados por el tercer Estado y que la eventualidad de dicha aceptación está prevista en el texto del acuerdo, aun de manera implícita. Deberá demostrarse, en definitiva, que el tratado contiene una "oferta" y que del tercer Estado proviene una aceptación, determinándose así un encuentro de voluntades que es característico de los acuerdos internacionales. Fuera de tales hipótesis, no podrá hacerse otra cosa más que aplicar el principio de la ineficacia de los tratados respecto de Estados no contratantes. Además, es una cuestión puramente teórica preguntarse si la aceptación por parte del tercer Estado representa efectivamente una participación (parcial) en el tratado o bien la formación de un acuerdo paralelo.

Tratados a favor de terceros Estados

Claro que las partes de un tratado siempre pueden comprometerse a mantener comportamientos que resulten ventajosos para terceros. Como ejemplos importantes de compromisos de este tipo pueden citarse los acuerdos en el tema de la navegación en ríos, canales y estrechos internacionales (cfr., entre otros, el art. 18 del Tratado del 18-11-1903 sobre el Canal de Panamá y el art. 2 del Tratado EE.UU.-Panamá del 7-9-1977 que lo sustituye y que entró en vigor el 1-10-1979; el art. 1 de la Conv. de Montreux del 20-7-1936 sobre el régimen del Estrecho de los Dardanelos; el art. 1 de la Convención de Belgrado del 18-8-1948 sobre el Danubio; el art. 5 de la Convención de Estrasburgo del 20-11-1963 sobre el Rin, que incorpora entre otros el art. 356 del Tratado de Versailles, relativo a la navegación en este río), que aunque comprometen a un número limitado de países, en general estipulan la libertad de navegación para las naves de todos los Estados o, al menos, de todos los Estados ribereños. Otros ejemplos están dados por los tratados que les garantizan integridad territorial o *status* particulares a determinados países, cuando el país interesado no participa del acuerdo: al respecto, se ha convertido en un caso clásico el acuerdo de París de 1856, por el cual Gran Bretaña, Francia y Austria, únicas partes contratantes, se comprometieron a defender la integridad territorial del Imperio Otomano. Pero hasta que no se transformen en derechos a través de la participación del tercer Estado en el acuerdo según una de las maneras que se han indicado más arriba, estas ventajas siempre pueden ser revocadas *ad libitum* por las partes contratantes, lo que testimonia su carácter meramente "reflejo" respecto del tercer Estado. Tampoco vale la objeción (de Kelsen) según la cual el hecho de que las ventajas que se derivan para el tercer Estado puedan ser revocadas no les quitaría a éstas su naturaleza de verdaderos derechos, así como no se puede decir que, en el ordenamiento jurídico estatal, el legislador no crea derechos para los ciudadanos, dado que puede anularlos mediante leyes sucesivas. Esta objeción es capciosa, porque no es posible instituir comparaciones entre una ley interna y un tratado a favor de terceros Estados: si quieren negar al tercer Estado las ventajas pactadas, las partes contratantes del tratado no tienen necesidad de celebrar un tratado ulterior *que derogue o modifique formalmente* al primero, sino que pueden negar dichas ventajas en determinados casos, pueden negarlas en algunos casos y reconocerlas en otros, etc. (en el ejemplo citado más arriba, Inglaterra, Francia y Austria podían establecer vez por vez si les convenía o no defender a Turquía); en cambio, la ley no puede dejar de aplicarse en determinados casos individuales, no habiendo otra alternativa que su aplicación o su derogación (o modificación).

Como prueba de lo afirmado hasta aquí pueden mencionarse las prácticas relativas a los tratados sobre navegación en ríos internacionales, de las cuales surge que los Estados contratantes proceden a revocar ventajas concedidas a terceros Estados, a veces mediante acuerdos formales ulteriores y a veces sin ellos. Como ejemplo del primer caso puede citarse el Protocolo adicional Nº 2 al Acta de Mannheim, que restringió sensiblemente la libertad de navegación por el Rin para las naves de los Estados no contratantes, modificando formalmente la Convención de Estrasburgo ya mencionada (cfr. Vitanyi, en *Bruns'Z*, 1981, p. 745 y ss.); como ejemplo del segundo tipo, mencionemos las prácticas de la Comisión para el Danubio, que limitaron la libertad de navegación anteriormente sancionada por la Convención de Belgrado, convención que también hemos citado (*ibid.*, p. 737).

Normativa de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

También la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados respeta en general el principio de la ineficacia de los tratados respecto de terceros Estados y la norma consiguiente, en virtud de la cual se requiere alguna forma de acuerdo para que el tercer Estado se beneficie de verdaderos derechos o sea gravado con obliga-

ciones. Como regla general, el art. 34 determina que "un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento". El art. 35 especifica que una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado "si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación". A su vez, el art. 36 prevé que puede surgir un derecho en favor de un tercer Estado sólo si éste lo permite, pero agrega que se presume su asentimiento en la medida en que no haya "indicación en contrario" y siempre que el tratado no disponga otra cosa. Esto parece un signo de excesiva "indulgencia" hacia el tercero y de escasa correspondencia, en cambio, con los principios no escritos según los cuales lo mínimo que se puede requerir del tercer Estado es hacerse partícipe mediante *actos concluyentes*. Es cierto que la indulgencia del art. 36 se ve equilibrada por la severidad del art. 37, párr. 2, sucesivo, el cual autoriza a los contratantes originales a revocar cuando quieran el "derecho" aceptado por el tercer Estado, a menos que hayan establecido previamente su irrevocabilidad. ¿Qué significa esto? Como veíamos poco antes al criticar la opinión de Kelsen, ¿qué clase de derecho es aquél, para ser revocable unilateralmente y en cualquier momento? Consideramos que, si se prescinde de la terminología usada por los dos artículos, el art. 37 debe interpretarse más bien como una norma que agrega una ulterior suposición a las que prevé el art. 36 para que se originen *verdaderos* derechos a favor de terceros Estados: para que se originen *verdaderos* derechos no sólo es necesario que las partes tengan la intención de conferirlos y que el tercero los acepte, como dice el art. 36, sino también que se entienda que la propuesta de los contratantes originales es irrevocable unilateralmente. Por otra parte, este tipo de suposición está estrechamente vinculada a la idea de contrato.

No debe confundirse el problema de la eficacia de los tratados respecto de terceros Estados, que se presenta en el plano internacional, con el problema de preguntarse si, una vez ejecutada a nivel interno en los Estados contratantes, la norma que crea la ventaja para el tercer Estado es invocable como norma *interna* por dicho tercer Estado o por sus ciudadanos. Sobre este

punto, que corresponde al tema de la adaptación del derecho interno al derecho internacional, v. p. 389.

Incompatibilidad entre normas convencionales

Conviene aquí examinar un tema que, aun encuadrándose en el tema de la sucesión de los tratados en el tiempo (y, por lo tanto, de su modificación y terminación) (v. p. 172), presenta algún aspecto más problemático, justamente en cuanto se conecta con la norma por la cual los acuerdos sólo valen para los Estados contratantes. Se trata de un tema que se enmarca en el de la "incompatibilidad" entre normas convencionales. Una vez establecido el principio obvio de que un tratado puede ser modificado o derogado, explícita o implícitamente, por otro tratado celebrado con posterioridad *entre las mismas partes contratantes*, ¿qué sucede si los contratantes de uno y otro tratado coinciden *sólo en parte*? Puede suceder que un Estado se comprometa a mantener un cierto comportamiento en virtud de un acuerdo y luego, mediante otro acuerdo con Estados diferentes, se obligue a mantener el comportamiento contrario; o bien puede suceder que *algunos* de los Estados vinculados por un tratado multilateral modifiquen todas o determinadas disposiciones de dicho tratado mediante un acuerdo ulterior y que esa modificación o derogación afecte también las relaciones de dichos Estados con el resto de las partes del tratado multilateral. Ahora bien, en estos casos y en otros similares, la solución debe derivar de la combinación de dos principios, el principio de la sucesión de los tratados en el tiempo y el principio de la ineficacia de los tratados respecto de terceros Estados: entre los Estados contratantes de *ambos* tratados prevalece el tratado ulterior; con respecto a los Estados que sean parte *de uno solo* de los tratados, se mantienen íntegramente todas las obligaciones que se derivan de cada uno de dichos tratados, no obstante su incompatibilidad. En definitiva, el Estado parte de ambos tratados se encontrará en situación de tener que elegir si se mantiene fiel a los compromisos asumidos en virtud del primer tratado, o bien a los asumidos en virtud del segundo acuerdo. Una vez hecha esta elección, no podrá evitar cometer un ilícito, y será por lo tanto internacionalmente responsable, respectivamente hacia los Estados contratantes del segundo o bien del primer acuerdo.

Incompatibilidad entre normas convencionales en el derecho interno

La elección puede verificarse de una vez por todas, incluso sin saberlo, cuando ambos acuerdos reciben ejecución dentro del Estado mediante actos legislativos o mediante actos normativos de grado equivalente (sobre la adaptación del derecho interno al derecho convencional v. p. 397 y ss.). En efecto, en este caso deberá regir, a nivel interno en cada Estado, el principio de la sucesión en el tiempo de los actos normativos, prevaleciendo consecuente y automáticamente el segundo tratado. Si luego uno solo de los dos tratados es ejecutado internamente por ley, prevalecerá éste, en virtud de una elección consciente del Poder Legislativo. Un ejemplo que más o menos se corresponde con esta segunda hipótesis es el de los tratados respecto del Canal de Panamá, celebrados en el período previo a la Primera Guerra Mundial. A pesar de haber celebrado en 1901 un acuerdo con Gran Bretaña que, entre otras cosas, preveía un tratamiento uniforme con respecto al peaje para *todas* las naves que atravesaran el Canal de Panamá, en 1903 Estados Unidos estableció que las naves estadounidenses pudieran gozar de exención al peaje, en un acuerdo celebrado con Panamá. En 1912, el Congreso acordó el *Panama Canal Act,* que otorgó justamente dicha exención *a las naves americanas de pequeño calado.* Luego de algunos años, la disposición legislativa fue derogada a raíz de las protestas inglesas. Sobre este caso v. Latane, en AJIL, 1913, p. 17 y ss. y Rousseau, I., p. 152.

La mayoría de la doctrina apoya la solución que hemos aceptado aquí y que, por sostener la plena validez y eficacia de los dos acuerdos, aunque sean incompatibles, salva la responsabilidad del Estado que haya contraído ambos compromisos. En cambio, merecen poco crédito los intentos de reconstruir principios *ad hoc* que regulen la incompatibilidad entre normas convencionales, de otra manera que no sea la combinación de los principios de la sucesión de los tratados en el tiempo y de la ineficacia de los tratados con respecto a terceros Estados. En particular, nos referimos a la tesis según la cual debería admitirse la nulidad del segundo tratado, por lo menos cuando el primero de los tratados sea un acuerdo multilateral de notable importancia desde el punto de vista económico, político o humanitario. No hay ejemplos de esta tesis en las prácticas adecuadas. Asimismo, dicha tesis no condice con el carácter "anárquico" de la comunidad internacional.

Un tratamiento diferente merece el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que prevé que las obligaciones derivadas de la Carta *prevalecen* por sobre las obligaciones derivadas de cualquier otro acuerdo internacional. Si debiese encuadrárselo en el tema de la incompatibilidad entre normas convencionales, dicho art. 103 —que pretende, justamente, sancionar la ineficacia de los acuerdos contrarios a los principios contenidos en la Carta— debería considerarse puramente como una veleidad y, en cuanto norma convencional, capaz de ser anulado por acuerdos sucesivos, celebrados por un número incluso limitado de miembros de la ONU. En cambio, lo cierto es que la norma del art. 103 debe encuadrarse en el tema del *ius cogens*, por ser una norma que se volvió norma consuetudinaria inderogable. Sobre este punto, v. p. 247 y ss.

Normativa de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados no se aparta de esta solución. El art. 30 de la Convención, que se ocupa de la aplicación de los tratados en el tiempo, sanciona, en el párr. 3, la siguiente norma: entre dos tratados celebrados entre las mismas partes, "el tratado anterior se aplica sólo en la medida en que sus disposiciones son compatibles con las del tratado posterior". Luego, en el párr. 4, establece: "Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior: a) en las relaciones entre los Estados parte de ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párr. 3; b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean parte". El artículo continúa, en el párr. 5: "El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 41... ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado". Como se ve, los párr. 4 y 5 del art. 30 reproducen las consideraciones más comunes en materia de incompatibilidad entre normas convencionales. En lo que respecta al art. 41, que el art. 30 deja a salvo, dicho artículo está incluido en la parte correspondiente a las enmiendas y a las modificaciones de los tratados multilaterales, y establece que dos o más partes de un tratado de este tipo "no pueden" celebrar un acuerdo tendiente a

modificarlo, *aun en sus relaciones recíprocas*, cuando dicha modificación esté prohibida por el mismo tratado multilateral, o bien perjudique la posición de las otras partes contratantes, o cuando sea incompatible con la consecución del objeto y del fin del tratado en su conjunto. La expresión "no pueden" es sumamente ambigua y podría hacer pensar que el art. 41 retoma la tesis de la *nulidad* de todo acuerdo ulterior, toda vez que éste no pueda ejecutarse absolutamente sin violar las obligaciones asumidas respecto de las otras partes del primer acuerdo (como sucede, justamente, en las hipótesis enumeradas por el artículo). Pero, como ya se ha señalado con justicia (Capotorti), este tipo de interpretación se ve desmentida tanto por los trabajos preparatorios, como por la circunstancia de que esta contrariedad del acuerdo parcial con el acuerdo multilateral en los casos previstos por el art. 41 no figure entre las causas de nulidad de los tratados en la parte correspondiente de la Convención de Viena (art. 46 y ss.) y, finalmente, por el hecho de que si mediante el art. 41 efectivamente se hubiese querido adoptar una solución tan radical y heterodoxa respecto a lo que se sostiene comúnmente, se habría debido adoptar un texto que indicase esto en términos inequívocos. Por lo tanto, no nos queda más que considerar que el art. 41 también resuelve el problema sólo en términos de ilegalidad y de responsabilidad internacional de los Estados contratantes del acuerdo ulterior respecto de las otras partes del tratado multilateral y que, por lo tanto, dicho artículo constituye simplemente una especificación de los párr. 4 y 5 del art. 30 (especificación con todo importante, por referirse a acuerdos derogatorios, *aparentemente* limitados a las relaciones entre las partes contratantes).

Una norma idéntica a la del art. 30, párr. 4, aparece en el art. 40, párr. 4, en el tema de las enmiendas de un tratado multilateral que hayan sido adoptadas solamente por algunas de las partes de dicho tratado; del mismo modo, el art. 58 contiene una norma idéntica a la del art. 41, en el tema de la "suspensión" de la aplicación de un tratado multilateral mediante acuerdos parciales.

No hay que dramatizar la situación que puede crearse cuando se asumen obligaciones convencionales incompatibles. En realidad, está

bastante difundida la preocupación de los Estados por evitar situaciones de este tipo, lo que se refleja en ciertas cláusulas que se incluyen en los tratados cada vez con mayor frecuencia, a fin de salvaguardar las relaciones jurídicas derivadas de otros acuerdos. Son frecuentes las llamadas declaraciones de "compatibilidad" o de "subordinación" contenidas en un tratado en relación con otro o con toda una serie de otros tratados, por ejemplo, con todos los tratados preexistentes que vinculen a una de las partes. Es claro que con la adopción de este tipo de cláusulas, el problema queda resuelto de raíz (dice el párr. 2 del art. 30 de la Convención de Viena, varias veces citado: "Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último"). Cuando se refiere a tratados preexistentes, la declaración de subordinación puede estar acompañada del compromiso de las partes a emprender todas las acciones (lícitas) que sirvan para deshacerse de los compromisos incompatibles, tales como la denuncia del tratado al vencimiento o la apertura de negociaciones para la revisión de los acuerdos correspondientes. Debe subrayarse, además, que, en especial en materia económica y en particular en el caso de los tratados económicos de gran importancia, es justamente la *negociación* lo que constituye hoy el instrumento al cual se recurre más que a cualquier otro para armonizar las normas convencionales incompatibles entre sí.

Cláusulas de "compatibilidad" o "subordinación"

Un ejemplo muy importante de cláusula de compatibilidad es el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea, cuya formulación es la siguiente: "Las disposiciones del presente Tratado no perjudican los derechos y las obligaciones derivadas de convenciones celebradas entre uno o más Estados miembros por una parte y uno o más terceros Estados por la otra, con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Tratado. En la medida en que tales convenciones sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros interesados recurrirán a todos los medios tendientes a eliminar las incompatibilidades constatadas. Si es necesario, los Estados miembros se proveerán de asistencia recíproca para alcanzar ese objetivo, asumiendo, finalmente, una línea de conducta común...". [El Trata-

Cláusula de "compatibilidad" del Tratado CE

do de Asunción de 1991, que establece un Mercado Común del Sur (Mercosur), debió inscribirse como un Acuerdo de Alcance Parcial dentro del tratado marco de la Asociación Latino Americana de Integración (Aladi), creada en Montevideo en 1980. La necesidad de compatibilizar los términos del tratado de Asunción con el Acuerdo de Montevideo se fundamenta en la observancia de una obligación convencional establecida en este último. Los Estados de la región miembros de la Aladi que quieran que sus candidaturas para ingresar al Mercosur sean consideradas dentro de los cinco primeros años de su entrada en vigor deberán previamente dar por terminadas sus obligaciones respecto a su participación en otros esquemas de integración subregional o en una asociación extrarregional.]

Tratado CE y GATT

Hasta ahora, el problema de la compatibilidad del Tratado CE con acuerdos preexistentes se presentó sobre todo en relación con el GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade* — Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, del 30-10-1947). Este Acuerdo General, del cual forman parte los miembros de la CE junto con un gran número de otros Estados, constituyó la base del proceso de liberalización del comercio mundial que tuvo lugar luego de la Segunda Guerra Mundial. Por una parte, enuncia algunos principios sustanciales en materia de liberalización, como el principio de la cláusula de la nación más favorecida (o sea, de la automática extensión a todas las Partes contratantes de las concesiones hechas a una de ellas) en materia de derechos aduaneros y de otras tasas o impuestos vinculados con la exportación o la importación (art. I); el principio de la igualdad de tratamiento fiscal interno entre productos nacionales y productos importados (art. III), acompañado, por otra parte, de varias excepciones; el de la eliminación de las restricciones *cuantitativas* a la importación y a la exportación (art. XI); el principio de no discriminación entre los productos provenientes de, o dirigidos a, los territorios de las otras Partes contratantes, siempre en materia de restricciones cuantitativas (art. XIII), etc. Por otra parte, en varias normas el Acuerdo prevé que tengan lugar consultas y reuniones periódicas entre las Partes, a fin de facilitar la consecución de los objetivos comunes. El Tratado CE presenta indudables puntos de fricción con los principios del GATT, por estar fundado en una unión aduanera (eliminación de las barreras aduaneras dentro del área comunitaria, institución de una tarifa aduanera común hacia el exterior). Por cierto, en su art. XXIV, el Acuerdo General reconoce la constitución de uniones aduaneras, pero también es cierto que el reconocimiento de dichas uniones aduaneras está subordinado a ciertas condiciones que no siempre se corresponden con las normas del Tratado CE y más precisamente, con las normas sobre la tarifa aduanera común. Teniendo en cuenta esto y para sintetizar en pocas palabras la práctica correspondiente a las relaciones GATT-CE sólo con respecto al tema que nos interesa, podemos decir: que varios puntos de fricción fueron allanados a través de *negociaciones* desarrolladas en el ámbito del GATT, reservándose las Partes contratantes del Acuerdo General la facultad de acordar en cada caso sobre cuestiones particulares y negándose, en cambio, a declarar de una sola vez la plena conformidad del Tratado CE con los principios del Acuerdo, como había sido requerido inicialmente por los miembros de la Comunidad; que la obligación de respetar los compromisos asumidos en virtud del GATT —que, según la primera parte del mencionado art. 234, recae sobre los Estados miembros de la CE y sobre los órganos comunitarios respecto de terceros países— fue varias veces afirmada por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en *línea de principio* (v. p. 218); pero que, en la práctica, la Corte terminó por quitar gran parte de su valor a esta afirmación de principio y sostuvo que las reglas del GATT son programáticas, flexibles y no invocables por los ciudadanos de los Estados miembros, recurriendo con ello a argumentos a los que también recurre la jurisprudencia interna cuando no quiere aplicar normas "indeseadas" (v. p. 383 y ss.). Para este punto de vista de la Corte Comunitaria, cfr. las sent. 12-12-1972, en causas 21/24-72 (en *Raccolta*, 1972, vol. XVIII, p. 1219), 24-10-1973, en causa 9-73 (*idem*, 1973, vol XIX, p. 1135 y ss.) y 16-3-1983, en causas 267/269-81 (*ibid*, 1983, p. 801 y ss.).

Para un caso (controvertido, por otra parte) de incompatibilidad entre Tratado CE y Convención constitutiva del ITU (v. p. 203), incluidas las enmiendas y los actos derivados de la misma convención, v. Napoletano, en RDI, 1987, p. 261 y ss.

XI. Las reservas en los tratados

A partir de la segunda posguerra se verificó una sensible evolución de la práctica internacional en el tema de las reservas en los tratados. Hay ya un amplio reflejo de esta evolución en los artículos

que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dedica a la materia (arts. 19 a 23); pero incluso la Convención de Viena fue luego superada por la práctica.

La reserva indica la voluntad del Estado de no aceptar ciertas cláusulas del tratado, de aceptarlas con algunas modificaciones o bien según una determinada interpretación (la llamada "reserva interpretativa"); de manera que entre el Estado autor de la reserva y los otros Estados contratantes, el acuerdo se formaliza sólo en la parte no afectada por la reserva, mientras que el tratado se aplica *íntegramente* entre los otros Estados.

Reserva interpretativa

En el caso de una reserva interpretativa, es necesario suponer la voluntad del Estado que la formula de no aceptar una o más cláusulas del Tratado si no en un determinado significado, de manera que no puedan oponérsele significados diferentes. En la doctrina (Mc Rae) se ha hecho una distinción entre "declaraciones interpretativas calificadas", equivalentes en todo a las reservas y "meras declaraciones interpretativas": estas últimas consistirían sólo en la "propuesta" de determinada interpretación, que el Estado declarante considera que podría ceder respecto de interpretaciones diferentes, sobre todo si provienen de Tribunales u órganos internacionales. Teóricamente es admisible esta distinción y tampoco debe excluirse la posibilidad de que haya un Estado que se divierta en "proponer", y solamente proponer, interpretaciones; es más, una eventualidad de este tipo se inscribe en la evolución de la práctica a la cual nos referíamos y que, como veremos en seguida, justamente tiende a reducir cada vez más los efectos de las reservas (de las reservas en general, claro, no sólo de las interpretativas). Sin embargo, hasta donde sabemos, no existen ejemplos significativos de declaraciones interpretativas no equivalentes a reservas. Se presentó este problema frente a los órganos europeos de derechos humanos (v. p. 233), en los casos *Temeltasch* y *Belilos*, ambos resueltos, sin embargo, como casos de reservas propiamente dichas. En el primer caso, de 1982, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró como una reserva propiamente dicha una declaración de Suiza, emitida en el momento de la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos y formulada de esta manera: "El Consejo federal suizo declara que interpreta la garantía de la libre asistencia de un intérprete (en los juicios a extranjeros), prevista por el art. 6, párr. 3 (e), de la Convención, como que no implica la definitiva dispensa del pago de los costos correspondientes por parte del beneficiario" (para la decisión de la Comisión

v. Impert, *art. cit.*, p. 560 y ss.). En el segundo caso, la Corte Europea de Derechos Humanos examinó también la validez de otra declaración interpretativa de Suiza, correspondiente al párr. 1 del art. 6 de la Convención —párrafo correspondiente al derecho de toda persona a tener un proceso justo— como si se tratara de una reserva (sent. 29-4-1988, en RDI, 1989, p. 653 y ss., párr. 40-49).

La reserva tiene sentido en los tratados multilaterales, sobre todo en aquellos celebrados entre un número significativo de Estados. En los tratados bilaterales, el Estado que no quiere asumir ciertos compromisos no tiene más que proponer a la contraparte excluirlos del texto. Es también obvio que el instituto de la reserva tiene como objetivo facilitar la más amplia participación en los tratados multilaterales: si se piensa que en los últimos tiempos aumentó enormemente el número de Estados independientes, que el instrumento del acuerdo multilateral es utilizado ampliamente en la práctica y, finalmente, que cada Estado puede tener las mejores intenciones de participar en un tratado, pero que también puede tener motivos especiales para no aceptar el texto en su totalidad, se advierte que el instituto de la reserva tiene hoy gran importancia.

Las reservas según el derecho internacional clásico

Según el derecho internacional clásico, la posibilidad de formular reservas debía ser acordada taxativamente en la fase de la negociación y, por lo tanto, debía figurar en el *texto* del tratado preparado por los plenipotenciarios; a falta de ello, se consideraba que un Estado no tenía otra alternativa que ratificar o no el tratado. Eran dos los modos en que se preveía la posibilidad de formular reservas: o bien en el momento de la negociación cada Estado declaraba que no quería aceptar algunas cláusulas y, por lo tanto, se hacía mención a tal reserva en el texto del tratado; o bien el texto preveía genéricamente la facultad de formular reservas en el momento de la ratificación o de la adhesión, y en ese momento cada Estado decidía si prevalerse o no de esa facultad. Sin embargo, incluso en el segundo caso era necesario que el texto especificase qué cláusulas o qué artículos podían ser objeto de reserva.

Por lo tanto, según el derecho internacional clásico no era admisible la ratificación de un tratado multilateral acompañada de reservas

no previstas en el texto del tratado mismo en uno de los dos modos indicados. La formulación de reservas no previstas en el texto impedía, según la doctrina clásica, la formación del consenso (que presupone la perfecta identidad del objeto de ese mismo consenso); comportaba, por lo tanto, un modo absoluto de excluir al Estado autor de la reserva del conjunto de los Estados contratantes y equivalía más bien a proponer un nuevo acuerdo.

¿Cuál es la situación hoy? Como ya se vio, se ha verificado una notable evolución en la disciplina del instituto, a fin de hacerlo más dúctil y, por lo tanto, más apto para facilitar la participación de los Estados en los acuerdos multilaterales. Señala una etapa fundamental en esta evolución la opinión de la Corte Internacional de Justicia del 28-5-1951 (sobre la función consultiva de la Corte v. p. 499), emanada a pedido de la Asamblea General y cuyo objeto era la Convención sobre Represión del Genocidio (esta Convención fue preparada por la ONU, aprobada por la Asamblea mediante Res. del 9-12-1948 y abierta a la ratificación de los Estados). Justamente, la Asamblea requirió a la Corte si, aunque la Convención sobre el Genocidio no preveía la posibilidad de formular reservas, igualmente los Estados podían proceder a formularlas en el momento de la ratificación (en efecto, algunos Estados entendían orientarse en ese sentido). En su respuesta, la Corte afirmó un principio que fue considerado revolucionario, incluso por algunos jueces de la Corte misma que quedaron en minoría, pero que hoy se encuentra totalmente consolidado como principio consuetudinario: una reserva —dijo la Corte— puede ser formulada en el acto de la ratificación, aunque la facultad correspondiente no esté expresamente prevista en el texto del tratado, *siempre que "sea compatible con el objeto y fin del tratado"*, en otras palabras, siempre que ésta no se refiera a cláusulas fundamentales y características de todo el tratado. De todos modos —agregó la Corte, mitigando el alcance innovador de su afirmación— otro Estado contratante puede rechazar la reserva, planteando justamente su incompatibilidad con el objeto y fin del tratado. En ese caso, si no se alcanza un acuerdo sobre el punto, no puede considerarse vigente el tratado en las relaciones entre el Estado "rechazante" y el Estado autor de la reserva (cfr. CIJ, *Recueil*, 1951, p. 15 y ss.).

La opinión de la Corte inspiró los ya citados artículos sobre las reservas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. De manera aún más insistente que la Corte, la Convención tiene como objetivo favorecer la participación más amplia posible en los acuerdos multilaterales. Ante todo, la Convención de Viena codifica el principio de que *siempre* puede formularse una reserva mientras no esté excluida expresamente esta posibilidad del texto del tratado en cuestión, y mientras la reserva de que se trate no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado mismo (art. 19). Establece además que, cuando no está prevista en el texto del tratado, la reserva puede ser rechazada por otra parte contratante, pero agrega que si no se ha dado a conocer este rechazo u objeción dentro de determinado período (dentro de los doce meses siguientes a la notificación de la reserva a las partes contratantes), se entiende que la reserva ha sido aceptada (art. 20, párr. 5). Como signo de la flexibilidad de la normativa de la Convención, que excede con mucho la opinión de la Corte, es muy importante, además, la norma que surge de las disposiciones de los art. 20, párr. 4, inc. b, y 21, párr. 3: según esta norma, incluso la objeción a una reserva no impide que ésta produzca sus efectos entre el Estado que la formula y el Estado que la objeta, si el Estado que presenta la objeción no manifiesta expresa y "claramente" su intención de impedir que el tratado entre en vigor en las relaciones entre los dos Estados. En otras palabras, si no quiere dar a su objeción un valor puramente teórico, el Estado que objeta la reserva debe decirlo expresamente. A continuación se consignan varias normas sobre diversos detalles, como las relativas a la revocación de las reservas (art. 22) y a la forma en la cual deben redactarse (art. 23).

Incluso después de la Convención de Viena, la disciplina de las reservas continuó evolucionando en un sentido cada vez más "liberal". En efecto, las sucesivas prácticas nacionales o bien confirmaron la norma que surge de los citados art. 20, párr. 4, inc. b, y 21, párr. 3, o bien innovaron importantes normas de la Convención, por ejemplo, al reconocer la posibilidad de que un Estado formule reservas con posterioridad a la ratificación del tratado, siempre que ninguna de las otras partes contratantes presente objeciones en ra-

zón del atraso (para esta y otras innovaciones cfr. Gaja, *art. cit.*, p. 310 y sig). Pero la *tendencia* innovadora más significativa respecto al derecho internacional clásico, a la opinión de la Corte Internacional de Justicia y a la Convención de Viena se desprende de la ya citada decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Belilos*: se trata de la tendencia a considerar que, si un Estado formula una reserva inadmisible (porque está expresamente excluida en el texto del tratado o porque es contraria a su objeto y fin) y no declara que quiere considerarla como una *conditio sine qua non* para su participación en el tratado, la inadmisibilidad de la reserva no significa la exclusión de ese Estado del tratado en cuestión, sino sólo la nulidad de la reserva. Por lo tanto, esta reserva deberá considerarse no presentada. Claro que, si se sigue esta línea, ya no es sólo una simple cuestión de facilitar la participación en los acuerdos multilaterales, ¡sino de reducir casi a la nada los efectos típicos de las reservas! De todos modos, esta decisión de la Corte Europea constituye un caso aislado y, además, limitado a un determinado ámbito regional. He aquí por qué hablamos de *tendencia* y no de práctica consolidada.

En la sentencia del caso *Belilos* (para más datos v. p. 130) la Corte Europea estaba llamada a decidir si una reserva interpretativa formulada por Suiza en el momento de la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos, más precisamente con respecto a la norma del art. 6, párr. 1 sobre el justo proceso, era contraria o no al art. 64 de la Convención, que prohíbe "las reservas de carácter general". Luego de responder afirmativamente y declarar inválida la reserva, la Corte observa (párr. 60 de la sentencia, RDI, 1989, p. 659) que "... está fuera de toda duda que Suiza está y se considera vinculada por la Convención", con independencia de la validez de la reserva (en efecto, el gobierno suizo se había pronunciado en tal sentido durante el juicio). Como señala exactamente Bourguignon, *art. cit*, p. 382, este paso de la sentencia significa en este caso que, según la Corte, la reserva invalidada no anula la participación del Estado en el tratado y se considera, por lo tanto, no presentada, si el Estado no la consideró una condición esencial de su participación.

Lo que la Corte Europea afirma a propósito de las "reservas de carácter general", prohibidas en este caso por el mismo tratado, seguramente podría

extenderse a las reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado, prohibidas por el derecho internacional consuetudinario.

Estado actual del derecho internacional general en materia de reservas

En conclusión, y queriendo centrarnos en lo que nos parece que es el estado actual del derecho consuetudinario en el tema de las reservas en sus líneas esenciales, podemos decir: que las reservas son admisibles si no están expresamente prohibidas por el tratado o son incompatibles con el objeto y fin del mismo tratado; que la aceptación de una reserva por parte de otro Estado, manifestada en el modo que sea, elimina cualquier controversia de las relaciones entre el Estado autor de la reserva y el Estado que la acepta; que la objeción a una reserva impide la formación de un vínculo contractual entre el Estado que la ha formulado y el Estado que la objeta, sólo si la objeción es acompañada por una voluntad clara en ese sentido; y que las reservas inadmisibles implican la no participación del Estado autor en el tratado, salvo que (y siempre que se consolide la tendencia que surge del caso *Belilos*) dicho Estado autor haya manifestado su voluntad en contrario.

* * *

Competencia para formular reservas

Cuando concurren varios órganos a configurar la voluntad del Estado de participar en un tratado, puede suceder que la formulación de una reserva haya sido decidida por uno de estos órganos pero no por los otros. Si los órganos que concurren son el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, como sucede en Italia en los casos previstos por el art. 80 de la Constitución (v. p. 92 y ss.), y en la generalidad de los otros países en el caso de acuerdos de especial importancia, ¿qué sucede si el Gobierno no tiene en cuenta una reserva decidida por el Parlamento o formula una reserva que el Parlamento no ha querido? Esta segunda hipótesis se verificó a menudo en la práctica italiana (cfr. los diversos casos citados por Badiali, *ob. cit.*, p. 34, nota 11) y se verificó también a propósito de un tratado de gran importancia, como es el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos promovido por las Naciones Unidas (v. p. 239). La ley de autorización de la ratificación del Pacto (L. N° 881 del

25-10-1977), en los art. 3 y 4, contenía dos reservas de carácter interpretativo, pero por iniciativa propia, el Gobierno agregó otras cuatro reservas a éstas, en el acto de depósito de la ratificación ante el Secretario General de la ONU (cfr. el comunicado del Ministerio de Asuntos Exteriores, en GU 23-11-1978, Nº 323).

Entre las reservas agregadas hay una en que se dice que el art. 14, párr. 5, del Pacto, que prevé el derecho de todo individuo a la doble instancia judicial en materia penal, no se aplica a los procesos por acusaciones promovidas contra el Presidente de la República y los Ministros ante la Corte Constitucional Italiana, que en ese caso se desarrollan en única instancia. Se puede comprender cuál era la ocasión inmediata de la formulación de semejante reserva con solo pensar que mientras se demoraba esta ratificación, estaba en pleno desarrollo el proceso contra ex ministros y otros imputados "laicos" por el escándalo *Lockheed*. Evidentemente, los miembros del Parlamento no se habían dado cuenta de esa circunstancia.

Normativa de la competencia a formular reservas en el ordenamiento jurídico italiano

La delimitación recíproca de los poderes entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo respecto de la formulación de reservas depende del sistema constitucional de cada Estado. Para limitarnos al sistema italiano, la mencionada práctica dio lugar a juicios doctrinarios encontrados, que en algunos casos sostenían que el Gobierno "puede" y en otros, que el Gobierno "no puede" formular reservas no previstas por la ley de autorización (la otra hipótesis, de que el Gobierno *no tenga en cuenta* una reserva formulada por el Parlamento, nunca fue discutida y, hasta donde sabemos, nunca se verificó en la práctica durante el régimen republicano). Los que sostienen la primera tesis se inspiran decididamente en el hecho de que el Gobierno es el gestor de las relaciones internacionales, al menos en principio y como surge de la práctica; por otra parte —dicen— así como el Gobierno puede no proceder a ratificar un tratado a pesar de la autorización parlamentaria (v. p. 93), del mismo modo puede restringir el alcance de las obligaciones que el Estado va a asumir a través de las reservas. Los que sostienen la segunda tesis parten de posiciones más de contralor y de la necesidad de que sea efectiva la colaboración entre Parlamento y Gobierno que se menciona en el art. 80 de la Constitución. Sin embargo, no siempre resulta claro qué significado se da a la afirmación de que el Gobierno no puede agregar reservas, así como tampoco quedan claras las consecuencias que derivan de que se viole esa obligación. En nuestra opinión, el problema se resuelve sólo si se tiene bien presente la distinción —que en su momento indicamos cuando hablamos de los principios constitucionales sobre celebración y etapas de conclusión de los tratados— entre formación y manifestación de la voluntad del Estado, por un lado, y responsabilidad del Gobierno frente al Parlamento, por otro (v. p. 94). Bajo el primer perfil, no hay duda de que una reserva es válida ya sea que sea formulada autónomamente por el Parlamento pero no por el Gobierno), o que sea formulada autónomamente por el Gobierno: en efecto, dado que las voluntades de *ambos* órganos deben concurrir en la celebración de un tratado, en uno u otro caso es forzoso tener en cuenta que uno de los órganos no quiere *parte* del acuerdo y llegar a la conclusión de que la manifestación de voluntad del Estado se configura sólo en lo que respecta a la *parte residual*. La única alternativa a esta conclusión sería considerar que por falta de concurso de la voluntad de los dos órganos en lo que hace a la reserva, se torna *nula* toda la manifestación de la voluntad del Estado (se debería decir, por ejemplo, que la ratificación del mencionado Pacto de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos es constitucionalmente nula), tesis que, sin embargo, nos parece poco creíble frente a una práctica en sentido exactamente contrario, que es totalmente verificable. La cuestión es diferente en lo que respecta al perfil de la responsabilidad (política o incluso penal) del Gobierno y de sus miembros frente al Parlamento: si el Gobierno decide apartarse de lo deliberado por el Parlamento en el tema de las reservas, si la decisión, aun siendo oportuna, no se ha tomado luego de informar al Parlamento y si, finalmente, no se trata de reservas de contenido puramente técnico o *minoris generis*, existe, por cierto, materia para que comiencen a operar los mecanismos de control del Parlamento sobre lo actuado por el Poder Ejecutivo, incluso los mecanismos más extremos (voto de desconfianza, acusación). Desde este punto de vista sólo podemos esperar, como se espera, por otra parte, en diversos sectores, que el Parlamento active su propio interés en el

tema de celebración y conclusión de los acuerdos internacionales más de lo que ha hecho hasta ahora. [En el ordenamiento argentino no está expresamente contemplado si el Poder Ejecutivo puede, al momento de la ratificación, hacer reservas que no fueron previamente sometidas a la aprobación del Poder Legislativo. El artículo 27 de la Constitución Nacional establece que es el gobierno federal el que está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados... Parecería entonces que siendo la celebración de un tratado un acto complejo en el cual participa el gobierno federal, a través del Ejecutivo y del Legislativo, las reservas a los tratados tendrían que ser aprobadas o rechazadas por el Legislativo. En la práctica, el Poder Ejecutivo generalmente formula las reservas a los tratados al momento de manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, sin previo conocimiento del Congreso Nacional. Así, la ley Nº 23.054 de 1984, que aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, no contiene las reservas y declaraciones interpretativas que el Poder Ejecutivo luego incorporó al texto del instrumento de ratificación del 14 de agosto de 1984, que depositó ante el Secretario General de la OEA al adherirse a la Convención. La reforma de la Constitución Nacional de 1994 otorga jerarquía constitucional a: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22). La Comisión de Redacción de la Convención Constituyente limitó la supremacía constitucional de esas declaraciones y acuerdos, incluyendo en el texto la fórmula "en las condiciones de su vigencia", a los efectos de asegurar la validez de las reservas y declaraciones interpretativas producidas por el Estado argentino al momento de la ratificación o adhesión de cada instrumento.]

Pasando a las consecuencias internacionales del tema en examen, queda claro que el perfil de la responsabilidad del Gobierno no presenta ningún interés para el derecho internacional, sino que sólo atiende a la configuración de la voluntad del Estado. De conformidad con lo que se observó en su momento respecto de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno en cuanto al procedimiento de celebración de tratados (v. p. 95) y a la competencia para celebrar tratados (v. p. 108), se dirá que la reserva *agregada* por el Gobierno y declarada en el acto del depósito de la ratificación, si es válida para el derecho constitucional, lo será también para el derecho internacional. En el caso, bastante teórico, de una reserva contenida en la ley de autorización, pero a la que el Gobierno no tenga en cuenta y, por lo tanto, no declare en el acto de la ratificación, caso exactamente equivalente al precedente desde el punto de vista de los principios constitucionales sobre la configuración de la voluntad del Estado, encontrará aplicación la norma correspondiente a la competencia para celebrar tratados: *en la parte cubierta por la reserva* se configurará una violación grave del derecho interno y, por lo tanto, deberá considerarse que el Estado no queda comprometido por dicha parte si y hasta que el Parlamento revoque expresa o implícitamente la reserva.

El tema de las reservas agregadas por el Gobierno surgió en la ordenanza de la Corte Constitucional italiana del 6-2-1979 sobre la cuestión Lockeed, con la cual la Corte rechazó las excepciones a su jurisdicción propuestas por la defensa de los imputados "laicos" y fundadas sobre el art. 14, párr. 5, del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, relativo a la doble instancia judicial. Para poder invocar el art. 14, párr. 5, la defensa debía haber sostenido (al menos así surge implícitamente de la ordenanza) que la reserva al art. 14, párr. 5, formulada por parte del Gobierno en el acto de la ratificación (como se recordaba anteriormente), debía considerarse como no presentada. La tesis era fácilmente criticable sobre la base de lo dicho. La ordenanza prefiere, en cambio, prescindir "del alcance y de los efectos en el derecho interno e internacional" de la reserva del gobierno, y apuntar a la "no inmediata aplicabilidad" del art. 14, párr. 5 (sobre este punto de la

ordenanza, que se refiere a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, v. p. 384).

Sobre la reserva italiana al art. 14, párr. 5, se pronunció también el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (v. p. 239 y s.), siempre en relación a la cuestión Lockheed, en el caso *Fanali*. A juicio del Comité "no hay duda alguna sobre la validez internacional de la reserva, no obstante las pretendidas irregularidades desde el punto de vista del derecho interno" (*United Nations, Report of the Human Rights Committee*, 15-9-1983, en Gen. Ass. Off. Records, 38th sess., Suppl. N° 40, p. 164). Sobre el caso cfr. Milone, en RDIPP, 1984, p. 695 y ss. [La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 2 del 24 de setiembre de 1982, respecto al "Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" tuvo oportunidad de referirse a los alcances de la validez interna de las reservas establecida en el Proyecto de la Convención preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proyecto de la Comisión establecía que el Estado Parte podrá formular reserva si una norma constitucional vigente en su territorio estuviere en contradicción con alguna disposición de la Convención. La República Argentina observó que era inadmisible este texto, ya que restringía la facultad soberana de los Estados de efectuar reservas. Habiéndose desestimado el proyecto de la Comisión, la Corte observa que la referencia que el artículo 75 de la Convención Americana hace a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados implicaba el aceptar un sistema de reservas muy liberal. Por lo tanto, los Estados que ratifiquen o se adhieran a la Convención "... pueden hacerlo con cualesquiera reservas que no sean incompatibles con su objeto y fin..." (OC-2/82, para. 26). A contrario, la Corte reconoce implícitamente la irrelevancia internacional de la ilicitud de una reserva contraria al derecho interno del Estado reservante.]

XII. La interpretación de los tratados

Puede decirse que la tendencia que hoy prevalece en la materia va en el sentido de abandonar el llamado "método subjetivo", tomado en préstamo del régimen de los contratos del derecho interno y sobre

Método objetivo y método subjetivo de interpretación

la base del cual se haría necesaria, en todos los casos y a cualquier costo, buscar la voluntad *efectiva* de las partes en contraposición con la voluntad *declarada*. En cambio, se considera que, por regla general, debe atribuirse al tratado el sentido que evidencia su texto, el que resulta de las relaciones de conexión lógica verificadas entre las diversas partes del texto, que se armoniza con el objeto y la función del acto tal como se deducen del texto. En este tipo de concepción tienen una función subsidiaria los trabajos preparatorios, en los cuales debería aparecer la voluntad efectiva de las partes: puede recurrirse a ellos sólo en presencia de un texto ambiguo o con lagunas. Debe señalarse que, en la práctica, los trabajos preparatorios sirven sobre todo para avalar y reforzar interpretaciones ya deducibles, en cierta medida, del texto del tratado. En efecto, es raro que la ambigüedad del texto no se corresponda con la ambigüedad de los trabajos preparatorios. Esto ocurre porque casi siempre hay una solución de compromiso en la raíz de las normas ambiguas.

En una carta del Departamento de Estado al Senado de Estados Unidos del 12-9-1980 en respuesta a una solicitud de aclaración proveniente del mismo Senado, se declaraba que no obstante no haber ratificado la Convención de Viena, Estados Unidos debía considerarse vinculado por los art. 31 y 37 de la misma a título de derecho consuetudinario (cfr. AJIL, 1981, p. 147). Esta declaración es sumamente importante, en cuanto ha sido hecha por un Estado cuya delegación se había expresado en favor del método subjetivo durante la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados.

También la Convención de Viena, que regula la interpretación en sus arts. 31 al 33, se pronuncia en favor del método objetivo. El art. 31, párr. 1, establece el principio general: "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"; la única excepción relevante a la norma general es la del párr. 4, según la cual "se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes". El art. 32 considera que los trabajos preparatorios son un medio *complementario* de integración, que debe usarse cuando el examen del texto

"... deje ambiguo u oscuro el sentido" o bien "... lleve a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable". En lo que respecta al art. 33, se ocupa del caso de los tratados redactados en varias lenguas, todas igualmente oficiales: en ese caso, si la comparación entre los diversos textos revela una diferencia de significado que no es posible eliminar con los instrumentos interpretativos consignados en los arts. 31 y 32 y si no está previsto que un texto prevalezca sobre los otros, debe adoptarse "el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado".

Aparte de recurrir al método objetivo, para la interpretación de los tratados internacionales valen las reglas que ha elaborado la teoría general respecto de la interpretación de las normas jurídicas en general y que pueden considerarse vigentes más o menos en todos los ordenamientos jurídicos; en el ordenamiento internacional estas normas rigen en cuanto principios generales de derecho (sobre los cuales v. p. 60 y ss.). Nos referimos en especial a las normas sobre interpretación restrictiva o extensiva, a la norma por la cual, entre varias interpretaciones igualmente posibles, es necesario elegir la que sea más favorable a la parte más obligada (principio del *favor debitoris*) o al contratante más débil (por ejemplo, en el caso de un acuerdo de cooperación económica entre un país en vías de desarrollo y un país industrializado, la más favorable al país en vías de desarrollo), o bien la que permite asignar una función a la norma, etc.

Interpretación extensiva y analogía

Debe darse un énfasis especial a la posibilidad de que el intérprete recurra a una *interpretación extensiva* de un tratado, e incluso a aquella especie de interpretación extensiva que consiste en recurrir a la *analogía*. Es tiempo, por lo tanto, de abandonar la opinión que predominó en una época en la doctrina y en la práctica, según la cual los tratados siempre debían interpretarse *restrictivamente*, en cuanto supondrían una limitación de la soberanía y de la libertad de los Estados. Esta opinión resulta arcaica y superada si se considera el dato efectivo de que la colaboración entre Gobiernos es cada vez más intensa y que se recurre a los acuerdos como instrumentos para resolver problemas que cada uno de los Estados no puede resolver unilateralmente. Es un hecho que la tesis de la interpretación restrictiva goza ya de escaso prestigio entre los jueces internacionales; en la

interpretación de ciertos tratados, más específicamente de los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, estos jueces incluso tienden a caer en el exceso opuesto, por los motivos que en seguida expondremos. Además, los jueces internos suelen interpretar las normas de los tratados según los parámetros que utilizan en la interpretación de las normas internas. Si se examina, por ejemplo, la jurisprudencia italiana a partir del período que siguió a la Segunda Guerra Mundial, se observa una búsqueda del sentido literal, de la *ratio* de la norma internacional, etc., pero casi nunca el recurso a la idea de soberanía del Estado a fin de efectuar una interpretación restrictiva. Siempre en el caso de la jurisprudencia italiana, sólo se ve cierta tendencia a la interpretación restrictiva en el tema de la aplicación del Tratado de Paz de 1947 (esta misma tendencia se encuentra, en forma sumamente marcada, en la jurisprudencia alemana del período de entreguerras, a propósito del Tratado de Versailles); pero esto tiene un justificativo especial (sobre el punto v. p. 176).

* * *

Teoría de los poderes implícitos

Lo que hemos dicho hasta ahora acerca de los medios *normales* de interpretación vale también para los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, por ejemplo, para la Carta de las Naciones Unidas y para los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. En efecto, en principio nadie desconoce esto; pero desde varios ámbitos se trata de reconstruir normas de interpretación particulares, aplicables tanto a la Carta de las Naciones Unidas como, más genéricamente, a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales. Tales intentos reflejan una concepción común, según la cual estos tratados no deberían ser considerados sólo como tratados sino como constituciones, sobre la base del parecido entre los órganos de la ONU o de las otras organizaciones internacionales y los órganos, legislativos o administrativos, del Estado. La Corte Internacional de Justicia se orientó en esta dirección cuando, precisamente en algunas opiniones sobre problemas de interpretación de la Carta de las Naciones Unidas (opiniones presentadas a la Asamblea General, en virtud del art. 96 de la Carta), hizo uso de la llamada "teoría

de los poderes implícitos". Sobre la base de esta teoría de los poderes implícitos, que fuera especialmente desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América para extender las competencias del Estado federal en desmedro de las competencias de los Estados miembros, cada órgano dispondría no sólo de los poderes que le atribuyen *expresamente* las normas constitucionales, sino también de todos los poderes necesarios para ejercer esos poderes expresamente atribuidos. Al aplicar la teoría de los poderes implícitos a los órganos de la ONU, la Corte Internacional de Justicia incluso ha llegado a ampliar notablemente su alcance y ha terminado por deducir la existencia de ciertos poderes de los órganos de la ONU directa y exclusivamente de los fines de la Organización, los que se distinguen por ser indeterminados, como puede deducirse fácilmente de una lectura superficial del art. 1 de la Carta, donde se enumeran.

Aplicación de la teoría de los poderes implícitos en la Carta de la ONU

La más precisa y amplia formulación de la teoría de los poderes implícitos se remonta a la opinión de la Corte Internacional de Justicia presentada a la Asamblea General en 1949, en relación a los daños sufridos por funcionarios de las Naciones Unidas (opinión del 11-4-1949, en CIJ, *Recueil*, 1949, p. 174 ss., partic. p. 180: "... los derechos y deberes de un ente como la Organización de las Naciones Unidas dependen de los fines y de las funciones de ésta, enunciados o implícitos en su acta constitutiva ...", y p. 182: "... la Organización posee aquellos poderes que, aun sin estar expresamente previstos en la Carta, son ... esenciales en el ejercicio de funciones propias de ella"); en ese caso se trataba del poder de la ONU de ejercer la misma protección diplomática que normalmente ejercen los Estados sobre los propios ciudadanos en el exterior, en caso de daños sufridos por los propios funcionarios en un Estado miembro (o incluso no miembro) (sobre este punto v. p. 307 y ss.). Cfr. también la opinión del 13-7-1954 (CIJ, *Recueil* cit., 1954, p. 57), que justifica con el recurso a la teoría de los poderes implícitos la creación, por parte de la Asamblea General, del Tribunal Administrativo de la ONU para controversias laborales entre los funcionarios y la Organización (v. p. 310); y la opinión del 20-7-1962 sobre los gastos para el mantenimiento de las fuerzas de la ONU en Medio Oriente y en el Congo (CIJ, *Recueil* cit., 1962, p. 168), opinión que deduce de los fines de las Naciones Unidas el poder de la organización para tomar todas las medidas necesarias y hacer sufragar a los Estados miembros los gastos correspondientes para alcanzar dichos fines.

También en el ámbito de la Comunidad Europea asumió gran importancia el problema de los poderes implícitos. En el tratado constitutivo de la CE existe una norma expresa en la materia, el art. 235. Esta dice: "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para alcanzar uno de los objetivos de la Comunidad en el funcionamiento del Mercado Común, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción que se requieren al efecto, el Consejo, deliberando en unanimidad a propuesta de la Comisión y luego de haber consultado a la Asamblea, toma las disposiciones del caso". Parecería deducirse claramente de esta norma que para atribuir a los órganos comunitarios poderes no previstos por el Tratado, el único procedimiento por seguir es la deliberación unánime del Consejo, es decir, del órgano comunitario en el cual están representados los Estados (v. p. 214), y que, en consecuencia, no pueden deducirse poderes implícitos por medio de una actividad meramente interpretativa. En cambio, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha tendido a ignorar el art. 235, recabando poderes implícitos directamente de las normas del Tratado.

Aplicación de la teoría de los poderes implícitos al Tratado CE

Esta tendencia aflora con especial intensidad en las decisiones correspondientes al poder de la CE de celebrar tratados internacionales, que implícitamente la Corte deduce de las normas que atribuyen a los órganos comunitarios el poder de emanar actas de legislación comunitaria, excediendo con mucho los límites fijados por las disposiciones del Tratado respecto de la competencia para celebrar tratados. Sobre este punto v. p. 229 y ss.

La teoría de los poderes implícitos se coloca, por lo tanto, en el extremo opuesto a la vieja tendencia a la interpretación restrictiva de los tratados internacionales, en cuanto instrumentos limitativos de la soberanía de los Estados. Sin embargo, dicha teoría parece excesiva. Es necesario, en efecto, ser sumamente cautos al transferir al plano del derecho internacional doctrinas particulares de derecho constitucional interno. La analogía entre órganos estatales y órganos de las organizaciones internacionales es sumamente discutible, si se piensa en que a éstos les falta la efectiva capacidad de imponerse a los consocios, que es propia de los órganos estatales. En lo que respecta más

específicamente a la teoría de los poderes implícitos, ésta puede ser utilizada siempre que se mantenga dentro de los límites de una interpretación extensiva, siempre que sirva para garantizar a un órgano el pleno ejercicio de las funciones que le asigna el tratado constitutivo de la organización. Dilatarla más allá de su medida no sólo es poco justificable jurídicamente, sino también susceptible de resultar contraproducente desde el punto de vista político, ya que puede suscitar reacciones y oposiciones por parte de los Estados miembros de las organizaciones cuyos poderes se desea reforzar. De hecho, algunas opiniones de la Corte Internacional de Justicia que han aplicado la teoría de los poderes implícitos, las que, según la Carta de la ONU, no tienen siquiera fuerza vinculante (v. p. 499), se transformaron en letra muerta. La cuestión es totalmente diferente en el caso la Corte de las Comunidades Europeas, cuyas sentencias son vinculantes, incluso si los órganos comunitarios no disponen de medios coercitivos para imponerlas a los Estados miembros.

* * *

Interpretación "unilateral"

La Convención de Viena no avala interpretaciones "unilaterales" de los tratados. Parece que, a la luz de la Convención, se debe excluir, por lo tanto, que una norma contenida en un acuerdo internacional pueda tener *diferentes* significados según el Estado contratante al cual, o dentro del cual, deba aplicarse, a menos que ella misma, obviamente, no disponga lo contrario. Al respecto resultan indicativas dos normas de la Convención. Una es la del art. 33 ya recordada, que, en el caso de textos redactados en varios idiomas oficiales *que no sean concordantes*, impone una interpretación que concilie todos esos textos, rechazando así la tesis que sostiene una parte de la doctrina, según la cual para cada Estado valdría el texto redactado en su idioma. La otra es la contenida en el párr. 3 del art. 31, artículo que, como ya se vio, enuncia en el párr. 1 la norma general favorable al método objetivo. Dice el párr. 3 que, al interpretar un tratado, es necesario tener en cuenta también otras normas internacionales en vigor entre las partes, no sólo cada acuerdo ulterior, expreso o deducible de la práctica de aplicación del tratado,

que contenga una interpretación (auténtica) de éste, sino también "cualquier otra norma pertinente de derecho internacional, aplicable a las relaciones entre las partes". En cambio, entre las "otras normas" que se pueden utilizar para aclarar el significado de una disposición convencional, el párr. 3 no incluye las normas de derecho interno propias de cada Estado contratante (ni tampoco está prevista esta inclusión en otras normas de la Convención). Esta omisión es sumamente significativa si se considera la tendencia, en una época sumamente marcada pero que aún aflora en diversas partes de las jurisprudencias nacionales, a interpretar en clave unilateral (es decir, de manera conforme al propio, y sólo al propio, derecho) los tratados que utilizan términos técnico-jurídicos internos. En efecto, es necesario reaccionar contra este tipo de tendencia, es más, contra todas las tendencias interpretativas unilaterales no autorizadas a interpretar por las disposiciones del tratado mismo (y que, por lo tanto, en caso de ambigüedad no encuentren siquiera una justificación en los trabajos preparatorios del tratado), en definitiva, contra todas las tendencias que renuncian a darle un *único* significado a todas y cada una de las cláusulas de un tratado. Estas tendencias mal podrían conciliarse incluso con la idea del tratado como un punto de encuentro y de fusión de las voluntades de los Estados contratantes, y parten consciente o inconscientemente de la *presunción* de que la voluntad de cada Estado opera en el sentido de querer obligarse de modo similar al propio derecho, o sea, de una interpretación subjetivista al extremo.

Interpretación de los acuerdos de derecho uniforme

El problema de la interpretación de términos técnico-jurídicos internos, susceptibles de recibir significados diferentes en los diversos ordenamientos estatales, puede presentarse en el caso de tratados celebrados en las más diversas materias, desde los acuerdos comerciales a los que protegen los derechos humanos. Sin embargo, el campo en el cual se presentó con mayor frecuencia es en el caso de los acuerdos de derecho (privado) uniforme, o sea, de los acuerdos mediante los cuales los Estados se comprometen a reglamentar de la misma manera ciertos sectores del derecho privado y del derecho internacional privado (por ejemplo, la Conv. de Bruselas de 1924 sobre la póliza de carga, la Conv. de Ginebra de 1930 sobre los pagarés y las letras de cambio, las dos Conv. de La Haya de

1964 sobre la venta internacional de objetos muebles corporales, la Conv. de Viena de 1980 sobre la compra-venta internacional de mercaderías, etc.) y de los acuerdos bi o multilaterales de derecho procesal sobre la competencia jurisdiccional y el reconocimiento recíproco de sentencias en materia civil. Para el texto de los acuerdos de derecho internacional privado y procesal cfr. el *Codice delle convenzioni di dir. int. priv. e proc.*, a cargo de Giuliano, Pocar y Treves, 2da. edición, Milán, 1981. Para las convenciones de derecho internacional privado y de derecho material uniforme en el tema de la venta, cfr. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padua, 1990, cap. II, párr. 1.

La exigencia de evitar interpretaciones unilaterales fue advertida durante la redacción de algunas de las más recientes convenciones de derecho privado y procesal. El ejemplo más interesante al respecto es la Convención de Bruselas del 27-9-1968 sobre competencia jurisdiccional y ejecución de decisiones en materia civil y comercial (promovida por la CE y en vigor en casi todos los Estados miembros, incluida Italia), que fue completada por el Protocolo de Luxemburgo del 3-6-1971: este Protocolo le atribuye a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas la competencia para pronunciarse en vía prejudicial sobre cuestiones relativas a la interpretación de la Convención presentadas ante jueces nacionales (se trata de la misma competencia que, según los términos del art. 177 del Tratado CE, tiene la Corte en materia de interpretación del Tratado: v. p. 505). Es claro que si se confía a un único juez la tarea de eliminar las dudas de interpretación con eficacia vinculante dentro de los Estados contratantes, está asegurada de raíz la unicidad de interpretación de las cláusulas de la Convención. Una solución menos radical, pero igualmente orientada a desvincular la interpretación de los ordenamientos internos individuales (ya que la solución adoptada para el caso de la Convención de Bruselas evidencia, obviamente, el clima especial de cooperación y de integración que existe entre los países de la Comunidad) aparece en la Convención de La Haya del 1-7-1964 relativa a la ley uniforme sobre venta internacional de objetos muebles corporales (incorporada en Italia mediante la Ley N° 816 del 21-6-1971) [Argentina no es parte], que, en el art. 17 de la ley uniforme, establece: "Las cuestiones concernientes a las materias reglamentadas por la presente ley y no expresamente resueltas por ella serán reglamentadas según los principios generales en los cuales se inspira esta misma ley". Se trata, por otra parte, de casos esporádicos, ya que la mayor parte de las Convenciones de derecho privado y procesal no dispone nada en materia de interpretaciones y de lagunas. ¿Cómo deberá reglamentarse, entonces, al intérprete, y en especial al juez interno? Repetimos, el intérprete no deberá recurrir exclusivamente al propio derecho, a menos que así lo autorice el acuerdo mismo (como, por citar el ejemplo más banal, es el caso de las normas sobre orden público, contenidas en todas las convenciones de derecho internacional privado, o sobre reconocimiento de sentencias extranjeras, que apuntan principalmente a salvaguardar la aplicación de ciertos principios *nacionales* de carácter fundamental). El intérprete deberá esforzarse por establecer cuál es el significado *único* y *objetivo* de la disposición de la convención, el que podrá coincidir con el de un determinado ordenamiento jurídico interno si de algún modo puede concluirse que la convención entendió asumir tal ordenamiento interno como modelo para ese caso, o bien deducirse de los principios generales en que se inspira la convención o aun de los principios comunes a los ordenamientos de los Estados contratantes; esta última solución parece incluso preferible en el caso de una absoluta ambigüedad del texto. También será oportuna toda investigación tendiente a establecer cómo es interpretada la convención por los jueces de los otros Estados contratantes, aun cuando no parece que se pueda atribuir a esa investigación más que un valor indicativo, si se considera la posibilidad de que el precedente extranjero esté evidentemente en oposición con el texto convencional, implique una interpretación demasiado reductiva respecto del objeto y fin del tratado, o bien adopte una solución de claro signo unilateral.

XIII. La sucesión de los Estados en materia de tratados

Sucesión de Estados y cambios de soberanía

El problema de la sucesión en materia de tratados puede plantearse de la siguiente manera: cuando un Estado sustituye a otro en el gobierno de un territorio (o, para ser más precisos, de una comunidad territorial), ¿queda vinculado por los tratados celebrados por su predecesor que estén en vigor en ese territorio?

La sustitución entre Estados puede verificarse por las causas y de las maneras más diversas. Puede suceder que *una parte* del territorio de un Estado pase a estar bajo soberanía de otro Estado ya existente, por efecto de cesión o de conquista, o bien que se constituya en Estado independiente (con el consentimiento del Estado del cual se sepa-

ra o como consecuencia de una revolución); puede suceder, por otra parte, que el cambio de soberanía se refiera a *todo* el territorio del Estado y, por lo tanto, que toda una comunidad territorial sea incorporada o se funda con otro Estado, o bien se desmembre o dé lugar a varios Estados nuevos, o finalmente (aunque esta hipótesis, como veremos, no es reconocida por todos como verdadera sustitución de un Estado por otro) que se encuentre bajo un aparato de gobierno —bajo un régimen— radicalmente diferente, como consecuencia de acontecimientos revolucionarios.

Debe quedar bien claro que todos estos casos están dados por circunstancias de *hecho*, por la afirmación, la retracción o la expansión de la soberanía territorial, o sea, del efectivo ejercicio del poder de gobierno en el ámbito de un territorio (v. p. 265 y ss.). Esto también es cierto cuando el suceso es consecuencia de un tratado (por ejemplo, de un tratado de cesión territorial o de un acuerdo por el cual varios Estados deciden fundirse en un único Estado), dado que los tratados producen solamente efectos *obligatorios* y que, por lo tanto, si no se respeta un acuerdo de cesión o de fusión, si a su celebración no le sigue una retracción, expansión o afirmación de soberanía territorial de acuerdo con sus cláusulas, se producirá una violación de una obligación, pero, en lo que respecta a la situación del territorio involucrado, las cosas quedarán como antes. En el plano jurídico, se presenta el problema de si, una vez verificado en los hechos el cambio de soberanía, pasan al Estado sucesor los derechos y las obligaciones internacionales que tenía el predecesor. Por cierto, los derechos y las obligaciones internacionales que sean eventual objeto de la sucesión no pueden ser más que convencionales (o derivados de fuentes previstas por acuerdos), dado que el derecho consuetudinario está dirigido a todos los Estados. Por otra parte, el tema de la sucesión de Estados en materia de tratados no agota la problemática de la sucesión entre Estado y Estado. En efecto, se discute si el derecho internacional impone la sucesión de derechos y obligaciones de naturaleza interna, y dentro de qué límites; si existe, por ejemplo, una sucesión en la deuda pública.

Sucesión en las relaciones internacionales

Como se ve, la cuestión debería tratarse sistemáticamente en el ámbito de la personalidad del Estado (v. p. 24 y ss.). Si hablamos

aquí de esta cuestión es porque adquiere una importancia práctica notable justamente en relación con los tratados. En lo que respecta al tema de sucesión en situaciones jurídicas de derecho interno, nos referiremos a él al considerar la soberanía territorial y sus límites (v. p. 268 y p. 278).

* * *

Convención de Viena de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados

A la "sucesión de Estados en materia de tratados" está dedicada una Convención de codificación, preparada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y firmada en Viena en 1978. La Convención, que es complementaria de la de 1969 sobre Derecho de los Tratados, no está aún en vigor por no haber alcanzado el número mínimo de ratificaciones (¡quince!) requerido por el art. 49 para su entrada en vigor.

Con vistas a la lectura de la Convención de 1978 y, por lo tanto, de los artículos que tendremos oportunidad de citar, es indispensable una precisión terminológica. La Convención, como lo dice expresamente el art. 2, incs. b, c y d, usa el término "sucesión" como equivalente a "sustitución" y la expresión "Estado *sucesor*" como equivalente a "Estado que *sustituye a otro en el gobierno de un territorio*". En definitiva, el término "sucesión" es usado en sentido atécnico; indica la mera circunstancia de hecho de la sustitución y prescinde, por lo tanto, de la cuestión de si —y cuándo— sucede el Estado "sucesor" incluso a nivel jurídico, o sea, respetando obligaciones y pretendiendo respeto de derechos convenidos por el predecesor. El uso de esta terminología es criticable: ¿no era mejor hablar de Estado *reemplazante*, o algo por el estilo, para evitar cualquier equívoco?

Esfera de aplicación de la Convención de Viena de 1978

Según el art. 7, párr. 1, la Convención se aplica "... respecto de una sucesión de Estados que se haya producido después de la entrada en vigor de la Convención..."; no se requiere, en cambio, que el Estado sucesor sea parte contratante en el momento de la sucesión. En otras palabras, si un Estado sucesor adhiere a la Convención, su adhesión es retroactiva hasta el momento en que se produjo la sucesión, siempre que en ese momento la Conven-

ción ya esté en vigor. La *ratio* de la norma (como se aclara en el comentario del respectivo artículo del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, en YILC, 1974, II, 1, p. 182, n. 3) está en que en muchos casos el Estado que sustituye a otro en el gobierno de un territorio es un Estado nuevo y, por lo tanto, en muchos casos la Convención no podría aplicarse si se pretendiese que el Estado sucesor fuera ya parte contratante en el momento de la sucesión.

El párr. 2 del art. 7 prevé que un Estado sucesor puede declarar que quiere aplicar la Convención a una sucesión que se haya producido incluso antes de su entrada en vigor. Pero una declaración de este tipo sería válida sólo con respecto a aquellas partes contratantes que, a su vez, hayan declarado aceptarla. Todas las declaraciones deben resultar de acta escrita notificada al depositario de la Convención, esto es, al Secretario General de las Naciones Unidas (art. 50).

Como veremos, la Convención se aparta del derecho internacional consuetudinario en algunas cuestiones fundamentales. Por lo tanto, más que nunca será necesario diferenciar —una vez que la Convención entre en vigor— la esfera de los Estados contratantes de la de los Estados no contratantes y, entre los primeros, la de los Estados cuya sucesión se haya producido después de la entrada en vigor de la Convención o que hayan hecho las declaraciones previstas por el párr. 2 del art. 7.

* * *

Sucesión en los tratados localizables

Un principio, digamos, "pacífico" en la doctrina y en la práctica en materia de sucesión de Estados aparece enunciado en la parte I de la Convención de 1978 (en el art. 12), entre las disposiciones de carácter general: se trata del principio (expresado por la máxima *res transit cum suo onere*) por el cual un Estado que sustituye a otro en el gobierno de una comunidad territorial *en cualquier modo que sea*, está vinculado por los tratados o por las cláusulas de tratados de naturaleza real o territorial o, como se llega a decir, *localizables*, es decir, por los tratados celebrados por el predecesor y que se refieran al uso de determinadas partes del territorio. Pertenecen a esta categoría: los tratados que instituyen servidumbres activas o pasivas (por ejemplo, servidumbre de pasaje) con respecto a Estados vecinos; los acuerdos para el alquiler de ciertas partes del territorio; los tratados que prevén la libertad de navegación de ríos, canales y otras vías navegables; los tratados que imponen la desmilitarización de determinadas áreas; etc. Generalmente se incluyen en esta misma categoría los tratados que fijan fronteras entre Estados vecinos (incluso en el art. 11, la Convención de 1978 prevé que los Estados sucesores respeten las fronteras establecidas convencionalmente), pero nos parece que son más que justificadas las dudas que se expresan sobre su encuadramiento en el tema de la sucesión de Estados. En realidad, un tratado de delimitación agota sus efectos en el momento en que se determina la frontera, luego de lo cual ya no debe respetarse el tratado sino el derecho de la soberanía territorial ejercida por uno y otro país a cada lado de la frontera, derecho que se deriva de un principio consuetudinario autónomo (v. p. 263 y ss.) y que como tal subsiste frente a todos los demás, independientemente de cualquier hipótesis sobre la sucesión de los Estados en el tratado. La cuestión es diferente, obviamente, en el caso de las cláusulas del tratado de delimitación que eventualmente puedan crear regímenes especiales para determinadas zonas fronterizas, por ejemplo, prohibiendo fortificarlas o cobrar impuestos aduaneros, las que recaen ciertamente bajo el régimen sucesorio.

Uti possidetis

Generalmente se acepta, en el ámbito de la comunidad internacional, la obligación de respetar las fronteras establecidas por el predecesor. Salvo algunas excepciones, ni siquiera los países surgidos de la descolonización la han negado. Por ejemplo, la Asamblea General de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA (Organización para la Unidad Africana), reunida en El Cairo en 1964, afirmó en forma solemne, con las reservas de Somalia y Marruecos únicamente, que los Estados miembros se comprometían a respetar "la soberanía y la integridad territorial de cada Estado" como así también "los límites existentes en el momento de la adquisición de la independencia" (cfr. YILC, 1974, II, 1, p. 129, 11). La práctica africana, al menos en los países de reciente independencia surgidos del desmantelamiento de un mismo imperio colonial, se conecta con la práctica de América Latina, en la que se recurrió desde el siglo pasado al principio del *uti possidetis*: sobre la base de ese principio, los Estados latinoamericanos habrían "heredado" de España las fronteras de las circunscripciones administrativas del imperio colonial español existentes en el momento de la independencia. Por otra parte, la aplicación del principio a menudo dio lugar a dificultades, de-

bido a lo incierto de las fronteras en la misma época colonial, sobre todo en los territorios deshabitados o inexplorados. Sobre el *uti possidetis* cfr. Fre-cher, en AJIL, 1933, p. 415 y ss. y Giuliano, Scovazzi, Treves, II, p. 130 y ss.; para su influencia en la práctica africana, Queneudec, en RGDIP, 197[illegible] p. 70 y ss.; sobre la necesidad de que éste esté integrado por principios equitativos, Bardonnet, en *Mélanges offerts à P. Reuter*, París, 1981, p. 56[illegible] y ss. En el sentido que el principio del *uti possidetis* es un "principio general, lógicamente ligado al fenómeno del acceso a la independencia", y que tiene por objeto "evitar que la independencia y la estabilidad de los nuevos Estados sean puestos en peligro a causa de luchas fratricidas nacidas del rechazo de fronteras, una vez retirada la potencia administradora", cfr. la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (Cámara) del 22-12-1986 en el caso de la *Controversia Fronteriza – Burkina Faso/Mali*, RDI, 1987, p. 678 y ss., part. párr. 20.

El respeto de las fronteras, repetimos, no es más que una consecuencia del respeto de la soberanía y de la integridad territorial de los otros Estados, soberanía e integridad que se derivan de un principio general autónomo (v. p. 261 y ss.). Es cierto que en aquellos casos que se presentan a veces en los cuales un Estado nuevo reivindica territorios limítrofes bajo la soberanía de otros, generalmente rechaza también los correspondientes tratados de delimitación: por ejemplo, Somalia declaró en el momento de la independencia —y siguió siempre declarando— no querer reconocer la soberanía etíope sobre los territorios de Hand y de Ogaden, en nombre del principio de autodeterminación de los pueblos, rechazando la "validez" de los tratados sobre fronteras celebrados entre Inglaterra e Italia, por un lado, y Etiopía por otro, "sin el consentimiento y contra los intereses del pueblo somalí" (cfr. YILC, 1974, II, 1, p. 321 y ss.). Sin embargo, y más allá de cualquier juicio acerca de sus fundamentos jurídicos, esas contestaciones no parecen tener realmente por objeto los tratados sino la situación territorial que se creó en los hechos.

Intransmisibilidad de los tratados de naturaleza política

La sucesión de Estados en los tratados localizables encuentra una limitación que es común a todas las demás hipótesis (no son muchas, como veremos) en las que el derecho internacional admite una transmisión de derechos y obligaciones convencionales. Dicha limitación se refiere a los acuerdos de carácter predominantemente político, es decir que se vinculen estrechamente al régimen vigente antes del cambio de soberanía. Puede decirse, por ejemplo, que no se produce

sucesión en los acuerdos que conceden parte del territorio para instalar bases *militares* extranjeras (este tipo de acuerdos están eliminados expresamente del régimen sucesorio por el citado art. 12 de la Convención de 1978, en el párr. 3). En realidad, más que de una limitación autónoma, se trata de aplicar a la materia sucesoria el principio general *rebus sic stantibus*, según el cual un tratado o determinadas cláusulas de un tratado se extinguen si cambian de manera radical las circunstancias existentes en el momento de su celebración (v. p. 176 y ss.).

* * *

Pasemos ahora a considerar los tratados no localizables, o sea, la mayor parte de los tratados. ¿Qué suerte correrán después de un cambio de soberanía? Aquí se hace difícil dar una única respuesta, que sea válida para todos los casos en que un Estado sucede a otro en el gobierno de un territorio. Mejor dicho, tal vez sea posible reconstruir una norma fundamental que deba asumirse como punto de partida, pero luego es necesario examinar cada una de las hipótesis de cambio a las cuales nos referíamos inicialmente (separación, desmembramiento, fusión, etc.), porque en cada una de las hipótesis dicha norma experimentará atemperaciones y excepciones.

Regla de la *tabula rasa*

De acuerdo con lo que siempre ha considerado la mayoría de la doctrina, nos parece que la norma fundamental que debe asumirse como punto de partida en el caso de los tratados no localizables es la llamada norma de la *tabula rasa*. El Estado que sucede a otro en el gobierno de un territorio en principio no está vinculado por los acuerdos celebrados por el Estado predecesor. Como ya se vio (Treves), nunca se tuvo una eficaz y definitiva prueba de lo contrario. Más allá de las atemperaciones y las excepciones que examinaremos, la tendencia de la práctica estadual está orientada en sentido contrario a la sucesión, tanto la más antigua como la (copiosa) práctica estadual más reciente, relativa a la formación de nuevos Estados en el ámbito de territorios anteriormente bajo dominación colonial. Y a este respecto, es útil indicar una "particularidad" de la Convención de 1978, que parece sumamente extraña y capaz de llevar a la

conclusión de que varias normas de la Convención no corresponden al derecho consuetudinario vigente. La Convención distingue la situación de los Estados surgidos de la descolonización ("Estados de reciente independencia"), a los que dedica una parte específica (Parte III, art. 16-30), de la situación de cualquier otro Estado que suceda a otro en el gobierno de un territorio, a los que dedica otra parte (Parte IV, art. 31-38). Mientras que en el primer caso, la Convención asume como norma fundamental en materia de tratados no localizables la regla de la *tabula rasa*, en el segundo asume como norma fundamental una opuesta, la de la continuidad de los tratados. Este tipo de tratamiento diferenciado no se corresponde con el derecho consuetudinario, dada la perfecta conformidad entre las prácticas de los Estados surgidos de la descolonización y las de los demás Estados, tanto porque, como ya se ha dicho, ambas se orientan por el principio de la *tabula rasa*, como porque tanto en una como en otra práctica subsisten del mismo modo incertidumbres y manifestaciones en sentido contrario.

Como se aclara en el comentario a los correspondientes artículos de la Comisión de Derecho Internacional (en YILC, 1974, II, 1, p. 258, n. 27 y p. 265, n. 25), la adopción del principio de la continuidad (y por lo tanto de la estabilidad) de los tratados, con respecto a los casos diferentes de la descolonización, tiene como objetivo declarado contribuir al progreso del derecho internacional, más que codificar una norma de derecho consuetudinario. Es necesario recordar también que en versiones precedentes del proyecto, la Comisión se había pronunciado en contra del principio de la continuidad, salvo algunas excepciones (cfr. sobre el punto y también para una eficaz crítica al tratamiento diferenciado entre cambios de soberanía en caso de descolonización y en otros casos, Caggiano, en It. YIL, 1975, p. 76 y p. 82 y ss.).

Una vez establecido esto, examinaremos en seguida cada una de las hipótesis de cambio de soberanía, teniendo presente el derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, asumiendo como punto de partida la norma de la *tabula rasa*. En cada una de estas hipótesis indicaremos también la solución dada por la Convención de 1978 que, en caso de diferencias con el derecho

consuetudinario, es válida sólo entre los Estados contratantes de dicha Convención.

* * *

Separación de parte del territorio

El principio de la *tabula rasa* (con respecto, se entiende, a los acuerdos no localizables) se aplica principalmente a la hipótesis de la *separación* de una parte del territorio de un Estado.

Puede suceder que la parte separada del territorio se agregue al territorio de otro Estado preexistente, por efecto de cesión o de conquista. En este caso (y en esto puede verse una aplicación del principio de la *tabula rasa*) los acuerdos vigentes en el Estado que sufre la separación cesan de tener vigor con respecto al territorio separado. En cambio, se le extienden de manera automática a éste los acuerdos vigentes en el Estado que adquiere el territorio. En definitiva, se está en presencia de una "retirada" de los acuerdos del Estado predecesor y una "avanzada" de los acuerdos del Estado sucesor. La doctrina habla en estos casos de "*movilidad de las fronteras de los tratados*". La norma de la movilidad se enuncia incluso en la Convención de 1978, que le dedica especialmente una parte (Parte II, art. 15) y que la aplica, indistintamente, a todas las transferencias de territorio de Estado a Estado, de manera que en este punto se conforma con el derecho consuetudinario.

Movilidad de las fronteras de los tratados

En cambio, puede suceder que sobre la parte separada se formen uno o más Estados nuevos. También en este caso los acuerdos vigentes en el Estado que sufre la separación cesan de tener vigor con respecto al territorio que obtiene la independencia. La práctica estadual está generalmente orientada en ese sentido. Tanto en el caso de las ex-colonias (por ejemplo, los Estados Unidos de América luego de la guerra de independencia, Cuba luego de la secesión de España en 1898, Panamá luego de la secesión de Colombia en 1903, etc.) como cuando no lo eran (por ejemplo, Bélgica, separada de los Países Bajos en 1930, Finlandia, separada de Rusia luego de la Primera Guerra Mundial, Irlanda, separada de Inglaterra en 1922, etc.) los Estados nuevos han pretendido en todas las ocasiones —y la mayoría de las veces han obtenido— la aplicación del principio de la *tabula rasa*.

Formación de nuevos estados

Descolonización

La práctica estadual más reciente, que corresponde a los Estados surgidos de la descolonización, no hizo otra cosa que mantener esa tendencia. Y si se produce alguna manifestación en contrario, no logra incidir sobre la orientación general.

Un caso que no se encuadra en la tendencia general es el de Siria, que, después de haber constituido con Egipto la República Árabe Unida en 1958, se separó en 1961. Después de la separación, Siria continuó aplicando tanto los tratados celebrados por la RAU entre 1958 y 1961 como los tratados que la misma Siria había estipulado antes de 1958, y así lo hicieron también los otros Estados contratantes. No hay duda de que en este caso influyó la duración sumamente breve de la vida de la RAU.

Debe considerarse, por lo tanto, que en esta segunda parte la Convención de 1978 no se corresponde con el derecho consuetudinario, ya que, como se tuvo oportunidad de ver, admite el principio de la *tabula rasa* para los territorios coloniales separados de las Potencias que los poseían (art. 16), mientras que enuncia el principio opuesto de la continuidad de los tratados para todos los otros casos de separación seguida de la formación de uno o más Estados nuevos (art. 34).

Acuerdos de devolución

En el problema de la sucesión de Estados no influyen los llamados acuerdos de transmisión, de los cuales hubo varios ejemplos durante el proceso de descolonización, en particular entre las ex colonias inglesas. En los acuerdos de transmisión celebrados entre la ex madre patria y el Estado de nueva independencia, este último acuerda entrar en los tratados ya celebrados por la primera. Sin embargo, por no poder tener eficacia alguna respecto de las otras partes contratantes de los tratados transmitidos, estos acuerdos establecen solamente la obligación de la ex colonia de cumplir los pasos necesarios para renovar dichos tratados; esta renovación puede darse también tácitamente, como veremos en seguida. La práctica estadual se orienta en ese sentido, y lo hace también la Convención de 1978 con una norma incluida en la parte general (art. 8), que niega que los acuerdos de transmisión puedan tener el efecto de transmitir derechos y obligaciones convencionales del Estado predecesor. Claro que, por otra parte, el principio de la *tabula rasa* no tiene un único sentido, esto es, no solamente protege los intereses del Estado nuevo sino también los de los otros participantes en los tratados cuya intransmisibilidad determina.

Todo cuanto hemos dicho respecto de los acuerdos de transmisión vale *a fortiori* para las genéricas declaraciones unilaterales de aceptación de los tratados preexistentes por parte de los Estados nuevos (cfr. el art. 9 de la Convención de 1978).

El principio de la *tabula rasa* se aplica íntegramente a los Estados nuevos formados por separación, en lo que respecta a los tratados *bilaterales* celebrados por el predecesor y aún vigentes en el territorio separado. Estos tratados podrán seguir siendo válidos sólo si se los renueva a través de un acuerdo específico con la contraparte, el que, dadas las circunstancias, podrá incluso ser tácito, o sea, resultar de hechos concluyentes. Lo mismo debe decirse de los tratados multilaterales cerrados, o sea, de los tratados que no prevén la participación mediante adhesión (v. p. 95) de Estados diferentes de los contratantes originarios; también en este caso será necesario un nuevo acuerdo con todas las contrapartes. Así lo establece también la Convención de 1978 (respectivamente en los arts. 24, párr. 1, y 17, párr. 3), obviamente sólo con respecto a los Estados ex territorios coloniales, a los cuales limita la aplicación del principio de la *tabula rasa*.

A propósito de los tratados bilaterales cfr. en la jurisprudencia italiana, C. App. Génova 26-6-1971, en RDIPP 1972, p. 797: exactamente, la Corte niega la aplicabilidad de la Convención ítalo-francesa del 3-6-1930 sobre reconocimiento recíproco de sentencias a la Argelia independiente, aunque el art. 38 de dicha Convención preveía su extensión al territorio argelino. En el mismo sentido (y con una motivación muy amplia a favor del principio de la *tabula rasa*) cfr. C. App. Roma, 17-10-1980, en RDI 1981, p. 882 (y en It. YIL 1985, vol. VI, p. 168 y ss. con nota de Battaglia), que excluye la aplicabilidad de la Convención ítalo-británica del 5-2-1873 sobre extradición recíproca de delincuentes a la India. Cfr. también en la jurisprudencia extranjera, por ejemplo, Trib. federal suizo del 21-9-1979, en ILR, vol. 75, p. 107 y ss., que, luego de haber insistido sobre el principio de la *tabula rasa*, considera aplicable a Sudáfrica un tratado de extradición entre Suiza y Gran Bretaña, en el supuesto de que dicho tratado había sido tácitamente renovado por Suiza y Sudáfrica.

Notificación de sucesión

En cuanto a los tratados multilaterales abiertos a la adhesión de Estados diferentes de los originarios (v. p. 95), el principio de la *tabula rasa* sufre una atemperación. En lugar de adherir, el Estado de reciente formación puede proceder a la llamada notificación de sucesión. Con este acto, su participación es retroactiva al momento de la declaración de la independencia. En otras palabras, mientras que la adhesión tiene efecto *ex nunc*, la notificación de sucesión tiene carácter retroactivo. Esta facultad reconocida a los Estados nuevos se afirmó sobre todo, pero no exclusivamente, en la práctica relativa a la descolonización y puede considerarse ya reconocida por la costumbre. En realidad, y como ya se ha señalado (Caggiano), más que de un principio en materia de sucesión de Estados, se trata de una norma especial sobre celebración de tratados. La Convención de 1978 (arts. 17-23) contiene una disciplina detallada al respecto y distingue entre tratados ya en vigor y tratados aún no en vigor a la fecha de la sucesión, estableciendo las modalidades de las notificaciones de sucesión, etc. Aquí también la Convención se limita al caso de los Estados ex territorios coloniales, dado que para los otros casos no prevé el principio de *tabula rasa* sino el de sucesión automática.

* * *

Desmembramiento de un Estado

Afín a la hipótesis de la formación de uno o más Estados nuevos por *separación* del territorio de un Estado predecesor se encuentra el *desmembramiento* de un Estado. Mientras que la separación no implica la extinción del Estado que la sufre, la característica del desmembramiento radica precisamente en el hecho de que un Estado se extingue y en su territorio se forman dos o más Estados nuevos. Dado que tanto en una como en otra hipótesis se verifica una división del territorio del Estado y de la población que reside allí, el único criterio apto para distinguir entre estas dos hipótesis (distinción que, por otra parte, no es fácil) es la continuidad o no de la organización de gobierno preexistente: debe admitirse que se está ante un caso de desmembramiento cuando ninguno de los Estados residuales tiene, ni siquiera aproximadamente, la misma organización de gobierno, el mismo régimen del Estado preexistente —por así decirlo, que no esté regido por

la misma constitución material—. Un ejemplo típico de desmembramiento, y no de separación, es el caso del Imperio Austro-Húngaro tras la Primera Guerra Mundial, ya que ninguno de los Estados que allí se formaron —entre ellos, la República Austríaca— conservó la misma organización de gobierno del Imperio. Otro ejemplo es la formación de la República Federal Alemana y de la República Democrática Alemana sobre las ruinas del Reich hitleriano, luego de la Segunda Guerra Mundial y hasta 1990. Otro ejemplo, sumamente reciente, es la disolución de la Unión Soviética a fines de 1991.

En cuanto a Alemania hasta 1990, en la jurisprudencia de Alemania Occidental se sostuvo siempre la tesis —sustentada por la Constitución de Bonn, por otra parte— de que la República Federal era la continuación del viejo Reich (cfr. la sentencia de la Corte Constitucional Alemana del 31-7-1973, en ILR, vol. 78, p. 161 y ss., con referencias incluso a la jurisprudencia precedente); pero se trata de jurisprudencia poco apreciable desde la perspectiva del derecho internacional. En sentido correcto y, por lo tanto, favorable a la tesis del desmembramiento, cfr. por ejemplo, en la jurisprudencia no alemana, Corte distr. de Amsterdam del 25-11-1975, *idem*, vol. 74, p. 113 y ss.

En lo que concierne a la sucesión en materia de tratados, el desmembramiento debe asimilarse a la separación. A todos los Estados nuevos que se formaron por desmembramiento (siempre, se entiende, para los acuerdos no localizables) es aplicable el principio de la *tabula rasa*, atemperado por la norma que prevé la facultad de proceder a una notificación de sucesión en el caso de los tratados multilaterales abiertos. También la Convención de 1978 (art. 34) unifica las dos hipótesis en la parte destinada a los Estados nuevos que no sean ex territorios coloniales (es obvio que el fenómeno del desmembramiento no se refiere a la descolonización), sometiendo a ambas, sin embargo, al principio de la continuidad de los tratados.

En cuanto a la suerte de los tratados en caso de desmembramiento, la práctica respectiva es más bien incierta y no faltan algunas manifestaciones en favor de la continuidad en vez de la *tabula rasa*. Por ejemplo, cuando se disgregó el Imperio Austro-Húngaro, mientras que Austria, Checoslovaquia y Polonia declararon no sentirse en absoluto vinculadas por los acuerdos ce-

lebrados por el Imperio, Hungría declaró lo contrario (en realidad, la mayor parte de los tratados cayó bajo la previsión de los arts. 234-247 del Tratado de Saint-Germain y de los arts. 217-230 del Tratado de Trianon).

No parece que, en número y en consistencia, estas manifestaciones sean tales como para llevar a considerar que el derecho consuetudinario favorezca la continuidad, incluso en el caso en que se desmembre un Estado no unitario, por ejemplo, un Estado federal. Tampoco parecen pertinentes ciertos ejemplos contra el principio de la *tabula rasa* que se dan en el tema del desmembramiento (cfr. YILC, 1974, II, 1, p. 260 y ss., n. 3 y 7), que se refieren a la disolución de uniones entre Estados, como por ejemplo, la unión de Suecia y Noruega, disuelta en 1905, y entre Dinamarca e Islandia, disuelta en 1944. El hecho de que en estos casos los Estados que se separaron hayan declarado sentirse vinculados por los acuerdos celebrados por cada uno de ellos en nombre propio o bien por la misma unión (en este caso se trataba de uniones personales o reales, caracterizadas por un Jefe de Estado y órganos encargados de las relaciones exteriores comunes) se explica más bien debido a que cada uno de los Estados miembros había conservado su propia personalidad internacional durante el período de la unión. Como otro ejemplo contra el principio de la *tabula rasa* en el tema del desmembramiento se suele presentar el de la República Árabe Unida, disuelta en 1961. Efectivamente, es un ejemplo que no está a favor de dicho principio. Sin embargo, el ejemplo remite a la hipótesis de la separación y no del desmembramiento (a propósito de la separación, ya se habló de ella), dado que fue Siria la que se separó de Egipto, el cual continuó teniendo la misma organización de gobierno anterior a 1961. Tanto es así, que el problema de la sucesión o no en los tratados (y además de la necesidad o no de una readmisión formal en las Naciones Unidas) se presentó, en la práctica, sólo en el caso de Siria.

En lo que respecta al desmembramiento de la Unión Soviética, es demasiado pronto para poder referirse a datos significativos de la práctica. Debe señalarse solamente que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas consideró que uno de los Estados surgidos del desmembramiento, Rusia, podía suceder a la Unión Soviética en la banca permanente (v. p. 56). Se trata de una decisión claramente dictada por motivaciones políticas, que no puede evitar causar perplejidades a nivel jurídico. No es la primera vez, por otra parte, que los órganos de las Naciones Unidas toman decisiones contrarias al derecho internacional en el tema de los asuntos de Estado, decisiones cuya ilegitimidad es luego recompuesta por el consenso de los Estados miembros de la organización. Sobre la práctica en la materia, originada en deliberaciones correspondientes a la acreditación de representantes de

los Estados ante los órganos de las Naciones Unidas, cfr. Conforti, p. 45 y ss., part. p. 59 y ss.

* * *

Incorporación y fusión entre Estados

Opuestas, en cierto modo, a la separación seguida por la formación de un nuevo Estado en la parte separada y al desmembramiento, encontramos la *incorporación* y la *fusión*. La primera se produce cuando, al extinguirse, un Estado pasa a formar parte de otro; la segunda, cuando dos o más Estados se extinguen y originan un Estado nuevo. También aquí el criterio de distinción entre las dos figuras —distinción que, por otra parte, no siempre es fácil establecer— no puede dejar de referirse a la organización de gobierno: la hipótesis de la incorporación debe preferirse a la de la fusión cuando exista continuidad entre la organización de gobierno de uno de los Estados preexistentes y la organización de gobierno que resulta de la unificación. Si se adopta ese criterio, la formación del Reino de Italia en el siglo pasado puede considerarse una incorporación (de los otros Estados al Reino de Cerdeña). Igualmente, la reunificación de las dos Alemanias en 1990 debe considerarse como una incorporación de la República Democrática Alemana a la República Federal (el Tratado sobre la "Unidad Alemana" del 31-8-1990, celebrado por los dos países, habla de "adhesión" de la República Democrática a la República Federal).

A la incorporación se le aplica tradicionalmente la misma norma que hemos visto aplicarse a las transferencias de territorios de un Estado a otro, o sea, la regla de la movilidad de las fronteras de los tratados. Los tratados del Estado que se extingue cesan de tener vigor (salvo que sean confirmados por el Estado incorporante a través de nuevos acuerdos, expresos o tácitos, con las otras Partes contratantes), mientras que al territorio incorporado se le extienden los tratados del Estado incorporante. Así se extendieron, luego de la unidad, los tratados del Reino de Cerdeña al resto de Italia, mientras que se extinguieron los de los otros Estados italianos. Una vez más, para los tratados del Estado incorporado vale, en definitiva, el principio de la *tabula rasa*.

El mismo principio reglamenta los casos de fusión: el Estado surgido de la fusión, siempre que sea efectivamente un Estado nuevo, siempre que no presente ninguna continuidad con uno de los Estados preexistentes, en lo que respecta a la organización de gobierno, nace libre de compromisos convencionales (obviamente, excepto los acuerdos localizados). [Un caso interesante presenta la incorporación definitiva del Estado de Buenos Aires a la Confederación Argentina en 1859. El Estado de Buenos Aires, al momento de su incorporación, exigió la no aplicación dentro de su territorio de los tratados celebrados por la Confederación con anterioridad a la fecha crítica en la que se produjo la sucesión de Estados. Convencionalmente, es decir por el Tratado de San José de Flores del 11 de noviembre de 1856, se acordó la modificación de los alcances territoriales de los tratados celebrados por la Confederación con anterioridad a la fecha de efectiva sucesión de Estados, imposibilitando el hacerse extensivos al territorio del ex Estado de Buenos Aires.

Este condicionamiento del Estado de Buenos Aires determinó la reforma de la Constitución del año 1860 por la que se agrega al artículo 31, que establece la supremacía de la Constitución, las leyes de la Nación y los tratados por sobre las constituciones y leyes provinciales, "... salvo para la provincia de Buenos Aires los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859".

En aplicación de este texto constitucional reformado, el Estado argentino se opuso a la pretensión brasileña, expresada en una nota de protesta, de aplicar en el Río de la Plata las normas relativas a la libertad de navegación acordada por el Tratado de Navegación del 7 de marzo de 1856 y por la Convención Fluvial del 20 de noviembre de 1857, ambos celebrados entre Argentina y el Imperio del Brasil. En esa oportunidad el Estado argentino sostuvo que los tratados de navegación celebrados por la Confederación Argentina con anterioridad a 1859 no son aplicables en el territorio de la actual provincia de Buenos Aires, ni en el Río de la Plata, que está bajo su jurisdicción, con anterioridad a la efectiva incorporación de Buenos Aires a la Confederación (v. nota del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de fecha 21 de setiembre de 1976).]

Incorporación o fusión de territorios que permanecen como autónomos

Parece que, tanto en el caso de la incorporación como en el de la fusión, debe admitirse una excepción al principio de la *tabula rasa* cuando las comunidades estatales incorporadas o fusionadas conserven un notable grado de autonomía en el ámbito del Estado incorporante o nuevo, aunque se extingan como sujetos internacionales; en especial, cuando después de la incorporación o de la fusión se instaure un vínculo de tipo federal. En tal caso, y salvo algunas manifestaciones en contrario (por ejemplo, la norma de la movilidad de las fronteras de los tratados recibió aplicación integral cuando en 1845 Texas entró a formar parte de los Estados Unidos), la práctica estadual desde el siglo pasado se ha orientado a la continuidad de los tratados, aunque con eficacia limitada a la región incorporada o fusionada y siempre que tal limitación sea compatible con el objeto y fin del tratado. Así, por ejemplo, los acuerdos celebrados por los Cantones Suizos continuaron en vigor en los respectivos límites regionales tras la constitución de la Confederación Helvética en 1848; los de los ex Estados Alemanes, luego de la constitución del Imperio Germánico en 1871; los del Salvador, Nicaragua y Honduras, luego de la reunión de estos países en la Gran República Centro-Americana; y los de la Rusia blanca, de Ucrania y de las Repúblicas Transcaucásicas, luego de su incorporación a la URSS en 1923. Para pasar a ejemplos más recientes, lo mismo sucedió con los acuerdos celebrados con anterioridad por Siria y Egipto cuando en 1958 se formó la República Árabe Unida, o por Tanganica y Zanzíbar, reunidos en 1964 en la República de Tanzania.

En cuanto a la reunificación alemana —que comportó la reconstitución de los Länder en el territorio de Alemania Oriental— el Tratado ya mencionado del 31-8-1990 afirma en su art. 11 que las Partes "parten del principio" de que los tratados de la República Federal se extienden al territorio de la ex República Democrática; para los tratados celebrados por ésta, en cambio, el art. 12 establece que el nuevo Estado los examinará junto con las otras Partes contratantes y luego fijará su posición acerca de los cursos de acción que se tomarán. Para el texto del tratado v. RGDIP, 1991, p. 188 y ss. Según Sturm, en *Clunet*, 1991, p. 19, el art. 12 implica que los tratados de la República Democrática continúen vinculando a los nuevos Länder, al menos provisoriamente.

Respecto a la Convención de 1978, cualesquiera sean las características de la reunión y, por lo tanto, sin distinguir entre incorporación y fusión y entre subsistencia o no de vínculo de tipo federal entre las entidades reunidas, en los arts. 31-33 adopta el principio de la continuidad de los tratados (dentro de los límites territoriales correspondientes a varios Estados que se reúnen y dejando a salvo la extensión a todo el territorio mediante acuerdos sucesivos o incluso notificaciones de sucesión). De este modo, la Convención se aparta, una vez más, del derecho consuetudinario.

Como surge del comentario a los correspondientes artículos del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (cfr. YILC, 1974, II, 1, p. 253 y ss., n. 6 y ss.), la solución adoptada por la Convención se funda precisamente en la práctica relativa a la instauración de vínculos de tipo federal que hemos citado. Pero se trata de una práctica sectorial, no utilizable para reconstruir un principio de carácter general válido para todos los casos de incorporación o de fusión. Por otra parte, en el mismo comentario se reconoce (*idem*, p. 259, n. 28) que, al menos en lo que respecta a la incorporación (a la cual siempre se le consideró aplicable la norma de la movilidad de las fronteras de los tratados) la solución adoptada corresponde a criterios de "justicia" y de "modernidad", más que al estado de derecho consuetudinario.

* * *

Cambios radicales en el Gobierno

Se presenta también un problema de sucesión de Estados en materia de tratados cuando se verifica un cambio de gobierno en el ámbito de una comunidad estatal, sin que el territorio del Estado sufra ampliaciones o disminuciones. Cuando el cambio se verifica por vías extralegales y se instaura un régimen radicalmente diferente (por ejemplo, la instauración del régimen soviético en Rusia en 1917, el golpe de Estado en Checoslovaquia en 1948, el golpe de Estado en Chile en 1973, etc.), debe considerarse que cambia la persona de derecho internacional. En efecto, vimos que el Estado, en tanto sujeto de derecho internacional, se identifica con el aparato de gobierno (v. p. 24 y ss.). Es necesario preguntarse entonces qué sucede con los tratados celebrados por el antiguo Gobierno. ¿Opera aquí también el

principio de la *tabula rasa* (como a veces pretendieron los nuevos Gobiernos) o se trata de una sucesión del nuevo Gobierno en los derechos y en las obligaciones contraídas por el predecesor? La práctica parece sin duda orientarse en este segundo sentido, con excepción de los tratados incompatibles con el nuevo régimen (sobre todo, los tratados de naturaleza política o ligados estrechamente al régimen preexistente). Como ya se tuvo ocasión de señalar, esta excepción es común a todas las hipótesis en las cuales el derecho internacional admite la transmisión de derechos y obligaciones convencionales. Como también se dijo, más que de una excepción se trata de la aplicación del principio *rebus sic stantibus* en materia sucesoria, por el cual los tratados de todos modos se extinguen si cambian de manera radical las circunstancias vigentes en el momento de su conclusión (v. p. 176 y ss.). Incluso es posible sostener que, sobre la base de este principio, en el tema que nos ocupa termina por establecerse una relación directa entre el número de las normas convencionales que se extinguen y la *radicalidad* del cambio revolucionario de gobierno. Cuanto más incide el cambio en la estructura del Estado, más numerosas serán las normas que no podrán considerarse compatibles con el nuevo régimen.

Debe señalarse que gran parte de la doctrina considera que la persona del Estado tampoco se extingue por efecto de cambios revolucionarios de gobierno y que, por lo tanto, no se trata en este caso de una cuestión de sucesión de un sujeto internacional por otro y que las convenciones siguen en vigor, meramente como consecuencia de la continuidad en la persona del Estado. Se trata de la doctrina que identifica al Estado con la comunidad estatal, según una concepción que rechazamos (v. p. 24 y ss.), o bien que recurre a configuraciones superadas, como por ejemplo la configuración del Estado como ente ternario compuesto por pueblo, territorio y potestad de gobierno. Es obvio que también la doctrina de la cual estamos hablando no puede negar que el cambio revolucionario de gobierno produce la extinción de las normas incompatibles con el nuevo régimen, a través de la puesta en juego de la cláusula *rebus sic stantibus*. Desde el punto de vista práctico, por lo tanto, los resultados son los mismos.

La Convención de 1978 no se ocupa de la materia en examen. Esta laguna se remonta al proyecto preparado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que justamente justificó la laguna haciendo referencia a las dudas presentadas por diversos sectores respecto de la pertenencia de la cuestión al tema de la sucesión *entre Estados* y declarando, por otra parte, que no quería tomar posición sobre la cuestión teórica de la naturaleza del Estado como sujeto de derecho internacional (cfr. YILC, 1974, II, 1, p. 170 y ss., n. 66).

* * *

Sucesión de las deudas contraídas por medio de un acuerdo internacional

Como ya se vio, todavía está en discusión si en situaciones jurídicas de derecho interno existe una sucesión impuesta internacionalmente. Si bien la discusión se refiere a varios temas, como la adquisición de la propiedad de bienes públicos que ya pertenecieron al predecesor, el respeto de las concesiones administrativas extendidas por éste, etc., el tema más importante y debatido es el de la sucesión en la deuda pública, dada la tendencia a rechazarla del Estado sucesor, que se manifiesta desde siempre en la práctica estadual. Se trata de un tema que no corresponde sistemáticamente al derecho de los tratados y del cual nos ocuparemos en el lugar oportuno, que es el de los límites a la soberanía territorial (v. p. 278). Puede suceder, sin embargo, que la deuda no haya sido contraída por el Estado predecesor en el ámbito del propio derecho interno —la hipótesis normal es la emisión de títulos suscriptos por personas físicas o jurídicas tanto nacionales como extranjeras—, sino que haya sido objeto de un acuerdo internacional celebrado con otro Estado o con una organización internacional, por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional o el Banco Internacional de Desarrollo (v. p. 204). En este segundo caso no hay motivo para apartarse de lo que hemos dicho respecto de la sucesión en los tratados, desde un punto de vista general: el principio fundamental también aquí es el de la *tabula rasa*, salvo las *deudas localizables* (o *locales*), o sea, las deudas contraídas con exclusiva referencia al territorio objeto del cambio de soberanía, por ejemplo, con el fin de financiar obras públicas en el territorio (o bien contraídas por autoridades públicas locales).

Convención de Viena de 1983

A propósito de las deudas contraídas por un Estado con otros sujetos de derecho internacional, es necesario hacer referencia a otra de las Convenciones de codificación, la Convención de Viena de 1983 sobre sucesión de Estados "en materia de bienes, archivos y deudas de Estado", dispuesta también por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y que aún no ha entrado en vigor. A causa de sus normas sumamente favorables a los intereses del Tercer Mundo, la Convención encontró además neta oposición de los Estados occidentales, los cuales votaron contra su adopción en la Conferencia de Viena de 1983.

A juzgar por el título, la Convención parecería tener que ocuparse de manera exclusiva de la sucesión de Estados en las situaciones jurídicas de derecho interno, en armonía, por otra parte, con el esquema general preparado por la Comisión, que es el de la "sucesión entre Estados en materias diferentes de los tratados". Así, en efecto, trata de lo que respecta a los bienes y a los archivos. En lo que respecta a las deudas de Estado, un primitivo proyecto, discutido en el seno de la Comisión, se ocupaba de *toda* la deuda pública de manera unitaria, ya sea que hubiera sido contraída por el predecesor con personas físicas o jurídicas privadas, o bien con Estados u otros sujetos internacionales. Se decidió luego, en cambio, tener en cuenta solamente esta segunda categoría de deudas; y sólo a ésta se refiere la Convención de 1983. "Para los efectos de los artículos de la presente parte —establece el art. 33 que abre la Parte IV, dedicada justamente a tales deudas— se entiende por 'deuda de Estado' toda obligación financiera de un Estado predecesor para con otro Estado, para con una organización internacional o para con cualquier otro sujeto de derecho internacional, nacida de conformidad con el derecho internacional". Es evidente, como también surge claramente de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (v. YILC, 1981, II, 2, p. 72 y ss. y 81), que la Convención entiende ocuparse unitariamente de las deudas contraídas por el Estado predecesor con otros sujetos internacionales y, por lo tanto, no sólo de las deudas contraídas en el ámbito del propio derecho interno (incluso un Estado extranjero puede ser admitido a suscribir un título de deuda pública), sino también de las deudas contraídas mediante un tratado internacional. En cuanto a esta última parte, debe tomarse en consideración en este punto. Pero es curioso que —tal como se extrae del comentario de la Comisión a los artículos relativos a cada hipótesis de cambio de soberanía (cesión, separación, desmembramiento, etc.), artículos luego incorporados a la Convención— toda la disciplina de la materia está preparada sobre la base de un examen de la doctrina y de la práctica en el tema de sucesión en materia de deuda pública, o sea, en la

gran mayoría de los casos, de doctrina y práctica concernientes a las deudas... ¡con personas físicas o jurídicas privadas! (cfr. YILC, 1981, II, 2, p. 84 y ss.)

Una vez establecido esto, la Convención, adoptando una línea similar a la de la Convención de 1978 sobre la sucesión en materia de tratados, adopta el principio de la *tabula rasa* solamente con respecto a los Estados de reciente independencia surgidos de la descolonización. Insiste incluso en el principio de la *tabula rasa,* hasta el punto de excluir la sucesión en las mismas deudas localizables, salvo acuerdo entre el Estado nuevo y el predecesor (art. 38). En esta parte la norma parece inspirarse en el desarrollo progresivo del derecho internacional —y justificarse en consideración de principios de justicia, como así también en razón de las dificultades financieras de los países en vías de desarrollo— en vez de codificar normas consuetudinarias consolidadas. En la norma del art. 38 no entran, de todos modos, los casos que aparecen sobre todo en la práctica del Banco Internacional de Desarrollo (v. p. 206), de concesión de créditos *directamente* al territorio colonial antes de la independencia (y en consideración de la *autonomía* ya adquirida por el territorio con respecto a la madre patria), con la garantía prestada por esta última mediante un acuerdo internacional con el sujeto acreedor. En casos de este tipo, por cierto que el territorio queda obligado con el Banco incluso después de la independencia, y la Potencia administradora queda vinculada, a su vez, por el acuerdo de garantía. En tal sentido cfr. el comentario de la Comisión, en YILC, 1981, II, 2, p. 102.

En cuanto a las otras hipótesis de cambio de soberanía, con respecto a la cesión territorial, a la separación y al desmembramiento, la Convención no sólo sigue el principio de la sucesión en las deudas localizables (más precisamente, en las deudas referentes a los "bienes, derechos e intereses que pasan al Estado sucesor"), de conformidad con el derecho consuetudinario, sino que prevé también que haya una sucesión "según una proporción equitativa" en las deudas generales del predecesor. El principio de la sucesión "según una proporción equitativa" en la deuda pública a menudo encontró aplicación, aunque sólo en el plano puramente convencional, por ejemplo, a los acuerdos entre Estados surgidos de un desmembramiento. No parece, en cambio, que a falta de acuerdo, éste se vea impuesto por el derecho consuetudinario.

En el caso de la incorporación y de la fusión —hipótesis que considera unitariamente la Convención, de manera análoga a la Convención de 1978— el art. 39 prevé que todas las deudas del Estado incorporado o de los Estados fusionados pasen al Estado incorporante o al Estado surgido de la fusión, sin distinguir, como sería necesario hacer, sobre la base de los principios sobre sucesión en materia de tratados (v. p. 163 y ss.), según que el Estado incorporado o fusionado mantenga o no su autonomía.

XIV. Causas de nulidad y de terminación de los tratados

Varias causas de nulidad y de terminación de los tratados internacionales son análogas a las de los contratos y, más en general, a las de los asuntos jurídicos del derecho interno. Su disciplina está dada no sólo y no tanto por normas consuetudinarias *ad hoc*, sino por esa categoría especial de normas consuetudinarias que constituyen los principios generales de derecho (v. p. 60 y ss.). Por lo tanto, a continuación simplemente nos referiremos a las causas de nulidad y de terminación que no difieran en nada del régimen común de los contratos, mientras dedicaremos más atención al examen de algunas causas que son típicas de los tratados internacionales y cuya disciplina ha sido bastante discutida por la doctrina. Nos ocuparemos luego de los aspectos, por así decir, de procedimiento en la materia, es decir, de los medios con los cuales puede hacerse valer la nulidad o la terminación. Advertimos también que varias cuestiones atinentes al tema en examen ya fueron consideradas por nosotros (por ejemplo, la cuestión de la validez de los acuerdos celebrados en violación de normas constitucionales sobre la competencia para celebrar tratados —v. p. 105 y ss.— o la de la terminación de los acuerdos luego de cambios de soberanía —v. p. 155 y ss.—), o bien serán consideradas en otros apartados, en relación con otros temas (por ejemplo, la cuestión de si existen normas internacionales imperativas, tales que invaliden los acuerdos que contrasten con ellas —v. p. 246 y ss.—) De manera que la explicación que sigue tendrá carácter residual.

Causas de nulidad

Como causas de nulidad a las cuales basta con referirse brevemente recordemos los clásicos vicios de la voluntad, más específicamente: el *error esencial*, que el art. 48 de la Convención de Viena so-

bre Derecho de los Tratados define como un error acerca de "un hecho o una 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 ..."; el *dolo* (art. 49, Conv. de Viena) al que puede remitirse, en relación de especie a género, la *corrupción* del órgano que celebra el tratado (art. 50); la *violencia*, física o moral, *ejercida* sobre el órgano que celebra el tratado (art. 51). En todos estos casos se trata de vicios que no son frecuentes y que, sobre todo en el caso del dolo y de la violencia ejercida sobre el órgano de celebración (de la violencia ejercida sobre el Estado en su conjunto hablaremos en breve), por motivos obvios parecen poco susceptibles de verificarse cuando el tratado no se celebre en forma simplificada (v. p. 97 y ss.), por ejemplo, cuando en la conclusión del acuerdo participa el Parlamento.

Causas de terminación

Como causas de terminación para las cuales basta una breve referencia recordemos: la *condición resolutiva*; el *término final*; la *denuncia* o el *retiro*, o sea, el acto formal con el cual el Estado declara a las partes contratantes su voluntad de desvincularse del tratado, siempre que la posibilidad de denunciar o retirarse esté expresa o implícitamente prevista en el mismo tratado (art. 56, Conv. de Viena); el *incumplimiento* de la contraparte, en aplicación del principio general *inadimplenti non est adimplendum* (art. 60); la *imposibilidad de la ejecución* (art. 61); la *derogación* total o parcial, expresa o por incompatibilidad, mediante acuerdo sucesivo entre las mismas partes.

Esta última causa de terminación encuentra su fundamento en el principio general sobre la sucesión de los actos jurídicos de igual grado en el tiempo, según el cual el acto posterior deroga al anterior. En la Conv. de Viena se hace aplicación de este elemental principio en varias normas, no todas contenidas en la parte relativa a la terminación de los tratados, teniéndose en cuenta en cada caso la derogación total o parcial, las modificaciones por incompatibilidad, la enmienda de los tratados bi o multilaterales, etc. (cfr. los arts. 30, n. 3; 39; 40, n. 2 y 3; 54, inc. b; 59, n. 1). A la terminación mediante un acuerdo ulterior se asimila además la mera suspensión (cfr. los arts. 57 y 59, n. 2).

Obviamente, aquí se tiene en cuenta el caso en que el acuerdo ulterior vincule a *todas* las partes del acuerdo anterior. Diferente es el caso en el cual

hay conflicto entre acuerdos celebrados por grupos de Estados que coinciden sólo parcialmente (el único caso problemático en materia de la sucesión de los tratados en el tiempo y que ya hemos examinado cuando nos referimos a la incompatibilidad entre normas convencionales: v. p. 123 y ss.).

* * *

Violencia sobre el Estado como causa de nulidad

Entre las causas de nulidad hemos indicado, junto con los otros dos clásicos vicios de la voluntad (error y dolo), la violencia ejercida sobre el *órgano que celebra* el tratado. ¿Puede considerarse también una causa de nulidad la violencia ejercida sobre el *Estado en su conjunto* y, por lo tanto, esa especial forma de violencia que se concreta en la amenaza o en el uso de la fuerza? La Convención de Viena responde positivamente a esta pregunta, al establecer en el art. 52 que "es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación a los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas". (Como veremos, estos principios sólo admiten el uso de la fuerza para rechazar un ataque armado de otros.)

Se puede considerar que el art. 52 de la Convención de Viena corresponde al derecho internacional consuetudinario, al menos, al derecho consuetudinario tal como fue consolidándose después de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de la idea de que el uso de la fuerza debe ser dejado de lado por la comunidad internacional. Aún hoy hay, sin embargo, quien sostiene la tesis (en un tiempo sumamente difundida) de que la violencia sobre el Estado es irrelevante, poniendo como argumento el hecho de que normalmente los tratados de paz son considerados válidos. No nos parece que se trate de un argumento decisivo, si se considera: que el tratado de paz aparece por lo general en un momento en que ya no hay presión de las armas; que representa una composición de intereses en la cual tanto vencedores como vencidos se hacen recíprocas concesiones, aun en diferente medida; que un tratado de este tipo puede incluso no celebrarse nunca (ver el caso de Alemania luego de la Segunda Guerra Mundial) o no ser ratificado por el Estado vencido; que, en definitiva, las partes contratantes no se encuentran en una situación de desi-

gualdad mayor que la que puede encontrarse en muchos tratados de cualquier otra naturaleza. Es cierto que, cuando hay efectivamente una relación *inmediata* y *directa* entre la amenaza del uso de la fuerza y la celebración de un tratado, las dudas acerca de la nulidad de dicho acuerdo no tienen razón de ser. Al respecto, es sumamente significativo el caso del Tratado de Berlín del 29-11-1938 (que siguió al famoso Acuerdo de Munich del mismo año), por el cual Checoslovaquia aceptaba ceder el territorio de los Sudetes a la Alemania de Hitler: sin duda dicho tratado fue considerado nulo en varias sentencias holandesas de la posguerra, destinadas a resolver problemas de ciudadanía de ciertos habitantes de ese territorio (v. en Napoletano, *ob. cit.*, p. 402 y ss.). El caso es tanto más significativo —en una materia en la cual no es fácil separar los aspectos jurídicos de los políticos— por cuanto se refiere a decisiones jurisprudenciales emitidas en un tercer Estado. Finalmente se debe tener en cuenta que la Corte Internacional de Justicia se expresó en favor de la tesis de la nulidad de los tratados celebrados bajo la presión de las armas, en dos sentencias de 1973 correspondientes a pesqueros islandeses (se trataba de los mismos compromisos arbitrales que la habían avocado a la controversia sobre pesca en los mares de Islandia): aun reconociendo que en ese caso la violencia no estaba probada, la Corte declaró en principio que "... según el derecho internacional contemporáneo, todo acuerdo celebrado bajo amenaza o uso de la fuerza es nulo" (cfr. CIJ, *Recueil*, 1973, p. 14 y p. 59).

Violencia sobre el Estado con otros medios fuera de la amenaza o el uso de la fuerza

Que quede claro que cuando se habla de violencia sobre el Estado como una causa de nulidad de un tratado, se hace referencia a la amenaza o al uso de la fuerza *armada*. No hay elementos de la práctica que autoricen a incluir presiones de otro tipo en la noción de violencia, tales como las presiones políticas o económicas, aun cuando sean ilícitas (por ejemplo, la amenaza de violación o la violación de acuerdos económicos para obtener su revisión, aprovechando la debilidad de la contraparte). La doctrina es concordante al respecto, a excepción de algunas opiniones en disenso, como la de los que consideran (Napoletano) que la norma sobre la violencia armada podría aplicarse *por analogía* a esas presiones, cosa que nos parece que debe excluirse, dado que entre la presión de las armas y las presiones

políticas o económicas no hay semejanza, sino una profunda diversidad. No obstante lo dicho, hay que señalar que en oportunidad de la redacción de la Convención de Viena, muchos países de reciente independencia insistieron en que el art. 52 hiciese expresa referencia a las presiones políticas y económicas; la propuesta fue retirada, sin embargo, a cambio de una declaración genérica de condena que figura como anexo al acta final de la Conferencia de Viena pero que no constituye parte integrante de la Convención. Dicha Declaración tiene claro valor de exhortación y no es apta, por cierto, para fundamentar una causa de nulidad de los tratados que no encuentra ningún asidero en la práctica estadual, ni siquiera en la práctica reciente o muy reciente.

Uso de la fuerza "internacional" y uso de la fuerza "interna"

Por uso de la fuerza como causa de nulidad de los tratados debe entenderse el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, o sea, la violencia de tipo bélico. Sólo este tipo de violencia está en condiciones de constituir un *mal notable* para el Estado en su conjunto. Diferente es el uso de la fuerza, por así decirlo, interna, o sea, el ejercicio del poder de gobierno sobre los individuos, incluidas todas las posibles medidas de carácter coercitivo. Si un Estado somete a restricciones de la libertad a los ciudadanos de otro Estado o secuestra sus bienes, y si dichas medidas constituyen una violación, incluso flagrante, de las normas internacionales sobre tratamiento de súbditos y de órganos extranjeros (v. p. 269 y ss.), esto puede justificar la adopción de medidas de autotutela de contenido análogo por parte del Estado afectado; pero no se puede decir que esté viciado de violencia el tratado que eventualmente se celebre para poner fin al ejercicio ilícito del poder de gobierno o para reglamentar las relaciones entre los dos países, aun cuando el sentido de dicho tratado fuera el requerido por el Estado ofensor. No parece, por ejemplo, que se pueda considerar nulo el acuerdo concluido en Argel el 19-1-1981 entre Estados Unidos e Irán, que mediante una reglamentación de carácter financiero, puso fin a la larga, ilícita y universalmente condenada restricción de derechos por parte del Gobierno iraní en contra de los ciudadanos estadounidenses capturados en la embajada americana en Teherán en noviembre de 1979 (para el texto del acuerdo de 1981, v. *Relazioni internazionali*, 1981, p. 88 y ss.).

Sobre la distinción entre fuerza internacional y fuerza interna, v. p. 255 y ss. y p. 448.

Tratados inequitativos

Como puede deducirse de lo dicho hasta aquí, para que la violencia sobre el Estado se configure como causa de nulidad de los tratados, debe hacerlo sólo dentro de límites sumamente restringidos. El problema de los tratados inequitativos, o sea, de los tratados en los que una parte no haya dispuesto de amplio margen de poder contractual, no se resuelve en el plano de la validez. La desigualdad puede encontrar una corrección sólo en el plano interpretativo. Si se examina la jurisprudencia de los Estados vencidos respecto de los tratados de paz, por ejemplo, la jurisprudencia alemana de la primera posguerra respecto del Tratado de Versailles, y la italiana de los primeros tiempos de la segunda posguerra respecto del Tratado de Paz de 1947 (incorporado al ordenamiento jurídico italiano mediante el D.L. 28-11-1947 N° 1430), puede señalarse una tendencia a interpretar restrictivamente ciertas cláusulas especialmente favorables a los Estados vencedores. Esto, más que efecto de espíritu nacionalista, es quizá el modo más adecuado de aplicar un tratado desigual.

* * *

Principio *rebus sic stantibus*

Una causa de terminación característica de los acuerdos internacionales es la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. Se considera, por lo tanto, que el tratado termina en todo o en parte en razón del cambio de las circunstancias existentes de hecho en el momento de la celebración, siempre que se trate de circunstancias esenciales, esto es, de circunstancias sin las cuales los contratantes no habrían sido inducidos a celebrar el tratado o, al menos, alguna parte de él.

Se habla de "cláusula" *rebus sic stantibus*, porque la doctrina clásica refería esta causa de terminación a la voluntad de los contratantes: consideraba que el tratado terminaba por efecto del cambio de las circunstancias de hecho, en cuanto debía presumirse que los mismos contratantes subordinaban la eficacia del tratado a que permanecieran esas circunstancias. La cláusula *rebus sic stantibus* estaba, por lo tanto, reducida en sustancia a una tácita condición resolutiva. En efecto, es claro que si las partes manifiestan expresa o implícitamente una voluntad en este sentido, nos encontramos frente a una condición resolutiva y, por lo tanto, no se plantea el problema autónomo del efecto de un cambio en las circunstancias. El problema

surge, justamente, cuando los Estados contratantes no previeron el cambio de las circunstancias como causa de terminación del tratado. En verdad, se considera que aun en ese caso el tratado termina, en virtud de una norma general cuya existencia fue siempre reconocida en la práctica internacional (aunque a menudo hayan surgido controversias sobre si se verificó realmente un cambio sustancial en cada caso concreto). La Convención de Viena, en su art. 62, confirma esa norma, pero la expresa, precisamente, en términos restrictivos (se trata, en cierto sentido, de la antítesis de la norma *pacta sunt servanda*), estableciendo que ésta puede ser aplicable sólo si las circunstancias que han cambiado constituyen la "base esencial del consentimiento de las partes", si el cambio es tal como para haber "transformado radicalmente el alcance de las obligaciones todavía por ejecutarse", y si ese mismo cambio no resulta del hecho ilícito del Estado que lo invoca.

El art. 62 dispone además que no puede invocarse el cambio de circunstancias en el caso de acuerdos que fijan fronteras, pero la disposición parece bastante fuera de lugar, si es cierto lo que se tuvo oportunidad de decir respecto de la sucesión de Estados en materia de tratados (v. p. 153), es decir, que la eficacia de tales acuerdos no dura en el tiempo y se agota en el momento en que es trazada la frontera, y que el respeto de las fronteras no se refiere al derecho de los tratados sino a los principios de soberanía territorial.

Especificación del principio *rebus sic stantibus*

El principio *rebus sic stantibus*, aun entendido restrictivamente, tiene una esfera de aplicación bastante amplia, dado que varias normas del derecho de los tratados constituyen una especificación de él: por ejemplo, la norma en virtud de la cual caen los acuerdos incompatibles con el nuevo régimen en todos los casos de sucesión de un Estado a otro en materia de derechos y obligaciones convencionales (v. p. 155 y ss.) o la norma, de la cual nos ocuparemos en breve, relativa a los efectos de la guerra sobre los tratados. También la imposibilidad de la prestación sobreviniente (v. p. 172 y ss.) es una forma de cambio radical de las circunstancias. Se puede incluso decir, tratándose de derecho no escrito, que más que de nor-

mas específicas se trata de aplicar a hipótesis típicas el mismo principio *rebus sic stantibus*.

Principio *rebus sic stantibus* y tratados incompatibles entre sí

Muy importante es, además, el papel que puede desempeñar el principio en examen en el tema de la incompatibilidad entre normas convencionales. Frente a un acuerdo en virtud del cual las partes modifican compromisos contraídos respecto de otros Estados, es oportuno preguntarse si esos compromisos no desaparecieron a causa del cambio radical de las circunstancias, antes de concluir en la responsabilidad internacional de las partes. Este es el caso, por ejemplo, de los acuerdos con los cuales Italia y Yugoslavia regularon la cuestión de Trieste, procediendo, entre otras cosas, a partir el territorio de Trieste (Memorándum de Londres del 5-10-1954, Tratado de Osimo del 10-11-1975, incorporado por Italia mediante la L. 14-3-1977 N° 73). Los dos acuerdos derogan los arts. 21 y 22 y anexos VI-X del Tratado de Paz de 1947 entre Italia y las Potencias aliadas y asociadas, que preveían la constitución de un Territorio Libre de Trieste administrado bajo la égida del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y parten del supuesto de un cambio radical de las circunstancias, debido a la imposibilidad de funcionamiento del Consejo de Seguridad. La constatación de la "imposibilidad de traducir en acta las cláusulas del Tratado de Paz con Italia correspondientes al Territorio Libre de Trieste" está expresamente contenida en el art. 1 del Memorándum de Londres. Sobre el Memorándum cfr. Conforti, en RDI 1955, p. 576 y ss. (la tesis, que allí se sostiene, según la cual el Memorándum habría procedido a una verdadera partición del territorio de Trieste entre Italia y Yugoslavia derogando el Tratado de Paz es compartida por el Tribunal de Casación en la sent. del 6-6-1978, N° 2824, en RDI, 1980, p. 509); sobre el Tratado de Osimo, cfr. Caggiano, en It. YIL 1976, p. 248 y ss.

* * *

Efectos de la guerra sobre los tratados

Se discute si la guerra es causa de terminación de los tratados (tema del cual no se ocupa la Convención de Viena). Es obvio que —salvo ciertos tratados que son celebrados, precisamente, en razón de la guerra (convenciones sobre la conducta de la guerra, sobre el intercambio de prisioneros, etc.) y que pertenece por lo tanto, al llamado derecho internacional bélico— los acuerdos celebrados por los Estados beligerantes antes de la guerra no encuentran aplicación mientras duren las hostilidades. Pero ¿cuál es su suerte una vez restablecido el

estado de paz? En otros términos, ¿la guerra determina sólo la suspensión de los tratados o también los termina definitivamente?

El problema se presentó en Italia respecto de la Segunda Guerra Mundial. Se le dio una solución sólo parcial en el art. 44 del Tratado de Paz de 1947. Este artículo estableció que, dentro de los seis meses de la entrada en vigor del Tratado, las Potencias vencedoras notificarían a Italia qué acuerdos "bilaterales" entendían "mantener en vigor o restablecer" y qué acuerdos no notificados serían considerados derogados. Como se puede ver, la norma no comprendía los acuerdos multilaterales y, al usar la fórmula "mantener en vigor o restablecer", no prejuzgaba si los acuerdos bilaterales debían considerarse vigentes o extinguidos para el período de entre el fin de la guerra y la época de la notificación.

¿Cuál era entonces la disciplina de la materia según el derecho consuetudinario general? Se puede decir que la regla clásica, que se orientaba seguramente en el sentido de la terminación, se fue debilitando en el curso de este siglo, sobre todo en los últimos tiempos. La práctica se orientó cada vez más en favor de las excepciones: se negó así el efecto de la guerra de terminar los tratados *multilaterales*; pero, más en general, en la jurisprudencia interna, incluso en la jurisprudencia italiana, se manifestó la tendencia a considerar terminadas solamente aquellas convenciones que, por su naturaleza, por la materia de la cual se ocupan y por los intereses que protegen, sean *incompatibles* o no con el estado de guerra. Sin embargo, a esta altura es conveniente negar la misma autonomía de la disciplina de los efectos de la guerra y remitir la cuestión a la problemática cubierta por la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, en el sentido de que se deberá verificar cada vez si la guerra determinó o no un cambio radical en las circunstancias existentes en el momento de la celebración del tratado.

Para la jurisprudencia italiana, cfr. Cass. 3-5-1957 N° 1494 (en RDI 1959, p. 121 y ss.) y Cass., Sez. Unite, 8-11-1971, N° 3147 (en DSI, 1972, p. 102 y ss.); para la jurisprudencia extranjera, cfr. las numerosas sentencias citadas en Conforti y Labella, *art. cit.*, p. 58, notas 41-43. [En cuanto a los efectos de las hostilidades en el conflicto por las Islas Malvinas entre Gran Bretaña y Argentina, la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala I,

sostuvo: "El principio general de inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros sentado por el artículo 24 del decreto-ley 1285/58 y su excepción por vía de decretos para los casos en que quepa prescindir de él, introducida por decreto-ley 9015/63, continúan en vigencia aun cuando cese el estado de paz". Sobre el particular, la Cámara concluyó que esa normativa era plenamente vigente en época de hostilidades; "... al hablar de la paz y de las relaciones entre los estados se alude no sólo a la necesidad de preservarlas cuando existen situaciones normales, sino de no empeorarlas, cuando median conflictos de cualquier índole" (Heize, Juan C. c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sentencia del 30 de abril de 1987, CNCiv. y Com. Fed., sala I).]

* * *

Operatividad automática de las causas de nulidad y terminación

Cuando se produce una causa de terminación o de nulidad de un tratado, ¿cuáles son los medios de hacerla valer? ¿Debe considerarse que la causa opera automáticamente, en el sentido de que cualquier juez llamado a aplicar el tratado (incluso en uno de los Estados contratantes) pueda negarse a hacerlo, o es necesario un acto formal de denuncia de dicho tratado en el plano internacional? ¿Una denuncia de este tipo es suficiente para liberar al Estado que la realiza, o bien es necesario tener en cuenta las reacciones de los otros contratantes, y en qué sentido? El estado del derecho consuetudinario en la materia es objeto de controversias doctrinarias. Nadie desconoce que ciertas causas operan automáticamente, como por ejemplo el término final o la derogación en virtud de un tratado ulterior; ni que dicha automaticidad está excluida por definición en el caso de esa causa especial de terminación que consiste, justamente, en la "facultad de denuncia" que un tratado le puede llegar a atribuir a cada Estado contratante, quizá en determinados plazos. Pero en el caso de la mayor parte de las causas tanto de nulidad como de terminación, por ejemplo, para los vicios de la voluntad, para el cambio de circunstancias o para la imposibilidad de la ejecución, la discusión sigue abierta. Mientras hay quienes defienden la automaticidad, otros sostienen que siempre es necesario un acta de denuncia notificada a los otros Estados contratantes; otros llegan a decir, incluso, que en caso de objeciones por parte de los otros Estados, el tratado continúa en

vigor hasta que sea determinada de manera imparcial la causa de nulidad o de terminación. No queda claro si para aquellos que no admiten la automaticidad hay —y cuál es— un criterio apto para distinguir las causas de efecto automático de las otras. Existe la sensación de que, sobre todo por haber sentido el temor de legitimar abusos, de avalar rupturas unilaterales y arbitrarias, se está siguiendo una orientación empírica y que, por lo tanto, se tiende a excluir la automaticidad cuando la causa de nulidad o terminación consiste en hechos difíciles de probar o de dudosa interpretación (es así, por ejemplo, que se tiende a excluir la automaticidad en el caso de cualquier cambio genérico de las circunstancias, pero no en caso de guerra). La materia es más bien confusa, se mezcla con la de la solución de las controversias entre Estados (v. p. 493 y ss.) y adolece más que cualquier otra de la falta de una función jurisdiccional institucionalizada en la comunidad internacional. Incluso contribuye a complicarla la Convención de Viena (art. 65 y ss.) que, por una parte, introduce modalidades y términos para hacer valer la nulidad o la terminación que eran desconocidos para el derecho consuetudinario y, por otra parte, no prevé un sistema de solución de controversias realmente capaz de evitar los abusos.

En nuestra opinión (y dejando por el momento de lado la Convención de Viena) debe reconocerse en general la automaticidad, pero en un sentido muy acotado. Cualquiera que deba aplicar un tratado —y nos referimos en particular a los operadores jurídicos internos y, aun más en particular, a los jueces nacionales— no puede dejar de decidir, para verificar la aplicabilidad del tratado, si éste está aún en vigor o si, en cambio, adolece de una causa de nulidad. El hecho encuentra testimonios en la práctica jurisprudencial interna, que revela la tendencia de los jueces nacionales a resolver en sus sentencias las cuestiones de nulidad y de terminación de los tratados, tanto autónomamente como (en los países, entre los cuales por suerte no figura Italia, que se distinguen por una marcada dependencia del Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo, en materia de interpretación y aplicación de los tratados) de conformidad con la opinión de los órganos destinados a los asuntos exteriores, pero de todos modos prescindiendo de actas formales de denuncia en el plano

internacional. Se trata, sin embargo —y es éste el límite de la automaticidad—, de una decisión que vale sólo *para el caso concreto*, es decir, que no es vinculante en los otros casos sucesivos decididos por otros jueces o quizá por el mismo juez, así como es válida sólo en ese caso concreto la aplicación de una norma jurídica cualquiera. Claro también que la decisión acerca de la nulidad o la terminación, si bien está limitada al caso en particular en cuanto a los efectos, puede tener consecuencias de carácter internacional, dando lugar a protestas, a medidas de retorsión o de represalia, etc., por parte de aquellos Estados contratantes que consideren que el tratado es, en cambio, perfectamente válido y está en vigor. Pero también aquí se trata, ni más ni menos, que de lo que puede suceder en cualquier aplicación de normas internacionales.

Denuncia del tratado

Entendida de este modo, la automaticidad no es una alternativa al procedimiento de la denuncia. La denuncia tiene objetivos diferentes. El acta formal de denuncia, notificada a las otras Partes contratantes o al depositario del tratado, implica la voluntad del Estado de deshacerse *de una vez por todas* del vínculo contractual. Este tipo de manifestación de la voluntad no es indispensable cuando el cambio de voluntad en el Estado no es ejercicio de un poder de denuncia previsto por el mismo tratado y ejercitable *ad libitum*, sino que se funda en otra causa de nulidad o de terminación; es decir, si el Estado recurre a ella para enfatizar que, a su juicio, el tratado no es aplicable de manera cierta y definitiva o no es más aplicable en cuanto es nulo o se ha extinguido. La denuncia, ¿es suficiente para producir la cesación del vínculo? La respuesta no puede darse en términos absolutos, sino relativos. Si se tienen en cuenta los órganos del Estado denunciante y todos aquellos que, dentro del Estado mismo, deberían observar y hacer observar el tratado, no hay duda de que la denuncia lleva a la desaplicación; única condición a tal fin es que ésta emane de los órganos competentes para manifestar la voluntad del Estado en orden a las relaciones internacionales. Si se tienen en cuenta, en cambio, a los otros Estados contratantes, es igualmente indudable que éstos no están vinculados por la manifestación unilateral de voluntad del Estado denunciante (y, por lo tanto, sus órganos y sus operadores jurídicos); de manera que, en caso de desacuerdo sobre el

surgimiento efectivo de la causa de nulidad o de terminación, el tratado entrará en una fase de incertidumbre a nivel internacional, fase que podrá estar caracterizada por retorsiones, represalias, etc., y de la cual podrá salirse sólo mediante un nuevo acuerdo o bien, si es posible, mediante la sentencia de un juez internacional.

Competencia para denunciar

Acerca de la determinación de cuáles son los órganos del Estado competentes para denunciar un tratado, tanto en el caso en que el poder de denuncia esté previsto por el mismo tratado como en el caso en que el Estado invoque otra causa de nulidad o de terminación, es necesario recurrir a los principios constitucionales de cada Estado, tanto como en el caso de la competencia para celebrar tratados (v. p. 92 y ss.). En Italia se discute (pero también se verifica una discusión análoga en otros países) si para la denuncia de los tratados que corresponden a las categorías previstas por el art. 80 de la Constitución es necesaria o no una ley de autorización, del mismo modo que para la ratificación. La práctica, apoyada por los trabajos preparatorios del art. 80 (cfr. Cassese. *ob. cit.*, p. 169), se expresa a favor de una tesis negativa: el que es competente para formar y manifestar la voluntad del Estado en la materia en examen es el Poder Ejecutivo. Como se vio (Ziccardi Capaldo) sobre la base de un análisis sumamente profundo de la misma práctica italiana (análisis paralelo al examen de la práctica de otros países occidentales), la situación se iría desarrollando hacia una cada vez mayor colaboración entre Parlamento y Gobierno (tanto en Italia como en dichos países) y a favor, por lo tanto, de la necesidad de que haya alguna forma de aprobación del primero en orden a la decisión del segundo con respecto a la denuncia. [La denuncia de un tratado en la práctica argentina se ejercita como una facultad discrecional del Poder Ejecutivo en el manejo de las relaciones exteriores de la Nación. En el caso de los tratados que adquirieron por la reforma de 1994 rango constitucional, el art. 75, inc. 22, prevé que sólo podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En cuanto a la denuncia de los tratados de integración, se exige la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.] No nos parece, sin embargo, que se pueda llegar a sostener, al menos en lo que respecta a Italia, que tal aprobación condiciona la validez de la denuncia. Nos parece más bien que incluso en esta materia se debe tener presente la distinción realizada en su momento (v. p. 94 y p. 137 y ss.) entre formación y manifestación de la voluntad del Estado, por un lado, y responsabilidad (políti-

ca o incluso penal) del Gobierno con respecto al Parlamento, por otro lado. Si, bajo el primer perfil, la competencia para denunciar corresponde al Ejecutivo, los mecanismos de control por parte del Parlamento, desde los más blandos (interpelaciones, mociones, etc.) a los más radicales (voto de desconfianza, puesta en estado de acusación) podrán ser accionados eventualmente, teniendo en cuenta las circunstancias concretas y la importancia del tratado en cuestión, cada vez que el Gobierno no proceda a la denuncia no obstante una solicitud en tal sentido del Parlamento, o bien no le informe inmediatamente sobre la voluntad de denunciar un tratado que hubiera sido objeto en su momento de una autorización en virtud del art. 80. Se salva siempre la posibilidad de que el Parlamento revoque por ley la orden de ejecución (v. p. 399 y ss.) o incluso la autorización a la ratificación, revocación ya en sí misma suficiente para llevar a los operadores jurídicos internos a no aplicar el tratado. [En el sistema argentino, el Congreso, en el ejercicio de su facultad de aprobar o desechar un tratado, agota las posibilidades de intervenir en el proceso de celebración de ese tratado. A partir de la doctrina sentada en el caso Ekmekdjian y depurada en el caso Fibraca, la Corte Suprema ha limitado las facultades del Poder Legislativo respecto a los alcances de una ley posterior contraria al contenido de un tratado en vigor. En este sentido, la reforma Constitucional de 1994 jerarquiza los tratados por sobre las leyes (art. 75, inc. 22).]

Lo dicho para la competencia para denunciar vale también para todos los actos internacionales que se refieren a la vida del tratado o que constituyen el ejercicio de los poderes que el mismo prevé, tales como la prórroga, la participación en las deliberaciones de órganos internacionales, etc.

Procedimiento previsto por la Convención de Viena para hacer valer la nulidad o la terminación de los tratados

En el cuadro trazado someramente hasta aquí, y que nos parece que corresponde al derecho internacional consuetudinario, deben incluirse las reglas que la Convención de Viena dedica a la materia (arts. 65-68). En síntesis, el procedimiento previsto por la Convención para hacer valer la nulidad o la terminación de un tratado es el siguiente: el Estado que invoca un vicio de consentimiento u otro motivo reconocido por la Convención como causa de terminación o de nulidad debe notificar por escrito su pretensión a las otras Partes contratantes del tratado en cuestión (art. 65, párr. 1, y art. 67, párr. 1). Si transcurrido un término que no puede ser inferior a tres meses —salvo caso de particular urgencia— no son manifestadas objeciones, el Estado puede declarar definitivamente, mediante un acta comunicada a las otras Partes y que debe ser suscripta por el Jefe de Estado, por el Jefe de Gobierno o por el Ministro de Asuntos Exteriores, o bien emanar de un plenipotenciario (v. p. 91), que el tratado debe considerarse inválido o extinguido (art. 65, párr. 2, y art. 67, párr. 2). Si, en cambio, se presentan objeciones, el Estado que pretende deshacerse del tratado junto con la Parte o las Partes objetantes deben buscar una solución a la controversia mediante medios pacíficos como la negociación, la conciliación, el arbitraje, etc. (art. 65, párr. 3). La solución debe verificarse dentro de los doce meses. Transcurrido inútilmente este plazo, cada parte puede poner en movimiento un complicado procedimiento de conciliación del que se ocupa una Comisión formada en el ámbito de las Naciones Unidas, y que no desemboca, sin embargo, en una decisión obligatoria (no obstante tantas complicaciones), como, por otra parte, es normal que suceda en cuestiones de conciliación (v. p. 509 y ss.), sino simplemente en un informe con un mero valor de exhortación (art. 66, inc. b, y Anexo allí citado); solamente está prevista (art. 66, inc. a) una decisión obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, siempre mediante recurso unilateral, para el caso —sumamente excepcional— de que la pretendida nulidad se funde en una norma de *ius cogens* (v. p. 246). No se dice en la Convención qué sucede si el informe de la Comisión de Conciliación que eventualmente se pronuncie por la nulidad o la terminación del tratado es rechazado por la o las Partes contrarias. Siguiendo una opinión autorizada (Morelli), que, por otra parte, parece corresponder al espíritu de la Convención, manifiestamente contrario a las rupturas unilaterales, en tal caso, y por muy fundada que sea, la pretendida nulidad o terminación queda paralizada para siempre. Es ésta una consecuencia muy grave, que, sin embargo, se origina en una posición precisa y decidida de la mayor parte de los Estados en el seno de la Conferencia de Viena, en contra de la predeterminación de un sistema de arbitraje obligatorio (la excepción en el tema de *ius cogens* se acordó, en cierto modo, para salvar lo salvable); y es una consecuencia que contribuye a hacer parecer bastante artificioso todo el conjunto de términos y modalidades de procedimiento descrito.

Como se ve, las normas de los arts. 65 y ss. de la Convención de Viena apuntan a disciplinar la materia de la *denuncia* de los tratados. En las relaciones entre los países que adhieren a la Convención, y aunque en forma limitada a las causas de nulidad y de terminación previstas por dicha Convención, el procedimiento de los arts. 65 y ss. sustituye al tradicional acto de denuncia, o sea, a un acto realizado sin observar formas, términos o modalidades particulares, a menos que esta sustitución esté excluida, o no se contemple otro procedimiento en el mismo tratado objeto de la denuncia, derogando así la Convención de Viena (v. p. 88 y ss.). Desde el punto de vista práctico, esta sustitución comporta que cualquiera que sea llamado a aplicar el tratado, incluso dentro del Estado que entiende deshacerse de él, nunca podrá considerar verificada una ruptura, nunca podrá considerar eficaz el eventual acto unilateral de la denuncia, hasta que no se satisfagan las condiciones establecidas por los arts. 65 y ss. y, por lo tanto, hasta que no se allane cualquier protesta correspondiente a la ruptura misma.

¿Debe considerarse que los arts. 65 y ss. apuntan a disciplinar también el otro aspecto de la materia que estamos estudiando, o sea, la posibilidad de que la causa de nulidad o de terminación sea relevada, *con eficacia circunscripta a ese preciso caso concreto*, por quien debe aplicar el tratado y, en particular, por un juez interno? ¿Debe considerarse que en las relaciones entre países que adhieren a la Convención de Viena y cuando se trate de causas previstas por ésta, un juez interno no puede dejar de aplicar un tratado, aunque determine su nulidad o su terminación? En definitiva, ¿debe considerarse que la jurisprudencia interna de los países entre los cuales se encuentra vigente la Convención está también condenada a la parálisis? Nos parece que la respuesta debe ser negativa. Nos parece que una solución de este tipo debería surgir de una disposición expresa; que no sería correcto extraerla de un sistema, como el de los arts. 65 y ss., que claramente se preocupa sólo de las controversias entre Estados y, por así decirlo, de los aspectos diplomáticos de la materia; y que la posibilidad, reconocida por la Convención, de que tales controversias se prolonguen hasta el infinito, justamente induce a sostener que no es ilegítima *in se* (el problema de si luego la causa de nulidad o de terminación efectivamente subsiste es otra cuestión) una determinación limitada a un caso concreto en particular.

XV. Fuentes derivadas de tratados internacionales. El fenómeno de las organizaciones internacionales

A) Las Naciones Unidas

Ya se ha dicho que los tratados pueden contener no sólo reglas materiales sino también reglas formales o instrumentales, es decir, reglas que instituyen procedimientos o fuentes de producción de normas ulteriores. Hoy, el ejemplo más importante en esta materia es el sector de la organización internacional: en todos los casos en que el tratado que da vida a una organización internacional (y que constituye su estatuto) la habilita a emanar decisiones que sean vinculantes para los Estados miembros, nos hallamos en presencia de una *fuente derivada de un tratado* (también llamada fuente de tercer grado).

A continuación examinaremos rápidamente las organizaciones internacionales más importantes que existen y en cada caso subrayaremos su competencia para producir normas internacionales. Además, se impone una observación preliminar al respecto. Los Estados, incluso aquellos que oficialmente se declaran dispuestos a potenciar las organizaciones internacionales, se muestran aún hoy esencialmente renuentes a dotar de efectivos poderes vinculantes a estas organizaciones, limitando, en consecuencia, la propia soberanía. Es impresionante el número de organizaciones existentes, pero sólo algunas de ellas —y sólo en algunos casos— disponen de verdadero poder de decisión. Para decirlo de un modo general, su tarea no es tanto producir normas internacionales sino facilitar la colaboración entre los Estados miembros. De ello se desprende que la actividad de las organizaciones, incluso de la ONU, la máxima organización existente, se desarrolla por lo general en un estadio de escaso valor jurídico, que

consiste en la simple preparación de *proyectos de convenciones*, que luego los Estados miembros son libres de traducir o no en normas jurídicas a través de su ratificación. Otra actividad que normalmente llevan a cabo las organizaciones internacionales es la producción de recomendaciones, es decir, de actos con valor de exhortación y que, por ser tales, no vinculan a los Estados a los cuales se dirigen. Todo esto se produce, repetimos, en líneas generales. No faltan las excepciones y, como veremos, un ejemplo importante de tales excepciones son los poderes vinculantes de las Comunidades Europeas.

No debe subestimarse la importancia de la actividad de las organizaciones internacionales, aun cuando no se concrete en decisiones vinculantes. Por ejemplo, la negociación de acuerdos en el seno de las organizaciones internacionales es un fenómeno enormemente relevante, no sólo desde el punto de vista cuantitativo. En tales instancias, los Gobiernos se ven obligados a negociar abiertamente, en un clima que propicia la superación del particularismo estatal. Gracias a la obra de las organizaciones, en definitiva, los tratados tienden a consolidarse cada vez más como instrumentos de cooperación y de solidaridad entre los Gobiernos, en el interés de los pueblos.

Según lo prescriban los respectivos estatutos, las resoluciones de las organizaciones internacionales normalmente podrán ser adoptadas por mayoría, incluso calificada. Dado que, por otra parte y como veremos más adelante, la mayor parte de los órganos de las organizaciones están compuestos por Estados, y dado que, aun en el caso de recomendaciones y no de decisiones vinculantes, los Estados no quieren someterse a las decisiones de otros, no es raro que se busque alcanzar la unanimidad. Además, de unos años a esta parte, se ha ido difundiendo la práctica del *consensus*, que consiste en aprobar una resolución sin una votación formal, generalmente con una declaración (no protestada, sino incluso concertada) del presidente del órgano que certifica el acuerdo entre los miembros. Esta práctica del *consensus* no merece ser considerada absolutamente positiva, ya que termina por dar contenidos vagos y de compromiso a las resoluciones de los órganos internacionales.

Consensus

* * *

La *Organización de las Naciones Unidas* fue fundada luego de la Segunda Guerra Mundial por los Estados que habían combatido contra las Potencias del Eje y tomó el lugar de la disuelta *Sociedad de las Naciones*. La Conferencia de San Francisco elaboró en 1945 la Carta que fue ratificada por los Estados fundadores. Sucesivamente, según el procedimiento de admisión previsto por el art. 4 de la Carta, se transformaron en miembros de ella casi todos los Estados del mundo. Suiza no es parte de la organización.

Organización de las Naciones Unidas

El art. 7 de la Carta considera órganos principales a la Asamblea General, al Consejo de Seguridad, al Consejo Económico y Social, al Consejo de Administración Fiduciaria, a la Corte Internacional de Justicia y a la Secretaría. De entre estos órganos, los que tienen una importancia fundamental son el Consejo de Seguridad y la Asamblea General. El *Consejo de Seguridad* está compuesto por 15 miembros, de los cuales 5 son permanentes —se trata de Estados Unidos, Rusia (que tomó el lugar de la Unión Soviética: v. p. 162), China, Gran Bretaña y Francia— y gozan además del llamado "derecho de veto", es decir, del derecho de impedir con su voto negativo la adopción de cualquier decisión que no tenga mero carácter procedimental. Los restantes 10 miembros son electos por la Asamblea y duran dos años en su función. Aunque tiene competencia limitada *ratione materiae* por ocuparse solamente de cuestiones relativas al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad es el órgano de mayor importancia dentro de la Organización, tanto por la relevancia evidente de las cuestiones de su competencia, como porque en algunos casos, como veremos, dispone de poderes de decisión vinculantes. En la *Asamblea General* que, por el contrario, tiene una competencia vastísima *ratione materiae* (ya que en la práctica, coincide con las competencias de toda la Organización) pero casi ningún poder vinculante, están representados todos los Estados, y todos tienen igual derecho de voto. El *Consejo Económico y Social* está compuesto por miembros elegidos por la Asamblea cada tres años; tanto éste como el *Consejo de Administración Fiduciaria* (que ya está agotando su función, que consiste en controlar la administración de los territorios coloniales) están subordinados a la Asamblea General (arts. 60 y 87 de la Carta) por cuanto deben seguir sus di-

Órganos de la ONU

Consejo de Seguridad

Asamblea General

Consejo Económico y Social y Consejo de Administración Fiduciaria

rectivas y, en ciertos casos, su tarea se limita incluso a la preparación de actos (recomendaciones, proyectos de convenciones) luego adoptados formalmente por la Asamblea (art. 62, párr. 3, y art. 85 de la Carta). La Secretaría o, mejor dicho, el *Secretario General* encargado de ella, que es nombrado por la Asamblea General a propuesta del Consejo de Seguridad, es el órgano ejecutivo de la Organización. La *Corte Internacional de Justicia*, compuesta por 15 jueces, tiene tanto la función de derimir controversias entre Estados (v. p. 499), como una función consultiva, ya que puede dar su opinión sobre cualquier cuestión jurídica tanto a la Asamblea General como al Consejo de Seguridad, o bien a otros órganos con autorización de la Asamblea (art. 96); sin embargo, estas opiniones no son obligatorias ni vinculantes, y ningún órgano está obligado a solicitarlas o adecuarse a ellas si las ha requerido (v. p. 499 y ss.).

Secretaría

Corte Internacional de Justicia

El art. 7 de la Carta prevé que pueden establecerse los órganos subsidiarios "que se estimen necesarios". Son numerosísimos los órganos de este tipo que se han establecido desde 1945 hasta hoy. Junto a los que tienen un simple carácter temporario y funciones limitadas en particular a casos concretos, existe toda una serie de órganos permanentes, creados en su mayor parte por la Asamblea General y por el Consejo Económico y Social, que desempeñan relevantes funciones *aun sin estar dotados de poderes vinculantes*. Estos órganos subsidiarios abarcan todos los campos en que operan las Naciones Unidas: desde el mantenimiento de la paz (Comisión para el Desarme, Comité Especial para las Operaciones para el Mantenimiento de la Paz, etc.) a la protección de los derechos humanos (Comisión para los Derechos Humanos del Consejo Económico y Social) y la codificación del derecho internacional (Comisión de Derecho Internacional: v. p. 72 y ss.). Pero sobre todo en el área de la cooperación económica se procedió a crear una amplia red de órganos destinados a promover el desarrollo de los países atrasados y la reducción de las diferencias entre países ricos y países pobres. Para recordar sólo los más importantes: la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), formalmente un órgano subsidiario de la Asamblea General, pero estructuralmente una suerte de "organización en la organización", dado que se compone, a su vez, de una Asamblea, en la cual están representados todos los Estados miembros de la ONU, de un Consejo, de composición más restringida, de varias Comisiones y de una Secretaría (a la UNCTAD se le debe la preparación de la Carta de Derechos y

Órganos subsidiarios

UNCTAD

Deberes Económicos de los Estados, aprobada posteriormente por la Asamblea General con la forma de una Declaración de Principios: v. p. 79); el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), de estructura similar, que se encarga en especial de aprobar los programas nacionales de desarrollo presentados por cada Estado, proveer los fondos correspondientes y supervisar la ejecución de los proyectos que componen los programas, la que generalmente se confía a otras entidades, principalmente a los organismos especializados (v. p. 199); el UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia); el ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados); el UNITAR (Instituto de las Naciones Unidas para la Enseñanza y la Investigación); el UNEP (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) y las Comisiones Económicas Regionales (para Europa, para Asia y para el Extremo Oriente, para América Latina y para África) del Consejo Económico y Social. Los órganos dedicados a la cooperación para el desarrollo, en coordinación con los organismos especializados (v. p. 199), desempeñan tanto funciones de tipo *normativo* (proyectos de acuerdo, recomendaciones), como es el caso de la UNCTAD, cuanto funciones *operativas* (deliberaciones y ejecución de programas de asistencia técnica, de ayuda, etc.), como es el caso del PNUD.

PNUD

El Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y el Consejo de Administración Fiduciaria son órganos compuestos por Estados. Esto significa que los individuos que participan con su voto en la formación de la decisión colegiada son órganos de su propio Estado y manifiestan la voluntad de su propio Estado. En cambio, el Secretario General y la Corte Internacional de Justicia son órganos compuestos por individuos, dado que tanto el Secretario General como los Jueces asumen sus cargos puramente a título personal, sin manifestar la voluntad de ningún Estado y sin recibir (incluso con la obligación de no recibir) instrucciones de ningún Gobierno.

Competencia *ratione materiae* de las Naciones Unidas

Los objetivos y, por lo tanto, la competencia *ratione materiae* de la Organización son sumamente amplios, por no decir indeterminados. Es más fácil indicar los asuntos de los cuales no puede ocuparse la Organización que los que son objeto de sus competencias. En este sentido, resulta relevante la norma del art. 2, párr. 7, de la Carta, en virtud de la cual las Naciones Unidas no deben intervenir en los

asuntos "que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados" (sobre la noción de "jurisdicción interna" del Estado v. p. 310 y ss.). Tal amplitud e indeterminación en cuanto a sus fines surge de la enumeración del art. 1 de la Carta. De todos modos, y tomando como base esta enumeración, pueden identificarse tres grandes ámbitos de competencia de la ONU: el primero es el mantenimiento de la paz; el segundo es el desarrollo de las relaciones amistosas entre los Estados "basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos"; el tercero es la cooperación en el campo económico, social, cultural y humanitario. Aun cuando hasta el presente la ONU ha desarrollado actividades en todos estos ámbitos, puede decirse que en los años inmediatamente sucesivos al nacimiento de la Organización tuvieron una importancia preponderante los problemas encuadrables en el primero de estos ámbitos; que entre 1950 y 1960 los resultados mayores se obtuvieron en el tema de la descolonización y, por lo tanto, enmarcados en el principio de autodeterminación de los pueblos; que luego los esfuerzos se concentraron en la cooperación económica y social, con la esperanza de eliminar, o al menos atenuar, las graves desigualdades existentes entre los Estados y, por lo tanto, de asegurar a todos los hombres la misma dignidad y un mejor porvenir; y que hoy, tras la caída del bloque de los países del Este europeo y el fin de la Guerra Fría, aunque todavía se busque la cooperación económica y social, vuelve a manifestarse cierto compromiso de la Organización en lo que respecta al mantenimiento de la paz.

Sin embargo, esta amplitud de fines de la Organización no se corresponde con ninguna clase de poderes vinculantes con respecto a los Estados miembros. Como ya se ha señalado al hablar de las organizaciones internacionales en general, la actividad principal de la ONU es hacer recomendaciones y preparar proyectos de convenciones. Esto es válido, sobre todo, respecto de la Asamblea General, que, por cierto, no es una asamblea de tipo legislativo, sino más bien un foro de discusión, aun de alto nivel y sobre cualquier asunto que corresponda a los objetivos de la Organización. Por otra parte, también el Consejo de Seguridad tiene una serie de competencias (previstas por el cap. VI de la Carta, en los arts. 33-38, que corresponden a

la llamada "función conciliatoria": v. p. 513 y ss.) que sólo se resuelven en la promulgación de recomendaciones.

¿Cuáles son los raros casos de decisiones vinculantes, clasificables, por consiguiente, como fuentes normativas previstas por la Carta de las Naciones Unidas?

Decisiones vinculantes de la Asamblea General

En lo que respecta a la Asamblea General, un caso muy importante de los previstos por la Carta es el del art. 17, que atribuye a la Asamblea el poder de repartir los gastos de la Organización proporcionalmente entre los Estados miembros. Este reparto proporcional, una vez aprobado por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes (v. art. 18), vincula a todos los Estados. A este caso debe agregarse también el de la competencia de la Asamblea General para decidir, siempre con eficacia vinculante para los Estados miembros, acerca de las modalidades y los tiempos para conceder la independencia a los territorios bajo dominio colonial. Esta competencia de la Asamblea General no encuentra su fundamento en la Carta, sino en una norma consuetudinaria que, según debe considerarse, se ha formado en el seno de las Naciones Unidas (v. Conforti, p. 237 y ss.)

Problemas del reparto de gastos para el mantenimiento de la paz

La obligación de sufragar los gastos, repartidos según el art. 17, encuentra una sanción específica en el art. 19, en virtud del cual el Estado miembro que se encuentre en mora de las cuotas de dos años completos no tiene derecho a voto en la Asamblea. ¿Qué se entiende por "gastos de la Organización", repartibles obligatoriamente entre los miembros según el art. 17? Esta cuestión fue debatida en términos dramáticos en las Naciones Unidas entre 1961 y 1965, cuando algunos países se negaron (por motivos ciertamente no económicos sino políticos) a sufragar los gastos de la ONU para el mantenimiento de las Fuerzas de Emergencia de las Naciones Unidas (UNEF) en Medio Oriente y de las Fuerzas de las Naciones Unidas (ONUC) en el Congo, que habían sido proporcionalmente repartidos por la Asamblea General. En ese momento, estos países (entre los cuales se contaban la URSS, un buen número de otros Estados socialistas y Francia) sostuvieron que su negativa tenía fundamento jurídico, tanto por no tratarse de gastos ordinarios sino extraordinarios, y por ende no previstos por el art. 17, cuanto porque al menos algunas de las decisiones que habían dado lugar a esos gastos habían sido tomadas ilegítimamente y porque, finalmente, si la Asamblea se atribuía el poder

de decidir y luego repartir cualquier tipo de gasto, se terminaría por reconocerle funciones de supergobierno mundial, en evidente oposición a su naturaleza de órgano habilitado solamente para discutir y para hacer recomendaciones. Esta negativa a contribuir se mantuvo no obstante la condena por parte de la mayoría de la Asamblea, no obstante la amenaza de recurrir al art. 19 y suspender el derecho de voto de los miembros morosos, y no obstante la opinión consultiva del 20-7-1962 de la Corte Internacional de Justicia, a pedido de la Asamblea (según el art. 96 de la Carta), que fue netamente desfavorable a la tesis de los Estados objetantes (v. p. 144). Estos últimos terminaron por ganar sustancialmente la partida cuando, para poner fin a la controversia que parecía atentar incluso contra la existencia de la Organización, la Asamblea (que casi no había mantenido sesiones en 1964 para no tener que aplicar el citado art. 19) decidió por unanimidad que los gastos para la UNEF y la ONUC serían sufragados mediante contribuciones *voluntarias* (Res. del 1-9-1965). Sobre toda esta cuestión v. Conforti, p. 257 y ss.

Decisiones vinculantes del Consejo de Seguridad

Las decisiones vinculantes del Consejo de Seguridad están previstas por algunas disposiciones del Capítulo VII de la Carta (art. 39 y ss.), titulado "Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión" (v. p. 476 y ss.). El núcleo central del Capítulo VII son los arts. 41 y 42, que corresponden, respectivamente, a las medidas que no implican y a las que implican uso de la fuerza contra un Estado aunque sólo haya amenazado la paz. Además del art. 42, en virtud del cual el Consejo "puede ejercer" acciones bélicas contra un Estado (o incluso dentro de un Estado, como hizo en 1960-61 en el Congo) y que, por lo tanto, difícilmente pueda encuadrarse como una fuente de normas internacionales (las acciones pertenecen al dominio del "ser" y no al normativo del "deber ser"), merece atención aquí el art. 41. Este artículo prevé las llamadas "sanciones" y encuentra un precedente en el art. 16 del viejo Pacto de la Sociedad de las Naciones (recuérdense las sanciones decretadas contra Italia en 1936).

El art. 41 dice que el Consejo de Seguridad decide qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada deben ser adoptadas por los Estados miembros contra un Estado que amenace o haya violado la paz, y entre ellas indica, a título de ejemplo, la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones

ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otras y la ruptura de las relaciones diplomáticas. En realidad, durante el período de la Guerra Fría, el Consejo, paralizado por el llamado "derecho de veto", emitió en contadas ocasiones *decisiones* vinculantes para los Estados en virtud del art. 41; otras veces (¡pero tampoco muchas!) se limitó a *recomendar* alguna medida de las previstas por el art. 41 y, por lo tanto, los Estados permanecieron libres de adoptarlas o no (por ejemplo, las Resoluciones N° 180 del 31-7-1963 y N° 218 del 23-11-1965, que recomendaron a todos los Estados prohibir la venta de armas a Portugal a causa de su política colonialista; las Resoluciones N° 181 del 7-8-1963, N° 191 del 18-6-1964, N° 282 del 23-7-1970 y N° 311 del 4-2-1972, que hicieron la misma recomendación con respecto a Sudáfrica, a causa de su política de *apartheid*). Entre las pocas resoluciones con las cuales el Consejo expresamente entendió vincular a los Estados en virtud del art. 41 y, por lo tanto, promulgó una *decisión* y no una mera *recomendación*, recordamos ante todo las Resoluciones N° 232 del 16-12-1966 y N° 253 del 29-5-1968 (confirmadas por varias discusiones sucesivas), tomadas contra Rodesia del Sud. En la primera decisión, luego de haber afirmado en los "considerandos" que la situación de Rodesia del Sud constituía una amenaza a la paz y que, por lo tanto, entendía actuar en el ejercicio del propio poder de decisión con base en los arts. 39 y 41 de la Carta, el Consejo impuso a los Estados miembros de la ONU (en el texto de la resolución se lee: "decidimos de que los Estados miembros deben...") la prohibición de importar y exportar de y hacia el territorio de Rodesia. En la segunda decisión, por haber constatado la perduración de la amenaza a la paz y también la falta de aplicación de las medidas decididas en 1966 por parte de algunos países, los Estados miembros fueron obligados a aplicar una serie mucho más amplia de medidas, que iban desde diferentes prohibiciones de importación y exportación a la interrupción de las comunicaciones aéreas, postales y telegráficas, al cierre de las fronteras a los ciudadanos rodesios, etc.; en una palabra, al aislamiento total de Rodesia del Sud.

Las medidas contra Rodesia del Sud fueron revocadas por el Consejo de Seguridad mediante la Resolución N° 640 del 21-12-1979,

tras los acuerdos de Lancaster House, con los cuales las partes en conflicto en ese territorio aceptaron poner fin a la guerra civil y constituir un Gobierno representativo de la mayoría de la población. Debe mencionarse además la Resolución N° 418 del 4-11-1977, que decidió el embargo sobre cualquier provisión de armas al Gobierno sudafricano (cfr. también la Resolución N° 591 del 28-11-1986 que la especifica).

Tras el fin de la Guerra Fría, el Consejo adoptó distintas resoluciones en virtud del art. 41. Deben recordarse algunas de las resoluciones tomadas contra Irak durante la crisis del Golfo Pérsico, en 1990, para reaccionar frente a la agresión perpetrada por este Estado contra Kuwait, con las cuales comenzó a manifestarse el renovado compromiso de la ONU en el ámbito del mantenimiento de la paz, del cual hablábamos más arriba: se trata, en particular, de la Resolución N° 661 del 6-8-1990, aún en vigor a fines de 1991, que obligó a los Estados a interrumpir cualquier relación económica con Irak (*embargo*) y de la Resolución N° 670 del 25-9-1990, que obliga a los Estados a prohibir el despegue, el aterrizaje y el sobrevuelo de su territorio a aviones sospechados de violar ese mismo *embargo*. Como se puede ver, en el caso de Irak las medidas fueron más blandas que las que en su momento se adoptaron contra Rodesia del Sud, ya que se limitaron a las relaciones económicas y no comportaron, por lo tanto, el aislamiento total del país objeto de las medidas.

Otras importantes resoluciones relativas a la crisis del Golfo, entre ellas la Resolución N° 678 del 29-11-1990, que autorizó el uso de la fuerza contra Irak para liberar el territorio kuwaití, no entran en el art. 41 de la Carta y serán examinadas cuando tratemos más específicamente las acciones del Consejo de Seguridad para proteger la paz (v. p. 484).

Como ejemplos, se deben recordar, también, la Resolución N° 755 del 30-5-1992, que decretó tanto el embargo de las exportaciones e importaciones, cuanto otras sanciones económicas contra la República Yugoslava (Serbia-Montenegro); la Resolución N° 748 del 31-3-1992, que dispuso la interrupción del tránsito aéreo con Libia, en razón de que este Estado se había opuesto a entregar presuntos terroristas a Estados Unidos, a Gran Bretaña y a Francia; y la Resolución N° 788 del 19-11-1992, sobre el embargo de las ventas de armas a Liberia, en ocasión de la guerra civil que se estaba librando en ese país.

XVI. Continuación

B) Los organismos especializados de las Naciones Unidas

En el ámbito económico y social opera toda una serie de organizaciones internacionales, tanto de carácter universal como regional.

Las más importantes de las organizaciones universales llevan el nombre de Organismos Especializados (u Organizaciones Especializadas) de las Naciones Unidas, por cuanto están ligadas a la ONU, que tiene cierto poder de coordinación y control sobre ellas. Por lo demás, se trata de organizaciones autónomas, *surgidas de tratados totalmente diferentes de la Carta de las Naciones Unidas*, y cuyos miembros sólo en general coinciden con los miembros de la ONU.

Acuerdos de vinculación entre la ONU y los organismos especializados

La vinculación entre cada organismo especializado y las Naciones Unidas nace de un acuerdo entre las dos organizaciones (art. 57 de la Carta de las Naciones Unidas) que, por parte de la ONU, es negociado por el Consejo Económico y Social y aprobado por la Asamblea General (art. 63). Hasta hoy, el contenido de cualquier acuerdo de vinculación se ha venido conformando más o menos a un esquema típico, fijado en 1946 en oportunidad de las convenciones celebradas por la ONU con la OIT, la UNESCO y la FAO, respectivamente: este esquema prevé el intercambio de representantes, observadores, documentos, el recurso a consultas en caso de necesidad, la coordinación de los respectivos servicios técnicos, el compromiso del organismo especializado de al menos tomar en examen las recomendaciones de la ONU, etc. Pero la importancia

de estos acuerdos de vinculación y de la correspondiente atribución del calificativo "organismo especializado", radica en especial en la consiguiente aplicabilidad de las normas de la Carta que se ocupan de los organismos y que los someten al poder de coordinación y control de la ONU, dentro de ciertos límites. Entre estas normas deben destacarse el art. 58 que (en coordinación con el art. 60) habilita a la Asamblea y al Consejo Económico y Social a hacer recomendaciones "con el objeto de coordinar las normas de acción y las actividades de los organismos especializados" (en el mismo sentido cfr. también los arts. 62, párr. 1, y 63, párr. 2); el art. 64, que atribuye al Consejo Económico y Social la facultad de solicitar a los organismos "informes periódicos"; y el art. 17, párr. 3, según el cual la Asamblea "examinará los presupuestos administrativos de los organismos especializados con el fin de hacer recomendación a los organismos correspondientes".

Las relaciones entre la ONU y los organismos especializados fueron poco a poco haciéndose más intensas en el marco de la cooperación al desarrollo de los países atrasados, articulándose en la participación de estos organismos en los programas de asistencia promovidos por las Naciones Unidas y dirigidos por el PNUD (v. p. 191). Esta participación se efectúa también sobre una base equitativa y se funda en convenciones específicas celebradas entre el PNUD y dichos organismos especializados.

Se ha discutido en la doctrina acerca de la naturaleza de los acuerdos de vinculación entre la ONU y los organismos especializados. Se han presentado dudas, que comparte quien escribe estas líneas, acerca de la posibilidad y la utilidad de configurar tales convenciones como verdaderos *acuerdos* internacionales, productores de derechos y obligaciones para las partes. Nos parece que se trata más bien de un conjunto de normas que, por voluntad de la Carta y de los tratados constitutivos de los organismos, van a formar parte integrante de una y de los otros y que se insertan, precisamente, entre las normas que regulan las funciones de los respectivos órganos. Por lo tanto, su violación —por parte de los órganos de la ONU o del organismo participante en el acuerdo de que se trate— no es configurable como un incumplimiento de obligaciones contractuales, sino que adquiere relevancia como causa de ilegitimidad de las resoluciones de uno u otro de estos órganos (v. p. 253 y ss.). Pueden hacerse consideraciones análogas con respecto a los acuerdos de colaboración entre el PNUD y los organismos especializados.

Funciones normativas de los organismos especializados

Al igual que las Naciones Unidas, también los organismos especializados generalmente *hacen recomendaciones* o preparan *proyectos de convención* y, por lo tanto, agotan su actividad en una fase que tiene escasa relevancia jurídica. Sin embargo, en algunos casos emanan, por mayoría, decisiones vinculantes para los Estados miembros o, más aún (como en el caso de la OACI, de la OMS, etc.), decisiones que se hacen vinculantes si los Estados no manifiestan dentro de un cierto período su voluntad de rechazarlas. Estas decisiones deben encuadrarse, precisamente, entre las fuentes derivadas de tratados, en este caso, del tratado constitutivo de la correspondiente organización.

Funciones operativas de los organismos especializados

Además de estas funciones de tipo *normativo*, los organismos especializados desarrollan también, e incluso en forma predominante, funciones de tipo *operativo* (deliberaciones y ejecución de programas de asistencia técnica, de ayuda, de préstamos, etc.). Al respecto, hay intensas vinculaciones con los órganos de la ONU dedicados a la cooperación para el desarrollo, particularmente con el PNUD (v. p. 191). De todos modos, son vinculaciones que se verifican sobre una base equitativa, a través de convenciones que no se traducen en relaciones de dependencia.

Presentamos a continuación un esquema de los organismos especializados existentes (con algunas notas acerca de su estructura y sus funciones), en el cual se consignan los casos en que los actos de estas organizaciones vinculan a los Estados miembros, es decir, los actos de estos organismos clasificables como fuentes de normas internacionales.

FAO

1. FAO (Food and Agricultural Organization)

Creada en 1945, ha absorbido los bienes y las actividades del antiguo Instituto Internacional de Agricultura (que existía desde 1905), de conformidad con un tratado celebrado entre los países que eran

miembros de aquél. Sus órganos son: la *Conferencia*, compuesta por un delegado de cada Estado miembro, que se reúne cada dos años en sesión ordinaria; el *Consejo*, formado por 18 miembros elegidos en el seno de la Conferencia y el *Director General*. Sus funciones abarcan desde la actividad de investigación e información hasta la promoción y ejecución de programas de asistencia técnica y de ayuda en el ámbito de la agricultura y de la alimentación.

OIT

2. OIT (Organización Internacional del Trabajo)

La Organización Internacional del Trabajo fue constituida por los tratados de paz que pusieron fin a la Primera Guerra Mundial (Tratados de Versailles, de St. Germain y de Trianon, parte XIII, Tratado de Neuilly, parte XII). En el momento de la disolución de la Sociedad de las Naciones, en 1945, se hicieron necesarias varias modificaciones de la constitución de la OIT con el fin de terminar las vinculaciones con la antigua organización mundial y establecer nuevos vínculos con la ONU. Las enmiendas fueron aprobadas por la Conferencia de Montreal de 1946 y, con posterioridad, en 1953 y en 1954.

El órgano de asamblea de la OIT (la *Conferencia General*) tiene una composición *sui generis*: cada Estado participa en ella con cuatro delegados, de los cuales dos representan al Gobierno y los otros dos, a los empresarios y a los trabajadores, respectivamente. Dado que cada delegado dispone de un voto (art. 4, párr. 1, de la Constitución de la Organización), en el seno de la Conferencia puede alcanzarse la mayoría por asociación de categorías y grupos de delegados políticamente afines, en vez de lograrse por acuerdo entre los Gobiernos. Aunque se debe decir que actualmente la Conferencia tiende a tomar sus decisiones por consenso, como en general es la práctica de los órganos internacionales (v. p. 188). Sus otros órganos son el *Consejo de Administración*, de composición más restringida, y la *Oficina Internacional del Trabajo*, con funciones de secretaría, compuesta por funcionarios a cargo de un *Director General*.

Las funciones más importantes de la OIT consisten en hacer *recomendaciones* y preparar *proyectos de convenciones* multilaterales en

materia laboral. Dichos proyectos de convención, una vez aprobados por la Conferencia por mayoría de dos tercios, son comunicados a los Estados miembros, los cuales son libres de proceder o no a su ratificación, pero tienen la *obligación* de someterlos a los órganos competentes para ratificarlos dentro de un plazo determinado y de informar al Director General acerca de la resolución adoptada (art. 19, párr. 5). Como puede verse, de esta manera se intenta facilitar la celebración de acuerdos internacionales, aunque se deje siempre la última palabra al Estado miembro y no a la Organización. Por lo tanto, sería arriesgado definir la actividad de la OIT como fuente de normas internacionales, en vez de considerar que se trata simplemente de una actividad de preparación de normas convencionales. Además, a menudo la Organización aprueba, respecto de un mismo asunto, tanto un proyecto de convención redactado en términos más generales, como una recomendación que contiene reglamentaciones más detalladas.

La OIT ha contribuido al desarrollo de la protección de los trabajadores, dado que ha promovido la celebración de numerosas convenciones que hoy en día están en vigor entre los Estados miembros.

UNESCO

3. UNESCO (United Nations Educational Scientific and Cultural Organization)

Se propone difundir la cultura; promover el desarrollo de los medios educativos y el acceso a la instrucción sin distinción de raza, de sexo, de condición económica o social en los Estados miembros; asegurar la conservación del patrimonio artístico y científico, etc.

Órganos: la *Conferencia General*, en la cual cada Estado miembro puede hacerse representar por no más de cinco delegados, pero dispone de un solo voto; el *Comité Ejecutivo*, compuesto de 18 miembros elegidos por la Conferencia, y la *Secretaría*.

Los proyectos de convenciones preparados por la UNESCO, así como los de la OIT, *deben* ser sometidos dentro de un determinado período a los órganos estatales competentes, dejando siempre a salvo

la libertad del Estado miembro de proceder o no a su ratificación (art. 4, Nº 4, del Tratado Constitutivo).

OACI

4. OACI (Organización de la Aviación Civil Internacional)

Respecto de este organismo especializado (estructurado aproximadamente como los otros, con una *Asamblea*, donde cada Estado miembro tiene un voto, un *Consejo*, compuesto de 21 Estados elegidos por la Asamblea sobre la base tanto de la importancia en el campo de los transportes aéreos como de la representatividad de las diversas áreas geográficas del mundo, y un *Secretario General*), es necesario destacar sobre todo sus poderes, que surgen de lo dispuesto en los arts. 37, 54, inc. 1, y 90 del acuerdo constitutivo. Estos artículos autorizan al Consejo de la organización a promulgar, como anexos a la Convención constitutiva, toda una serie de disposiciones (denominadas *standards internacionales* o *prácticas recomendadas*) relativas al tráfico aéreo, que van desde los sistemas de comunicación a las señales en tierra, a las características de las zonas de aterrizaje, etc. Estos anexos, adoptados por mayoría de dos tercios, entran en vigor para todos los Estados miembros tres meses después de ser adoptados (o bien después de un período más largo que eventualmente fuera prescripto por el mismo Consejo), si en ese lapso la mayoría de los Estados miembros no notificara su propia desaprobación.

Queda claro que en este caso nos encontramos frente a una verdadera fuente de normas internacionales, por tratarse de actos que vinculan a todos los Estados miembros, incluso a los disidentes.

OMS

5. OMS (Organización Mundial de la Salud)

La Organización Mundial de la Salud, cuyo objetivo principal consiste en que todos los pueblos obtengan el nivel de salud más alto posible, también dispone de un cierto poder vinculante con respecto a los Estados miembros (además del poder de hacer recomendaciones y preparar proyectos de convenciones multilaterales). Según el art. 21 del acuerdo constitutivo, por mayoría de dos tercios la Asamblea puede promulgar "reglamentos" en lo que se refiere a procedimientos para prevenir la difusión de las epidemias y a la nomenclatura de enfermedades epidémicas y mortales o de características de productos farmacéuticos, etc. Dichos reglamentos entran en vigor para todos los países miembros, a excepción de aquellos que comuniquen su disenso dentro de un período determinado (art. 22).

Además, la Organización Mundial de la Salud ha desarrollado y desarrolla una intensa labor de asistencia técnica.

OMI

6. OMI (Organización Marítima Internacional)

Fue creada en 1957 (con el nombre de OMCI, luego transformado en OMI a partir de 1982) y se ocupa de los problemas relativos a la seguridad y eficiencia del tráfico marítimo, si bien hace recomendaciones y prepara proyectos de convención respecto de los cuales ni siquiera está prevista la obligación de los Estados miembros de someterlos a los órganos competentes para la ratificación.

ITU, WMO, UPU

7. ITU (International Telecommunication Union); 8) WMO (World Meteorological Organization); 9) UPU (Universal Postal Union)

Estos tres organismos fueron creados (o bien se insertaron en organizaciones internacionales ya en funcionamiento) desde hace alrededor de un siglo. Han realizado una decisiva contribución a la coordinación de las actividades estatales en los sectores de su respectiva competencia a través de la preparación de textos de convenciones o de la adopción de "reglamentos". Mientras que los reglamentos de la WMO y de la UPU no vinculan al Estado miembro independientemente de su voluntad (cfr. el art. 8 y los arts. 22-26 de los respectivos Tratados constitutivos), los reglamentos de la ITU (reglamentos telegráfico, telefónico y de las radiocomunicaciones), a partir de las nuevas normas estatutarias adoptadas por medio de la

Convención de Nairobi de 1982 (hecha ejecutiva en Italia mediante la Ley del 9-5-1986 [Argentina la ratificó el 2-2-1987, aprobada por Ley N° 23.478 del 31-10-1986]), son aprobados por mayoría y vinculan a los Estados miembros, porque se considera que son anexos del estatuto de la organización y que tienen fuerza de tratado internacional. En especial, el reglamento de las radiocomunicaciones, que se actualiza periódicamente, es un acta muy importante, porque trata de reglamentar y coordinar el uso de las frecuencias de radio y de la órbita geoestacionaria (v. p. 369 y ss.).

FMI, BIRF, CFI, AID

10) FMI (Fondo Monetario Internacional); 11) BIRF (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento); 12) CFI (Corporación Financiera Internacional); 13) ADI (Asociación para el Desarrollo Internacional).

El Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento fueron creados en 1944 en virtud de los acuerdos de Bretton Woods.

Órganos principales del Fondo: el *Consejo de Gobernadores*, que es el órgano deliberativo de la Organización, está compuesto por un Gobernador y por un suplente nombrados por cada Estado miembro y delibera, no sobre la base del principio "un Estado/un voto" sino según mayorías correspondientes a la entidad de las cuotas de capital suscriptas y, por lo tanto, con el peso determinante de los países ricos en general, y de Estados Unidos en particular, cuya cuota es mucho mayor que todas las otras; el *Consejo de Administración* (Executive Board), con funciones ejecutivas; el *Director General*.

Funciones del Fondo Monetario Internacional

El Fondo se propone promover la cooperación monetaria internacional, la estabilidad de los tipos de cambio, el equilibrio de los diversos balances de pagos, etc., y dispone, para alcanzar tales objetivos, de un capital suscripto *pro quota* por los Estados miembros. Cuando tienen necesidad de obtener divisa extranjera para afrontar desequilibrios en su balance de pagos, los Estados miembros pueden recurrir a las reservas del Fondo, siempre dentro de ciertos límites que se *relacionan con la cuota que hayan suscripto*, según reglas precisas y (como en el caso de los llamados *stand-by agreements*) bajo determinadas condiciones que se fijan en cada oportunidad. Las divisas requeridas se adquieren en la moneda nacional del Estado que las solicita y deben ser restituidas dentro de un período que varía entre tres y cinco años, contra la misma moneda. Las condiciones fijadas en cada caso por el Fondo son objeto de una *Carta de Intención* suscripta por un representante del Estado solicitante (generalmente, el Presidente del Banco Central o el Ministro de Finanzas) y pueden consistir también en la adopción de precisos planes nacionales de saneamiento económico. Es difícil encuadrar jurídicamente estas Cartas de Intención: una tesis que nos parece que puede proponerse es que se trata de acuerdos en forma simplificada (v. p. 98 y ss.).

Excede las características de este libro el examen de los muchos e interesantes aspectos de la vida del Fondo, una organización que ha sido objetada por los países en desarrollo, los que, no obstante, forman parte de él e incluso han experimentado en los últimos años una amplia intervención del Fondo en sus economías, caracterizada por una menor rigidez de las condiciones para la concesión de los préstamos. En efecto, tanto en lo que respecta a la ponderación de los votos en el seno del Consejo de Gobernadores, como en lo relativo a la concesión de divisas a los Estados en dificultades (ambas situaciones ligadas, como ya se vio, a la cuota de capital suscripta), la Organización está estructurada de una manera que beneficia sobre todo a los países ricos. Estos rasgos se vinculan estrechamente a los avatares monetarios internacionales, incluso la gran crisis de 1971 que se caracterizó por el abandono del patrón oro, sistema de referencia según el cual, precisamente, había sido concebido el Fondo en Bretton Woods. Nos limitaremos aquí a recordar que el Estatuto del Fondo sufrió dos importantes enmiendas. En virtud de la primera, que entró en vigor en 1969, fueron creados los Derechos Especiales de Giro, una suerte de moneda del Fondo que los Estados pueden obtener, siempre en relación a la cuota de capital suscripta, que no es directamente utilizable pero que da derecho a obtener el equivalente de una moneda corriente en los pagos internacionales; el valor de los Derechos Especiales de Giro, inicialmente equiparado al oro, es hoy determinado en relación a una "canasta" de cinco monedas, que corresponden, según una estimación que se efectúa cada cinco años, a los países con mayores exportaciones (por ahora, dólar, marco, libra esterlina, franco francés y yen). La segunda enmienda, que entró en vigor en 1978, aumentó las posibilidades del Fondo para asistir a los países en dificul-

tades, introdujo innovaciones en la estructura de la organización y además presentó una serie de modificaciones de carácter más estrictamente monetario, que se habían hecho necesarias luego de la crisis de 1971: entre otras cosas, esta enmienda sancionó la abrogación del sistema de paridades fijas, ya verificada en los hechos, sobre la base del cual cada Estado miembro tenía la obligación de fijar oficialmente la propia paridad monetaria en términos de oro (o de dólares, entonces convertibles en oro) y de imponerla en las operaciones de cambio efectuadas en el propio territorio, manteniendo solamente una fluctuación del 1% en más o en menos.

Para una exposición clara y suficiente de la materia véase, por último, Comba, *Il neo liberismo internazionale*, Milán, 1987, p. 43 y ss.

El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento tiene un notable capital suscripto por los Estados miembros (además, puede obtener capitales mediante la emisión de obligaciones) y su estructura y sistemas de votación son similares a los del Fondo Monetario. Su objetivo principal es la concesión de préstamos a los Estados miembros (o bien al sector privado, pero con garantía de restitución de un Estado miembro) para realizar inversiones productivas, a una tasa de interés variable, entre otros criterios, según el grado de desarrollo relativo del Estado miembro interesado. Existen otros dos organismos especializados con tareas similares que están afiliados al Banco: la Corporación Financiera Internacional y la Asociación Internacional para el Desarrollo.

FIDA

14. FIDA (Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola)

El Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola, cuyo tratado constitutivo se remonta a 1977, es también un ente financiero internacional, destinado a contribuir al desarrollo de la agricultura de los países pobres o con déficits alimentarios notables, por medio de ayudas pero principalmente de préstamos. Si bien su estructura copia la del Fondo Monetario Internacional y del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (*Consejo de Gobernadores, Consejo de Administración, Presidente del Consejo de Administración*), el FIDA se contrapone claramente a estas organizaciones en lo que

respecta al peso que tiene cada uno de los Estados miembros en las votaciones. En efecto, en este caso el órgano deliberante de la organización, que es el Consejo de Gobernadores, está controlado por los países en desarrollo (entre ellos, los países de la OPEP, que han suscripto los dos quintos del capital social), que disponen de las mayorías requeridas para adoptar decisiones. Por lo tanto, se dice que el FIDA es una organización nacida bajo el signo del "nuevo orden económico internacional" (v. p. 315), pero no deberíamos ser muy optimistas si pensamos que, para llevar a cabo sus operaciones, este organismo siempre debe recurrir a las contribuciones de los Estados miembros más ricos.

OIPI

15. OIPI (Organización Internacional de la Propiedad Intelectual)

Desde 1970 se ocupa de los problemas de la propiedad intelectual en el mundo. Asegura la cooperación administrativa entre las Uniones ya existentes en este sector (Unión de París de 1883 sobre Propiedad Industrial, Unión de Berna de 1886 sobre Propiedad Literaria y Artística) y participa en acuerdos internacionales, proporcionando asistencia técnico-legal a los Estados, etc.

ONUDI

16. ONUDI (Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial)

Cuando ya era considerado un órgano subsidiario de la Asamblea General de la ONU, fue transformada en un organismo especializado en virtud de un tratado celebrado en 1979, que entró en vigor en 1986. Está constituida por una Asamblea, un Consejo de 53 miembros y una Secretaría. Sus tareas principales no son de tipo *normativo* (aunque promueve programas y estudios y hace recomendaciones sobre los problemas de la industrialización de los países en desarrollo) sino *operativo* (es decir, proporcionar asistencia técnica y asesoramiento en el tema de las innovaciones tecnológicas, etc.).

OIEA

Debe mencionarse aquí también el OIEA (Organismo Internacional de Energía Atómica), que promueve el desarrollo y la difusión de las aplicaciones pacíficas de la energía atómica. El OIEA no tiene la calificación de organismo especializado por cuanto tiene lazos tanto con la Asamblea como con el Consejo de Seguridad en razón de los asuntos de los que se ocupa y no como los organismos especializados, con la Asamblea y el Consejo Económico y Social. Sin embargo, ha celebrado un acuerdo de vinculación con las Naciones Unidas en 1957, que lo coloca en una situación que no difiere mucho de la de los organismos especializados del sistema de la ONU.

XVII. Continuación

C) Las Comunidades Europeas

Las tres Comunidades Europeas (la Comunidad Europea, denominada Comunidad Económica Europea hasta 1993; la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, llamada EURATOM) son las organizaciones internacionales dotadas de mayores poderes de decisión respecto de los Estados que forman parte de ellas. Los actos de las Comunidades Europeas no se limitan a recomendar (aunque siempre subsiste la figura de la recomendación, como ya veremos) sino que vinculan a los destinatarios. Las Comunidades Europeas representan, por lo tanto, el ejemplo más notable de las fuentes de normas internacionales derivadas de tratados.

En los tratados comunitarios se ha inspirado el Pacto Andino, celebrado por algunos Estados latinoamericanos, más precisamente por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. El Pacto, que fue modificado varias veces (para la última versión v. ILM, 1989, p. 1169 y ss.), establece una unión aduanera entre los Estados contratantes y, como las Comunidades Europeas, también tiene objetivos de integración económica. Los órganos del Pacto Andino son similares a los órganos comunitarios, pero están dotados de poderes mucho menos amplios. [El Pacto Andino se estableció como un sistema subregional dentro del esquema de la Asociación Latino Americana (ALALC), creada por el Tratado de Montevideo en 1960. El Acuerdo de Cartagena fue modificado por el Protocolo de Quito de 1987. En reemplazo de la ALALC, fue establecida la Asociación Interamericana de Integración (ALADI), en Montevideo en 1980.

La ALALC pretendió institucionalizar una zona de libre comercio sobre la base de desregulaciones multilaterales automáticas para ser implementadas en plazos preestablecidos.

La ALADI funciona como un tratado marco para la integración gradual sobre la base de un área de preferencias económicas, compuesta por una preferencia arancelaria regional, por acuerdos de alcance regional (con participación de todos los Estados miembros) y por acuerdos de alcance parcial (sin la participación de todos los Estados miembros), acuerdos de complementación económica, entre otros.

Por el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, se constituyó otro sistema de integración subregional tendiente a la formación de un Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Este acuerdo regional se encuentra incorporado al sistema de la ALADI como un Acuerdo de Complementación Económica (ACE). Durante el período de transición se establecieron como únicos órganos de decisión un Consejo del Mercado Común y un Grupo Mercado Común. Durante ese período, los Estados partes asumen el compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. Hasta la finalización del período de transición los Estados partes adoptan, dentro de un programa de liberación comercial, un régimen general de origen, un sistema de solución de controversias y cláusulas de salvaguardia.]

* * *

CECA, CE y EURATOM

Las tres Comunidades no sólo constituyen organizaciones diferentes y separadas entre sí, sino que también fueron creadas en momentos diferentes: la CECA, en 1951, en París; la CE y la EURATOM en 1957, con los Tratados de Roma. Están integradas por doce Estados: por seis de ellos desde el principio (Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda y la República Federal Alemana) y los otros (Inglaterra, Dinamarca, Irlanda, Grecia, España y Portugal) adhirieron

posteriormente. Si bien son entidades diferentes y separadas, las Comunidades actúan a través de órganos comunes (los órganos más importantes, el Consejo y la Comisión, fueron unificados en virtud del tratado celebrado por los países miembros el 8-4-1965, que entró en vigor en 1967). Por otra parte, cualquier órgano común actúa tanto para una Comunidad como para otra.

Se han introducido modificaciones de cierta relevancia en los Tratados constitutivos, a través de dos acuerdos denominados "Acta Única Europea" (firmada en Luxemburgo en enero de 1986, que entró en vigor el 1° de julio de 1987) y "Tratado de la Unión Europea" (firmado en Maastricht en febrero de 1992, que entró en vigor el 1° de noviembre de 1993). Estos acuerdos representan una solución de compromiso respecto del proyecto de Unión Europea, aprobado en 1984 por el Parlamento Europeo, pero rechazado por los Gobiernos de los países miembros por estar claramente inspirado en instancias federalistas. De algún modo, el Acta Única y el Tratado de Maastricht han intentado reforzar y extender la integración entre los Estados miembros. En especial, el Tratado de Maastricht ha dado vida a la "Unión Europea", que, como dice el art. A del Tratado, se funda principalmente sobre las tres Comunidades preexistentes y, además, en las acciones comunes en materia de política exterior, así como en la cooperación entre los Estados miembros en materias de justicia y de asuntos internos (orden público, inmigración proveniente de países extracomunitarios, etc.). En verdad, las normas más importantes del Tratado de Maastricht y de la Unión Europea son aquellas que modifican los Tratados Comunitarios, en particular, el Tratado de la Comunidad Económica Europea (a la que, como ya se dijo, se le dio el nombre de "Comunidad Europea" en Maastricht). Entre dichas modificaciones, las más significativas son el fortalecimiento de la función del Parlamento —dentro de ciertos límites—; la creación de una "ciudadanía europea", que sin embargo tiene un valor más simbólico que práctico; y la constitución —en etapas sucesivas— de una unión económica y monetaria, caracterizada por un Banco Central común y un moneda común, entre otras cosas. En lo referente a la política exterior, el Consejo Europeo decide las acciones comunes: éste es el órgano de la Unión (v. p. 215) en el que, a diferencia de

los órganos de las Comunidades, prevalece sustancialmente la regla de la unanimidad de las votaciones. En cuanto a los asuntos internos, por el momento no se va más allá de la simple coordinación de las políticas nacionales.

Objetivos de las Comunidades Europeas

De las tres Comunidades, la CE es sin duda la más importante. La CECA y la EURATOM son organizaciones sectoriales: la CECA tiene como objetivo poner en práctica un mercado común limitado al sector carbosiderúrgico (lo que implica desaparición de las barreras aduaneras, unificación de los precios, repartición racional de la producción, etc.); a su vez, la EURATOM tiende a lograr un mercado común de materiales y equipamientos para la producción de energía atómica con fines pacíficos. Con la creación de la CE, en cambio, se originó una organización que involucra toda la vida económico-social de los Estados miembros. En efecto, el tratado constitutivo de la CE (o, como se suele decir, del Mercado Común Europeo) prevé la libre circulación de mercaderías (la llamada "unión aduanera", que consiste en la desaparición de las barreras aduaneras entre los Estados miembros y en el establecimiento de tarifas aduaneras comunes respecto de terceros países: en general, la unión aduanera contrasta con la "zona de libre comercio", que consiste solamente en la desaparición de las barreras aduaneras entre los Estados miembros); la libre circulación de personas (libertad de circulación de los trabajadores; derecho para cualquier ciudadano de un Estado miembro de establecerse en el territorio de cualquier otro Estado miembro); la libre circulación de servicios (posibilidad de realizar prestaciones profesionales, actividades de carácter industrial, comercial, etc., de un país miembro a otro) y la libre circulación de capitales. Además de asegurar estas cuatro libertades fundamentales, el Tratado de Roma prevé intervenciones de los órganos comunitarios tendientes a asegurar la libre competencia (los arts. 85 y ss. fijan los principios generales en la materia, las llamadas normas *antitrust*); a llevar a cabo una política agrícola común (art. 38 y ss.); una política común de los transportes (art. 74 y ss.); a reglamentar el régimen de ayudas e incentivos a las empresas; a normar las cuestiones de seguridad social; a administrar las relaciones comerciales con terceros países, etc. Por motivos obvios, son además sumamente importantes las competen-

cias atribuidas a los órganos comunitarios a fin de asegurar la armonización de las legislaciones de los Estados miembros (arts. 100-102 del Tratado). A su vez, el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht extendieron las competencias comunitarias (o confirmaron competencias ya afirmadas en la práctica) a otros sectores, por ejemplo, al sector de la investigación y el desarrollo tecnológico; al de la protección del medio ambiente; al de la política económica y monetaria, al de la cultura, etc., y además fijaron el establecimiento definitivo del mercado único, o sea, la definitiva puesta en práctica de las previsiones del Tratado.

Debe señalarse que la mayor parte de las normas del Tratado CE son elásticas, genéricas y programáticas: estas normas pueden transformarse en letra muerta si los órganos comunitarios no proceden a ponerlas en práctica por medio de sus propias acciones. Y dicha acción de los órganos comunitarios depende, en gran medida, de la voluntad política de los Estados miembros para avanzar en la integración económica.

Naturaleza de las Comunidades Europeas

Se sigue discutiendo acerca de la naturaleza jurídica de las Comunidades europeas y, en particular, si se trata de verdaderas organizaciones internacionales —o sea, de organizaciones de Estados soberanos cuyos poderes se originan en el derecho internacional, más precisamente, en sus respectivos tratados constitutivos— o más bien de embriones o fragmentos de un Estado federal, que se caracterizan por erosionar las soberanías estatales en las materias de competencia comunitaria. Sin duda, las Comunidades presentan elementos que no se encuentran en ninguna otra organización internacional, tales como los amplios poderes de decisión atribuidos a sus órganos; su capacidad de sustituir a los Estados miembros en lo que respecta a la reglamentación de una serie de relaciones que se desarrollan en el interior de cada Estado; la existencia de una Corte de Justicia destinada a controlar la conformidad de los comportamientos de los órganos y de los Estados miembros con sus tratados constitutivos, etc. Sin duda, tal como aparecen delineados en los tratados constitutivos de las Comunidades, pero más aún como se han venido afirmando tanto en la práctica comunitaria como interna de los Estados miembros, hay algunos principios de derecho comunitario que constituyen, exactamente, un vínculo federal, en especial, el principio de que el derecho comunitario prevalece sobre el derecho interno (v. p. 310). No obstante esto, las Comunidades en su conjunto, al menos en el actual estado de cosas, siguen siendo organizaciones internacionales, aun altamente sofisticadas, y no puede considerarse que degradan la soberanía de los Estados miembros hasta convertirla en simple autonomía, ni siquiera en aquellas materias de competencia comunitaria. Además, refuerza la opinión aquí sostenida el hecho de que incluso en la más importante de las Comunidades Europeas, la CE, y aun en el estado actual de la integración, el centro del poder de decisión comunitario reside, como veremos, en los Ejecutivos nacionales (lo que caracteriza, justamente, a las organizaciones internacionales).

* * *

Órganos de las Comunidades Europeas

Pasando a la estructura de las Comunidades, los órganos (o "instituciones") principales que, como se dijo, son comunes a las tres organizaciones, son: la Comisión, el Consejo, la Asamblea (o Parlamento Europeo) y la Corte de Justicia.

Comisión

La *Comisión* (que en la CECA, antes de la fusión, tomaba el nombre de Alta Autoridad) es un órgano compuesto por individuos (actualmente, 17), no por Estados. Por lo tanto, las personas que componen este órgano lo hacen a título personal, no reciben instrucciones de ningún gobierno y tienen incluso la obligación de no recibir instrucciones de gobierno alguno. La presencia de un órgano de este tipo es otro elemento que diferencia a las Comunidades de las otras organizaciones internacionales (Naciones Unidas, organismos especializados, etc.), en las cuales los órganos que detentan los poderes principales son generalmente órganos compuestos *por Estados*, lo cual significa que los individuos que componen el órgano son delegados por los Estados y siguen sus instrucciones. Para destacar esta diferencia, se dice que las Comunidades Europeas no sólo son entes *internacionales, sino además, supranacionales.*

Debe señalarse que, en la CECA, la Comisión es el órgano de decisión efectivo, competente en la mayor parte de los casos para producir actos vinculantes, los que, como veremos, constituyen la llama-

da "legislación comunitaria"; mientras que el *Consejo* (el órgano compuesto por los Estados miembros) tiene sólo poderes consultivos. En cambio, en la CE (como así también en la EURATOM, que está estructurada de idéntica manera que la CE), la relación es invertida: el órgano efectivamente deliberativo es el *Consejo* y, normalmente, la Comisión sólo tiene poderes ejecutivos y de iniciativa. Por lo tanto, con la CE (que es posterior, como ya se vio, a la CECA) los poderes de decisión vuelven a manos de los Estados, quitándoseles al órgano compuesto por individuos. Dado que los individuos que componen la Comisión, por ser independientes de los Estados miembros, buscan —o se supone que deben buscar— los intereses de las Comunidades y no los de cada Estado miembro en particular, desde este punto de vista, la CE representa una cierta regresión respecto de la CECA, desde el punto de vista de la *supranacionalidad*. Por otra parte, esto está equilibrado por el hecho de que atribuir los últimos poderes de decisión a un grupo de individuos no puede dejar de asombrar, o mejor dicho, esta atribución sólo puede ser comprendida con facilidad en el caso de una organización sectorial y limitada, como es el caso, justamente, de la CECA.

La Comisión es nombrada de común acuerdo entre los Estados miembros.

Consejo

El *Consejo* es el órgano en el cual están representados los doce Estados miembros, el cual es presidido por turno por cada uno de los miembros cada seis meses; generalmente forman parte de él, vez a vez, los ministros competentes en las cuestiones del orden del día (de Relaciones Exteriores, de Agricultura, de Finanzas, de Industria, etc.). Como ya se dijo, en la CECA el Consejo tiene principalmente funciones consultivas; en la CE, en cambio, produce los actos más importantes de la legislación comunitaria, en algunos ámbitos, en colaboración con el Parlamento Europeo. Además, si bien, en virtud de las normas del Tratado, el Consejo debe decidir a veces por unanimidad y a veces por mayoría simple o calificada, existe un acuerdo celebrado entre los Estados miembros para poner fin a la gran crisis de la Comunidad provocada por De Gaulle en los años sesenta, que compromete a los Estados a realizar todos los esfuerzos necesarios a fin de que las decisiones del Consejo sean tomadas por unanimidad

(Acuerdo de Luxemburgo de 1966). El Acuerdo de Luxemburgo no ha sido abrogado formalmente, pero tanto el Acta Única Europea como el Tratado de Maastricht han atenuado su alcance, al insistir sobre la regla de la mayoría calificada para adoptar numerosas decisiones.

Consejo Europeo

Al Consejo se le superpuso el *Consejo Europeo*, nacido de las reuniones de los Jefes de Estado y de Gobierno (llamadas "cumbres"). Las cumbres se fueron sucediendo desde fines de los años sesenta: en la Cumbre de París de diciembre de 1975, los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron que se reunirían varias veces por año, junto con sus respectivos ministros de Relaciones Exteriores. En el pasado, se ha discutido mucho acerca de la naturaleza de este órgano y de sus relaciones con los órganos de las Comunidades. Esta discusión se ha superado con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht que (en su art. D) convierte al Consejo Europeo, compuesto aún hoy por los jefes de Estado y de Gobierno y con el agregado del Presidente de la Comisión de las Comunidades, en el órgano de la Unión Europea. La tarea general del Consejo es darle a la Unión y, por lo tanto, también a las Comunidades, "el impulso necesario para que se desarrollen"; sus competencias específicas se refieren a aquellos ámbitos que no son de competencia comunitaria, es decir, los campos de la política exterior y de la cooperación en materia judicial y de asuntos internos.

Parlamento

La *Asamblea* (Parlamento Europeo), constituida desde 1979 por los representantes de los pueblos de los Estados miembros elegidos por sufragio universal y directo, no es el órgano legislativo de las Comunidades, a pesar de que, tanto con el Acta Única Europea como con el Tratado de Maastricht, se le haya reconocido cierta participación en la función legislativa comunitaria. El Parlamento tiene, principalmente, un función de control político del resto de las instituciones comunitarias, la cual se explica por medio de la observación de los informes que le han venido sometiendo los demás órganos comunitarios (excepto la Corte de Justicia); de la constitución de comisiones investigadoras; de los ocasionales votos de censura respecto de la Comisión; del examen de solicitudes individuales. En cuanto a su participación en la función legislativa, que reside principalmente en el Consejo, se deben tener en cuenta los procedimientos de coope-

ración y de codecisión, que fueron introducidos por el Acta Única Europea y por el Tratado de Maastricht, respectivamente. De acuerdo con el procedimiento de cooperación (el cual, después de Maastricht, se aplica dentro de la CE, art. 189 C del Tratado, en aquella legislación comunitaria referida a ciertos sectores de particular importancia, como por ejemplo, el del transporte, el Fondo Social Europeo, el de la formación profesional, el de la investigación —en ciertos aspectos—, el del medio ambiente —en ciertos aspectos— y el de la cooperación con el desarrollo), la última palabra siempre la tiene el Consejo. Si en el Consejo hay unanimidad, puede adoptar el acto comunitario, incluso en contra de la opinión del Parlamento. Pero esto sólo puede darse en un segundo momento, una vez que el Parlamento se haya expresado y se hayan examinado las eventuales modificaciones propuestas por el Parlamento. De acuerdo con el procedimiento de codecisión —que, en el ámbito de la CE (art. 189 B del Tratado) se aplica también a sectores importantes, como por ejemplo, el de la libre circulación de las personas, del libre establecimiento y de la libre prestación de servicios—, el Parlamento puede bloquear la acción del Consejo y rechazar los actos legislativos adoptados por el Consejo, en virtud del mencionado procedimiento de la codecisión, y de acuerdo con una decisión adoptada por mayoría absoluta de sus miembros. Este procedimiento es bastante complicado, ya que se desarrolla a través de distintas etapas tendientes a lograr un acuerdo entre el Parlamento y el Consejo, incluso con la eventual intervención de un Comité de Conciliación compuesto por miembros del Consejo o por sus representantes, por una parte, y por el mismo número de representantes del Parlamento, por otra.

Además de los poderes que le otorgan estos procedimientos de la cooperación y de la codecisión, también hay que mencionar el poder de veto de que dispone el Parlamento europeo tanto en virtud del Acta Única Europea cuanto del Tratado de Maastricht. Este poder de veto se aplica a una serie de actos que, por su parte, sólo pueden adoptarse según una "opinión uniforme". Entre estos actos se incluyen los que determinan acuerdos de asociación (arts. 228 y 238 del Tratado CE), los acuerdos de cooperación que crean instancias institucionales (art. 228 del Tratado CE) y los acuerdos de adhesión de

terceros Estados a la Unión Europea (art. 0 del Tratado de Maastricht).

Como queda claro, la participación del Parlamento en la formación de la legislación comunitaria todavía resulta fragmentaria e insatisfactoria. En particular, si se los considera en conjunto, tanto el procedimiento de cooperación cuanto el de codecisión no merecen ningún juicio positivo. Se trata de una trabajosa acción de ingeniería diplomática, que le asigna al Parlamento un papel por ahora bastante menor, rodeado de la desconfianza de los Gobiernos. Esto queda demostrado por el hecho de que el Parlamento, aunque pueda llegar a imponer su punto de vista, bloqueando así cualquier acto de legislación comunitaria, sólo puede hacerlo tras largos *pourparlers* y *navette* relativas entre el Parlamento y el Consejo. Agréguese, además, que hay asuntos de capital importancia que quedan excluidos de ambos procedimientos, como por ejemplo, los temas de política agrícola y de política comercial común.

El hecho de que el Parlamento Europeo, aun siendo elegido por sufragio universal y directo, participe en una mínima parte en la formación de los actos que componen la llamada "legislación comunitaria" (sobre los cuales nos detendremos brevemente), no significa que la presencia de este órgano en las Comunidades carezca de un alcance extraordinario. Este alcance aparece claramente si se considera a las Comunidades Europeas como lo que son, o sea, *organizaciones internacionales*, aunque sofisticadas. En efecto, ninguna otra organización internacional consta de un órgano compuesto por representantes de los pueblos, elegidos por sufragio universal y directo. En ninguna organización la voz de los pueblos se hace sentir directamente, e inclusive en las Naciones Unidas (donde, según la idea original expresada por el presidente norteamericano Wilson cuando se formó la Sociedad de las Naciones tras la Primera Guerra Mundial, los representantes de los pueblos incluso habrían debido sentarse junto a los representantes de los Gobiernos) los órganos estatales encargados de la política exterior, o sea, los órganos pertenecientes a los Poderes Ejecutivos nacionales, son los únicos protagonistas no sólo de la fase de votación sino también de la de discusión en el seno de los distintos órganos. En otras palabras, queremos decir con esto que el Parlamento Europeo adquiere significado y credibilidad si se lo enmarca dentro de las escasas tentativas de lo que podría llamarse la "democratiza-

ción de las organizaciones internacionales". En cambio, si nos colocamos en una posición federalista; si se quiere entender a las Comunidades Europeas como un fenómeno de tipo federal, aunque en estado embrionario, o como un fenómeno de transición hacia la formación de un Estado federal; en definitiva, si se compara a las Comunidades Europeas con ese tipo de fenómenos que se verificaron en la realidad —pensemos en la unión aduanera (*Zollverein*) que se constituyó entre los Estados alemanes en el siglo pasado, pocos años antes de la transformación de Alemania en un Estado federal, en el ámbito de la cual operaba un Parlamento elegido por sufragio directo (*Zollparlament*), con plena potestad legislativa pero con competencias limitadas a las cuestiones aduaneras—, entonces la presencia en las Comunidades Europeas de un Parlamento que participa en menor medida en la formación de las leyes parece ser reductiva y genera escepticismo.

Corte de Justicia

La *Corte de Justicia* de las Comunidades Europeas vela porque se respeten los tratados constitutivos, tiene una serie de competencias sumamente interesantes y novedosas, a la vez que, entre otras cosas, también los individuos pueden recurrir a ella. Tal como está previsto en el Acta Única Europea, en 1988 se agregó a esta Corte un Tribunal de primer grado, limitado a determinado tipo de controversias. Se trata de una cuestión que examinaremos cuando hablemos de los tribunales internacionales (v. p. 503 y ss.).

* * *

Legislación comunitaria

Los actos de los órganos comunitarios (la llamada "legislación comunitaria") tienen notable importancia en la formación del derecho comunitario, por el hecho de que, como ya se dijo, muy a menudo las normas de los tratados tienen carácter genérico y programático y se remiten, justamente, al "legislador" comunitario: como también se dijo, en la CE este legislador es principalmente el *Consejo*.

El art. 189 del Tratado CE (que se corresponde perfectamente con el art. 161 del Tratado EURATOM) prevé los siguientes tipos de *actos vinculantes*, clasificables como tales entre las fuentes de normas internacionales: *reglamentos*, *decisiones*, *directivas* (el artículo agrega más adelante que los órganos comunitarios pueden emanar *recomendaciones* y *opiniones*, aunque éstas carecen de carácter vinculante). Parcialmente diferente es el art. 14 del Tratado CECA, que prevé como actos vinculantes las *decisiones* y las *recomendaciones* (y sólo la *opinión* como acto no vinculante). Las diferencias son puramente terminológicas: en realidad, en virtud del art. 14, la CECA siempre emitió tanto decisiones generales (que corresponden a los reglamentos CE) como decisiones particulares (que corresponden a las decisiones CE) y recomendaciones (que corresponden a las directivas CE). Por lo tanto, lo que diremos acerca de los reglamentos, de las decisiones y de las directivas CE valdrá para las decisiones generales, las decisiones particulares y las recomendaciones de la CECA, respectivamente.

Reglamentos

A) El *reglamento* es el acto comunitario más importante y completo; es el acto a través del cual, en el ejercicio de sus competencias y dentro de los límites previstos por los tratados comunitarios, la legislación comunitaria sustituye o se superpone a la legislación interna de cada Estado miembro. "El reglamento tiene alcance general. Es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada uno de los Estados miembros" (art. 189 cit.). Para usar expresiones tradicionales, se puede decir que el reglamento contiene *normas generales y abstractas*, que deben ser observadas por los Estados y por cualquiera que opere dentro de los Estados miembros y, por lo tanto, dentro del área comunitaria —individuos, empresas, etc.—.

Según el art. 191, punto 1°, los reglamentos entran en vigor simplemente después de su publicación en el Boletín Oficial de las Comunidades, o bien una vez transcurrida una *vacatio legis* de veinte días o dentro del límite establecido en cada oportunidad.

Decisiones

B) La *decisión* difiere del reglamento por no tener alcance general y abstracto sino concreto. Puede dirigirse tanto a un Estado miembro como a un individuo o a una empresa que opere en el área comunitaria. En todo caso, se trata de un acto vinculante y, por lo tanto, el sujeto al cual se dirige la decisión está obligado a observarla. En la práctica puede ser difícil distinguir un reglamento de una decisión; como lo ha expresado en reiteradas ocasiones la Corte de las Comunidades Europeas, no es necesario tener en cuenta el *nomen* (es

decir, el hecho de que los órganos comunitarios le den nombre de reglamento o de decisión a un acto suyo), sino la sustancia, es decir, precisamente la naturaleza general y abstracta o bien concreta de las normas contenidas en ese mismo acto.

A diferencia de los reglamentos, las decisiones normalmente no adquieren eficacia con su publicación en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas, sino con la notificación a sus destinatarios (art. 191, punto 2°).

Directivas

C) La *directiva* es el más problemático y, por lo tanto, el más interesante de los actos vinculantes de la legislación comunitaria, tanto desde el punto de vista científico como desde el punto de vista práctico.

Mientras que los reglamentos y las decisiones son obligatorios en todos sus elementos, la directiva "vincula al Estado miembro al cual se dirige en lo relativo al resultado a alcanzar, dejando a salvo la competencia de los órganos nacionales en lo que concierne a la forma y a los medios" (art. 189 cit.). Según una modificación determinada por el Tratado de Maastricht en el art. 191 del tratado CE, las directivas que rigen para *todos* los Estados miembros (es decir, casi todas las directivas) entran en vigor, del mismo modo que los reglamentos, por el sólo efecto de su publicación en el Boletín Oficial de las Comunidades. Las directivas que rigen para *un solo* Estado, en cambio, se notifican sólo al estado destinatario.

Directivas detalladas

Se desprende claramente de la fórmula usada por el art. 189 que la directiva debería limitarse a enunciar *principios y criterios generales*, normas finales ("el resultado a alcanzar") destinadas a ser traducidas en *normas de detalle por cada Estado*. Pero la práctica de los órganos comunitarios se ha ido orientando claramente en el sentido contrario. Las directivas son cada vez más detalladas. Los órganos de la CE manifiestan decididamente una tendencia a indicar con precisión las normas internas que deben adoptar los Estados. Dado el contenido extremadamente detallado de la directiva, muy a menudo la discrecionalidad del Estado se reduce solamente a elegir la forma jurídica interna (legislativa, administrativa) que le dará a esa norma, ya establecida en el plano comunitario. Y aun esta discrecionalidad

sólo es cierta hasta cierto punto, por cuanto en algunos casos esta forma jurídica puede considerarse vinculada con la directiva, por ejemplo, cuando el asunto del cual se ocupa la directiva es de tal naturaleza que requiera necesariamente la intervención del poder legislativo. La práctica de la cual hablamos involucra a todos los campos más importantes de los que generalmente son objeto de la legislación comunitaria. Existen directivas detalladas, en particular, en el sector agrícola (art. 38 y ss. del Tratado), en el tema del derecho de establecimiento (art. 52 y ss.), en el ámbito del transporte (art. 74 y ss.) y en el de la armonización de las legislaciones nacionales (art. 100 del Tratado y art. 18 del Acta Única Europea). Simplemente con dar una ojeada superficial a la legislación comunitaria es posible hacerse una idea de este fenómeno.

¿Debe decirse que las directivas detalladas son ilegítimas para el derecho comunitario, por apartarse de la noción que surge del art. 189?

Directivas detalladas legítimas

Seríamos de la opinión de distinguir entre aquellos asuntos que, en virtud del Tratado, sólo pueden ser objeto de directivas, y los asuntos que los órganos comunitarios pueden disciplinar, indistintamente, por medio de reglamentos, directivas o decisiones. En este segundo caso, debería admitirse la legitimidad de la directiva detallada. Una directiva detallada que se dirija a todos los Estados miembros y que establezca normas de alcance general (que es lo que hacen las directivas en la mayor parte de los casos) es, en esencia, un reglamento. Del mismo modo, una directiva detallada que se dirija a un Estado miembro en particular es, siempre hablando en esencia, una decisión. De aquí su legitimidad cuando se trate, precisamente, de materias que puedan disciplinarse mediante reglamentos o mediante decisiones. Podría avalar una conclusión de este tipo la tesis que siempre ha sostenido la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, a la que nos referíamos anteriormente y según la cual la identificación del tipo de acto producido por el órgano comunitario no depende del *nomen* utilizado, sino del objeto y del contenido del acto mismo, en primer lugar. La única duda que podía presentarse antes del Tratado de Maastricht respecto de la promoción de una directiva a reglamento concierne a su diferente forma de publicación

que, como ya se vio, prescribía el Tratado para los reglamentos, por una parte, y para las directivas, por otra. En el primer caso, esta publicación consistía en la aparición del reglamento en el Boletín Oficial de las Comunidades y, en el segundo caso, en la notificación al Gobierno o a los Gobiernos interesados. Pero podríamos preguntarnos si realmente la argumentación fundada sobre la distinta publicación era idónea en sí misma para hacerle una condena irreparable de ilegitimidad a la directiva detallada. Por otra parte, esta cuestión ya ha perdido importancia práctica, dado que —como hemos visto— el Tratado de Maastricht ha unificado el régimen de publicación de los reglamentos y de la mayor parte de las directivas.

Una vez establecido esto, es necesario recordar que no en todos sus ámbitos de acción el Consejo de la CE puede emitir otra clase de actos distintos de las directivas. Esta posibilidad subsiste, por ejemplo, en el sector agrícola (art. 43, N° 2: "... el Consejo... establece reglamentos o directivas, o bien decisiones..."); también en los casos en que el Tratado no habla de directivas ni de reglamentos u otros actos, sino que usa expresiones genéricas tales como "el Consejo delibera", "el Consejo establece normas", etc. (por ejemplo, el art. 75 en el sector de transportes). Por el contrario, en ciertos ámbitos —por ejemplo, el del derecho de establecimiento (cfr. los arts. 54, N° 2, 56, N° 2 y 57, N° 2 del Tratado) o el de la política social (cfr. el art. 21 del Acta Única Europea)—, la directiva es el único instrumento vinculante a disposición del órgano comunitario; respecto de estos ámbitos, entonces, permanece planteado el problema de la legitimidad de la directiva detallada. Según el art. 100 del Tratado, una de las cuestiones más importantes de las que solamente podían ser objeto de directivas era la armonización de las respectivas legislaciones; ahora, con el Acta Única Europea (art. 18) esta armonización también puede ser objeto de cualquiera de las demás clases de actos, salvo algunas excepciones, que, por otra parte, no siempre son fácilmente individualizables. Cfr. sobre este punto, Rossi, *Il buon funzionamento del Mercato comune*, Milán 1990, p. 19 y ss.

Directivas detalladas ilegítimas

En cambio, nos parece que en los casos en que la directiva es el único acto vinculante que puede adoptar el órgano comunitario, debería negarse legitimidad a las directivas detalladas. Al respecto, nos parece bastante decisivo el argumento que indicábamos

más arriba, es decir, el hecho de que la directiva detallada es, en esencia, un reglamento o una decisión. En definitiva, nos parece que, si el Tratado ha querido establecer una menor subordinación del Estado miembro al órgano comunitario en determinada materia, que es, justamente, lo que caracteriza a la directiva respecto de los otros dos tipos de actos comunitarios (art. 189), no es lícito que el órgano comunitario soslaye esta voluntad expresada en el Tratado.

Por otra parte, resultaría arriesgado sostener que, en última instancia, la legitimidad de la directiva detallada deriva de la práctica, es decir, de una norma consuetudinaria que se encontraría, según este enfoque, por encima del Tratado. Es cierto que, como se decía anteriormente, los órganos comunitarios recurren frecuentemente a este tipo de directiva; que no se han producido a nivel comunitario protestas significativas por parte de los Estados; y que hasta ahora, por lo que sabemos, nunca se recurrió a la Corte de las Comunidades Europeas para que resolviera una cuestión de ilegitimidad de una directiva detallada. Pero podemos preguntarnos si todo esto se sostiene suficientemente en una *opinio iuris ac necessitatis*, necesaria para que se forme una costumbre. Por otra parte, como ya se tuvo ocasión de señalar al hablar de la costumbre (v. p. 59), parece dudoso que puedan ser modificadas por costumbre normas de tratados constitutivos de organizaciones internacionales, del tipo de los tratados europeos, es decir, de tratados que se caracterizan por la presencia de un verdadero órgano judicial cuya tarea es velar por el respeto de las normas estatutarias.

Tampoco es convincente la opinión según la cual las directivas detalladas nunca serían ilegítimas, sino que seguirían vinculando al Estado en lo que respecta a los detalles. En efecto, en este tipo de directivas resulta difícil, si no imposible, encontrar una precisa regla final, un preciso "resultado por alcanzar", por encima de las normas individuales de detalle formuladas por el órgano comunitario, que en la mayor parte de los casos constituyen modelos completos de normas internas. Justamente por el hecho de que la voluntad del órgano comunitario se exprese a través de una disciplina particularizada, sería arbitraria y de todos modos incierta la tarea del intérprete que qui-

siera identificar, en medio de una disciplina de este tipo, el objetivo que ésta se propone.

Saneamiento de las directivas ilegítimas

La única solución para atenuar la tesis sostenida por nosotros, esto es, que en ciertos casos la directiva detallada es ilegítima, quizá sea la siguiente: se puede sostener que dicha ilegitimidad queda subsanada en el momento en que el Estado haya ejecutado la directiva dentro del propio ordenamiento jurídico. En otras palabras, se puede sostener que la producción de actos internos de ejecución de la directiva detallada comporta una renuncia por parte del Estado a su facultad de elegir las formas y los medios, de los cuales habla el art. 189, ya que es justamente dicha elección la que queda comprendida en la disciplina particularizada que contiene la directiva en cuestión.

* * *

Actos comunitarios atípicos

A los reglamentos, decisiones y directivas (que son los actos típicos de la legislación comunitaria) y a las recomendaciones y opiniones (que, como ya se dijo, carecen de eficacia vinculante) deben agregarse una serie de actos atípicos, algunos previstos por los mismos tratados, otros afirmados en la práctica, que escapan a una precisa clasificación y a los cuales no siempre puede atribuírseles valor jurídico. Este tema no puede ser profundizado aquí. Nos limitamos a señalar aquellos actos que adoptan los representantes de los Estados miembros en su carácter de tales (fuera de los procedimientos comunitarios) y no en cuanto componentes del Consejo, actos que son aprobados por unanimidad y que, como se deduce explícita o implícitamente de su contenido, entienden tener fuerza vinculante. Estas características se encuentran en algunas "decisiones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo" (por ejemplo, en las llamadas "decisiones de aceleración" con las cuales los Estados se comprometieron a acelerar el ritmo de eliminación de las tarifas aduaneras en la etapa inicial de la constitución del mercado común) y en otras resoluciones tomadas tanto en el seno del Consejo como del Consejo Europeo (v. p. 214 y s.). Estos actos se consideran acuerdos en forma simplificada (v. p. 98 y ss.), celebrados entre los Estados miembros. Acerca de su eficacia vinculante para los Estados miembros, cfr. la sentencia de la Corte de Justicia de las Comunidades del 4-10-1979, causa 141/78 en FI, 1980, IV, col. 189 y ss., que se ocupa de la "resolución" de La Haya del 3-11-1976, relativa a las medidas de conservación de los recursos ictícolas.

Sobre el valor de los acuerdos celebrados por los Estados miembros fuera de los procedimientos comunitarios, pero destinados a incidir en el funcionamiento del mercado común, v. Fois, *Gli accordi degli Stati membri delle Comunità europee*, Milán 1968; ID., en RDIPP, 1982, p. 694 y ss.

* * *

Relaciones exteriores de la CE

Como todas las organizaciones internacionales, las Comunidades Europeas tienen la capacidad de celebrar acuerdos internacionales (v. p. 117 y ss.). En lo que respecta a la CE, a la cual se limitarán las observaciones que siguen, la celebración de acuerdos está ya prevista por diversas normas del Tratado constitutivo, tanto específicas para algunos sectores de la actividad de la Comunidad, como de carácter general. Entre estas últimas se destaca el art. 228 que, en el párr. 1, indica cuáles son los órganos de la Comunidad competentes para celebrar tratados (la Comisión, en lo que respecta a las negociaciones, y el Consejo, previa consulta y —en algunos casos— con la "opinión favorable" de la Asamblea, en lo que respecta a la manifestación de la voluntad de obligarse), estableciendo además que la Corte de Justicia de las Comunidades pueda ser llamada a dar, en forma preventiva, una opinión sobre la compatibilidad del acuerdo con las disposiciones del Tratado (si la opinión de la Corte fuera negativa, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor luego de una modificación formal del mismo Tratado). El párr. 2 del art. 228 agrega que "los acuerdos celebrados en las condiciones indicadas más arriba son vinculantes para las instituciones de las Comunidades y para los Estados miembros". Con esto, se sanciona una excepción al principio general válido para todas las organizaciones internacionales, según el cual los acuerdos celebrados por una organización internacional permanecen ajenos a la esfera jurídica de los Estados miembros

(v. p. 44). Esta excepción hace que los acuerdos celebrados por la Comunidad constituyan, en cierto modo, una nueva categoría de actos comunitarios con eficacia vinculante.

Acuerdos de asociación

Como se decía anteriormente, ciertas disposiciones específicas del Tratado CE prevén la celebración de acuerdos. Se trata, fundamentalmente, de las convenciones de asociación (art. 238: "La Comunidad puede celebrar acuerdos que constituyan una asociación caracterizada por derechos y obligaciones recíprocos, por acciones en común y por procedimientos particulares, tanto con un tercer Estado, con una unión de Estados o con una organización internacional"), y también de los acuerdos que corresponden a la política comercial común y que, según la enumeración, ejemplificativa y no taxativa, contenida en el art. 113, comprenden los acuerdos tarifarios y comerciales, como así también los acuerdos ligados a las medidas de liberalización, a la política de exportación y a las medidas de defensa comercial. Los acuerdos de asociación y los acuerdos comerciales ya forman una densa red de relaciones convencionales con terceros Estados, bajo la guía de la Comunidad.

Acuerdos comerciales

Según la opinión 4-10-1979 Nº 1/78 de la Corte Comunitaria (en *Raccolta* 1979, p. 2871 y ss.), según el art. 113 y, por lo tanto, según la competencia para celebrar tratados de que goza la CE, en la política comercial común generalmente entran también los acuerdos sobre los productos básicos (en este caso, se trataba del acuerdo sobre caucho natural), que se encuadran en la cooperación al desarrollo y que, a través de mecanismos de estabilización tales como la formación de vigilancias, se proponen que las mismas sean gestionadas por un organismo internacional especialmente creado, entre otras cosas, para mantener el precio de las materias primas en un nivel constante, que sea remunerativo para los países exportadores y equitativo para los países importadores (v. p. 316).

La distinción entre acuerdos de asociación y acuerdos comerciales es difícil de establecer y en la práctica puede considerarse superada. Los primeros deberían diferenciarse de los segundos por no sólo prever derechos y obligaciones relativos a los intercambios comerciales entre las partes, sino también "acciones en común y procedimientos particulares", como dice el citado art. 238. Sólo que tales acciones comunes y procedimientos particulares a menudo también se hallan previstos en acuerdos celebrados en virtud del art. 113: tal es el caso de varios acuerdos sobre productos básicos, de los cuales forma parte la Comunidad, y de numerosos acuerdos comerciales con determinados países en particular que son, en esencia, verdaderos acuerdos de asociación.

Convención de Lomé

Entre los acuerdos de asociación, merecen especial mención las Convenciones de Lomé que se sucedieron desde 1975 en adelante (la última es del 15-12-1989) y que fueron celebradas con varios Estados africanos, del Caribe y del Pacífico (los llamados "Estados ACP"). Las Convenciones de Lomé representan un ejemplo de aplicación de algunos de los principios del nuevo orden económico internacional (v. p. 315 y ss.): entre otras cosas, instituyen un régimen preferencial (por lo tanto, sin el requisito de la reciprocidad) para los productos provenientes de los Países ACP; un mecanismo (Stabex) tendiente a garantizar a estos países un flujo regular de financiamiento a la exportación de los productos básicos (mecanismo que se funda en financiaciones y ayudas por parte de la Comunidad), como así también varias formas de cooperación industrial y financiera, transferencia de tecnología, etc.

Carácter exclusivo de la competencia para celebrar acuerdos de la CE

Esta competencia de la CE para celebrar acuerdos internacionales, en los casos contemplados por el Tratado, tiene carácter *exclusivo*. Esto significa que los Estados miembros están obligados a no celebrar acuerdos por su cuenta en esas mismas materias. Dicha exclusividad surge del espíritu más que de la letra del Tratado; es una consecuencia necesaria de su objetivo de que, a partir de la creación del mercado común, la acción de la Comunidad sustituya a la de los Estados miembros; y, de todos modos, fue expresada en varias ocasiones por la Corte comunitaria (cfr. la opinión del 11-11-1975 Nº 1/75, en *Raccolta*, 1975, p. 1355, y la ya citada opinión del 4-10-1979 Nº 1/78, en *Raccolta*, 1979, p. 2.871). Sin embargo, esta exclusividad puede tener un efecto paralizante y nocivo para los propios intereses comunitarios cuando un tercer Estado pretenda no contratar con la Comunidad, o no sólo con la Comunidad, o bien cuando en el ámbito comunitario no se alcance el acuerdo necesario para realizar una acción externa común. De esto surge una práctica que entra en el ámbito de la política comercial comunitaria, y que consiste en que el Consejo acuerda autorizaciones a los Estados miembros, principalmente para celebrar acuerdos con terceros Estados. De aquí surge

también otra práctica, la de los *acuerdos mixtos*, que se sigue cuando por su contenido, el acuerdo no corresponde, o al menos es dudoso que corresponda enteramente a la competencia de la Comunidad (esto ocurre, por ejemplo, en las convenciones de asociación): en la celebración del acuerdo participan tanto la Comunidad como todos los Estados miembros.

Consecuencias en el derecho interno de la competencia de la CE para celebrar acuerdos

Es oportuno preguntarse qué consecuencias tiene este carácter exclusivo de la competencia de la CE por sobre la competencia para celebrar tratados que tienen los órganos de los Estados miembros. En otros términos, ¿qué sucede si un Estado celebra por cuenta propia un acuerdo internacional en una materia de competencia de la Comunidad, sin estar autorizado por el Consejo? ¿Debe resolverse el problema como un mero problema de incompatibilidad entre normas convencionales (v. p. 123 y ss.) y, por lo tanto, sostenerse la plena validez del acuerdo, manteniéndose, sin embargo, la responsabilidad del Estado por haber violado el derecho comunitario, lo que puede dar lugar a un juicio de determinación ante la Corte Europea sobre la base de los arts. 169-171 del Tratado (v. p. 504)? ¿O bien debemos inclinarnos, como hace una parte de la doctrina, por la nulidad del acuerdo, y sobre qué bases? Hasta donde sabemos, este problema no se ha presentado hasta ahora en la práctica, pero no resulta inverosímil, sobre todo si se tiene en cuenta la tendencia que se aprecia en las jurisprudencias de los Estados miembros, de colocar al derecho comunitario en un nivel superior a la ley. En Italia, esta tendencia se funda en el art. 11 de la Constitución, que conferiría rango constitucional o cuasi constitucional al propio derecho comunitario. Claro que, si se llevara esta tendencia a las últimas pero coherentes consecuencias, debería decirse que se ha modificado el orden constitucional interno en el tema de la competencia para celebrar tratados y, por lo tanto, que un acuerdo celebrado por los órganos nacionales en una materia de competencia exclusiva de la Comunidad es también nulo internacionalmente, por hallarse en violación de normas constitucionales de importancia fundamental (v. p. 105 y ss.).

Además de los acuerdos cuya celebración aparece prevista expresamente en disposiciones específicas, es decir, además de los acuerdos comerciales o de asociación, ¿puede la Comunidad celebrar acuerdos en cualquiera de las (tantas) otras materias reguladas por el Tratado? La respuesta más conforme a una interpretación

Ampliación de la competencia de la CE para celebrar acuerdos por obra de la jurisprudencia comunitaria

objetiva de esto último, que por otra parte es la que se siguió en los primeros años de vida de la CE, debería ser negativa (recuérdese que el citado art. 228, al disciplinar desde el punto de vista general la competencia para celebrar tratados, se refiere a los casos en que "las disposiciones del presente Tratado *prevean la celebración de acuerdos*.."). Decimos "debería" porque hoy la situación ha cambiado gracias a la continua jurisprudencia de la Corte comunitaria que empezó en 1971, con una sentencia ya famosa en el tema de la política de transportes (Sentencia del 31-3-1971, causa 22/70, en *Raccolta*, 1971, p. 263 y ss.), seguida luego por otras varias sentencias y opiniones (resulta significativa, sobre todo, la opinión del 26-4-1977, N° 1/76, en *Raccolta*, 1977, p. 741 y ss.), que sostiene lo contrario. Muy sintéticamente, la opinión de la Corte se funda en la idea de que existe un paralelismo entre las competencias comunitarias *internas* y *externas*: en todas las materias en que la CE tiene competencias para emanar actos de legislación comunitaria en virtud del Tratado constitutivo, *implícitamente* tiene también competencias para celebrar acuerdos con terceros Estados (sobre los poderes implícitos en el tema de interpretación de tratados, v. p. 143 y ss.). Más aún, y siempre según la Corte, una vez que la competencia en determinada materia haya sido ejercida dentro de la Comunidad (como ya se ha visto, muchas normas del Tratado CE son de carácter genérico y programático, y pueden transformarse en letra muerta si en la práctica no se traducen en actos de legislación comunitaria), o una vez que la Comunidad haya celebrado un acuerdo en determinada materia, esta competencia externa se hace *exclusiva* respecto de la de los Estados miembros. En otros términos, los Estados miembros son libres de celebrar acuerdos internacionales hasta que la Comunidad no haya actuado a nivel interno o externo.

En cuanto a la opinión de la Corte comunitaria, por tratarse de una opinión con carácter vinculante que proviene de una Corte suprema, no queda más que actuarla. La jurisprudencia de la Corte integra un único cuerpo, por así decirlo, con las disposiciones del Tratado. Sin embargo, y al menos sobre el tema en examen, podemos esperar que la jurisprudencia comunitaria alcance niveles de mayor

certeza. En efecto, quedan varias zonas oscuras. Por citar sólo la más importante, resulta difícil entender cuáles son los límites *ratione materiae* de la competencia externa *exclusiva*, en relación con la competencia ya ejercida: si la segunda cubre parte de un sector (por ejemplo, parte de la política de transportes, parte de la política sobre libre competencia, etc.), la primera ¿se extenderá o no a todo el sector? Y si la respuesta es negativa, ¿cómo dividir partes que están eventualmente vinculadas entre sí? Estas dudas son mucho más graves en cuanto es necesario tratar con terceros Estados y no se puede pretender que los terceros Estados se transformen en finos exégetas de la jurisprudencia de la Corte para saber hasta dónde pueden acordar con un Estado miembro.

Participación de la CE en la Convención sobre Derecho del Mar

Así se explica, por lo tanto, la extensión y la complejidad de las tratativas llevadas a cabo en el seno de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, a fin de definir la participación de la CE en la Convención de Codificación elaborada por la Conferencia y luego adoptada en Montego Bay en 1982 (v. p. 324). La participación de la CE era necesaria debido a la competencia de la Comunidad en algunas de las materias del derecho internacional del mar, como por ejemplo, la pesca. Así se explica también la complicada disciplina que adoptó al respecto la Convención de Montego Bay y que está contenida en el Anexo IX de ese mismo texto. En síntesis, ese Anexo prevé que una organización a la cual los Estados miembros "les hayan transferido competencias en materias regidas por esta Convención" (léase: la CE) pueda transformarse en una parte contratante; pero dicha organización debe declarar cuáles son las materias de su competencia, tanto en el momento de la firma como en el de la ratificación o adhesión. Análogamente, los Estados miembros que se transformen en partes contratantes de la Convención deben declarar en qué materias han transferido competencias a la organización. Luego, tanto la organización como los Estados miembros deberán notificar todas las modificaciones que se produzcan en el reparto de competencias ya declarado, como así también deberán responder a cualquier requerimiento que en la materia les presentare otro Estado contratante respecto de casos específicos. Como se puede ver, todo este sistema se basa sobre el acuerdo entre la CE y los Estados miembros acerca de las materias de su respectiva competencia.

Sobre este tema v. Gaja, en It. YIL, 1980-81, p. 110 y ss.

XVIII. Continuación

D) El Consejo de Europa y los organismos europeos de protección de los derechos humanos

Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, en el ámbito de Europa occidental se constituyeron dos organizaciones que hicieron una notable contribución al fortalecimiento de los vínculos entre los Países pertenecientes a esa área geográfica: (1) la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE), transformada en 1960 en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que poco a poco se amplió a varios países occidentales no europeos (en el marco de las relaciones económicas mundiales, hasta ahora el grupo de los "Países de la OCDE" representó al Occidente industrializado opuesto a los países en vías de desarrollo); y (2) el Consejo de Europa, que actualmente cuenta con más de 30 Estados miembros, entre los que se cuentan los países de Europa del Este. No se puede menos que dedicar algunas palabras al Consejo de Europa, por tratarse de la organización de la cual derivó el primer experimento de protección internacional orgánica, incluso con carácter jurisdiccional, de los derechos humanos.

OCDE

Consejo de Europa

"Es objetivo del Consejo de Europa —dice el art. 1 del Tratado constitutivo— obtener una más estrecha unión entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social". "Todos los Miembros del Consejo —agrega el art. 3— deben aceptar el principio de la preeminencia del Derecho y aquel en virtud del cual cualquier persona sometida a su jurisdicción debe gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Como se puede ver, en uno y otro artículo, el acento está puesto en que la inspiración común de los países miembros son los principios del Estado de Derecho. En lo que respecta a su estructura, los principales órganos de la Organización son: el *Comité de Ministros*, que es el órgano dotado de mayores poderes, compuesto por los Ministros de Relaciones Exteriores de todos los Estados miembros, o por sus sustitu-

Órganos del Consejo de Europa

tos; la *Asamblea consultiva* (denominada en la práctica *Asamblea parlamentaria*), que expresa votos y recomendaciones al Comité de Ministros, y en la cual, a partir de una reforma de 1951, sesionan los representantes de los Parlamentos nacionales (la Asamblea consultiva, primer órgano internacional compuesto por los representantes de los pueblos de los Estados miembros, no de los Gobiernos, no debe confundirse con el Parlamento Europeo, que es un órgano de las Comunidades Europeas); la *Secretaría*, a cargo de un Secretario General. Acerca de sus funciones (que no dan lugar a actos vinculantes, fuera de lo que diremos sobre las decisiones del Comité de Ministros sobre el tema de los derechos humanos), debe destacarse la preparación de convenciones, sobre todo convenciones en materias "jurídicas", tales como las relativas al derecho y al procedimiento penal (hay una serie que abarca desde la Convención Europea de Extradición de 1957 hasta la Convención Europea para la Represión del Terrorismo de 1977 y la Convención contra la Tortura de 1987) y a los derechos humanos, tanto económicos y sociales como civiles y políticos. A estos últimos está dedicada la famosa Convención Europea sobre Derechos Humanos.

* * *

Convención Europea de Derechos Humanos

La "Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales", elaborada en el seno del Consejo de Europa, fue solemnemente firmada en Roma en 1950; sucesivamente, le fueron agregados varios Protocolos que, entre otras cosas, aumentan el número de los derechos reconocidos. Actualmente, son partes contratantes de la Convención los Estados miembros del Consejo de Europa.

Las normas de la Convención pueden dividirse en dos partes, la primera de carácter sustancial (arts. 1-18) y la segunda de carácter procedimental (arts. 19-56). En la primera está contenido el catálogo de los derechos y de las libertades fundamentales, que cada Estado contratante se compromete a asegurar a "todas las personas sometidas a la propia jurisdicción" (art. 1); sobre ella volveremos al ocuparnos del contenido del derecho internacional. La segunda parte

crea dos órganos, la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, que, junto con el Comité de Ministros del Consejo de Europa, están destinados a garantizar en el plano internacional el respeto de los derechos y de las libertades sancionadas convencionalmente. En este punto nos interesan sólo las competencias de la Comisión y del Comité (sobre la Corte, v. p. 506).

Comisión Europea de Derechos Humanos

La *Comisión* Europea de Derechos Humanos está compuesta por tantos miembros como Estados contratantes de la Convención haya, pero no puede comprender más de un ciudadano del mismo Estado (art. 20). Los miembros son elegidos por un período de seis años por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (arts. 21-22) y actúan a título personal, por lo que no representan a los Gobiernos nacionales (art. 23). Este órgano tiene funciones de instrucción y de conciliación frente a los recursos que le son presentados por violaciones a la Convención por parte de un Estado contratante, los que pueden ser producidos por otro Estado contratante (art. 24) o bien directamente por el *individuo* o el *grupo de individuos* víctimas de la violación (art. 25). Los recursos individuales, que constituyen el aspecto más característico del sistema y que, como ya vimos, se encuadran en la problemática de la personalidad internacional del individuo (v. p. 34 y ss.), están condicionados, sin embargo, a la aceptación específica de la competencia de la Comisión por parte del Estado acusado, ya sea por una duración ilimitada o por un determinado período; en la actualidad, casi todos los Estados contratantes han procedido a manifestar tal aceptación.

Los recursos son declarados inadmisibles, por ejemplo, cuando no hayan sido agotados los recursos internos (v. p. 280) (art. 26) o, en el caso de recursos individuales, si la demanda es anónima o manifiestamente infundada (art. 27). En cambio, si se acepta el recurso, la Comisión *instruye* la causa en contencioso con las partes, o sea con los Estados, o con los Estados y los individuos parte en la controversia, y trata de llegar a una definición amistosa de la misma, "inspirada en el respeto de los derechos del hombre" (art. 28). La *conciliación* de las partes es la única solución que puede tener la controversia ante la Comisión; si no se alcanza la conciliación, la

Comisión debe hacer un informe y transmitirlo al Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 31).

Competencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia de derechos humanos

Cuando en un plazo de tres meses no se recurra a la Corte Europea de Derechos Humanos, caso en el cual la competencia para pronunciarse pertenece a ésta (v. p. 506), el Comité de Ministros decide, por mayoría de dos tercios de sus miembros, si efectivamente hubo una violación de la Convención y asigna un término dentro del cual debe ponerse fin a dicha violación (art. 32). Justamente, se suele decir que la intervención del Comité tiene más carácter político que jurídico, dada la naturaleza y la composición de este órgano. Sin embargo, es cierto que la decisión del Comité de Ministros tiene efectos jurídicos relevantes, por ser vinculante para el Estado al cual se dirige (art. 32, párr. 4). Se trata de otro ejemplo de una fuente de normas internacionales de tercer grado.

Debido a su carácter acabado, el sistema de control establecido por la Convención constituye un experimento extremadamente interesante en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, en el cual los Estados aún se muestran reacios no tanto a obligarse convencionalmente, como a someterse a decisiones *vinculantes* de órganos internacionales. En esta experiencia europea se inspiró directamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978 y a la cual nos referiremos en breve.

XIX. Continuación

E) Otros órganos para la protección de los derechos humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Como decíamos más arriba, la experiencia de la Convención Europea sobre Derechos Humanos sirvió de modelo en el ámbito regional americano. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica el 22-11-1969 y que entró en vigor el 18-7-1978 [el Congreso argentino aprobó la

Convención Americana el 1° de marzo de 1984 (ley 23.054) y el correspondiente instrumento de ratificación fue firmado el 14 de agosto de 1984], además de prever el típico catálogo de los derechos a la libertad, crea también una Comisión y una Corte de Justicia con competencias similares a las de la Comisión y la Corte europeas. De esta Convención forman parte 25 Estados del continente americano, entre los cuales no figura Estados Unidos. [Son Estados parte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.] En 1988 se agregó a la Convención el Protocolo de San Salvador sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

[El sistema americano de protección de los derechos humanos se ha institucionalizado dentro del ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Si bien los órganos principales de la OEA —como es el caso del Consejo Permanente y de la Asamblea General— tienen cierta ingerencia en temas vinculados con derechos humanos, el órgano con competencias definidas en esa materia es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana fue creada en Santiago de Chile en 1959 durante la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y sus funciones originarias eran muy modestas, limitándose en un principio a producir informes sobre situaciones determinadas que luego remitía a la consideración de la Asamblea General de la OEA.

En la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, realizada en Río de Janeiro en 1965, se modificó el Estatuto de la Comisión aprobado en 1960, ampliándose considerablemente sus funciones.

Durante la III Conferencia Interamericana Extraordinaria realizada en Buenos Aires en 1967 se aprobó un Protocolo de reformas a la Carta de la OEA que estableció el carácter de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como órgano permanente de la organización.

Recién en el año 1969, la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica, adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

La Convención Americana crea una Corte Interamericana de Derechos Humanos y amplía, para los Estados partes en la Convención, las competencias y poderes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creada en 1959.

Es decir que la Comisión Interamericana tiene dos esquemas normativos alternativos para la protección de los derechos humanos: uno, aplicable a todos los Estados miembros de la OEA y otro aplicable restrictivamente a los Estados parte en la Convención Americana de 1969. En principio, para el primer sistema, las fuentes principales de obligaciones estatales son la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana. En el segundo sistema, a estas fuentes se suma la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el sistema americano, la jurisdicción de la Comisión para recibir denuncias de individuos contra un Estado parte está establecida en la misma Convención Americana de Derechos Humanos. Es decir que no se necesita acto posterior a la ratificación o adhesión de los Estados para que la Comisión procese denuncias de particulares contra cualquier Estado parte.

Por otro lado, la Convención Americana condiciona la facultad de un Estado parte de formular denuncias contra otro Estado parte ante la Comisión, al previo reconocimiento de esa competencia por ambos Estados.

En el sistema interamericano, la Comisión es la que, agotadas las instancias previstas en la Convención, decide si remite o no un caso determinado a la competencia contenciosa de la Corte. Así es que la Comisión cumple una función netamente política en cuanto a los cursos de acción a seguir en cada caso particular para la efectiva protección de los derechos humanos.

La Comisión Interamericana está dotada tanto de facultades para la promoción como para la protección de los derechos humanos.

Si bien todo individuo o grupo de individuos tiene derecho a presentar peticiones o denuncias ante la Comisión Interamericana, la Convención Americana contempla taxativamente los requisitos para determinar la admisibilidad de esas peticiones o denuncias.

Las denuncias deben formularse por escrito dentro de los seis meses siguientes a la fecha del efectivo agotamiento de los recursos internos. En el supuesto de casos en donde la regla del agotamiento de los recursos es de imposible cumplimiento, las comunicaciones o denuncias podrán presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la misma Comisión.

La exigencia del requisito del previo agotamiento de los recursos internos como condicionamiento para la admisibilidad de las denuncias o peticiones formuladas contra Estados pone de manifiesto el carácter subsidiario del sistema de protección americano respecto a la obligación primaria de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos.

El requisito del agotamiento de recursos internos funciona como un derecho del Estado, por lo tanto éste puede renunciarlo (conf. Caso Viviana Gallardo, Corte Interamericana de Derechos Humanos). Por otra parte, la inexistencia o imposibilidad de agotar los recursos internos —o el mero hecho de que éstos no sean adecuados o efectivos— implica el habilitar directamente al individuo afectado a accionar la instancia supranacional ante la Comisión (caso Velásquez Rodríguez, caso Godínez Cruz, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En cuanto a las denuncias presentadas contra Estados miembros de la OEA, no partes en la Convención Americana de Derechos Humanos, una vez que la Comisión da por concluida la etapa de investigación, ésta deberá producir un informe final conteniendo recomendaciones. Si las recomendaciones no son observadas dentro de los plazos estipulados por la Comisión, ésta podrá publicar su informe. La publicación de las decisiones de la Comisión operan como una sanción aplicada al Estado renuente a aceptar los cursos de acción recomendados. En los hechos, ni la publicación de los informes ni su envío a la Asamblea General han demostrado ser mecanismos eficaces para asegurar la observancia de los derechos conculcados o para reparar sus efectos.

Desde la entrada en vigor de la Convención Americana, la Comisión ha sometido ocasionalmente a la jurisdicción contenciosa de la Corte situaciones generadoras de verdaderas violaciones de derechos humanos protegidos convencionalmente (por ejemplo, casos que involucraron a Honduras, Perú, Suriname, Colombia).

Si bien la jurisdicción contenciosa de la Corte fue activada solamente por demandas presentadas por la Comisión respecto de un número muy limitado de asuntos (con excepción del caso Viviana Gallardo presentado por Costa Rica y finalmente desestimado por la Corte), la intensidad de las definiciones propuestas en los considerandos de las sentencias ha contribuido notablemente a delinear institutos tales como el de la responsabilidad internacional, la obligación de reparar, el agotamiento de los recursos internos y las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto a los efectos de una sentencia de la Corte Interamericana, la Convención establece su carácter inapelable y definitivo, reconociéndole la misma fuerza ejecutiva que tienen las sentencias de los tribunales internos del Estado. Sin embargo, la Convención Americana no establece un mecanismo coactivo para asegurar la efectiva ejecución de las sentencias de la Corte. La Corte simplemente puede, en su informe anual a la Asamblea General de la OEA, señalar, con las recomendaciones del caso, aquellas situaciones en las que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos (artículo 65). Es decir que frente al no cumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana por parte de un Estado, y ante la falta de poder coercitivo de la Asamblea General de la OEA, en definitiva se vuelve a un planteamiento político de las violaciones a los derechos humanos.

No obstante el limitado uso de la jurisdicción contenciosa de la Corte, diversos pedidos de opiniones consultivas, tanto provenientes de la Comisión como de Estados parte, la han mantenido constantemente activa. Hasta el presente, la Corte emitió trece Opiniones Consultivas, que si bien carecen de fuerza obligatoria, precisan un marco de referencia particularizado a través de interpretaciones, auténticas orientadoras de la aplicación e implementación por parte de los Estados de los derechos reconocidos en la Convención Americana y en otros tratados vinculados a la protección de los derechos humanos.]

Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos

Desde 1986 entró en vigor también la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos. El único órgano instituido por la Carta es la Comisión, que, entre otras cosas, puede recibir comunicaciones relativas a la violación de la propia Carta, tanto provenientes de Estados como de entidades no gubernamentales, e incluso de individuos. Las competencias de la Comisión respecto de esas comunicaciones son sumamente limitadas y se concretan en la posibilidad de transmitir informes "confidenciales" a la Asamblea de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (v. p. 491).

Convenios de las Naciones Unidas sobre derechos humanos

Pasando del plano regional al universal, adquieren relieve los dos Pactos internacionales, ya citados varias veces, promovidos por las Naciones Unidas, uno sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el otro sobre Derechos Civiles y Políticos; sus textos fueron aprobados el 16-12-1966 por la Asamblea General de la ONU, y fueron ratificados por alrededor de un centenar de países, entre los cuales se cuenta Italia. [Argentina depositó los instrumentos de ratificación de los Pactos Internacionales el 8 de agosto de 1986. El Congreso aprobó ambos Pactos por Ley N° 23.313 del 17 de abril de 1986 y los respectivos instrumentos de ratificación se firmaron el 2 de junio de 1986.] Los derechos que los Estados están obligados a reconocer a todos los individuos sometidos a su poder sobre la base de estos dos Pactos son sumamente extensos y detallados. En cuanto a los órganos establecidos para controlar la observancia de los Pactos, que es el tema que aquí nos interesa particularmente, es necesario decir que éstos no brillan ni por su número ni por sus funciones y que, por lo tanto, ni siquiera puede compararse con la reglamentación dispuesta por las Convenciones Europea y Americana. El Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos prevé el funcionamiento de un *Comité para los Derechos Humanos* (art. 28 y ss.), compuesto por dieciocho miembros elegidos a título personal por los Estados contratantes, por un período de cuatro años. El Comité, que funciona desde 1977, puede examinar los reclamos presentados contra un Estado contratante por otros Esta-

Comité para los Derechos Humanos

dos o individuos si, en el caso de los reclamos estatales, el Estado acusado ha declarado aceptar la competencia del Comité en la materia (art. 41) o si, en el caso de los reclamos individuales, dicho Estado acusado ha ratificado un Protocolo opcional *ad hoc*. En uno y otro caso, sin embargo, el procedimiento no concluye nunca con actos vinculantes, sino en informes y en intentos de conciliación. Además de los reclamos estatales e individuales, el Comité es competente para recibir informes de los Estados acerca de la aplicación del Pacto en sus respectivos territorios, para estudiarlos y para transmitir a los Estados contratantes y al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (v.p 189) "las observaciones generales que considere oportunas" (art. 40, párr. 4).

Si bien los actos con los cuales concluye la actividad del Comité no tienen mayor valor desde el punto de vista jurídico por no tener carácter vinculante, sin embargo es necesario reconocer que es notable la contribución del Comité a la consolidación de principios y normas respecto de reclamos individuales ante organismos internacionales. En particular, hay que señalar esto en lo relativo a los principios tanto sobre receptibilidad y admisibilidad de los recursos, como sobre la legitimación para actuar, sobre el previo agotamiento de los recursos internos, sobre la *litis pendentia* respecto de otras instancias internacionales, etc. En cuanto a la actividad del Comité, cfr. los informes que anualmente presenta este órgano a la Asamblea General de la ONU (*Gen. Ass. Off. Records*, Supl. Nº 40).

El Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales no prevé la creación de órganos *ad hoc* y se limita a establecer (arts. 16-22) que los Estados contratantes sometan informes periódicos (sobre las medidas tomadas en observancia de este Pacto) al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que, a su vez, puede transmitirlos a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (v. p. 190) para que formule recomendaciones "de orden general", o incluso someterlos a la atención de la Asamblea General. En 1985 el Consejo Económico y Social creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para que lo "asista" en el ejercicio de sus competencias tal como están previstas en el Pacto.

XX. Las recomendaciones de los organismos internacionales

Ya hemos dicho que la recomendación es el acto típico que tienen el poder de emanar los órganos de las Naciones Unidas (y de las organizaciones internacionales en general, dejando aparte a las Comunidades Europeas). Se dijo también varias veces que la recomendación no es vinculante y, en rigor, no obliga al Estado o a los Estados a los cuales se dirige a mantener el comportamiento recomendado. Por lo tanto, la recomendación de un organismo internacional no puede encuadrarse con exactitud entre las fuentes derivadas de acuerdos. Sin embargo, queda por preguntarse si resulta totalmente improductiva de consecuencias jurídicas o si, en cambio, pueden producir algunos efectos jurídicos, aunque secundarios.

Efecto de licitud de la recomendación

Consideramos que la recomendación produce un efecto que podemos llamar de "licitud". Pensamos, por lo tanto, que no comete un acto ilícito el Estado que, con el fin de ejecutar una recomendación de un organismo internacional, mantiene un comportamiento contrario a compromisos asumidos precedentemente por medio de acuerdos, o bien a obligaciones derivadas del derecho internacional consuetudinario. El efecto de licitud debe admitirse *sólo en las relaciones entre los Estados miembros* de la organización que hace la recomendación, y sólo en lo que respecta a las recomendaciones *legítimas*, es decir, a las recomendaciones que no excedan las competencias propias del órgano en cuestión y de cualquier otro límite puesto por el Tratado constitutivo (que en esta materia debe interpretarse restrictivamente) a las acciones de los propios órganos. Dentro de estos límites, el efecto de licitud puede deducirse tanto de la obligación de cooperar con la organización, que está implícita en todo tratado constitutivo de una organización internacional, como del poder, que debe también considerarse característico de toda organización internacional, de perseguir fines generales o que trasvienden el interés de los Estados miembros individualmente considerados, incluso por medio de actos no vinculantes. En otras palabras, no tendría sentido la posibilidad de que los órganos de una organización les indiquen a los Estados miembros qué comportamientos

son necesarios en el interés común, si esta posibilidad no implicara que el Estado renuncia a denunciar la eventual ilicitud de los comportamientos recomendados, a la luz de normas diferentes de las estatutarias.

Contra el efecto de licitud, y sólo limitándolo a las recomendaciones de las Naciones Unidas, fue invocado *a contrario* el art. 103 de la Carta que, al sancionar *sólo* la preeminencia de las obligaciones estatutarias por sobre las obligaciones derivadas de otros acuerdos (v. p. 247), llevaría a excluir que esa misma preeminencia pueda ser asignada a las *recomendaciones*. Es posible rechazar este argumento, si se tiene en cuenta que el único y claro fin del art. 103 es pretender el respeto del Estado miembro de todos los costos de las obligaciones estatutarias, mientras que, en el caso de la recomendación, el Estado miembro queda libre de no mantener el comportamiento recomendado. En definitiva, el efecto de licitud no se refiere al problema de si el Estado debe ejecutar o no la recomendación, sino al problema (que nos parece justo resolver positivamente) de si el Estado que la haya ejecutado debe ser protegido o no.

Siempre en el ámbito de las Naciones Unidas, un campo en el cual el efecto de licitud puede resultar relevante es el de las recomendaciones del Consejo de Seguridad cuyo objeto sea la adopción de medidas que no impliquen el uso de la fuerza, según el art. 41 de la Carta. Por lo tanto, al adoptar tales medidas, los Estados a los cuales se les requieren podrán violar normas derivadas de otros pactos fuera de la Carta, o bien normas de derecho internacional general. La práctica ofrece un ejemplo que puede servir para ilustrar lo dicho. Se trata de la decisión del Consejo de Seguridad del 9-4-1966, que retomaba la interdicción de la venta de petróleo a Rodesia del Sud, ya recomendada en actos precedentes, e "invitaba" a Gran Bretaña a impedir mediante cualquier medio la llegada al puerto de Beira (Mozambique) del petróleo destinado a proseguir por tierra hacia Rodesia. En efecto, ya en los días previos, las autoridades británicas habían operado en alta mar, a la altura de Beira, la visita de la nave Joanna V de nacionalidad griega; pero esto había encontrado la firme oposición del Gobierno heleníco, por cuanto era contrario a las normas internacionales consuetudinarias sobre navegación marítima. Así establecido, parece tanto más significativo a nuestros fines el hecho de que, habiéndose interpuesto la decisión del Consejo de Seguridad y habiendo sido luego interceptada e inspeccionada una segunda nave griega, la Manuela, no se generó protesta alguna por

parte de ese mismo Gobierno (para la crónica de los acontecimientos v. RGDIP, 1967, p. 472 y ss.).

Efecto de licitud y legitimidad de la recomendación

El efecto de licitud, en cuanto se produce sólo si la recomendación es legítima, o mejor dicho, si se conforma *estrictamente* a las normas estatutarias, no tiene una esfera de aplicación demasiado amplia. En efecto, en las organizaciones internacionales existentes falta un órgano que juzgue la legitimidad de las recomendaciones (incluso en las Comunidades europeas, como veremos, la Corte comunitaria controla sólo los reglamentos, las directivas y las decisiones). Tampoco puede sostenerse que un juicio de este tipo le corresponda al mismo órgano que produce el acto; como consecuencia, el efecto de licitud sólo podrá verificarse entre aquellos Estados miembros que hayan votado a favor de la recomendación o que, de todos modos, la hayan aprobado sin ninguna reserva; en cambio, con respecto a los Estados que hayan votado en contra de la recomendación o que se hayan abstenido, el efecto de licitud deberá excluirse (y de esta manera modificamos una opinión expresada en ocasiones previas), por cuanto en el voto contrario y en la abstención está siempre implícita una objeción más o menos intensa del acto. Además, incluso en el caso de Estados que hayan votado a favor, un órgano estatal llamado por cualquier motivo a aplicar el efecto de licitud deberá preguntarse si la recomendación es legítima o no, a la luz de las normas estatutarias.

Permítasenos subrayar que nuestra tesis acerca del efecto de licitud permite asignar cierto significado a las recomendaciones internacionales; por otra parte, la limitación del efecto de licitud al grupo de Estados que aprueban la recomendación contribuye a equilibrar en su justa medida esta misma tesis. Si, en cambio, se excluye el efecto de licitud, dada la cantidad realmente enorme de recomendaciones que generan las organizaciones y dada, lamentablemente, la calidad de algunas de ellas (por ejemplo, de algunas resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas con la clara inspiración de ser una propaganda de parte), es difícil no llegar pura y simplemente a la conclusión de que las recomendaciones internacionales no modifican el momento en que se produjeron.

* * *

Incumplimiento reiterado de la recomendación

Los que insisten, como se ha hecho aquí, en la obligación de cooperación ínsita en los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales, consideran que es ilícito el comportamiento del Estado que se niega a observar *toda una serie* de recomendaciones. ¡Esto equivale a decir, en esencia, que las recomendaciones, al ser reiteradas en el tiempo, se harían obligatorias! Esta tesis es inaceptable, por cuanto el principio de la cooperación entre los Estados miembros no puede ser defendido hasta el punto de subvertir la característica fundamental del acto, que es no vincular el destinatario al comportamiento recomendado. La tesis es incluso más inaceptable si se considera que no parece distinguir tampoco entre recomendaciones legítimas, o mejor dicho no objetadas, y recomendaciones ilegítimas; lo cual es inconciliable con lo que hasta ahora se señalaba acerca de la cantidad y de la calidad de las recomendaciones.

XXI. La jerarquía de las fuentes internacionales

Para concluir el tema de las fuentes de normas internacionales, y retomando conceptos expresados en las páginas anteriores, se puede ahora trazar un esquema de la jerarquía entre dichas fuentes.

En el punto más alto de esa jerarquía se sitúan las normas consuetudinarias, incluyendo entre ellas esa particular categoría de normas consuetudinarias que son los principios generales de derecho comunes a los distintos ordenamientos jurídicos internos. La costumbre es, por lo tanto, la fuente de primer grado y es la única fuente de normas generales, que como tales obligan a todos los Estados. El segundo lugar de la jerarquía corresponde a los tratados, que encuentran el fundamento de su obligatoriedad en la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*. En tercer lugar se encuentran las fuentes derivadas de tratados, es decir, los actos de las organizaciones internacionales.

¿Cuáles son las relaciones entre estas tres fuentes? Las normas de grado inferior, ¿pueden derogar las normas de grado superior?

Relación entre costumbre y tratados

En primer lugar, en cuanto a las relaciones entre la costumbre y los tratados, casi ni es necesario señalar que, aunque las normas convencionales estén jerárquicamente por debajo de las normas consuetudinarias, esto no significa en sí mismo que estas últimas sean inderogables por las primeras. Una norma de grado inferior puede derogar otra norma de grado superior si esta última lo permite; por ejemplo, en el derecho interno, un acto administrativo puede derogar una ley cuando esta situación está prevista por la misma ley. Por lo tanto, nuestro problema consiste en preguntarnos si las normas internacionales consuetudinarias son tan fuertemente vinculantes que no puedan ser derogadas por medio de tratados.

Flexibilidad de las normas consuetudinarias

En términos generales, la respuesta al problema que hemos planteado es negativa. Según la opinión más comúnmente aceptada, las normas consuetudinarias se caracterizan por su *flexibilidad* y, por lo tanto, por su capacidad de ser derogadas por medio de un tratado.

Flexibilidad de los principios generales de derecho reconocidos por las Naciones civilizadas

Dada la flexibilidad de la costumbre, y dado que las normas convencionales tienen carácter particular *ratione personarum* (por cuanto sólo obligan a los Estados contratantes) mientras que la mayor parte de las normas consuetudinarias tienen carácter general, el derecho convencional acaba teniendo preferencia por sobre el derecho consuetudinario; en efecto, se sabe que el derecho particular prevalece sobre el general aun cuando éste sea anterior. Obviamente, éste no es el caso de las costumbres que se forman, justamente, a partir de la derogación de las normas de determinado tratado (v. p. 59; v. también, p. 76 y ss.).

La regla de la derogabilidad de la costumbre por medio de tratados es válida incluso para esa categoría particular de normas consuetudinarias que son los principios generales de derecho comunes a los distintos ordenamientos jurídicos internos. Un claro ejemplo de este tipo de derogación es el art. 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas. Esta norma prevé que cualquier Estado miembro del Consejo de Seguridad debe abstenerse de votar si una cuestión le compete, pero limita esta obligación de abstención a determinados casos de menor importancia; además, no está prevista esta obligación de abstención en el caso en que se discuta una propuesta de expulsión de la ONU (art. 6 de la Carta) o bien la adopción de medidas coerci-

tivas en mantenimiento de la paz (art. 39 y ss.). Se trata, entonces, de una norma que protege a las grandes Potencias, porque, por disponer del derecho de veto, éstas pueden bloquear un procedimiento de expulsión o de adopción de medidas coercitivas relativo a sí mismas. Por lo tanto, resulta evidente la derogación del principio general *nemo iudex in re sua*.

Ius cogens

Si bien en general todos concuerdan con la idea de este carácter flexible de las normas consuetudinarias, sin embargo, cada vez se habla más en los últimos tiempos de un grupo de normas de derecho internacional general que excepcionalmente serían de *ius cogens*. También se pronuncia en tal sentido la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En efecto, el art. 53 de la Convención establece que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general", debiéndose entender por norma imperativa de derecho internacional general "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". Como resulta evidente, se trata de un artículo que no se destaca precisamente por su redacción, ya que no hace otra cosa que repetir una y otra vez el mismo concepto: un tratado no puede derogar normas imperativas de derecho internacional general. En efecto, es evidente que una norma imperativa de derecho internacional general no puede ser otra cosa sino una norma a la cual la Comunidad internacional le atribuye carácter imperativo; ¡y es lógico, además, que si la norma es imperativa y, por lo tanto, no puede ser modificada por un tratado, sin embargo pueda ser modificada o abrogada por una norma imperativa posterior! El art. 64 de la Convención también se ocupa del *ius cogens*, a propósito de las causas de terminación de los tratados; dicho artículo afirma que "si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo o terminará".

Como ya se tuvo ocasión de señalar cuando hablamos de los aspectos procedimentales de la nulidad y de la terminación de los tratados, la Convención de Viena (art. 66, inc. a) prevé, además, que cuando entre Estados partes de la Convención se suscite una controversia respecto de la nulidad de un determinado tratado por hallarse en oposición al *ius cogens*, dicha controversia pueda ser sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, mediante un recurso unilateral de cualquiera de las partes. Es ésta una disposición de carácter excepcional, ya que no existe esta misma posibilidad en caso de ninguna de las otras causas de nulidad o de terminación de tratados.

La Convención de Viena habla de *ius cogens*, pero de ningún modo indica qué es esto. Los trabajos preparatorios tampoco aclaran la cuestión: en efecto, en ellos se afirma la necesidad de establecer el principio de la inderogabilidad del derecho internacional imperativo, pero siempre deja indeterminada la cuestión de cómo se puede identificar cada una de dichas normas imperativas. Tampoco puede encontrarse ninguna orientación precisa en la doctrina, la que generalmente procede a dar ejemplos (esto es, ejemplifica el *ius cogens* con el principio que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales o con los principios que reflejan reglas humanitarias, como los relativos a la prohibición de la esclavitud, de la discriminación racial, etc.), pero no indica un criterio de referencia que permita homogeneizar el grupo de normas pertenecientes al *ius cogens*. En nuestra opinión, y retomando las observaciones expuestas en otras oportunidades, hay que identificar este tipo de normas sobre la base del art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, según el cual "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". Ahora bien, a propósito del art. 103 es necesario tener en cuenta un dato incontrovertible de la práctica internacional, que se fue desarrollando a partir de la segunda posguerra y que consiste, precisamente, en el hecho de que, aun cuando los Estados no siempre se comportaron lealmente hacia los órganos de la ONU y, de diferentes maneras, trataron de sustraerse a las obligaciones derivadas de la Carta, nunca han puesto en duda la intangibilidad y la superioridad de

Ius cogens y art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas

los principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas. El "respeto de los principios de la Carta" es considerado como una de las reglas fundamentales de la vida de relación internacional y en ese sentido es objeto de solemnes declaraciones de los Estados. Además, no existe ningún tratado constitutivo de ninguna organización internacional que no haga mención a la Carta y que no se preocupe de comprometer tanto a esa organización como a sus Estados miembros a buscar los mismos fines que la máxima organización mundial: al respecto, resulta sintomático el preámbulo del Tratado de la Comunidad Europea, donde no le da tanta relevancia al logro de metas federalistas como al propósito de "desarrollar la prosperidad de los Estados miembros conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas". En este contexto, la regla de que las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas prevalecen por sobre las otras obligaciones internacionales termina por parecer, no ya una simple disposición convencional que se expresa en el art. 103 de la Carta, sino una *norma consuetudinaria* a la cual inicialmente le dio fuerza ese mismo art. 103 y que luego se fue consolidando con el correr de los años. Por otra parte, la prueba de que existe una costumbre que le atribuye carácter imperativo a los principios de la Carta la presenta el art. 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que, al codificar la regla por la cual las normas posteriores abrogan las anteriores (v. p. 125), hace expresa reserva del art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

Oportunamente se ha señalado (Sciso) que el art. 103 sanciona la *preeminencia* de las obligaciones derivadas de la Carta por sobre las obligaciones derivadas de otros tratados y no, en cambio, la *nulidad* de estos últimos. Esta precisión es importante, no sólo desde el punto de vista teórico sino más bien del práctico, si se tiene en cuenta una hipótesis, que en realidad es bastante rara, en la cual una obligación derivada de la Carta tendría carácter temporario (pensemos, por ejemplo, en las obligaciones derivadas de las decisiones del Consejo de Seguridad en el tema de mantenimiento de la paz, sobre las cuales volveremos en breve): es evidente que, en virtud de la *ratio* del art. 103, la preeminencia sólo puede durar mientras dure dicha obligación, con la consecuencia de que el acuerdo incompatible volverá a estar en

vigor una vez que haya cesado la obligación que fue causa de su suspensión. En definitiva, del art. 103 se deriva una (temporaria) inefectividad del acuerdo incompatible con las obligaciones derivadas de la Carta, y no su nulidad. Dicho esto, no nos parece que esta precisión nos deba llevar a rechazar una tesis que nosotros mismos hemos sostenido y que basa la noción de *ius cogens* en el art. 103; más bien deberá decirse que, al menos en el estado actual y prescindiendo de la terminología y de la disciplina dispuesta por la Convención de Viena, el *ius cogens* internacional debe entenderse en términos de inderogabilidad y no de nulidad.

Esfera de aplicación del art. 103 de la Carta

No son muchas las normas de la Carta de las que se derivan verdaderas obligaciones para los Estados y que, por lo tanto, pueden entrar en la esfera de aplicación del art. 103 (mejor dicho, de la regla consuetudinaria correspondiente a él). Se trata, ante todo, de algunos principios generales que son el fundamento de los mayores ámbitos de competencia de las Naciones Unidas (v. p. 192 y ss.) y que, si bien están contenidos en la Carta, en la práctica han adquirido un significado más preciso y también son de carácter consuetudinario. En lo relativo al mantenimiento de la paz, nos referimos al principio que impone a los Estados la obligación de abstenerse de la amenaza o del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2, párr. 4 de la Carta), con la excepción de la autodefensa individual y colectiva, limitada, por otra parte, sólo a la respuesta en caso de ataque armado (art. 51). Según una opinión común, compartida por la Corte Internacional de Justicia en la sentencia del 27-6-1986 sobre la controversia entre Nicaragua y Estados Unidos por las actividades militares y paramilitares contra Nicaragua (CIJ, *Recueil*, 1986, p. 98 y ss., párr. 167 y ss.), este principio, inicialmente sancionado por la Carta, ya ha adquirido carácter consuetudinario. Además, en lo que respecta al campo económico y social, nos referimos al principio que compromete a los Estados a "cooperar" en estos ámbitos (art. 56), del cual puede extraerse la prohibición de comportarse de modo de perjudicar irremediablemente la economía de otros países y, en consecuencia, cualquier ulterior posibilidad de cooperación. En lo que respecta a los derechos humanos, lo mismo ocurre con un principio sancionado por la Carta (art. 1, párr. 3 y art. 55) y consolidado en la

práctica, el del respeto de la dignidad humana; finalmente, en lo que respecta al tema de la descolonización, se puede mencionar el principio de la autodeterminación de los pueblos (art. 1, párr. 2), que, como ya se vio, en la práctica no tuvo el significado que corresponde literalmente a su nombre, sino otro, más restringido, de condenar la sujeción de un pueblo a un Gobierno "extranjero" (v. p. 38 y ss.).

Claro que, si nos quedamos en el ámbito de principios tan generales, son escasas las aplicaciones que pueda tener el art. 103, ya que es poco probable, aunque no inverosímil, que se formalicen tratados de carácter evidentemente agresivo o que autoricen el uso de la fuerza fuera de los casos de legítima defensa, o bien tratados tendientes a perjudicar irremediablemente la economía de otros países, o que obliguen a los Estados partes a violar los derechos humanos de modo tal que constituya un atentado a la dignidad humana, y otros casos por el estilo. Por otra parte, se mostraría extremadamente arriesgado (¡aunque no del todo criticable!) un intérprete que quisiese considerar que los mencionados principios atentan contra los acuerdos que no se encuadren en estos casos-límite.

Ius cogens y tratados de garantía

Por ejemplo, tanto en los debates en las Naciones Unidas como en la doctrina fue considerado contrario al principio que prohíbe el uso de la fuerza fuera de los casos de legítima defensa (art. 2, párr. 4 y art. 51 de la Carta) el art. IV del Tratado de Garantía del 16-8-1960, relativo a Chipre. El art. IV autoriza a Grecia, al Reino Unido y a Turquía, partes contratantes del tratado, "a emprender acciones" tanto conjuntamente como en forma separada, en caso de que se modifique la situación de Chipre tal como quedó regulada en dicho Tratado. Debido al uso del término genérico "acción", y a la ausencia de cláusulas de intervención militar, no nos parece hallarnos ante un caso que contraríe el art. 2, párr. 4 de la Carta; más bien es necesario interpretar el art. IV a la luz de los arts. 2, párr. 4, y 51 y, por lo tanto, desestimar que el Tratado autorice el uso de la fuerza por parte de los Estados garantes, a excepción de los casos de respuesta a ataques armados de terceros a la isla. Y, obviamente, además de la hipótesis de las acciones de policía, es decir, del uso de la fuerza "interna" y no internacional (sobre la distinción v. p. 448), que escapa al art. 2, párr. 4, de la Carta (ciertamente no se pueden considerar contrarios al art. 2, párr. 4, los tratados por los cuales un Estado acepta la "ayuda" de otro para mantener el orden en su interior). Sobre la

cuestión cfr. Sciso, en RDI, 1977, p. 75 y ss.; Grandi, en CS, vol. XV, 1978, p. 215 y ss.

Se consideró también, y esta vez con mayor fundamento, que se oponía a la prohibición del uso de la fuerza el art. 6 del Tratado de Amistad de 1921 entre la URSS e Irán, que Irán declaró terminado en mayo de 1979. El art. 6 del Tratado reconocía el derecho de la URSS a intervenir con sus tropas en Irán en el caso en que este Estado fuera invadido o la URSS fuera amenazada; y esta intervención no estaba sometida al previo consentimiento de Irán. En lo que respecta a la tesis de la nulidad del artículo en cuestión, a causa de la previsión de una intervención automática, v. Reisman, en AJIL, 1980, p. 218 y ss.

Ius cogens e intervención minoritaria

Siempre en lo que respecta a la prohibición del uso de la fuerza, debe registrarse la opinión de Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht, 1985, p. 72 y ss. y p. 132 y ss., según la cual la prohibición del uso de la fuerza en términos generales tendría carácter imperativo, pero, en cambio, no les corresponderían ese carácter a las llamadas "intervenciones humanitarias", o sea, las acciones violentas con el objeto de salvar las vidas de los propios ciudadanos o de los del otro país (v. p. 445): estas acciones (así como también otras intervenciones, similares a las previstas por el citado art. IV del Tratado de Garantía para Chipre) violarían la prohibición del uso de la fuerza, pero no en cuanto norma de *ius cogens*, y constituirían, por lo tanto, actos ilícitos *minoris generis*, con la consecuencia, entre otras, de que los tratados que previeran estas intervenciones serían perfectamente aplicables. Ronzitti se basa en el hecho de que los Estados occidentales siempre han sostenido la licitud de las intervenciones humanitarias y que una norma de derecho imperativo no puede considerarse vigente si no es aceptada por la comunidad internacional en su conjunto. Esta tesis, aun siendo sugerente, no puede aceptarse si, como hemos hecho hasta aquí, fundamos el *ius cogens* en el art. 103 de la Carta: la Carta no prevé que las intervenciones humanitarias sean excepciones a la prohibición del uso de la fuerza (dado que la única excepción admitida es la respuesta a un ataque armado) y, por lo tanto, si se considera que dicha prohibición es imperativa en virtud del art. 103, la actitud de un determinado grupo de Estados no tiene capacidad de quitarle ese carácter.

Pasando a otro ejemplo, se ha planteado la nulidad de las disposiciones de los acuerdos de Camp David del 17-9-1978 y del Tratado de Paz entre Egipto e Israel del 26-3-1979, en relación con la suerte de los habitantes de la franja de Gaza y de la "West Bank" bajo dominio israelí, por considerar

Ius cogens y tratados opuestos a la autodeterminación de los pueblos

que se oponen a otro principio de la Carta, específicamente hablando, al principio de autodeterminación de los pueblos (cfr. Giardina, en It. YIL, vol. IV, 1978-79, p. 22). Pero también en este caso (así como para el ya mencionado del Tratado de Garantía para Chipre) quizá sea preferible sostener que son, precisamente, las disposiciones de estos dos acuerdos (que, en realidad, son bastante ambiguas) las que deben recibir una interpretación conforme al principio de autodeterminación.

Para un análisis detallado de todos los acuerdos mencionados, aunque con conclusiones diferentes de las sostenidas aquí, v. Ronzitti, *Trattati contrari a norme imperative*, cit., p. 227 y ss.

En realidad, sólo si se desciende del nivel de los principios generales al de las normas que, aunque se inspiren en ellos, reglamentan casos más circunscriptos y detallados, es posible darle un sentido más concreto a la cuestión del art. 103. ¿Existen en la Carta normas de este tipo, esto es, normas de las cuales se deriven obligaciones para los Estados? Incluso examinando superficialmente las disposiciones de la Carta, es fácil darse cuenta de que el único de los grandes ámbitos de competencia de las Naciones Unidas respecto del cual se puede responder afirmativamente a esta pregunta es el del mantenimiento de la paz; en los demás, en especial en el ámbito de la cooperación económica y social, la Carta se limita a reglamentar el poder de los órganos de la ONU de hacer recomendaciones (por lo tanto, éste es un poder que carece de efectos vinculantes). En definitiva, las obligaciones respecto de las cuales parece más susceptible de aplicación esta preeminencia de la Carta en virtud del art. 103 son aquellas ligadas al poder de decisión del Consejo de Seguridad, previsto por el cap. VII de la Carta y, principalmente, al poder del Consejo de decidir medidas que no impliquen el uso de la fuerza (v. p. 194 y ss.). De este modo, se verán afectados por el art. 103 (o, mejor dicho, por la norma consuetudinaria correspondiente a él), por ejemplo, los acuerdos comerciales celebrados con determinados países contra los cuales el Consejo de Seguridad haya decretado sanciones económicas, e incluso entonces, en forma limitada a los productos incluidos en las sanciones.

* * *

Inderogabilidad de las normas sobre causas de nulidad y terminación de tratados

Siguiendo con el tema de las relaciones entre la costumbre y los tratados, y de la derogabilidad o inderogabilidad de las normas consuetudinarias por obra de normas convencionales, es necesario hacer una última observación. Las normas que regulan las causas de nulidad y de terminación de los tratados (esto es, normas sobre los vicios de la voluntad, sobre la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, etc.: v. p. 176 y ss.) ¿son o no son derogables? ¿Los Estados pueden decir en el texto de un tratado que incluso siendo éste fruto de violencia, deba considerarse perfectamente válido? ¿Los Estados pueden establecer explícita o implícitamente en un tratado que cualquier cambio en las circunstancias no será considerado causal de terminación (por ejemplo, previendo, como a veces se hace, que la ulterior adaptación del tratado a nuevas circunstancias de hecho *sólo* pueda ser objeto de una revisión negociada entre las partes)? Resulta evidente que nos encontramos aquí frente a normas inderogables. El hecho de que estas normas generales reglamenten la estructura del acuerdo y no su contenido las coloca obligatoriamente en un nivel superior al del tratado, incluso en cuanto a su fuerza en el plano formal. Toda cláusula contractual que estableciera la derogación de estas normas siempre quedaría, a su vez, *sujeta a ellas* (por ejemplo, una cláusula que pudiera decir, eventualmente, que todo cambio de las circunstancias no debería ser causa de la terminación de ese mismo tratado siempre permanecería sujeta al principio general *rebus sic stantibus*).

* * *

Relaciones entre actos de las organizaciones internacionales y sus tratados constitutivos

En lo que respecta a los actos de las organizaciones internacionales, debe resolverse caso por caso el problema de los límites de las posibilidades de estos actos de derogar las normas de los tratados que son, precisamente, los que prevén su producción. En todo tratado constitutivo de una organización internacional pueden encontrarse tanto normas derogables como imperativas. Entre estas últimas deben encuadrarse las normas que prescriben las mayorías necesarias para adoptar los actos de la organización. La necesidad de que los actos de una organización se conformen al tratado constitutivo no sólo debe defenderse en lo relativo a los actos propiamente clasifica-

bles como fuentes de normas internacionales, es decir, a las decisiones vinculantes, sino también, como ya se ha visto (p. 243), en lo que se refiere a las recomendaciones.

Relaciones entre actos de las organizaciones internacionales y derecho internacional consuetudinario

Acerca de las relaciones entre los actos de las organizaciones internacionales y el derecho internacional general, nos parece que necesariamente debe extenderse a estas fuentes derivadas de tratados esa regla fundamental según la cual las normas convencionales pueden derogar al derecho consuetudinario (con la excepción del *ius cogens*). Sin embargo, puede suceder —y, en caso de duda, debe considerarse que así es— que sea, precisamente, el Tratado constitutivo el que deba imponer la observancia del derecho internacional general a los órganos de la propia organización.

Segunda parte

El contenido de las normas internacionales

XXII. El contenido del derecho internacional entendido como un conjunto de límites al uso de la fuerza internacional e interna por parte de los Estados

El contenido del derecho internacional actual —y al decir esto nos referimos, obviamente, a las normas *materiales*, de las cuales se derivan directamente derechos y obligaciones concretos de los Estados, por oposición a las normas *formales* o *instrumentales*, o sea, a las normas sobre procedimientos de formación, modificación y terminación del derecho internacional y sobre solución de controversias— es tan vasto que no puede ser descrito detalladamente en una obra de estas características. Como se ha señalado reiteradas veces, existen en la actualidad convenciones que se ocupan de todo, incluso de aquellos asuntos que antiguamente los Estados reservaban celosamente como un dominio de su propio derecho nacional. Sería realmente imposible profundizar en todo este material normativo.

Si bien esto es cierto, también lo es que el derecho internacional material, tanto el derecho consuetudinario como el convencional (inclusive el derecho emanado de fuentes derivadas de tratados), sigue un hilo conductor, toma su forma de una idea directriz y, sobre la base de esta idea, puede ser descrito, sintética pero sistemáticamente. Esta idea es que el contenido del derecho internacional está constituido por *un conjunto de límites al uso de la fuerza* por parte de los Estados. Se trata tanto de los límites relacionados con el uso directo de la fuerza hacia el exterior, bajo la forma de violencia de tipo bélico hacia los demás Estados (la llamada fuerza "internacional"); co-

mo —y es esta la función más importante que deben cumplir las normas internacionales materiales (función que, como veremos, consiste en determinar qué puede hacer el Estado en el propio territorio o en territorio ajeno, sobre naves, aviones o medios espaciales propios o ajenos, etc.)— de los límites relativos al uso de la fuerza hacia el interior, en relación con los individuos, personas físicas o jurídicas, y con sus bienes (la llamada fuerza "interna").

Fuerza internacional

Más precisamente hablando, entendemos por fuerza internacional la violencia de tipo bélico, o sea, todo acto que implique operaciones militares, como por ejemplo, el cruce de una frontera por parte de tropas regulares o de bandas armadas financiadas por el Estado; el bombardeo de parte del territorio; el ataque contra naves o aviones militares; el bloqueo de las costas o el establecimiento de campos minados a lo largo de las mismas, etc. La noción de fuerza internacional puede coincidir en mayor o menor medida con la definición de agresión contenida en la Declaración de Principios de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución N° 3314 (XXIX) del 14-12-1974).

Fuerza interna

Más complejo es dar una definición de fuerza interna, entendida como "poder de gobierno" (o poder de imperio, o soberanía, o potestad de gobierno, o *jurisdiction*, según la doctrina anglosajona) aplicado sobre los individuos y sus bienes. ¿Qué debe entenderse por "poder de gobierno" limitado por el derecho internacional (o, lo que es lo mismo, por poder de gobierno cuyo ejercicio puede constituir una violación del derecho internacional)? Entre las tantas definiciones indicadas por los filósofos y los teóricos del derecho, ¿cuál es la noción de "poder de gobierno" según el derecho internacional? Se trata de una noción que ha sido estudiada, principalmente, en relación con el poder ejercido por el Estado en el ámbito de su territorio; pero dicha noción es considerada, desde un punto de vista más general, como un concepto que se explica normalmente haciendo referencia al poder de imperio del Estado.

Comencemos por decir que dicho poder de gobierno no puede identificarse pura y simplemente con el ejercicio de la coerción en cuanto fuerza *material* y, por ende, sostener que para el derecho internacional solamente tienen relevancia las acciones de policía, la

ejecución forzada de bienes, la ejecución de las condenas penales, etc.; en otras palabras, el ejercicio de aquellas acciones que la doctrina anglosajona llama *jurisdiction to enforce*. A pesar de que una parte de la doctrina sostenga esta tesis, a la cual también nosotros hemos adherido en ediciones anteriores de este libro, aunque limitándola al derecho consuetudinario, a pesar de que el poder coercitivo material resulte relevante para el derecho internacional, en especial en lo que hace a los límites que experimenta el Estado en el tratamiento de los extranjeros y de sus bienes, después de maduras reflexiones no nos parece que se pueda sostener que las violaciones del derecho internacional derivan siempre y solamente del ejercicio efectivo de la coerción: también pueden constituir un comportamiento ilícito, dentro de los límites de los que hablaremos inmediatamente, la sentencia declarativa de un juez (que someta, por ejemplo, a un Estado extranjero a la jurisdicción de los tribunales nacionales) o una ley que contenga determinada disposición concreta (por ejemplo, una ley que nacionalice los bienes de una compañía extranjera).

Además de refutar el hecho de que el poder de gobierno al cual pone límites el derecho internacional se identifique con la coerción material, también es necesario evitar relacionar este poder de gobierno con las manifestaciones de soberanía del Estado, e incluso con la mera actividad normativa *abstracta*, ya sea expresada por medio de leyes o de actos administrativos. Si a la orden abstracta no le sigue una aplicación a un caso concreto, no se puede hablar de una violación del derecho internacional propiamente dicho. Tal como lo demuestra la práctica, toda controversia relativa a una violación del derecho internacional es siempre una controversia sobre cuestiones concretas. La actividad normativa abstracta no interesa al derecho internacional ni siquiera cuando es (aparentemente) objeto de una convención internacional específica. Consideremos el caso de las convenciones de derecho uniforme (v. p. 147) o de cualquier otra convención que prevea que el Estado regule una cierta materia a través de una ley —como lo hace, por ejemplo, el art. 10, párr. 3, del tantas veces citado Pacto de las Naciones Unidas sobre derechos económicos, sociales y culturales ("Los

Estados... reconocen que... los niños deben ser protegidos... El hecho de emplearlos en trabajos que perjudiquen su moralidad o su salud... debe ser penado por la ley"). Generalmente se afirma que se verifica una violación de este tipo de convenciones simplemente con no promulgar la ley prevista por la convención. Incluso se ha sostenido que, si el objeto de la convención es sólo que los Estados promulguen determinada ley, una vez promulgada la misma, la convención debería considerarse observada, incluso si la ley en cuestión no fuera aplicada por los jueces o los órganos administrativos. Por ejemplo, debería considerarse respetado el Pacto que mencionábamos, aunque tras promulgar una ley que penara el trabajo abusivo de los niños, el Estado no procediera a penar concretamente a aquellos que no la aplicaran. Se trata de una tesis paradojal, pero, además de demostrar que no existen controversias internacionales sobre cuestiones abstractas, deja en claro hasta qué punto es discutible el punto de partida del razonamiento, es decir, la idea de que para el derecho internacional pueda resultar relevante la mera actividad normativa del Estado.

El poder de gobierno del que se ocupa el derecho internacional se ubica, pues, a mitad de camino entre la actividad normativa abstracta y el ejercicio material de la coerción. Pero, ¿exactamente en qué punto? Para nosotros no basta para definirlo ni siquiera la simple formulación de disposiciones concretas, legislativas, jurisdiccionales o administrativas, como la ley que nacionaliza determinados bienes u ordena su bloqueo, o la orden del juez (o del funcionario administrativo) de exhibir determinados documentos, de proveer al pago de determinadas tasas, etc. Nos parece que ésta es la tesis de una parte de la doctrina anglosajona que sostiene que el derecho internacional ya pone límites a la llamada *jurisdiction to prescribe* o *legislative jurisdiction*; decimos que "nos parece", porque no siempre queda claro si con esta terminología se hace referencia sólo a las órdenes concretas o también a la normativa abstracta. De todos modos, y a la luz de una extensa evaluación de la práctica internacional, nosotros entendemos que la mera actividad de dar órdenes, aunque se dirija a personas determinadas y trate sobre cuestiones concretas, por sí misma no tiene relevancia

para el derecho internacional, a menos que vaya acompañada de la *posibilidad real y concreta de actuar coercitivamente para hacerlas respetar*. Esta posibilidad puede variar en mayor o menor medida según las circunstancias, pero se vincula siempre a la presencia de las personas o de los bienes involucrados por la disposición de que se trata, en los lugares donde se ejerce la coerción del Estado.

Todo lo antedicho puede ilustrarse con un ejemplo extraído de la práctica reciente, específicamente, del cierre de la Misión de la Organización para la Liberación de Palestina ante las Naciones Unidas. Con una ley de 1987, la *Anti Terrorism Act*, el Congreso norteamericano prohibió "el establecimiento o mantenimiento" de oficinas de la OLP en Estados Unidos. Esta ley provocó inmediatamente un conflicto con las Naciones Unidas, ya que se la consideró contraria a la Convención que regula las relaciones entre la ONU y Estados Unidos respecto de la sede de la Organización. Ahora bien, los entretelones de este conflicto resultan sumamente significativos para nuestros fines: en primer lugar, el conflicto surgió en tanto la ley afectaba una misión de la OLP ante las Naciones Unidas que ya existía (y que, además, era la única oficina de la OLP existente en el territorio norteamericano en el momento de la entrada en vigor de la ley); en segundo lugar, el conflicto se mantuvo porque existía la posibilidad real de que dicha ley fuera aplicada coercitivamente con un acto de una autoridad judicial; en tercer lugar, el conflicto finalizó y se dejó sin efecto la cuestión del comportamiento ilícito de Estados Unidos en relación con el Acuerdo de Sede con la ONU, ya que, por cuestiones de carácter procesal y gracias a la intervención de una sentencia de la Corte del Distrito de Nueva York de 1988 que declaró inaplicable la ley (sobre este punto, v. p. 407), desapareció cualquier posibilidad de que esta última fuese efectivamente aplicada. ¡Sin embargo, la ley está aún en vigor!

Sobre esta cuestión v. Focarelli, en CI, 1989, p. 3 y ss.

Por lo tanto, puede llegarse a la conclusión de que el poder de gobierno limitado por el derecho internacional o, si se prefiere, la *jurisdiction* del Estado desde el punto de vista del derecho internacional, está constituido por cualquier intervención concreta de órganos estatales, ya sea que esta intervención haya tenido naturaleza coercitiva o que sea susceptible de tener una aplicación coercitiva. Desde este

punto de vista, puede decirse que el derecho internacional pone límites a la *fuerza* interna de los Estados.

* * *

Si se tiene en cuenta que un principio fundamental de derecho internacional prohíbe, en líneas generales, el uso de la violencia de tipo bélico, el tema de los límites al uso de la fuerza que hemos llamado "internacional" se vuelve relevante en el aspecto relativo a la excepción a dicha prohibición, o sea, la legítima defensa. Del tema nos ocuparemos en la cuarta parte de este libro, a propósito de las violaciones del derecho internacional y de sus consecuencias. A continuación examinaremos esquemáticamente los límites a la fuerza "interna", sobre todo en lo que respecta al derecho consuetudinario, que, por estar compuesto por un número limitado de normas, se presta mejor a un tratamiento sintético.

Es importante aclarar también —y esta aclaración es fruto tanto de reflexiones posteriores a las ediciones precedentes de este libro, como de oportunas observaciones críticas que nos han hecho llegar— que cuando decimos que el derecho internacional limita el poder de gobierno no se hace referencia a los *fines* que persiguen las normas internacionales, que pueden ser de los más variados, sino al *modo en que operan estas mismas normas*. Justamente se ha señalado (por Condorelli, en Schw. J, 1990, p. 280 y ss.) que, si se les atribuye a las normas de derecho internacional consuetudinario el objetivo de delimitar las esferas de poder estatal (como nosotros sosteníamos anteriormente, o dábamos la impresión de sostener), se termina por adherir a una visión "clásica" del derecho consuetudinario, o sea, a una visión según la cual el derecho consuetudinario aseguraría la mera "coexistencia" entre los Estados. Esta objeción es válida si se considera que es cierto que los valores de "cooperación y solidaridad" entre los Estados, consagrados globalmente por medio de convenciones internacionales, han penetrado hoy en día también en el derecho consuetudinario. En realidad, explicar el derecho internacional como un conjunto de límites al poder de gobierno simplemente significa utilizar un *esquema* (y un esquema que sólo tiene en cuenta que los Estados son "entes provistos de poder de gobierno") dentro del cual pueden insertarse todas las normas internacionales materiales fuera de las que se

ocupan de la fuerza "internacional" del Estado, de la mejor manera posible desde el punto de vista sistemático. Hecha esta aclaración, en adelante nuestro esquema no vale sólo para el derecho consuetudinario, sino también para las normas derivadas de otras fuentes.

XXIII. La soberanía territorial

Orígenes de la soberanía territorial

La norma consuetudinaria primera y fundamental en materia de limitación del poder de gobierno del Estado es la de la soberanía territorial. La soberanía se afirmó, o, en realidad, se consolidó, en la época de la caída del Sacro Imperio y, por consiguiente, en el momento en que cesó toda forma de dependencia —incluso formal— de las unidades estatales individuales del Emperador y del Papa. La soberanía territorial comenzó entonces a concebirse —en la época de la monarquía absoluta— como una suerte de derecho de propiedad del Estado o, mejor dicho, del soberano, que tenía por objeto el territorio. Como ha observado Quadri: "El territorio era todo: los individuos pertenecían al territorio (*Quisquis in territorio meo est, meus subditus est*). El poder del Estado sobre las personas y sobre las cosas no era más que una manifestación, una derivación del poder sobre el territorio". La idea del territorio estaba tan estrechamente ligada a la de la potestad de gobierno que, para justificar el ejercicio del poder de gobierno más allá del territorio, se decía que, en todo caso, se trataba siempre de territorio (por ejemplo, se hablaba de las naves como territorio del Estado).

Contenido de la soberanía territorial

Se ha discutido y se sigue discutiendo, sobre todo en la doctrina italiana, sobre la "naturaleza jurídica" internacional del territorio: aún hoy hay quienes afirman que se trata de un objeto de derecho real del Estado, similar a la propiedad; otros, por el contrario, entienden que el territorio no tiene relevancia en términos patrimoniales, sino que solamente delimita el ámbito en el cual se extiende la potestad de gobierno del Estado, la que constituiría *por sí misma* el

verdadero objeto del derecho de soberanía territorial; finalmente, hay autores que realizan combinaciones variadas de estas dos tesis. Se trata de una discusión exclusivamente teórica y, por lo demás, estéril: ya sea que se adopte una u otra posición, la esencia del problema no cambia, es decir, no cambia el contenido de la norma internacional sobre la soberanía territorial; en definitiva, no cambia lo que los Estados pueden hacer en el propio territorio y, por el contrario, no pueden hacer en territorio ajeno. ¿Cómo se puede describir dicho contenido? Puede decirse que la norma atribuye a cada Estado el derecho de ejercitar *de modo exclusivo* su poder de gobierno sobre una comunidad territorial, es decir, sobre los individuos (y los bienes de estos individuos) que se encuentran en el ámbito del territorio. Paralelamente, todo Estado tiene la obligación de no ejercer su propio poder de gobierno en el territorio de otro (sin el consentimiento del soberano local), esto es, de no realizar acciones de naturaleza coercitiva o que sean susceptibles de recibir aplicación coercitiva, con sus propios órganos de gobierno. En todo caso, se verifica una violación de la soberanía territorial *solamente* si existe una presencia física y no autorizada de un órgano extranjero en el territorio de un Estado.

Por ejemplo, fue una acción ilícita, aunque moralmente justificable, la captura del criminal nazi Eichmann por parte de agentes del gobierno israelí, que se produjo en 1960 en territorio argentino (posteriormente, Eichmann fue procesado y ejecutado en Israel). El carácter ilícito de esta captura fue afirmado incluso por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a pedido de la Argentina: con la Resolución del 23-6-1960, no obstante sostener la necesidad de perseguir a los nazis responsables de crímenes cometidos contra los judíos y advirtiendo que de ningún modo deseaba con dicha resolución "justificar los crímenes odiosos de los que Eichmann está acusado", el Consejo de Seguridad pidió al gobierno israelí que le asegurara al gobierno argentino "una reparación adecuada conforme a la Carta de las Naciones Unidas y a las normas del derecho consuetudinario". Por otra parte, no son infrecuentes los casos de acciones (ilícitas) de policía que consisten en perseguir criminales más allá de las propias fronteras. Para un ejemplo v. p. 466 y s.; para ejemplos más antiguos v. Pocar, *op. cit.*, p. 113 y ss.

La presencia y el ejercicio de funciones públicas por parte de órganos extranjeros está autorizada en una serie de casos hipóteticos típicos, en primer

lugar en los casos relacionados con la actividad de los agentes diplomáticos y de los cónsules extranjeros. Una forma de actividad jurisdiccional en el extranjero desarrollada con particular intensidad es la que se ejercitó en el marco del régimen de capitulaciones, en base al cual algunos Estados considerados poco confiables en la administración de justicia (como, por ejemplo, el Imperio Otomano o la China) les permitían a los europeos ser juzgados por los cónsules de su país. El régimen de las capitulaciones cesó en casi todas partes después de la Primera Guerra Mundial y se dio definitivamente por terminado después de la Segunda.

Régimen de las capitulaciones

En principio, el poder de gobierno del Estado territorial no sólo es *exclusivo* con relación a otros Estados, sino que también es *libre* en cuanto a la forma y al modo de su ejercicio y de sus contenidos. *En principio*, entonces, dentro de su territorio el Estado es libre de hacer lo que quiera, de disponer como desee de sus propios recursos naturales, de gobernar a la comunidad territorial según los criterios en los que crea. Decimos "en principio" porque esta libertad del Estado, que nació como una libertad absoluta, se ha visto restringida a medida que se ha ido desarrollando el derecho internacional moderno. Casi todas las normas internacionales que se han ido formando hasta la actualidad —inclusive las que defienden valores de justicia y solidaridad entre los pueblos, como las normas relativas a derechos humanos o a cooperación en materia económica y social— comportan ni más ni menos que una serie de límites cada vez más rígidos al poder de gobierno aplicado sobre el territorio. Por lo tanto, si bien es cierto que el principio todavía es que en su territorio el Estado puede comportarse como mejor crea, y si bien es cierto que, en caso de duda, es éste el principio que siempre debe aplicarse, las excepciones son innumerables. Es importante, sin embargo, destacar que, aunque no faltan las excepciones que provienen del derecho consuetudinario, en su mayor parte los límites a la libertad del Estado son fruto de normas convencionales y, por lo tanto, de normas que los Estados han aceptado libremente. De este modo permanece intacta la libertad del Estado de obligarse o no a través de convenciones.

Las excepciones que se afirmaron primero, tanto en el ámbito del derecho consuetudinario como en el ámbito del derecho convencio-

nal, son las normas que imponen un cierto trato a los extranjeros, ya sean personas físicas o jurídicas, a los órganos extranjeros, sobre todo a los agentes diplomáticos, y a los mismos Estados extranjeros (sobre la base de las normas sobre el tratamiento de estos últimos se han desarrollado también las normas relativas al tratamiento de las organizaciones internacionales). Los límites al poder del Estado que derivan de estas normas no son, hoy en día, los más importantes; es más, en lo que respecta a la condición de los extranjeros y en especial a la protección de sus intereses económicos, veremos que, bajo el impulso de las reivindicaciones de los países en desarrollo, en cierta medida estos límites se han ido debilitando. Mucho más importantes son los límites surgidos de normas que defienden valores de justicia y solidaridad entre los pueblos.

Sobre todos los límites de los que estamos discutiendo volveremos más adelante.

Soberanía territorial, países en desarrollo y soberanía sobre los recursos naturales

En esta libertad del Estado en el ámbito de su territorio que, como ya se ha dicho, constituye desde hace varios siglos el contenido del derecho de la soberanía territorial, se inspiran algunos principios del "nuevo orden económico internacional", tan importante para los países en desarrollo. Nos referimos, específicamente, al principio de la soberanía permanente del Estado sobre los recursos naturales, enunciado repetidamente por la Asamblea General de la ONU (para todas estas cuestiones, cfr. el art. 2, párr. 1, de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, contenida en la Resolución N° 3281 (XXIX) del 12-12-1974, que enuncia el principio según el cual "todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas"). Nos referimos también al principio por el cual todo Estado tiene el derecho "de elegir su sistema económico, así como su sistema político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo..." (art. 1), como así también "de elegir sus objetivos y medios de desarrollo, de movilizar y utilizar cabalmente sus recursos, de llevar a cabo reformas económicas y sociales progresivas y de asegurar la plena participación de su pueblo en el proceso y los beneficios del desarrollo" (art. 7 de la misma Carta). Podría parecer que la adhesión de los países en desarrollo a estos principios o a otros similares, así como su tendencia a proclamarlos continuamente en todos los foros posibles,

es poco original, al menos desde un punto de vista estrictamente jurídico. En realidad, más que sobre el contenido de la soberanía territorial, las afirmaciones relevadas hasta aquí tratan de influir, y en parte ya han influido, sobre la reglamentación de los límites a la soberanía respecto del tratamiento de los extranjeros y de sus bienes. Como decíamos hasta aquí, y como veremos mejor a continuación (v. p. 273 y ss.), estas afirmaciones intentan orientar la normativa sobre el trato de los intereses *económicos* de los extranjeros en un sentido de mayor protección de los intereses del Estado territorial, considerados verdaderamente sacrosantos cuando se trata de países débiles.

* * *

Soberanía territorial y prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza

La soberanía territorial también está protegida indirectamente por otro principio fundamental del derecho internacional, vale decir, por el principio, que ya hemos citado en varias ocasiones pero que trataremos con más amplitud a continuación (v. p. 444 y ss.), que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Es evidente que dicha prohibición se refiere principalmente a las acciones de tipo bélico ejercidas contra el territorio de un Estado, y no por casualidad el art. 2, párr. 4, de la Carta de las Naciones Unidas, que lo ha sancionado por primera vez, destaca la necesidad de proteger "la integridad territorial" de los Estados.

* * *

Adquisición de la soberanía territorial

En lo que respecta a la adquisición de la soberanía territorial, es decir, del derecho a ejercer exclusivamente y sin intervenciones el propio poder de gobierno, vale el criterio de la *efectividad*: es el ejercicio *efectivo* del poder de gobierno lo que da origen al derecho de ejercer *exclusivamente* ese poder. La tautología parcial que contiene esta afirmación es una característica del criterio de efectividad y está implícita en cualquier aplicación del principio "*ex facto oritur ius*", que es anterior al nacimiento del derecho de soberanía territorial (y al nacimiento mismo del Estado, que es un tema con el cual está estrechamente ligada la cuestión que estamos tratando: al respecto, v. p. 25 y ss.).

Muchos aspectos de la problemática de la adquisición de la soberanía territorial, tan apreciados por la doctrina clásica y que se hacen eco de diversas concepciones de la teoría general del derecho privado (entre ellas, además de la efectividad, la necesidad o no del *animus possidendi* por parte del Estado; la validez de las ocupaciones simbólicas del territorio; la posibilidad de que el descubrimiento constituya por sí mismo un título preferencial para adquirir soberanía territorial, etc.) carecen hoy totalmente de actualidad. En realidad, se relacionaban con la existencia de territorios que no pertenecían a nadie (por ejemplo, pensemos en los territorios que fueron objeto de expansión colonial aún en el siglo pasado) o tal vez territorios que todavía no habían sido descubiertos. Hoy no existe este tipo de territorios, ni puede adquirirse soberanía territorial en el espacio cósmico descubierto o por descubrir. En cambio, reviste actualidad el problema de la adquisición de territorios efectuada en violación de normas internacionales de fundamental importancia: pensemos en aquellos territorios adquiridos en violación del art. 2, parr. 4, de la Carta de la ONU, que prohíbe el uso de la fuerza (por ejemplo, los territorios árabes ocupados por Israel en 1967) o en violación del principio de autodeterminación de los pueblos, como en el caso de territorios coloniales cuya independencia ha sido declarada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en ejercicio de competencias que le han sido asignadas en virtud de normas consuetudinarias específicas formadas en el seno de la Organización (v. p. 193).

Adquisición de la soberanía en violación de normas fundamentales internacionales

Este ha sido el caso del Sudoeste Africano, también llamado Namibia, ex colonia alemana transferida a Sudáfrica después de la Primera Guerra Mundial, bajo mandato de la Sociedad de las Naciones, y prácticamente anexado por el gobierno de Pretoria algunos años después de la Segunda Guerra Mundial. Frente a la persistente negativa de Sudáfrica de colaborar con la Organización para que Namibia no permaneciera al margen del proceso de descolonización, la Asamblea General decidió, por medio de la Resolución N° 2145 (XXI) del 27-10-1966, poner fin al mandato sudafricano y asignó a las Naciones Unidas la responsabilidad de la administración del territorio con vistas a su independencia. A continuación (por medio de la Resolución N° 2248 S-V del 19-5-1967) se creó un órgano de gobierno del

Cuestión de Namibia

territorio, el Consejo de las Naciones Unidas para el Sudoeste Africano (Namibia), compuesto por 11 Estados miembros y asistido por un Comisario de la ONU con funciones ejecutivas. Uno de los actos de este Gobierno que, como es inútil decirlo, carecía de efectividad debido a la persistente presencia sudafricana en Namibia, fue prohibir la búsqueda, utilización y venta de todos los recursos económicos del país sin su autorización y declarar que, en caso de constatarse la existencia de exportaciones no autorizadas, dichos recursos debían ser "secuestrados y confiscados" en interés del pueblo namibiano (Decreto N° 1 del 27-9-1974 del Consejo para Namibia, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 13-12-1974, en especial párr. 1 y 4).

Finalmente, Namibia adquirió su independencia en 1990, después de una etapa constituyente llevada a cabo con la asistencia de las Naciones Unidas.

Sobre los sucesos relativos a Namibia antes de la independencia, de los cuales tuvo oportunidad de ocuparse en varias ocasiones la Corte Internacional de Justicia, v. Conforti, p. 243 y ss.

No obstante los esfuerzos realizados desde el período de entreguerras para limitar el alcance del principio de efectividad y desconocer la expansión territorial fruto de violencia o de graves violaciones a normas internacionales (es famosa la llamada "doctrina Stimson", formulada en estos términos en 1932 por el Secretario de Estado norteamericano), aún hoy la práctica internacional parece esencialmente orientada a que el ejercicio efectivo y consolidado del poder de gobierno sobre un territorio, incluso conquistado del modo que sea, comporta la adquisición de la soberanía territorial. Tratando de argumentar a partir de la práctica de las Naciones Unidas, todo lo que puede sostenerse es que se ha formado una norma consuetudinaria que obliga a todos los Estados a negar la efectividad extraterritorial de los actos de gobierno llevados a cabo en un territorio adquirido ilegítimamente (o bien ocupado en violación del principio de autodeterminación de los pueblos), *siempre que esa adquisición se vea rechazada por la mayor parte de los miembros de la comunidad internacional*. Por ejemplo, los Estados podrán negarle su reconocimiento a las sentencias pronunciadas en dicho territorio o no aplicar, en virtud de las propias normas de derecho internacional privado, las leyes emanadas en el mismo, etc.

Sobre las resoluciones de los órganos de la ONU que obligan a los Estados a desconocer los actos de gobiernos realizados en territorios ocupados ilegítimamente, v. Conforti, p. 191 y ss.

* * *

Adquisición de la soberanía territorial y cambios en el Estado

Hay también adquisición y pérdida de la soberanía territorial en relación a las cuestiones relativas a la vida del Estado, de las que nos ocupamos cuando nos referimos a la sucesión de Estados en materia de tratados (v. p. 149): cuando se verifica la separación de una parte del territorio, con la consiguiente formación de un nuevo Estado, o una cesión de territorio, o una incorporación, etc., siempre se produce una pérdida de soberanía territorial por parte de un Estado y una adquisición por parte de otro. También en estos casos es decisivo el principio de efectividad, por cuanto, como ya dijimos, los acuerdos que fundamenten estas situaciones (por ejemplo, un acuerdo de cesión) sólo producen efectos obligatorios y por sí mismos no son capaces de originar un derecho de soberanía territorial.

Sucesión en materia de bienes del Estado como consecuencia de la adquisición de la soberanía territorial

La expansión de la soberanía sobre el territorio de otro Estado comporta, salvo disposiciones expresamente pactadas, que la propiedad pública y privada del Estado predecesor (con los relativos accesorios, pertenencias, etc.) pase al Estado sucesor.

Sobre el tema mencionaremos la Convención de Viena de 1983 sobre la Sucesión de Estados "en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado", del cual ya hemos tenido oportunidad de ocuparnos a propósito de la sucesión en los tratados (v. p. 168). Además de contener normas de detalle que no serán examinadas aquí, esta Convención confirma el principio de que la propiedad de derecho interno corre la misma suerte que la soberanía territorial, sea en lo relativo a bienes (art. 7 y ss.) como en lo relativo a archivos (art. 19 y ss.). Entonces, y como puede comprobarse en el caso de las deudas contraídas con otros Estados (v. p. 169), esta Convención prevé un tratamiento especialmente favorable para aquellos países sometidos a un régimen colonial, ya que se les atribuyen no sólo los bienes existentes en el territorio, sino también los bienes, tanto muebles como inmuebles, que se encuentren en el exterior y de los cuales se hubiera apropiado la metrópoli durante el dominio colonial (art. 15). Es evidente que si se aplicara al pie de la letra una norma de este tipo, llegaríamos a poner en duda incluso la supervivencia de muchos de los museos de los países desarrollados. De todos modos, estos países han votado en contra de que la Conferencia adopte la mencionada Convención (v. p. 169), lo que vuelve particularmente incierto el destino de la Convención, ya que le ha conferido una entidad meramente teórica a la disposición contenida en el art. 15.

XXIV. Los límites a la soberanía territorial

A) El tratamiento de los extranjeros

"Ligamen" del extranjero con la comunidad territorial

Como ya se ha destacado, entre los límites *clásicos* a la libertad del Estado para gobernar su territorio como crea conveniente está comprendido el tratamiento que el Estado está obligado a conceder a los extranjeros y a sus bienes, como así también a los órganos y a los Estados extranjeros (hoy en día, también a las organizaciones internacionales). Nos ocuparemos ahora de estos límites, teniendo en cuenta, sobre todo, las normas consuetudinarias, por los motivos ya indicados.

Existen dos principios consuetudinarios en el tema del tratamiento a los extranjeros. El primero prevé que al extranjero no puedan imponérsele prestaciones, y en términos más generales, no puedan reclamársele comportamientos que no estén justificados por una suficiente "pertenencia" del mismo extranjero (o de sus bienes) a la comunidad territorial. Esta norma (que, como todas las normas consuetudinarias, es muy vaga y elástica y requiere de una delicada observación por parte del intérprete a fin de aplicarla a cada caso concreto) puede expresarse también diciendo que la intensidad del poder de gobierno sobre el extranjero y sobre sus bienes debe ser proporcional a la intensidad de la pertenencia social de la que hablamos anteriormente. Por lo tanto, al extranjero no podrán pedírsele prestaciones y comportamientos de naturaleza política —como la obligación de prestar servicio militar— que sólo se justifican en

presencia de aquella máxima "pertenencia social" que constituye el vínculo de ciudadanía. No podrán pedírsele prestaciones de tipo fiscal, excepto en la medida en que el extranjero ejercite una actividad o posea bienes que justifiquen dicha imposición. No podrán imponérsele vínculos relativos a actividades comerciales, industriales, etc. (o ejercicio de la jurisdicción civil) —pensemos en el respeto de las reglas de la competencia (legislación *antitrust*) o en las prohibiciones inherentes al comercio internacional (v. p. 317 y ss.)— excepto cuando estos vínculos se desarrollen o estén ligados de alguna manera con el territorio. No podrán aplicársele sanciones penales sino por delitos que guarden alguna relación con el Estado territorial o con sus ciudadanos allí donde hayan sido cometidos, salvo que se trate de delitos especialmente atroces, como, por ejemplo, los delitos capaces de inquietar la conciencia de cualquier individuo medio y consecuentemente ligados, en cierto modo, a cualquier comunidad territorial (principio de la universalidad de la jurisdicción penal).

Crimina iuris gentium

A propósito del principio de la universalidad de la jurisdicción penal, es importante señalar que este principio abarca también los llamados *crimina iuris gentium* o, para usar una expresión más moderna adoptada también por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (v. p. 72 y ss.) que está trabajando en la codificación de esta materia, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. El núcleo esencial de estos crímenes son las violaciones graves y atroces de los derechos humanos (genocidio, tortura, tratamiento cruel o degradante de los prisioneros políticos y de los criminales comunes, etc.) ya sea en tiempo de guerra (crímenes de guerra) como en tiempo de paz. Entendemos que cada Estado pueda proceder a imponer una pena a los individuos (tanto a los privados como a los órganos de su propio Estado) que hayan cometido esta clase de delitos; entendemos también que esta pena pueda imponerse aunque el culpable haya sido ilegítimamente capturado en el extranjero, es decir, en violación de la soberanía territorial del Estado en el que se encontraba, y no obstante el hecho de que, según la legislación penal del Estado que juzga, el delito haya prescripto. Destacamos, finalmente, que para el derecho consuetudinario, el Estado *puede* pero no *debe* imponer una pena; y ni siquiera por eso tiene la

obligación de conceder la extradición del individuo hacia el Estado que deba imponérsela. La situación es distinta en el caso del derecho convencional, ya que son numerosos los tratados (también en el caso de delitos que no sean siempre calificables como *crimina iuris gentium*) que contienen la norma "o extraditar o juzgar" ("*aut dedere aut iudicare*").

A favor de la norma *aut dedere aut iudicare* se pronuncia el art. 4, párr. 1, del "Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad", preparado por el Redactor especial Doudou Thiam en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (en *Annuaire de la Commission de droit international*, 1987, II, 1, p. 3). Pero se trata de una tesis que tiende sobre todo al desarrollo progresivo del derecho internacional y no a la codificación del derecho consuetudinario existente. Es posible hacer esta afirmación si se considera que la práctica de varios Estados se orienta aún hoy hacia la utilización de la noción de "delito político" (que comúnmente se excluye de los acuerdos de extradición) en relación con los crímenes internacionales, y que es justamente la concesión de asilo a los responsables de crímenes internacionales lo que ha provocado la práctica de las capturas ilegítimas en territorio extranjero. Hay que considerar, también, que este Proyecto tiende a ampliar enormemente la noción de crimen internacional, previendo, en su art. 11, párr. 1 al 3, que puedan, e incluso deban, responder por estos crímenes ante los jueces de cualquier país los órganos supremos de cualquier Estado que agreda a otro o que interfiera en sus asuntos internos (v. p. 292 y ss.). Con esto se llega a la conclusión de que al señor Reagan, entonces Presidente de Estados Unidos, podría imponérsele una pena en cualquier Estado, si es cierto que Estados Unidos ha recurrido ilegítimamente a la fuerza y ha intervenido en los asuntos internos de Nicaragua —como lo ha expresado la Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua* (CIJ, *Recueil*, 1986, párr. 292)—; lo mismo debería decirse de los órganos supremos de la URSS (obviamente, los que subsistan en la actualidad) en razón de la intervención en Afganistán; y así en todos los casos de este tipo. ¡De este modo nos arriesgamos a hacer el ridículo! Es cierto que —fuera de la especial responsabilidad internacional del *Estado* por actos de agresión u otras violaciones graves del derecho internacional (sobre la cual v. p. 455)— la responsabilidad *individual* del órgano estatal no puede ser afirmada sino cuando ese mismo órgano, en ocasión o no de actos de agresión, en tiempo de paz o en tiempo de

guerra (pensamos en los criminales nazis durante la Segunda Guerra Mundial), haya cometido violaciones graves y atroces de los derechos humanos.

En lo referente a la tesis de que se aplique el principio de la universalidad de la jurisdicción penal a los crímenes contra la humanidad, cfr., por último, en la jurisprudencia interna, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, 6ta. circ., en el caso *Demjanjuk* v. *Petrowsky* (1985), en ILR, vol. 79, p. 544 y ss. (en este caso, se trataba de establecer si el Estado de Israel podía imponerle una pena a un criminal nazi y, por lo tanto, pedir su extradición a Estados Unidos, a pesar de no existir relación entre el crimen cometido y el Estado de Israel). Siempre hablando del caso de los crímenes contra la humanidad, en lo referente a la posibilidad de imponer una pena aun si el culpable hubiera sido capturado ilegítimamente en el exterior, cfr., por ejemplo, la decisión del Tribunal de Casación francés del 6-10-1983 (en ILR, vol. 78, p. 125 y ss.), en el caso del criminal nazi Barbie. También en ese mismo caso, el Tribunal de Casación afirmó el principio de la imprescriptibilidad de la acción penal (decisión del 26-1-1984 y del 20-12-1985, *idem*, *loc. cit.*). Por el contrario, parece discutible si es imprescriptible la acción civil de la víctima o de sus herederos (en sentido negativo, cfr., por ejemplo, la decisión de la Corte de Distrito de Estados Unidos, Distr. centr., California, en el caso *Handels and Others* v. *Artrecovic* (1985), en ILR, vol. 79, p. 405 y ss.).

Represión del terrorismo

Entre las convenciones que contienen la norma *aut dedere aut iudicare* deben destacarse principalmente las convenciones sobre represión del terrorismo en sus distintas formas. Recordemos, por ejemplo: la Convención de La Haya del 16-12-1970 sobre Represión de la Captura Ilícita de Aeronaves; la Convención de Montreal del 23-9-1971 sobre Represión de Actos Ilícitos que Atenten contra la Seguridad de la Aviación Civil; la Convención de Estrasburgo del 27-1-1977 sobre Represión del Terrorismo, promovida por el Consejo de Europa; la Convención del 7-12-1979 contra la Captura de Rehenes, promovida por la Asamblea de la ONU; la Convención de Roma del 10-3-1988 para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima; etc. Por otra parte, hay que tener presente que los actos de terrorismo son calificables como crímenes contra la humanidad sólo si consisten en violaciones graves de los derechos humanos, lo que no siempre sucede. Pero puede también entenderse que, incluso cuando no sean calificables como crímenes contra la humanidad, hay actos similares que recaen igualmente bajo el principio de la universalidad de la ley penal. En tal sentido se pronuncian las Cortes de Estados Unidos (cfr. los casos citados por Lowenfeld, en AJIL, 1990, p. 444 y ss.).

Protección de extranjero

El otro principio establece la llamada *obligación del Estado territorial de proteger* al extranjero. Según este principio, el Estado debe establecer medidas adecuadas para *prevenir* y *reprimir* las ofensas contra la *persona* o los *bienes* del extranjero, equiparándose dichas medidas a lo que se realiza habitualmente en favor de todos los individuos (es decir, de los ciudadanos comprendidos) en un Estado civilizado, esto es, en un Estado "que cubra normalmente las necesidades de orden y seguridad de la sociedad puesta bajo su control" (Quadri). En cuanto a las medidas preventivas, es obvio que deberán adecuarse a las circunstancias de cada caso concreto: de este modo, si normalmente ese Estado respeta el derecho internacional consuetudinario, si dispone de un aparato de policía suficiente para mantener el orden (¡ya que no puede pretenderse que le provea a cada extranjero que entra en su territorio un grupo de agentes para evitarle lesiones personales o robos a mano armada!), también es evidente que deban tomarse medidas policiales especiales frente a circunstancias especiales (por ejemplo, para prevenir actos de terrorismo contra un grupo de extranjeros que estuvieran especialmente amenazados). También en este caso es fácil advertir que el derecho internacional le concede un papel muy importante al intérprete que, para cada caso concreto, debe establecer si las medidas han sido adecuadas. Respecto de las medidas *represivas*, es necesario que el Estado disponga de un aparato jurisdiccional normal frente al cual el extranjero pueda hacer valer su demanda y obtener justicia. Se llama justamente *denegación de justicia* este eventual acto ilícito del Estado en esta materia específica. Es obvio que se comete este ilícito cuando se deniega justicia en razón de los defectos de la organización judicial del Estado, teniendo en cuenta como modelo la administración de justicia con que cuenta todo Estado medio.

Denegación de justicia

* * *

Protección de inversiones extranjeras

En estos dos principios de los cuales hemos hablado hasta aquí se apoyan las reivindicaciones de los países en desarrollo respecto de las *inversiones* extranjeras, que se encuadran en el "nuevo orden económico internacional" y que tienen por objeto la soberanía per-

manente sobre los recursos naturales (v. p. 264). No es posible desconocer estas reivindicaciones, dado que provienen de un numeroso grupo de Estados. Pero, debido a la oposición que encuentran, tampoco es posible aceptarlas pura y simplemente en sus formulaciones más extremas, esto es, afirmar que en materia de inversiones ha desaparecido la tradicional protección de los bienes extranjeros. En realidad, de lo que se trata es de realizar un esfuerzo para alcanzar una síntesis entre la posición de los países en desarrollo, cuya tendencia es favorable a la absoluta libertad del Estado territorial, y la posición de los países industrializados, cuya tendencia es favorecer la máxima protección de las inversiones extranjeras. En cuanto al punto de vista de los países en vías de desarrollo, puede hacerse referencia al art. 2, párr. 2, inc. a y b, de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (v. p. 79), según el cual cada Estado será libre para reglamentar las inversiones "con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales" y de adoptar todas las medidas necesarias a fin de que esta reglamentación sea respetada por los extranjeros, en especial por las sociedades multinacionales. Una norma de este tipo, que tiene como fin evitar los *abusos* perpetrados en el pasado con el fin de explotar los recursos de los territorios bajo dominio colonial o de los Estados más débiles, también puede ser considerada como la actual norma general de derecho internacional en materia de inversiones, siempre que la libertad del Estado, que dicha norma parece sancionar sin límite alguno, no se ejerza sin ofrecer una *equitativa* remuneración al capital extranjero.

Principio de la igual remuneración del capital

* * *

Un problema siempre abierto en el marco de la reglamentación de las inversiones extranjeras es el de la reglamentación internacional de las expropiaciones y demás medidas restrictivas de la propiedad, derechos e intereses de los extranjeros, que es un problema que se ha presentado sobre todo en relación con las nacionalizaciones. La práctica en la materia se retrotrae al fin de la Primera Guerra Mundial, con las grandes nacionalizaciones soviéticas, y se enriquece a

Expropiación y nacionalización de bienes extranjeros

partir de la segunda posguerra, primero con las nacionalizaciones realizadas por los Estados del Este europeo, y luego con las nacionalizaciones de compañías petrolíferas por parte de los Estados árabes y con todas las que se hicieron en los países de América Latina y en otros países en desarrollo. En la actualidad, ha aportado una contribución interesante sobre este tema la práctica del Tribunal Irán-Estados Unidos (*Iran-US Claims Tribunal*), instituido en 1981 para entender en los recursos de los respectivos ciudadanos por las medidas tomadas contra sus bienes, derechos e intereses.

Nadie pone en duda la absoluta libertad del Estado para expropiar y, más específicamente, para nacionalizar bienes extranjeros, y si existe alguna opinión en contrario, como, por ejemplo, la del árbitro único Dupuy en la sentencia arbitral del 19-1-1977 pronunciada en el caso Libia contra algunas sociedades petrolíferas norteamericanas (en FI 1978, IV, col. 233 y ss., con nota de Tesauro), es una opinión aislada. Tampoco existe controversia alguna acerca de si dicho traspaso a manos públicas deba justificarse en motivos de utilidad pública, que es una cuestión relevante exclusivamente en los casos en que se expropia un bien particular (en los cuales se resuelve afirmativamente), ya que en el caso de las nacionalizaciones (que normalmente abarcan grupos enteros de empresas), el interés público está *in re ipsa*. En definitiva, en la actualidad la única cuestión importante sobre la que se discute es la indemnización. Según el derecho internacional general, ¿el Estado expropiante debe otorgar la correspondiente indemnización? Supongamos que la respuesta deba ser afirmativa, incluso en el caso de las nacionalizaciones, por considerar: que ningún Estado, ni siquiera los de régimen socialista, cuando han realizado nacionalizaciones, se ha proclamado abiertamente contra la obligación de indemnizar o ha declarado abiertamente no querer cumplir esa obligación; que esta obligación está reconocida en la Declaración de Principios de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1962 (v. p. 79), y por el mismo art. 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (en el párr. 2, inc. c), que hemos citado poco antes; y que la necesidad de indemnización se relaciona con la equitativa remuneración del capital que constituye el único lí-

Obligación de indemnizar

mite a la libertad del Estado en materia de inversiones extranjeras. Si esto es cierto, es necesario reconocer también que en la práctica, y por reflejo en la doctrina, reinan una gran confusión e incertidumbre acerca de las *modalidades de pago* de la indemnización y, sobre todo, acerca del *quantum* que debe pagarse. La tesis de algunos Estados industrializados, según la cual esta indemnización deberá ser siempre "inmediata, adecuada y efectiva" (fórmula acuñada por Estados Unidos en el período de entreguerras), si bien puede compartirse cuando se trate de la expropiación de bienes particulares por razones de utilidad pública, nunca ha podido sostenerse en los casos de nacionalizaciones. La indemnización se establece de distintos modos y muchas veces es objeto de negociación entre el Estado que realiza la nacionalización y el Estado cuyos nacionales son los titulares de los bienes expropiados (los así llamados "acuerdos de compensación global" o "*lump-sum agreements*", mediante los cuales el primer Estado entrega una suma global al segundo, y este último se transforma en el único agente competente para decidir acerca de la distribución de dicha suma entre los sujetos dañados) o directamente entre el primero y las compañías expropiadas. Algunos gobiernos (entre ellos, el gobierno democrático chileno en la época de la nacionalización del cobre y el iraní ante el citado Tribunal Irán-Estados Unidos) han sostenido que la indemnización debe ser tal que no produzca un enriquecimiento indebido del Estado que nacionaliza en perjuicio de las compañías extranjeras expropiadas, pero que, al calcularla, también se debe tener en cuenta el enriquecimiento indebido de esas mismas compañías como consecuencia de las ganancias extraordinarias conseguidas por la explotación de los recursos locales. En estas ideas se inspira el art. 2, párr. 2, inc. c, de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados que, a pesar de reconocer el deber del Estado de pagar una indemnización, como ya se ha dicho, prevé que el Estado que nacionaliza determine dicha indemnización sobre la base de "sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que *el Estado considere* pertinentes..." (aunque este punto ha sido contestado por los países industrializados). [A partir de la década del noventa, los Estados en vías de desarrollo comenzaron a aceptar, en diversos acuerdos internacionales, las pautas

Acuerdos de compensación global

impuestas por los Estados desarrollados en cuanto a la responsabilidad internacional del Estado que expropia propiedad extranjera. En los tratados para la promoción y protección de inversiones extranjeras celebrados por la Argentina con una treintena de Estados a partir de fines de 1990, se contempla expresamente la obligación de los Estados partes de no expropiar las inversiones extranjeras. Las inversiones extranjeras no podrán ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que tengan un efecto equivalente a una nacionalización o expropiación salvo por razones de utilidad pública relacionadas con necesidades internas del Estado que toma esas medidas, sobre una base no discriminatoria y a cambio de una compensación pronta, adecuada y efectiva. Se estableció por estos tratados, que el monto de las compensaciones representará el valor real que la inversión expropiada tenía en el mercado al momento inmediato anterior a la expropiación, o antes del momento en que dicha mediada se hizo pública, cualquiera de estas circunstancias fuera anterior. Estas reglas se aplican incluso respecto de aquellos casos en que una parte contratante expropie los bienes de una sociedad incorporada o constituida de conformidad con las leyes vigentes en su territorio y en la cual inversores de la otra parte contratante tengan participación (conf. artículo 5 Tratado del 11 de noviembre de 1990 entre el Gobierno Argentino y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y Protección de Inversiones —en vigor desde el 19 de febrero de 1993—; artículo 5, del Tratado del 22 de mayo de 1992 entre Argentina e Italia sobre Promoción y Protección de Inversiones; artículo IV del Tratado del 14 de noviembre de 1991 entre Argentina y Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones; artículo 4, Tratado del 2 de agosto de 1991 entre Argentina y Chile, etc.).]

En conclusión, todo lo que podemos decir a partir de la práctica internacional es: que subsiste la obligación de indemnizar; que sólo cuando el Estado que nacionaliza sostiene inequívocamente su voluntad de no indemnizar comete una violación del derecho internacional; que no puede hablarse de ilícito mientras pueda demostrarse una seria voluntad de alcanzar un acuerdo con el particular expro-

piado o con el Estado de su nacionalidad, por el cual se fije negociadamente una indemnización o se someta a una instancia arbitral la determinación de la misma; que, si dicho acuerdo se realiza entre Estados, estos pueden incluso sacrificar los intereses del particular expropiado, a fin de obtener otras ventajas. Por otra parte, esto último es una mera aplicación del principio que examinaremos dentro de poco, por el cual cada Estado es libre de proteger o no a un ciudadano que haya sufrido una injusticia en el extranjero y, además, de protegerlo del modo y dentro de los límites que considere más convenientes.

* * *

Respeto de las deudas públicas

El tema de la protección de los intereses patrimoniales de los extranjeros se relaciona con el problema del respeto de las deudas públicas contraídas por el Estado predecesor, en los casos de modificación de la soberanía sobre un territorio (por secesión, desmembramiento, incorporación, cambio radical de régimen, etc.) (v. p. 149). Frente a una práctica que ha sido siempre incierta y contradictoria, la doctrina tradicional se mostraba generalmente favorable a la sucesión de la deuda pública, entendiendo que el respeto de los derechos adquiridos estaba contenido en el deber de protección de los extranjeros. Esta opinión, que ya en el pasado ha sido desmentida por la jurisprudencia internacional (a este respecto, es célebre la sentencia arbitral del 18-4-1925, expuesta en RIAA, I, p. 529 y ss., que excluye la posibilidad de repartir las deudas del desmembrado Imperio Otomano), encuentra cada vez menos apoyo en la práctica y además se opone a la clara toma de posición de los países en desarrollo. Todo lo que puede decirse es que la disciplina en la materia *tiende* a seguir los principios válidos para la sucesión en materia de tratados: es decir, tiende a admitir la sucesión en el caso de las deudas *localizables* (o sea, las deudas contraídas en exclusivo interés del territorio que es objeto del cambio de soberanía) y a no admitirla en el de las deudas *generales* del Estado predecesor, obviamente a menos que, en este último caso, se haya establecido convencionalmente otro compromiso.

Deudas localizables

Recordemos que la materia de la deuda pública contraída con *Estados* extranjeros también está reglamentada por la Convención de Viena de 1983 sobre Sucesión de Estados en Materia de Bienes, Archivos y Deudas del Estado. Pueden encontrar aplicación, en este caso, muchas de las consideraciones que hemos desarrollado sobre esta Convención cuando nos ocupamos de la sucesión de Estados en los acuerdos internacionales sobre préstamos, sobre todo lo referido a la posición de los países en desarrollo (v. p. 168 y ss.).

* * *

Admisión y expulsión de los extranjeros

El derecho internacional consuetudinario no prevé ningún límite para la admisión y la expulsión de los extranjeros: en esta materia cobra plena vigencia la norma sobre la soberanía territorial, que comporta la plena libertad del Estado para establecer su propia política en cuestiones de inmigración, ya sea temporaria o definitiva, y para ordenarles a ciertos extranjeros, o a ciertos grupos de extranjeros, abandonar su propio territorio. Por cierto que, en caso de expulsión, ésta debe realizarse de la manera menos "ultrajante" posible para el extranjero, y que a dicho extranjero debe concedérsele un lapso razonable para resolver sus asuntos y abandonar el país (en tal sentido se expresa la sentencia del 2-11-1987 del ya tantas veces citado Tribunal Irán-Estados Unidos, en el caso *Yeager* v. *Islamic Republic of Iran*, en AJIL, 1988, p. 355); pero todo esto no es más que la aplicación del deber de protección del que hemos hablado hace poco, en especial de la obligación de establecer medidas *preventivas* contra posibles ofensas a la persona del extranjero y a sus bienes.

Convenciones de establecimiento

Debe quedar claro también que, aunque lo que hasta aquí hemos descrito es el estado actual del derecho *consuetudinario*, por el contrario existen numerosos acuerdos internacionales —las llamadas "convenciones de establecimiento"— en virtud de los cuales cada una de las Partes contratantes se obliga a reservar condiciones particularmente favorables para las personas físicas o jurídicas pertenecientes a la otra u otras Partes, tanto en lo que se refiere a la admisión, como en lo que concierne al ejercicio de actividades empresariales, profesionales, etc. Son particularmente importantes

(de entre las normas relativas a la libre circulación de las personas) las normas sobre el derecho de establecimiento contenidas en los arts. 52 y ss. del Tratado CE, que tienden a lograr una casi total equiparación entre los propios ciudadanos y los extranjeros dentro del área comunitaria, entendiendo por tales, obviamente, a los ciudadanos de los Estados miembros.

* * *

Protección diplomática

Si el Estado no respeta las normas sobre el tratamiento de los extranjeros, incurre en un ilícito internacional frente al Estado del cual es nacional dicho extranjero. Además de todo lo que se dirá acerca de las consecuencias de los actos ilícitos en general (v. p. 439 y ss.), es importante mencionar aquí la figura de la "protección diplomática", que es un instituto característico de la materia que estamos tratando.

El Estado del extranjero "maltratado" podrá ejercer la protección diplomática, o sea, asumir la defensa del propio ciudadano en el plano internacional: podrá actuar a través de protestas, propuestas de arbitraje, amenazas de (o recurso a) represalias (v. p. 449 y ss.) contra el Estado territorial, con el fin de obtener el cese de la violación y el resarcimiento del daño causado al propio ciudadano. Sin embargo, antes de que el Estado ejerza la protección diplomática, es necesario que el extranjero haya agotado todos los procedimientos del ordenamiento jurídico del Estado territorial que tenga a su disposición a fin de obtener justicia (ésta es la llamada "norma del *previo agotamiento de los recursos internos*"). Es decir, es necesario que la acción, el proceder internacionalmente ilícito del Estado territorial sea definitivo o que, al menos, no exista un remedio *adecuado* y *efectivo* frente a ese proceder ilícito.

Agotamiento previo de los recursos internos

Como se señala comúnmente, el Estado que ejerce la protección diplomática ejerce un derecho del cual es titular él mismo, no su ciudadano, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico internacional. El Estado no actúa como mandatario o representante del individuo. Este hecho implica la posibilidad de que, en cualquier momento, el Estado pueda renunciar al ejercicio de la protección diplomática, sacrificar el interés del ciudadano lesionado en razón de otros intereses, transigir con el Estado agresor, etc.

El problema es otro si, *desde el punto de vista del derecho interno*, el Gobierno no está obligado a ejercer la protección diplomática respecto de sus ciudadanos. En caso de silencio de las normas legislativas o reglamentarias, la jurisprudencia interna se orienta en sentido negativo. Sirva a título de ejemplo para Italia, Cass., Sez. Un., del 8-10-1965, N° 2088 y del 12-7-1968, N° 2452, en Picone y Conforti, *La giurisprudenza italiana di dir. int. pubblico, Repertorio 1960-1987*, Nápoles, 1988, p. 128 y ss., donde, en una perspectiva más general, se consideran plenamente discrecionales y totalmente fuera de control tanto jurisdiccional como administrativo aquellos actos realizados por el Estado para regular las relaciones internacionales; en el mismo sentido, en Francia, Cons. de Estado del 25-3-1988, en RGDIP, 1989, p. 258. Menos drástica es la decisión de la Corte de Apelación de la Haya del 22-11-1984, en NYIL, 1986, p. 299 y ss., según la cual para el derecho holandés subsistiría la discrecionalidad del gobierno, pero podrían intervenir las Cortes si la asistencia prestada al propio ciudadano fuese menor o distinta de la que razonablemente pueda preverse.

Doctrina Calvo

Hay que destacar que, en el ámbito de las relaciones *económicas* que involucran a extranjeros, el instituto de la protección diplomática es objeto de oposición por parte de los Estados en desarrollo. Estos se basan en la doctrina Calvo, que toma su nombre del diplomático e internacionalista argentino que la enunció en el siglo pasado (como reacción contra la pretensión de los Estados europeos de intervenir militarmente en los países de América Latina con el pretexto de proteger a sus propios ciudadanos), según la cual las controversias relativas al trato de los extranjeros serían de exclusiva competencia de los Tribunales del Estado local. En una doctrina similar se han inspirado casi siempre los Estados latinoamericanos, que además suelen incluir en los contratos celebrados con empresas extranjeras una cláusula de renuncia por parte de estas últimas a la protección del propio Estado (la llamada cláusula Calvo). En la misma doctrina se inspira el tantas veces citado art. 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, cuando, a propósito de las nacionalizaciones de bienes extranjeros, establece (párr. 2, inc. c)

Cláusula Calvo

que "... en cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus Tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos [de solución de controversias] sobre la base de la igualdad soberana de los Estados". Para nosotros, no debe dramatizarse, como se ha hecho, el alcance de este tipo de declaraciones, de la oposición al instituto de la protección diplomática y del recurso a la doctrina Calvo. En efecto, nadie puede obligar a un Estado acusado de haber violado las normas sobre el tratamiento de los extranjeros a tratar esta cuestión a nivel internacional o a resolverla mediante el recurso a un arbitraje, si dicho Estado no ha asumido previa y libremente ciertas obligaciones convencionales al respecto. Pero, por otra parte, nadie puede negar al Estado de la nacionalidad del extranjero el derecho de protestar, de proponer un arbitraje o de amenazar con represalias (incluso si existe una cláusula Calvo, dado que, como ya se ha dicho, por medio de la protección diplomática el Estado hace valer un derecho que le es propio). Se trata de comportamientos referidos a la etapa de comprobación y aplicación coactiva del derecho internacional y esa etapa, tal como veremos en su momento, se caracteriza por las iniciativas, acciones y reacciones de los Estados interesados.

Nuevos instrumentos para garantizar

De todos modos, es cierto que tiende a desaparecer el instituto de la protección diplomática, siempre hablando en relación con la defensa de los intereses económicos y, en particular, de las inversiones en los países en desarrollo. En la práctica (y en un clima que poco a poco va modificándose respecto de la época inmediatamente posterior a la descolonización) se están difundiendo distintos instrumentos destinados a garantizar a los particulares contra los riesgos por inversiones en el extranjero, sobre todo contra posibles nacionalizaciones, y a evitar una radicalización de los conflictos en el plano internacional, tanto en interés de los países exportadores como importadores de capitales. Uno de los instrumentos adoptados es, por ejemplo, una suerte de seguro acordado a los propios nacionales del Estado exportador, que funciona en coordinación con una Convención celebrada con el país importador. [En la mayoría de los tratados sobre garantía de inversiones celebrados por Argentina se contempla la subrogación

automática, y a todo efecto legal, a favor de la parte contratante o de una de sus instituciones que hubiera concedido una garantía de seguro contra riesgos no comerciales por inversiones efectuadas por uno de sus inversores en el territorio de la otra parte y hubiera efectuado pagos en base a la garantía otorgada (conf. artículo 7 del Tratado entre Argentina e Italia sobre Promoción y Protección de Inversiones).] En esa convención está prevista la subrogación del Estado exportador que haya indemnizado al particular, en todos los reclamos (de derecho interno) que éste pudiera haber propuesto en relación con la inversión asegurada. Otorgar estos seguros, tendientes a proteger las inversiones en los países en desarrollo (además de asistir a esos mismos países para ayudarlos a crear un clima favorable a las inversiones extranjeras) es el objetivo de la MIGA (Agencia para la Garantía de las Inversiones Multilaterales), prevista por una Convención adoptada en 1985 por el Consejo de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (v. p. 206), que entró en vigor en 1978 (sobre ella trata Shihata, en RC, 1987, III, p. 95 y ss.; Treves, en RDIPP, 1987, p. 1 y ss.). Hay que rescatar también la actividad del ICSID (Centro Internacional para el arreglo de las Controversias relativas a Inversiones), constituido por la Convención de Washington de 1965 y que se encuentra en vigor entre unos ochenta países, entre los que se cuenta Italia [Argentina aún no es parte]: a través de este Centro (sobre el cual hace referencia Sacerdoti, en RDIPP, 1969, p. 614 y ss. y Bernardini, *idem*, 1981, p. 29 y ss.) se articula un sistema de conciliación y arbitraje para las controversias entre los inversores privados y los Estados que reciben esas inversiones. El ICSID hace uso de los instrumentos clásicos de conciliación y arbitraje en materia de tratamiento a los extranjeros, que están constituidos por Comisiones y Tribunales —que en general surgen de acuerdos bilaterales— destinados a entender en los reclamos propuestos directamente por los ciudadanos de las Partes contratantes. Un ejemplo reciente de estos instrumentos, que encuentra innumerables precedentes en la práctica a partir del siglo pasado, lo brinda el tantas veces citado Tribunal Irán-Estados Unidos. [En los tratados sobre promoción y protección de inversiones celebrados por la Argentina con Estados desarrollados como con Estados en vías de desarrollo se establecen mecanismos para la solución de controversias que surgieren entre los mismos Estados partes, así como para las que surgieren entre un Estado parte y un inversor del otro Estado.

Respecto de las controversias entre un Estado y un inversor del otro, la regla básica común a todos los tratados es la búsqueda de soluciones a través de consultas amistosas entre las partes en la controversia.

De subsistir la controversia, ésta deberá someterse a la jurisdicción administrativa o judicial del Estado en cuyo territorio está situada la inversión. En caso de subsistir la controversia, luego de transcurrido un plazo de 18 meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales, la controversia podrá ser sometida a un arbitraje internacional. A ese fin, cada parte contratante acepta anticipadamente y en forma irrevocable su sometimiento al arbitraje. En caso de recurrirse al arbitraje, el inversor elegirá o recurrir al ISCID, cuando cada Estado parte se haya adherido a éste, o a un tribunal de arbitraje *ad hoc*. En este caso, el arbitraje se efectuará de acuerdo al Reglamento Arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

A partir del momento en que se inicie un procedimiento arbitral, cada una de las partes en la controversia adoptará todas las medidas necesarias a fin de desistir de la instancia judicial en curso. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia (conf. artículo 8 Tratado entre Argentina e Italia sobre Promoción y Protección de las Inversiones).

En otros tratados de garantía de inversiones no se exige al inversor que intente la vía judicial o administrativa del Estado en el que realiza la inversión, como paso previo al recurso arbitral (conf. artículo VII, Tratado entre Argentina y Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; artículo 8, Acuerdo entre Argentina y Francia del 3 de julio de 1991, en vigor a partir del 3 de marzo de 1993).

En razón de que todos los tratados sobre garantía de inversiones están estructurados en función al reconocimiento del principio de la nación más favorecida, en definitiva, el inversor podrá usufructuar de los recursos internos o ir directamente al arbitraje, según su conveniencia e independientemente de una norma expresa en el tratado de garantías aplicable al caso.]

Papel del juez del Estado territorial en el tratamiento de los extranjeros

Además de las objeciones y las desconfianzas que rodean al instituto de la protección diplomática, es necesario detenerse un momento en el hecho de que, al actuar en su propio interés, el Estado que la ejerce puede "negociar" como mejor le convenga, puede sacrificar el interés del ciudadano lesionado en atención a exigencias de política externa, etc. Así las cosas, parece cobrar gran importancia el papel de los jueces internos en el tema del tratamiento a los extranjeros. En otras palabras, y aunque pueda parecer paradójico a primera vista, el extranjero puede estar más protegido contra las violaciones del derecho internacional perpetradas en su contra gracias a la actuación de los jueces del Estado territorial que a la acción de protección diplomática de parte de su propio Estado nacional. Si los jueces del Estado territorial administran justicia recta e imparcialmente y si actúan en un Estado que establece garantías para la observancia del derecho internacional (incluso de orden constitucional, como veremos que ocurre en Italia y en tantos otros países), están en mejores condiciones de proteger al extranjero que su mismo Estado nacional. La protección diplomática se relaciona con los órganos del llamado "poder externo", que en general son órganos del Poder Ejecutivo, y puede estar, por lo tanto, fuertemente condicionada por motivos políticos relativos a las relaciones internacionales. Por lo demás, éstas son consideraciones ligadas a uno de los *leit-motiv* de este libro, esto es, a nuestra defensa de la tesis según la cual el derecho internacional, así como el derecho en general, debe ser administrado por los jueces.

* * *

Protección diplomática de sociedades

Como queda implícito en lo dicho hasta aquí, la protección diplomática puede ser ejercida por el Estado nacional tanto en defensa de una persona física como de una persona jurídica, en especial, de una sociedad comercial. Debe aclararse, sin embargo, que la "nacionalidad" de las personas jurídicas no es un concepto definido y definible como la de las personas físicas, dado que no siempre surge con claridad de las legislaciones internas cuál es la relación que determina la pertenencia de una persona jurídica a un cierto Estado. En lo que respecta a las sociedades comerciales, se cuestiona aún hoy si, para ejercer la protección diplomática, se debe atender a criterios formales o legales, como el lugar de constitución o de la sede central, a los que se vincula tradicionalmente el concepto de nacionalidad de las personas jurídicas; o si, por el contrario, es necesario atender a criterios sustanciales y, por lo tanto, considerar que la protección pueda ser ejercida por el Estado al que pertenecen la mayoría de los socios o los que controlan la sociedad (ya sean personas físicas o jurídicas). A favor de la primera tesis se ha pronunciado abiertamente la Corte

Internacional de Justicia, en la sentencia del 5-2-1970 relativa al caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.* (CIJ, *Recueil*, 1970, p. 3 y ss.). Como ha señalado la Corte, se trata de una tesis que no sólo corresponde al estado actual del derecho internacional general, sino que, en nuestra opinión, termina por tener una lógica propia en relación con la práctica actualmente tan difundida entre los particulares, que consiste en adjudicar la existencia legal de una sociedad a Estados particularmente "complacientes" desde el punto de vista fiscal, del control sobre la gestión social, etc. Queremos decir que no se puede dejar de tener en cuenta el riesgo de una inadecuada protección diplomática en el momento de constituir la sociedad y elegir el Estado "nacional".

En el caso decidido por la Corte Internacional de Justicia, se trataba de una sociedad de nacionalidad canadiense, la *Barcelona Traction* (canadiense, por cuanto había sido constituida según las leyes de Canadá, con su casa central en Toronto), que se había declarado en quiebra en España, donde, junto con otras sociedades auxiliares, había ejercido actividades de producción y distribución de energía eléctrica. La Corte desestimó que Bélgica, que era el Estado nacional de la mayor parte de los accionistas, tuviese títulos suficientes como para ejercer la protección diplomática por los daños causados por la declaración de quiebra y por una serie de procedimientos en consecuencia de la misma, que la parte belga consideraba que eran contrarios a principios fundamentales de justicia y que habían sido ordenados dolosamente con la finalidad de transferir, sin indemnización, los bienes de la *Barcelona Traction* a manos españolas.

A falta de una práctica cierta, existen dudas respecto de que no tenga excepciones la norma que establece que sólo el Estado nacional de la sociedad puede ejercer la protección diplomática. En especial, es dudoso saber si el Estado al cual pertenece el accionista, ya sea una persona física o jurídica, puede ejercer dicha protección cuando la sociedad ya se ha extinguido o bien cuando la sociedad en cuestión tenga la misma nacionalidad del Estado contra el cual debería ejercerse la protección. Esta segunda hipótesis —sobre la cual ha declarado expresamente no querer pronunciarse la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Barcelona Traction*

(CIJ, *Recueil*, 1970, párr. 92)— es muy importante si consideramos que las grandes multinacionales realizan frecuentemente inversiones en el exterior mediante el recurso de constituir sociedades locales cuyo control, en todo o en parte, pertenece a la sociedad madre. En tanto subsista el derecho de ejercer protección diplomática, a nosotros se nos hace difícil negar que el Estado nacional del accionista pueda actuar en ambas hipótesis.

No obstante, no pueden encontrarse argumentos en favor de la tesis aquí sostenida en la sentencia del 20-7-1989, pronunciada por la Corte Internacional de Justicia (Cámara) en el caso de la *Elettronica Sicula S. p. a.* (*ELSI*) (CIJ, *Recueil*, 1989, p. 15 y ss.). La ELSI era una sociedad italiana enteramente controlada por dos sociedades norteamericanas, y Estados Unidos consideró que había sido objeto de comportamientos internacionalmente ilícitos por parte del Estado italiano. La decisión parte del supuesto de que Estados Unidos podía actuar, pero se funda *exclusivamente* en el derecho convencional, más precisamente, en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación Italo-estadounidense del 2-2-1948 y en el relativo Acuerdo de Integración del 26-9-1951 (*idem*, partic. párr. 68 y 106).

XXV. Continuación

B) El tratamiento de los órganos estatales extranjeros, en particular de los agentes diplomáticos

En relación con los agentes diplomáticos, el derecho consuetudinario prevé límites especiales de la potestad de gobierno en el ámbito de un territorio. Dichos límites se concretan a través del respeto de las llamadas "inmunidades diplomáticas". Esta cuestión también se encuentra reglamentada por una Convención Codificadora promovida por la Naciones Unidas (v. p. 72), la Convención de Viena del 18-4-1961. Esta Convención, que entró en vigor en 1965 y que fue

ratificada por un número relevante de Estados, entre ellos Italia (por Ley N° 804 del 9-8-1967) [y Argentina (ratificada el 10-10-63, aprobada por Decreto-Ley N° 7672 del 13-9-63)], sin lugar a dudas corresponde al derecho consuetudinario, tal como lo ha afirmado la Corte Internacional de Justicia en la sentencia del 24-5-1980 en el caso de los diplomáticos norteamericanos mantenidos como rehenes en Teherán (CIJ, *Recueil*, 1980, p. 3 y ss.).

Las inmunidades se otorgan a los agentes diplomáticos acreditados ante un Estado territorial y acompañan a dicho agente desde el momento en que entra en el territorio de ese Estado a fin de llevar a cabo sus funciones hasta el momento en que lo abandona. Como la de cualquier extranjero, la presencia del agente está subordinada en todo y para todo a la voluntad del Estado territorial, la que se expresa a través de la *aceptación* (que precede a la acreditación), en lo que se refiere a la admisión, y, en lo que se refiere a la expulsión, a través del llamado *retiro del pasaporte* y la orden de abandonar el país en un determinado lapso.

Aceptación

Retiro del pasaporte

En síntesis, las inmunidades diplomáticas son las siguientes:

a) *Inviolabilidad personal*

Protección de la persona del agente diplomático

El agente diplomático debe estar protegido contra posibles ofensas a su persona mediante especiales medidas *preventivas* y *represivas*. En este punto, la obligación del Estado receptor de garantizar la inviolabilidad personal del agente diplomático se confunde con su deber genérico de proteger a los extranjeros, protección que, como veremos, debe ser adecuada a las circunstancias y, por lo tanto, relativa a la importancia del extranjero. Por otra parte, es comprensible que en nuestra época la persona del agente haya perdido aquel carácter de "cuasi sacralidad" que tuvo en otros tiempos y que hacía que la falta de protección a un agente diplomático pareciera una de las máximas ofensas que se podían inflingir a un Estado extranjero. Hoy en día, herir, tomar en calidad de rehén o asesinar a un embajador, todos ellos hechos perpetrados en condiciones de grave culpabilidad por parte del Gobierno local, en la mayoría de los casos no provocan ni siquiera la ruptura de las relaciones diplomáticas.

La inviolabilidad personal consiste también, y de un modo principalísimo, en no hacer objeto al diplomático extranjero de ninguna medida de policía (detención, arresto, allanamiento, etc.) dirigida contra su persona.

b) Inviolabilidad del domicilio

La llamada "extraterritorialidad" de la sede diplomática.

Se entiende por domicilio tanto la sede de la misión diplomática como la vivienda particular del agente diplomático. Antiguamente se consideraba que la sede de la misión era "extraterritorial", o sea, que formaba parte del territorio del Estado acreditante. En realidad, no se trata de extraterritorialidad en sentido estricto (por ejemplo, un individuo nacido en la sede de la Embajada de Francia en Roma se considerará nacido en Italia): la sede de una misión diplomática extranjera sigue siendo territorio del Estado receptor, pero éste no puede ejercer allí actos coercitivos sin el consentimiento del agente diplomático.

c) Inmunidad de jurisdicción penal y civil

En este caso es necesario distinguir entre los actos realizados por el diplomático en su carácter *de órgano del Estado* al que representa y los actos realizados como particular.

La llamada "inmunidad funcional"

Los primeros *no son imputables al agente diplomático*, sino *al Estado acreditante*. El agente no puede ser sometido a juicio para responder penal o civilmente, no porque se le reconozca una determinada inmunidad, sino porque no se trata de actos propios. Incluso una vez que ha cesado en sus funciones, el diplomático nunca puede ser llamado para responder por dichos actos. Por ejemplo, si un agente diplomático presenta una nota verbal que contenga insultos dirigidos al Estado receptor o a sus órganos, el juez del Estado receptor nunca podrá someterlo a ningún tipo de procedimiento penal, no porque el agente goce de inmunidad (aunque comúnmente se hable de inmunidad, y más específicamente de inmunidad *funcional*, esto es, relativa a los actos cumplidos en ejercicio de sus funciones), sino porque se trata de un acto del Estado acreditante. Así como tampoco podrá ser

sometido *personalmente* a juicio un agente que haya adquirido objetos para la embajada y no los haya pagado, o que haya tenido comportamientos a consecuencia de los cuales se haya desencadenado una controversia de carácter civil (en este caso, se examinará la posibilidad de llevar a juicio al Estado extranjero, que es un problema que examinaremos cuando nos refiramos, precisamente, a la inmunidad de los *Estados* extranjeros en materia de jurisdicción civil).

Inmunidad por los actos privados

Precisamente en relación con los actos que el agente realiza en su carácter de particular, está prevista la verdadera inmunidad de jurisdicción civil y penal. La *ratio* de esta inmunidad se expresa en la máxima jurídica "*ne impediatur legatio*": el agente debe poder ejercer sus funciones con la máxima libertad y en las condiciones más favorables.

Existen excepciones a la inmunidad de jurisdicción civil. Entre ellas se incluyen: las acciones reales y posesorias respecto de inmuebles situados en el territorio del Estado receptor; las acciones sucesorias abiertas en dicho territorio; las demandas de reconvención y las acciones relativas a eventuales actividades comerciales o profesionales ejercidas por el agente diplomático.

Naturaleza procesal de la inmunidad por los actos privados

Una cuestión fundamental es que la inmunidad de jurisdicción penal (absoluta) y civil (con las excepciones consideradas) es una inmunidad de *procedimiento*, no una inmunidad de ley: el agente diplomático no está exceptuado de observar la ley del Estado receptor, sino simplemente es inmune a su jurisdicción mientras se encuentre en el territorio del Estado receptor y esté ejerciendo sus funciones diplomáticas. Por lo tanto, una vez que haya desaparecido su calidad de diplomático, podrá ser sometido a juicio incluso por los actos o delitos cometidos cuando era diplomático, mientras que durante el ejercicio de sus funciones no podrá ser sometido a proceso, ni siquiera por los actos o delitos cometidos con anterioridad al período de sus funciones.

d) *Inmunidad fiscal*

Es válida exclusivamente para los impuestos personales directos.

* * *

Personas que gozan de inmunidad diplomática

¿A quiénes corresponden las inmunidades diplomáticas? Se ha hablado hasta aquí de *agentes* diplomáticos. Con frecuencia se adopta esta denominación para referirse a los jefes de misión (Embajadores, Ministros Plenipotenciarios y Encargados de Negocios). Pero las inmunidades se extienden a todo el personal diplomático de las misiones extranjeras (Ministros, Consejeros, Secretarios de Embajada, etc.). Asimismo, estas inmunidades se extienden a la familia de los agentes y de todos los que forman parte de dicho personal diplomático. La Convención de Viena (art. 37), con una norma que dudamos que corresponda al derecho internacional consuetudinario, extiende estas inmunidades incluso al personal técnico y administrativo de la misión, a excepción de los empleados que sean ciudadanos del Estado territorial.

* * *

Inmunidad de otros órganos fuera de los agentes diplomáticos

Consideramos que, para el derecho internacional consuetudinario, las inmunidades descriptas alcanzan también a los Jefes de Estado cuando se encuentren en el exterior en forma oficial, a los Jefes de Gobierno y a los Ministros de Relaciones Exteriores.

Sobre las inmunidades de los Ministros de Relaciones Exteriores v. recientemente Trib. Roma, ord. 18-2-1987 (en RDIPP, 1988, p. 359 y ss.), que considera que existen "por costumbre" y por "extensión analógica" de las normas sobre inmunidad diplomática. El Tribunal, aplicando en este caso los principios válidos para los diplomáticos, excluye la posibilidad de que la inmunidad de jurisdicción penal pueda invocarse una vez que la función haya cesado, incluso en lo relativo a los actos privados realizados por el órgano durante el ejercicio de sus funciones (en ese caso, se trataba del Ministro de Relaciones Exteriores de la República de San Marino).

Cónsules

El derecho internacional no prevé inmunidades especiales para ningún otro órgano estatal. Ni siquiera los cónsules gozan de las inmunidades diplomáticas (se considera que solamente es inviolable el archivo consular, mientras que no se asigna ninguna extraterritorialidad o inviolabilidad a la sede del Consulado). Por lo demás, es obvio que para todos los órganos de un Estado extranjero vale lo que corriente-

mente se denomina inmunidad funcional y que, como vimos, consiste en la inimputabilidad del individuo al cual se le asigna carácter de órgano estatal, por las actividades que son propias de su Estado.

Para los órganos extranjeros que se encuentren oficial o extraoficialmente en el territorio de un Estado, valen las normas comunes sobre tratamiento de los extranjeros; también aquí el deber de *protección* deberá ser acorde al rango del órgano y a las circunstancias bajo las que opere.

Inmunidad de los miembros de misiones especiales

La Convención de 1969 sobre Misiones Especiales, promovida por las Naciones Unidas (v. p. 72), extiende las inmunidades diplomáticas de uso a los órganos y a las personas encargadas de misiones especiales, que han sido enviados por un Estado ante otro para tratar determinadas cuestiones (en particular, cfr. los arts. 29 y 31, sobre inviolabilidad personal y sobre inmunidad de jurisdicción, respectivamente). Sin embargo, no parece que en esto la Convención, que hasta hoy ha sido ratificada por unos pocos países [entre ellos por Argentina, ratificación del 13-10-72, aprobada por Decreto-Ley N° 19.802 del 23-8-72], se corresponda con el derecho internacional general. En el caso *Tabatabai*, líder político iraní enviado en misión especial a Alemania y acusado de haber introducido cierta cantidad de opio en el territorio de la República Federal de Alemania, la Corte Suprema de este país, que intervino luego de largas y complejas maniobras judiciales, concluyó que —prescindiendo de la conformidad o no de la Convención de 1969 al derecho internacional general— la inmunidad de los enviados especiales podía resultar de un acuerdo, aunque sólo fuera tácito, entre el Estado de envío y el Estado receptor, lo que a juicio del Tribunal debía afirmarse en ese caso (esta sentencia, del 27-2-1984, aparece reseñada en ILR, vol. 80, p. 418 y ss.).

XXVI. Continuación

C) El tratamiento de los Estados extranjeros

Siguiendo con el tema de los límites que encuentra el Estado territorial para el ejercicio de su poder de imperio, después de haber considerado el tratamiento de los extranjeros y el tratamiento de los órganos estatales extranjeros, nos ocuparemos ahora de las obligaciones del Estado en el tratamiento de los Estados extranjeros mismos.

En principio, podemos preguntarnos cuáles son los límites al poder del Estado territorial que se derivan de un principio frecuentemente utilizado en el lenguaje diplomático y también en el lenguaje común, es decir, el principio de no intervención en los asuntos internos e internacionales de otro Estado. Este es un principio cuyo exacto contenido, en cuanto principio jurídico, es difícil de precisar, ya que, en general, los Estados lo enuncian sólo a fin de realizar propaganda política. No se desprende ninguna claridad sobre este tema de la Declaración de Principios de la Asamblea General de las Naciones Unidas (v. p. 78) dedicada a la materia y contenida en la Resolución N° 36/103 del 9-12-1981: esta Declaración se ocupa de casi todos los asuntos reglamentados por el derecho internacional, desde la autodeterminación de los pueblos hasta los derechos humanos, la instalación de bases militares en territorio extranjero, etc. En realidad, el principio de no intervención en los asuntos fuera de las propias fronteras ha ido perdiendo paulatinamente su propia esfera de aplicación, a medida que se afirmaban otras normas generales más "urgentes", que, en cierto modo, absorbieron el principio en cuestión. La más importante de estas normas —que de todos modos no interesa en este caso, ya que se refiere a los límites al uso de la fuerza *internacional* de los Estados— es la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza (v. p. 444): las intervenciones en los asuntos internos o internacionales de otro país, realizadas a través de la amenaza o del uso de fuerza de tipo bélico, hace un tiempo eran las principales figuras que disciplinaba este principio del que estamos hablando.

No intervención en los asuntos de otro Estado

No intervención y prohibición de la amenaza o uso de la fuerza

Al respecto, es sintomático lo que afirma la Corte Internacional de Justicia en la ya citada sentencia del 27-6-1986 en el caso de las *actividades militares y paramilitares contra Nicaragua* (v. p. 249), a propósito de una de las figuras comúnmente relacionadas con el principio de no injerencia, esto es, la asistencia prestada por un Estado a fuerzas rebeldes que actúan en el territorio de otro, bajo la forma de provisión de armas, de asistencia logística, etc. A pesar de que la Corte no considera que dicha figura esté incluida en el

principio que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza, sin embargo considera "salomónicamente" que la asistencia a este tipo de fuerzas rebeldes es contraria tanto a uno como a otro principio (cfr. CIJ, *Recueil*, 1986, par. 205; cfr. sin embargo, par. 228, donde la Corte establece que el envío de fondos a los rebeldes constituye una violación al principio de no intervención).

No intervención y medidas de presión económica

En cuanto a las posibles aplicaciones del principio de no intervención que interesan en este punto, o sea, las aplicaciones que determinan límites al poder de gobierno que ejerce el Estado en el ámbito de su territorio, tienen una relevancia particular las intervenciones de un Estado con el fin de condicionar las opciones de política interna e internacional de otro Estado. Pensemos, en particular, en las medidas de carácter económico, ya que se trata de medidas efectivamente capaces de incidir sobre dichas opciones. Es difícil determinar cuándo ocurren estas intervenciones. Según la Corte Internacional de Justicia, que ha tenido oportunidad de pronunciarse también sobre este punto en la tantas veces citada sentencia de 1986 relativa a la controversia por las acciones de Estados Unidos contra Nicaragua, ni la interrupción de un programa de ayuda al desarrollo, ni la reducción o prohibición de las importaciones del país al que se pretende presionar alcanzan para concretar una hipótesis de intervención ilícita en los asuntos de otro Estado (CIJ, *Recueil*, 1986, par. 244). Para nosotros, sin embargo, si estas medidas se adoptan contemporánea y sistemáticamente, y además tienen *como único fin* influir sobre las opciones del Estado extranjero (es decir, que no sean una respuesta frente a comportamientos ilícitos de ese Estado extranjero), deben considerarse prohibidas. Pero incluso en este caso debemos entender que el principio de no intervención no tiene autonomía propia, sino que se encuentra contenido en el principio de la autodeterminación de los pueblos, entendido en sentido negativo (v. p. 40).

No intervención y autodeterminación de los pueblos

Resta finalmente por preguntarse si la obligación del Estado de impedir que dentro del propio territorio se realicen acciones que puedan perturbar, indirectamente, el orden público o el desarrollo normal de la vida de un Estado extranjero deriva del principio de no intervención. Nadie duda de que son perfectamente lícitas las manifestaciones de condena o de crítica al sistema político o régimen económico, social, etc., de un Estado extranjero; pero cuando se trata de comportamientos más incisivos, como la propaganda subversiva, la propalación de mensajes de radio y televisión, la preparación de actos de terrorismo, etc., las opiniones son disímiles y la práctica internacional resulta tan confusa, que es imposible separar en ella los aspectos jurídicos de los políticos. Para nosotros, no es posible enunciar una norma general que rija este tipo de actividades similares; lo que no excluye, obviamente, que puedan haberse formado o se formen en el futuro normas particulares relativas a determinadas circunstancias. Probablemente, la única norma consuetudinaria cuya existencia puede afirmarse con seguridad es la que impone la prohibición de preparar actos de terrorismo dirigidos contra otros Estados. Todo el resto pertenece a la esfera del derecho convencional.

Preparación de actos terroristas dirigidos contra Estados extranjeros

* * *

Jurisdicción sobre Estados extranjeros

En el tema del tratamiento de los Estados extranjeros, el problema más interesante es si éstos pueden someterse a la jurisdicción civil del Estado territorial. ¿Puede un Estado ser sometido a juicio en los Tribunales de otro Estado, por ejemplo, por incumplimiento de un contrato o porque ha despedido a un empleado contratado para trabajar en una de sus representaciones diplomáticas, o bien en relación con cualquier otra cuestión privada?

Inmunidad absoluta e inmunidad relativa de la jurisdicción civil de los Estados extranjeros

En el siglo pasado, y aun en los inicios del nuestro, la teoría universalmente aplicada en relación con el tratamiento de los Estados extranjeros, que se inspiraba en el principio "*par in parem non habet iudicium*", se mostraba favorable a la *inmunidad absoluta* de los Estados extranjeros respecto de la jurisdicción civil. Las jurisprudencias italiana y belga del período inmediatamente posterior a la Primera Guerra Mundial (aunque no faltan sentencias promulgadas ya a fines del siglo pasado) dieron inicio a una inversión de esta tendencia, que llevó luego a la revisión de la norma de la inmunidad absoluta tradicionalmente sostenida y a la elaboración de la teoría de la *inmunidad restringida o relativa*. Hoy en día, esta teoría puede considerarse generalmente admitida y correspondiente al estado actual

del derecho internacional consuetudinario (se han "convertido" definitivamente a ella Estados Unidos, con su *Foreing Sovereing Immunity Act* de 1976, y Gran Bretaña, con el *State Immunity Act* de 1978, aun siendo ambos países de tradición "inmunicista": para el texto de ambas leyes, cfr. ILM 1976, p. 1388, y 1978, p. 1123). Según la teoría de la inmunidad restringida, la exención de los Estados extranjeros de la jurisdicción civil del Estado local se limita a los actos *iure imperii* (es decir, a aquellos actos a través de los cuales se ejercen las funciones públicas estatales) y no se extiende, por el contrario, a los actos *iure gestionis* o *iure privatorum*, o sea, a los actos con carácter privado (como la compra de un inmueble a título de inversión). Obviamente, aun cuando esté prevista, en todo momento la inmunidad puede ser renunciada por el Estado extranjero; pero no puede ser exceptuada en relación con las demandas reconvencionales, cada vez que el Estado extranjero se presente como actor en juicio.

Actos del Estado *iure imperii* y actos *iure gestionis*

La tendencia a revisar la inmunidad absoluta, que se afirmó después de la Primera Guerra Mundial, tuvo su origen en el fenómeno que comenzó a verificarse por entonces de la participación cada vez mayor del Estado en actividades empresariales, comerciales, etc. Al respecto resulta significativo el caso de las representaciones soviéticas que comenzaron a funcionar en el exterior por esa época y que tenían el monopolio del comercio exterior de la URSS. Justamente fue la jurisprudencia italiana la que comenzó a poner en duda que la antigua norma internacional sobre inmunidad absoluta pudiese aplicarse incluso en caso de controversias relativas a las actividades comerciales de los Estados extranjeros, y a mostrar cómo dichas actividades, por ser de estricto carácter privado, no tenían nada en común con el ejercicio del poder estatal, para cuya protección había sido concebida la inmunidad absoluta. [A pesar de la aceptación generalizada a nivel internacional de una tendencia favorable al reconocimiento de la inmunidad restringida del Estado, los tribunales argentinos continúan otorgando a los Estados extranjeros los beneficios de la inmunidad de jurisdicción absoluta. Las únicas excepciones a la inmunidad de jurisdicción contempladas por la legislación argentina son: la renuncia expresa del Estado demandado (artículo 24 del Decreto-Ley 1285/58), y la declaración del Poder Ejecutivo —por decreto debidamente fundado— de falta de reciprocidad en el tratamiento del Estado argentino

ante similares situaciones en los tribunales del Estado demandado. El Estado extranjero con respecto al cual se ha hecho tal declaración quedará sometido a la jurisdicción argentina: Decreto-Ley 9015 del 9 de octubre de 1963. Hasta el presente, en ningún caso el Poder Ejecutivo ha hecho una declaración de reciprocidad a pesar de que en reiteradas oportunidades, al invocar el Estado argentino inmunidad de jurisdicción ante tribunales extranjeros, fue finalmente sometido a la jurisdicción de esos tribunales (conf. Caso Hercaire c. Fuerza Aérea Argentina, Corte del Circuito de Miami; Caso Waltover Inc. c. República Argentina y Banco Central de Argentina, Corte Suprema de Estados Unidos, sentencia N° 91.763 del 12 de junio de 1992).

En cuanto a la renuncia expresa a la inmunidad de jurisdicción del Estado demandado, el artículo 24, inc. 1, parágrafo segundo, expresa que no se dará curso a la demanda contra un 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 (conf. sentencia en el caso Heinse, J. C. c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte s/indemnización de daños y perjuicios del 30 de abril de 1987, CNCIV y Com. Fed. Sala I).]

Teniendo en cuenta las dudas que se plantean frente a la distinción entre derecho público y derecho privado, no siempre es fácil aplicar a los distintos casos concretos la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*. También aquí el derecho consuetudinario le deja un amplio margen al intérprete, en este caso el juez interno; e incluso puede sostenerse que, en caso de duda, deba decidirse antes por la inmunidad que por el sometimiento del Estado extranjero a la jurisdicción local, ya que esta segunda alternativa constituye una suerte de excepción a la primera. Por lo demás, esto encuentra su confirmación en la jurisprudencia interna, que, por lo general, tiende más a ampliar que a restringir la esfera de los actos *iure imperii* y, por lo tanto, de la inmunidad.

Trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU

La tendencia a considerar que la inmunidad es la norma y el ejercicio de la jurisdicción la excepción, es el fundamento del Proyecto de artículos sobre "Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes", adoptado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones

Unidas en 1991 (cfr. UN General Assembly, Official Records, 46th sess., Suppl. N° 10, par. 17 y ss.). El proyecto no formula expresamente la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, pero, tras afirmar el principio de la inmunidad de jurisdicción, en la tercera parte menciona como excepciones los casos en los que un Estado extranjero puede ser sometido a juicio, que en su mayoría se refieren al segundo tipo de actos. La enumeración comprende las controversias relativas a contratos comerciales (art. 10), a daños causados a personas o a cosas (art.12), a la propiedad, a la posesión y a otros derechos reales (art.13), a la propiedad industrial (art.14) y otras situaciones similares. *Básicamente*, esta distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis* inspira el art. 11, en los temas referidos a las relaciones laborales, como veremos mejor a continuación.

Inmunidad de los Estados extranjeros en materia de relaciones laborales

Uno de los campos en los que hoy en día adquiere frecuentemente relevancia el problema de la inmunidad de jurisdicción y en el cual es difícil aplicar la distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis*, es el ámbito de las controversias laborales. En general, se trataba de juicios iniciados por trabajadores nacionales del Estado territorial, por trabajos prestados en Embajadas, Institutos de Cultura u otras oficinas establecidas por Estados extranjeros. Es difícil establecer en estos casos (y se presentan las mismas dificultades en el caso de los trabajos realizados para organizaciones internacionales: v. p. 309) qué aspectos de la relación laboral deben ser tenidos en cuenta para ser calificados como de derecho público o de derecho privado, a los fines de la inmunidad de jurisdicción. Hasta no hace muchos años, la jurisprudencia italiana tenía en cuenta el tipo de tareas realizadas y reconocía la inmunidad cuando dichas tareas implicaban una participación del trabajador en el ejercicio de "funciones soberanas" o también en "actividades públicas" del Estado extranjero; siguiendo esta línea de razonamiento y entendiendo esa participación en un sentido amplio, finalmente se le asignaba una esfera casi ilimitada a la inmunidad de jurisdicción, tal como lo testimonia toda una serie de sentencias del Tribunal de Casación que excluyen la jurisdicción italiana en el caso de las relaciones laborales de bibliotecarios (v. Cass., Sez. Un., 25-11-1971 N° 3441, en RDI, 1972, p. 483 y ss.), secretarios, telefonistas, contadores (v. Cass., Sez. Un., 23-11-1974 N° 3803, en RDI, 1975, p. 597 y ss.), auxiliares (v. Cass., Sez. Un.,

26-5-1979 N° 3063, en FI, 1979, I, 1713), encargados de prensa (v. Cass., Sez. Un., 16-1-1990 N° 145, en RDI, 1990, p. 402 y ss.), etc. En este contexto, la jurisprudencia argentina, en materia de inmunidad de jurisdicción de los Estados frente a demandas laborales presentadas por empleados de embajadas no ha admitido excepciones al principio de inmunidad de jurisdicción fundadas en el carácter *iure imperii* o *iure gestionis* de las tareas realizadas por los demandantes. Los tribunales argentinos han reiterado que, sin mediar una renuncia expresa del Estado demandado a su inmunidad, no procede que los tribunales del trabajo ejerzan su jurisdicción en materia de demandas por despido (conf. "Samuel Gómez c. Embajada Británica", sentencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación del 24 de junio de 1976, y "López, Elsa Carmen c. Depto Cultural y de Cooperación Científica de la Embajada de Francia s/despido", CSJN, sentencia del 24 de junio de 1976; a contrario, ver voto del Dr. Goyena en "Roldán, Segundo Blas, c. Embajador de la República de Vietnam del Sur sobre Despido" sentencia del 4 de octubre de 1974, Sala IV de la Exma. Cámara Nac. de Apelaciones del Trabajo. Ver asimismo, "Papanicolau, C. S. Gil de c. Embajada de la República Sudafricana s/cobro de pesos", Corte Suprema de Justicia de la Nación del 18 de octubre de 1973).

En realidad, cuando comenzó a reaccionarse contra el principio de la inmunidad absoluta, no fue pensada esta distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis* para referirse a las relaciones laborales, y es criticable su aplicación a este tipo de situaciones, o sea, a una materia en la que los valores en juego hoy son considerados de importancia fundamental. Es importante tener en cuenta, entonces, este cambio de tendencia que se ha ido afirmando en la práctica reciente, incluso ciertas manifestaciones de la práctica jurisprudencial italiana, que consisten en buscar soluciones más apropiadas a la esencia de la materia que se debe disciplinar. En particular, nos referimos a la "Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados", del 16-5-1972, auspiciada por el Consejo de Europa (v. p. 231), que ha sido ya ratificada por varios países, entre los cuales no figura Italia, y que entró en vigor el 11-6-1976. Esta Convención, que se inspira en la distinción *iure imperii* y *iure gestionis* en otras materias, para el

Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados

caso de las relaciones laborales (art. 5) adopta el criterio de la nacionalidad del trabajador, sumado al del lugar de la prestación: si el trabajador tiene la nacionalidad del Estado extranjero que lo contrata, se mantiene la inmunidad de jurisdicción en todos los casos; si el trabajador tiene la nacionalidad del Estado territorial, o reside habitualmente en él aunque sea ciudadano de un tercer Estado, y si el trabajo debe ser realizado en el territorio del Estado receptor, entonces está excluida la inmunidad de jurisdicción. También debe ser mencionado el Proyecto de Convención propuesto por la Organización de los Estados Americanos (v. p. 490), que es aún más favorable a los intereses del trabajador, ya que, en su art. 6, inc. a, excluye incluso la inmunidad de jurisdicción cuando el trabajo se presta en el territorio del Estado acreditante (para el texto, v. ILM, 1983, p. 292 y ss.). Otro dato digno de mención es que la norma del art. 5 de la Convención Europea ha sido retomada —si bien es cierto que con algunas limitaciones atinentes al personal diplomático y consular— por el ya citado *State Immunity Act* inglés de 1978, que pretende tener vigor frente a *todos* los Estados extranjeros y no sólo frente a los Estados firmantes de la Convención. Finalmente, en algunos países, como España, que no están obligados convencionalmente y en los que este problema no está resuelto legislativamente, de todos modos la jurisprudencia va orientándose en este mismo sentido (v. las sentencias citadas por Cataldi, art. cit., p. 702). Es claro que, por evidentes motivos de justicia, todas estas manifestaciones de la praxis rompen con la tradición, así como rompieron con ella las jurisprudencias italiana y belga de la primera posguerra; creemos que el momento es propicio para que todos sigan este ejemplo.

En lo que respecta a la jurisprudencia italiana, una sentencia del Tribunal de Casación de 1989 se alineó con esta nueva tendencia, al negarse a conceder la inmunidad de jurisdicción en relación con el trabajo prestado en Italia por ciudadanos italianos (Cass. Sez. Un. 15-5-1989 N° 2329, en RDI, 1989, p. 687 y ss.); de todos modos, esta decisión se refirió solamente a los aspectos *patrimoniales* de la relación laboral (retribución, indemnización por despido, etc.), con exclusión, por lo tanto, de las acciones que tuviesen por objeto la obtención o reincorporación al puesto de trabajo. Posteriormente, el

Tribunal Supremo volvió a su primitiva orientación (Cass. Sez. Un. 16-1-1990 N° 145, en RDI, 1990, p. 402 y ss.). Por último, en una tercera sentencia el Tribunal de Casación ha reconocido nuevamente la posibilidad de que se ejerza jurisdicción en cuestiones patrimoniales, aun cuando aporte una limitación a dicha posibilidad, negando especialmente que el juez nacional pueda entender en las reivindicaciones, incluso de carácter patrimonial (como, por ejemplo, la indemnización por un despido *ilícito*), que impliquen una investigación que "involucre en modo directo los poderes públicos del Estado extranjero relativos a la organización de sus oficinas y servicios..." (Cass. Sez. Un. 28-11-1991 N° 12.771, ined.). ¡Debemos esperar que esta nueva orientación se consolide! Es de esperar, además, que la distinción entre los aspectos patrimoniales y no patrimoniales de las relaciones laborales reemplace por completo la distinción entre relaciones *iure imperii* y *iure gestionis*, con el fin de superar, con vistas a la realización de una mayor justicia social, los criterios de la ciudadanía y de la residencia habitual del trabajador (v. sobre el punto Gaja, art. cit., en RDI 1991). [V. asimismo la jurisprudencia argentina citada *ut supra*: Caso Samuel Gómez c. Embajada de Gran Bretaña y "Papanicolau, C. S. Gil de c/Embajada de la República Sudafricana".]

Sobre la base de las consideraciones expuestas, y desde el punto de vista del desarrollo progresivo del derecho internacional, parece criticable el art. 11 del citado Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de 1991. Por una parte, este artículo prevé que no pueda invocarse inmunidad de jurisdicción si se trata de trabajadores que tengan la ciudadanía del Estado local o que residan habitualmente en su territorio, pero, por otra, renace la distinción entre relaciones *iure imperii* y relaciones *iure gestionis*, al establecer que no puede ejercerse jurisdicción cuando el trabajador haya sido empleado para tareas "estrictamente ligadas al ejercicio del poder de gobierno (*puissance publique*)". Es correcta, por el contrario, la excepción a la inmunidad de jurisdicción, prevista por ese mismo art. 11, para las acciones no patrimoniales.

Finalmente, queremos destacar que todo lo dicho hasta aquí se refiere al estado actual del derecho internacional. Otra pregunta que se plantea es si el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en materia de relaciones laborales atenta contra principios fundamentales de

la Constitución italiana, y con qué consecuencias. Este problema, común a todos los casos de inmunidad de jurisdicción civil, se refiere al tópico de las relaciones entre derecho consuetudinario y derecho constitucional; sobre el tema v. p. 394 y ss.

* * *

Inmunidad de las personas jurídicas públicas fuera del Estado

Dentro de los límites que le prevén los Estados, también se reconoce inmunidad de jurisdicción civil a los entes territoriales y demás personas jurídicas públicas. Esta es una prueba más de que no sólo los órganos del poder central, sino todos aquellos que ejercitan el poder de gobierno en el ámbito de una determinada comunidad estatal, forman la persona del Estado, desde el punto de vista del derecho internacional (v. p. 24).

* * *

Inmunidad del Estado extranjero en materia de ejecución forzosa

La teoría de la inmunidad restringida se aplica tanto al procedimiento de conocimiento como a la ejecución forzada de los bienes de Estados extranjeros: debe admitirse esta ejecución forzada si se ejerce sobre bienes que no estén destinados a una función pública, por ejemplo, sobre inmuebles adquiridos a título privado por un Estado extranjero para realizar una inversión, etc.

No siempre es fácil establecer si un bien está destinado o no a una función pública. Un cuestión que se ha presentado muchas veces ante los Tribunales internos es si pueden pedirse medidas de ejecución sobre dinero depositado en cuentas corrientes bancarias: en ausencia de un destino específico para la cuenta, la jurisprudencia se orienta a considerar que esa cuenta es inejecutable, ya que, en principio, se supone que está destinada a financiar fines institucionales. Cfr., por ejemplo, en la jurisprudencia italiana, Cass. Sez. Un. 4-5-1989 N° 2085, en RDI, 1989, p. 416 y ss.; en otras jurisprudencias: Corte Constitucional alemana del 13-12-1977 en ILR, vol. 65, p. 146 y ss.; Corte Suprema de Austria del 3-4-1986, *idem*, vol. 77, p. 489 y ss.

Sobre la ejecución forzada de los bienes de Estados extranjeros existía una disposición legislativa acuñada en Italia. Se trata del Decreto-Ley N° 1621 del 30-8-1925, convertido en Ley N° 1263 del 15-7-1926, sobre la base del cual "no se puede proceder al secuestro o embargo y en general a actos ejecutorios sobre bienes muebles o inmuebles, naves, créditos, valores o cualquier otra cosa perteneciente a un Estado extranjero sin la autorización del Ministro de Justicia... Las disposiciones antedichas se aplican sólo a aquellos Estados que admiten la reciprocidad, la cual debe ser declarada a través de un decreto ministerial". La disposición agregaba: "contra el mencionado decreto y contra aquel que rechace la autorización no se admite recurso ni por vía judicial ni por vía administrativa".

De este modo, la ley ponía en acción una dependencia (hoy inadmisible) del Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo: el derecho internacional, como todo el derecho en general, debe ser aplicado, de hecho, directamente por el juez, y no por el Poder Ejecutivo, en todos los casos de juicios internos.

Por lo tanto, hay que congratularse por la tarea de desmantelar la ley de 1926, que ha sido desarrollada progresivamente entre 1963 y 1992 por la jurisprudencia italiana, tanto de la Corte Constitucional como del Tribunal de Casación, y por la cual se les han devuelto a los jueces las funciones que les son propias.

Inició esta tarea la Corte Constitucional, en la sentencia N° 135 del 13-7-1963, que anuló aquella parte de la ley que excluía la posibilidad de actuar por vía jurisdiccional contra el decreto del Ministro de Justicia, por considerarla contraria al art. 113 de la Constitución, según el cual todos los actos de la Administración Pública pueden impugnarse siempre, en razón de la protección de derechos o intereses legítimos.

Intervino luego el Tribunal de Casación, con dos decisiones en Sesión Conjunta (cfr. la ya mencionada sentencia N° 2085 del 4-5-1989 y la sentencia N° 2502 del 25-5-1989, en: RDI, 1989, p. 692 y ss.), en las cuales la Corte consideró que no debía solicitarse autorización municipal en los casos de bienes destinados a la función pública, dado que para estos bienes, el derecho internacional general —mencionado en el art. 10, inc. 1°, de la Constitución— prevé sin ninguna duda la inmunidad y, por ende, un acto ministerial no puede quitar lo que concede el art. 10 de la Constitución.

Después de la toma de posición de la Corte Constitucional en 1963 y del Tribunal de Casación en 1989, la ley de 1926 sólo se mantenía por la parte referida a la autorización para avanzar sobre bienes de carácter privado, que el Ministro podía declarar o no inmunes, según la reciprocidad. Sin embargo, ésta era una situación claramente ilegítima, por oponerse a derechos garantizados por la Constitución (en primer lugar, el derecho a la protección jurisdiccional de todo acreedor de un Estado extranjero, fijado en el art. 24 de la Constitución) y que no se justificaba (o, por lo menos, *ya* no se justificaba) según el derecho internacional general, cada vez más contrario a la inmunidad absoluta. De hecho, esta parte de la ley ha terminado por derogarse y ha sido declarada inconstitucional, justamente por los motivos que hemos indicado, en la sentencia N° 329 de la Corte Constitucional, del 15-7-1992. De este modo se convirtieron en derecho normas, por cierto, anacrónicas.

***

Doctrina del *Act of State*

Además de los límites a la jurisdicción civil que hemos considerado hasta aquí —los que, como hemos visto, se refieren exclusivamente al caso en que un Estado extranjero sea *llevado* a juicio—, la jurisdicción del Estado territorial no encuentra ningún otro límite en materia de tratamiento a los Estados extranjeros. No tiene fundamento en el derecho internacional la doctrina del *Act of State*, por la cual un Tribunal local no podrá negarse a aplicar una ley u otro acto de soberanía extranjera, por ejemplo, una ley derivada de normas de derecho internacional privado (v. p. 15), por ser contraria al derecho internacional ni tampoco por haber sido promulgada ilegítimamente según los principios de su ordenamiento de origen: en otras palabras, los Tribunales de un Estado, incluso en los juicios entre particulares, no podrán controlar la legitimidad internacional o interna de las leyes, sentencias y actos administrativos extranjeros que de un modo u otro intervengan en los juicios en cuestión.

La doctrina del *Act of State* surgió y es aceptada sobre todo en los países del *common law*; en Estados Unidos, esta doctrina tuvo

gran resonancia política en la época de las nacionalizaciones cubanas de los años sesenta, debido a que la posición de la jurisprudencia norteamericana fue negarse a controlar la legitimidad internacional de esas nacionalizaciones y, en consecuencia, a reconocer los derechos de las sociedades norteamericanas expropiadas. Es famoso en este tema el caso *Sabbatino*, resuelto por la Corte Suprema en 1964 (en AJIL, 1964, p. 9 y ss.), que dio lugar a una reacción del legislador con el fin de exceptuar a las nacionalizaciones de la aplicación de la doctrina del *Act of State* (la llamada *Second Hickenlooper Amendment*). También en otros países la doctrina aflora esporádicamente en la jurisprudencia (para el caso de Italia, cfr. por ejemplo, Cass., Sez. Un., 10-11-1976 N° 4116, en RDIPP, 1978, p. 98 y ss.). En realidad, más que una doctrina impuesta por el derecho internacional (imposición que de todos modos habría que negar, por tratarse de una tendencia que no está difundida en la generalidad de los países), esta posición es considerada como una suerte de principio (de derecho interno) de *autolimitación* de los Tribunales, justificada por la necesidad de no crearle problemas al propio Gobierno en sus relaciones con los Gobiernos extranjeros. Y es precisamente por esto que dicha tesis es condenable, ya que se resuelve en la falta de aplicación del derecho internacional por parte de los jueces locales.

XXVII. Continuación

D) El tratamiento de las organizaciones internacionales

Otro límite a la soberanía territorial del Estado surge de las normas sobre el tratamiento de las organizaciones internacionales, que conciernen principalmente al Estado en el que tiene su sede la organización, pero que pueden aplicarse también a problemas surgidos en otros Estados, toda vez que los órganos de una organización in-

ternacional deban operar ocasional o permanentemente en sus territorios.

* * *

Inmunidad de los funcionarios internacionales

En lo referente al tratamiento de los *funcionarios* de las organizaciones internacionales, no existen normas consuetudinarias que les impongan a los Estados la obligación de concederles inmunidades especiales, mucho menos la inmunidad diplomática; de modo que el Estado sólo puede estar obligado a ello en virtud de tratados. No faltan disposiciones convencionales respecto de la inmunidad de los funcionarios de cada una de las organizaciones internacionales: algunas veces, esas normas aparecen en el propio tratado constitutivo de la organización; otras, en acuerdos celebrados por esa misma organización con Estados, miembros o no miembros, en especial con el Estado sede; finalmente, otras veces estas normas aparecen en tratados celebrados entre los mismos Estados miembros.

Del mismo modo, el derecho internacional convencional regula las inmunidades de los representantes de los Estados en los órganos de las organizaciones internacionales.

Inmunidad de los funcionarios de la ONU

En el caso de los funcionarios de las Naciones Unidas, en el art. 105, párr. 2, la Carta se limita a enunciar un principio general relativo a la inmunidad ("... los funcionarios de la Organización gozarán... de los privilegios y de las inmunidades necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones..."), delegando en la Asamblea General la tarea de proponer a los Estados miembros la celebración de acuerdos para reglamentar esta cuestión en detalle (art. 105, párr. 3). Entre los acuerdos actualmente vigentes, merecen una mención especial la *Convención general* del 13-2-1946, sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, de la que son parte un gran número de Estados, y la Convención del 1-7-1946 entre la ONU y Suiza, que no es miembro de la Organización pero en cuyo territorio tienen su sede varias dependencias de la Organización. Generalmente, estos acuerdos contienen dos tipos de normas: las que describen en detalle el tipo y el alcance de la inmunidad acordada, o bien las que se refieren a las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a las inmunidades diplomáticas (frecuentemente, este tipo de normas se refieren a funcionarios de alto rango).

Estados Unidos (país sede de la ONU) adhirió a la citada *Convención general* recién en 1970. Antes de esta fecha, la única norma que lo vinculaba internacionalmente en cuanto a las inmunidades y privilegios de los funcionarios de la ONU era la del art. 105, párr. 2, de la Carta. Sin embargo, la cuestión estaba regulada por leyes internas, tanto federales como del Estado de Nueva York, entre ellas la *International Organizations Immunities Act* de 1945 y sus sucesivas enmiendas.

Inmunidad de los funcionarios de las Comunidades Europeas

En lo que se refiere a los funcionarios de las Comunidades Europeas, en el Protocolo del 8-4-1965 sobre Inmunidades y Privilegios de las Comunidades, anexado al Tratado sobre Fusión de los Poderes Ejecutivos comunitarios, que se encuentra en vigor desde el 1-7-1967, aparecen normas sobre inmunidad más o menos similares a las previstas para los funcionarios de la ONU.

Inmunidad de los representantes de los Estados dentro de las organizaciones

Las inmunidades de los representantes de los Estados, además de estar reguladas en los acuerdos de cada una de las organizaciones, han sido objeto de una Convención Codificadora, auspiciada por las Naciones Unidas: nos referimos a la Convención de 1975 sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal. Conforme a los acuerdos de cada una de las distintas organizaciones, esta Convención les reconoce inmunidades diplomáticas a los miembros de las misiones permanentes ante las organizaciones internacionales.

Las inmunidades y los privilegios de los funcionarios se acuerdan en interés de las organizaciones a las que pertenecen. En cualquier caso, la organización puede renunciar a tales beneficios. Por ejemplo, en el caso de la ONU, es competencia del Secretario General renunciar a los privilegios e inmunidades en determinados casos (art. V, secc. 20, de la citada Convención General).

* * *

Protección de los funcionarios internacionales

El Estado en cuyo territorio actúe oficialmente un funcionario internacional que no tenga su nacionalidad está obligado a protegerlo con las medidas *preventivas y represivas* previstas por las normas consuetudinarias sobre tratamiento de extranjeros. Se mantiene dicha obligación respecto del Estado del cual sea nacional el funcionario y, como vimos en su momento, el incumplimiento de esta obliga-

ción da lugar al ejercicio de la llamada protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad (v. p. 280 y ss.).

¿Se mantiene también esa obligación de protección del funcionario respecto de la organización a la que pertenece? Consecuentemente, ¿la Organización puede ejercer la protección diplomática en caso de que el Estado territorial no adopte las medidas para prevenir y reprimir las ofensas conferidas al funcionario?

Resarcimiento de los daños conferidos a la función

En realidad, no se puede decir que en este tema exista una norma consuetudinaria consolidada, ya que son contados los casos en los que se ha presentado este problema. En el estado actual de la cuestión, se puede afirmar que la obligación de proteger al funcionario se mantiene respecto de la organización, pero que ésta sólo puede actuar contra el Estado territorial en el ámbito internacional para obtener el resarcimiento de los daños que se le hayan conferido a la organización (la llamada "protección funcional"), no de los que se le hayan infligido al individuo como tal. Normalmente, el Estado nacional que ejerce la protección diplomática de un individuo que, además, actúe como un órgano suyo, puede accionar por la totalidad de los daños sufridos, tanto los conferidos al individuo como los que se hayan ocasionado a las funciones, a través de los daños a éste. Ahora bien, es posible extender *por analogía* las normas sobre el respeto a los súbditos extranjeros a las organizaciones internacionales, aunque circunscribiéndolas a los eventuales daños ocasionados a las funciones que desarrollen los individuos (esta analogía es posible ya que el individuo desarrolla una función por cuenta del propio Estado, que es equivalente al hecho de que la ejerza por cuenta de una organización internacional); por el contrario, no es posible extender analógicamente dicha norma de modo que el Estado quede obligado ante la organización a resarcir los daños ocasionados al individuo (en este sentido, la sumisión sobre la que se basa la protección diplomática normal, ciertamente no puede considerarse equivalente a la relación laboral que existe dentro de una organización internacional).

Resarcimiento de los daños conferidos a la persona del funcionario

Caso *Bernadotte*

La Corte Internacional de Justicia se ocupó de este problema, a pedido de la Asamblea General de la ONU, en una famosísima opinión del 11-4-1949, a propósito del caso *Bernadotte* (CIJ, *Recueil*, 1949, p. 174 y ss.). El Conde

Bernadotte, mediador de la ONU entre árabes e israelíes, había sido asesinado junto con un colaborador por obra de extremistas judíos en 1948 en Jerusalén, y el Secretario General había acusado abiertamente al gobierno israelí de no haber adoptado las medidas destinadas a prevenir los dos atentados. La Asamblea General deseaba saber si la ONU podía actuar internacionalmente para exigir el resarcimiento de los daños, en caso de que no se hubiera otorgado protección a un funcionario. La Corte respondió afirmativamente, sosteniendo además que la organización tenía derecho a exigir no sólo el resarcimiento de los daños infligidos a la función, sino también de los sufridos por el propio individuo. Con todo respeto, la tesis de la Corte nos parece escasamente y mal motivada; se basa fundamentalmente en la personalidad internacional de la ONU, que no era un tema que tuviera que ver con este caso, y no intenta profundizar el tema de la posibilidad de extender *analógicamente* la obligación de protección que existe en las relaciones con los Estados extranjeros a las organizaciones internacionales, y dentro de qué límites (para encontrar una crítica más detallada sobre esta opinión, cfr. Conforti, p. 111 y ss.).

* * *

Inmunidad de las organizaciones a la jurisdicción civil

Las organizaciones internacionales son inmunes a la jurisdicción civil del Estado territorial con las mismas limitaciones que los Estados extranjeros. La inmunidad de jurisdicción de las organizaciones comenzó a aplicarse en virtud de una interpretación extensiva de la norma sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados, pero puede considerarse hoy en día que está prevista por una norma consuetudinaria autónoma, y hay numerosas sentencias de distintos Estados que ya la han admitido. Esta norma también está expresada (con el valor puramente declarativo del derecho consuetudinario) en numerosas normas convencionales (por ejemplo, el art. 105, párr. 1, de la Carta de la ONU, o el art. 28 del citado Tratado de 1965 sobre Fusión de los Poderes Ejecutivos de las Comunidades Europeas).

La inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales ha sido proclamada muchas veces por los tribunales internos, incluso los italianos, respecto de las *controversias laborales* entre la organización y su personal. Sobre este punto valgan las consideraciones desarrolladas

en su momento a propósito de la inmunidad de jurisdicción de los Estados (v. p. 298 y ss.). Debemos destacar que las organizaciones internacionales más importantes disponen que sus cuerpos orgánicos dicten normas sobre relaciones laborales y que se instituyan tribunales especiales de la organización, destinados a dirimir las controversias que surgen de tales relaciones laborales: por ejemplo, en las Naciones Unidas funciona un Tribunal Administrativo expresamente creado en 1949 por la Asamblea General; en las Comunidades Europeas, las controversias laborales son de competencia de los órganos judiciales normales de las Comunidades (Tribunales de primer grado, Corte de Justicia).

[La Corte Suprema de Justicia Argentina sostuvo, en el caso Washington Cabrera c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, que la inmunidad de jurisdicción de una Organización Internacional establecida por un tratado (Acuerdo de sede) no puede oponerse al derecho de la defensa en juicio consagrado por la Constitución Nacional. El voto de la minoría, tomado como suyo por la mayoría, consideró al derecho de la defensa en juicio como un derecho reconocido por una norma imperativa del derecho internacional expresada en convenciones internacionales sobre derechos humanos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Con motivo de esta sentencia de la Corte Suprema Argentina, los gobiernos de Argentina y Uruguay acordaron crear un Tribunal Arbitral para que entendiera, entre otras materias, en temas laborales referidos a la Comisión T. M. de Salto Grande. En igual sentido, ambos Estados acordaron la creación de un Tribunal Arbitral para la Comisión Administradora del Río Uruguay.]

XXVIII. Continuación

E) Los límites al llamado "Dominio reservado del Estado"

Además de los clásicos límites a la soberanía territorial del Estado en lo que respecta al tratamiento de los ciudadanos, de los órganos y de los Estados extranjeros, el derecho internacional contemporáneo reconoce (incluso, se caracteriza por reconocer) toda otra serie de límites a la libertad del Estado de gobernar su territorio como crea conveniente. Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, dichos límites están previstos en normas que defienden los valores de la cooperación, la solidaridad y la justicia entre los pueblos. Ahora bien, por detrás de la defensa de estos valores se manifiesta una tendencia del derecho internacional contemporáneo de entender en cuestiones internas de cada comunidad estatal: en otras palabras, estos valores atañen a *toda* la comunidad estatal, sin distinción entre nacionales y extranjeros. Como también se ha señalado anteriormente, estas normas tienen principalmente carácter *convencional*.

Dominio reservado

En virtud de la consolidación de estos límites a la soberanía territorial de los que estamos hablando, se ha ido desdibujando progresivamente el así llamado "dominio reservado" o "competencia interna" del Estado (*domain reservé, domestic jurisdiction*), expresión con la que se pretende identificar todos aquellos asuntos de los cuales no se ocupa ni el derecho internacional consuetudinario ni el convencional, es decir, aquellas cuestiones en las que, por consiguiente, el Estado está libre de obligaciones. Tradicionalmente se incluían en esta competencia interna las relaciones entre el Estado y sus propios ciudadanos, la organización de las funciones de gobierno, la política económica y social del Estado, etc. Claro que la noción de *domestic jurisdiction* todavía puede tener vigencia en el derecho consuetudinario, mientras que ha perdido todo significado en el derecho convencional.

Una vez admitido esto, por cierto que no es posible dar cuenta detallada de todas las normas convencionales que en la actualidad limitan la libertad de acción del Estado dentro su territorio. A continuación trataremos de esbozar un esquema sintético de los principales ámbitos en los que se han generado normas convencionales y de indicar en qué casos también el derecho consuetudinario plantea límites a la soberanía territorial.

* * *

Movimiento convencional a favor de los derechos humanos

Comenzaremos por la protección de los derechos humanos. Resultan conocidas para todos las iniciativas internacionales destinadas a promover la protección del individuo en cualquier lugar que se encuentre, *incluso —y de modo especial— en relación con el Estado de su nacionalidad*. Además de la suscripción de documentos muy importantes desde el punto de vista político, pero carentes de o con escaso valor jurídico, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (v. p. 79) o el Acta Final de la Conferencia de Helsinski sobre Seguridad y Cooperación en Europa (v. p. 99), en este ámbito la acción de los gobiernos se ha traducido en la elaboración de numerosas convenciones. Para citar sólo las más importantes, recordemos la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (v. p. 232); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (v. p. 234); los dos Pactos de la Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. p. 239); la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (v. p. 239). Como veremos a su debido tiempo, además de constituir los órganos destinados a velar por su observancia, todas estas convenciones contienen un catálogo de derechos humanos, que muchas veces resulta mucho más avanzado y detallado del que normalmente prevén las Constituciones, aun las más modernas. Por ejemplo, conforme a los dos Pactos de las Naciones Unidas, son muy amplios los derechos que los Estados están obligados a reconocerles a todos los individuos sometidos a su poder, sin distinción de sexo, de raza, de religión, de opinión pública, etc. (cfr. el art. 2, párr. 2, y el art. 3 del Pacto sobre Derechos Económicos y el art. 2, párr. 1, y el art. 3 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos): entre otros, los derechos económicos comprenden el derecho al trabajo, a percibir una retribución justa, al seguro y demás formas de asistencia y seguridad social; el derecho a formar sindicatos libres y el derecho de huelga. En lo que respecta a los derechos civiles y políticos, queda allí ampliado y especificado el catálogo habitual de las libertades individuales, entre ellas la libertad personal, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de asociación, etc.

Italia está vinculada también por otros acuerdos multilaterales para la protección de los derechos humanos: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del 9-12-1948 (Ley italiana N° 153 del 11-3-1952) [aprobada en Argentina por Decreto-Ley N° 6286 del 9 de abril de 1956, entró en vigor el 12 de enero de 1951]; la Convención del 28-7-1951 (Ley italiana N° 722 del 24-7-1954) [aprobada en Argentina por Ley N° 15.869 del 13 de setiembre de 1959, entró en vigor el 22 de abril de 1954] y el Protocolo del 31-1-1967 (Ley italiana N° 95 del 14-2-1970) [aprobado en Argentina por Ley N° 17.468 del 3 de octubre de 1967, entró en vigor el 4 de octubre de 1976] sobre Refugiados; la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer del 20-12-1952 (Ley italiana N° 326 del 24-4-1967) [aprobada en Argentina por Ley N° 15.786 del 7 de diciembre de 1960, entró en vigor el 7 de julio de 1954]; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas del 28-9-1954 (Ley italiana N° 306 del 1-2-1962) [aprobada en Argentina por Ley N° 19.510 del 2 de marzo de 1972, entró en vigor el 16 de junio de 1969]; la Carta Social Europea del 18-10-1961 (Ley italiana N° 929 del 3-7-1965); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, del 21-12-1965 (Ley italiana N° 54 del 13-10-1975) [aprobada en Argentina por Ley N° 17.722 del 26 de abril de 1968, entró en vigor el 4 de enero de 1969]; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del 18-12-1979 (Ley italiana N° 132 del 14-3-1985) [aprobada en Argentina por Ley N° 23.179 del 8 de mayo de 1985, entró en vigor el 3 de setiembre de 1981].

Respeto de los derechos humanos según el derecho consuetudinario

Además, hoy en día puede afirmarse que en el campo de los derechos humanos se han venido consolidando normas consuetudinarias, del tipo específico que hemos llamado "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (v. p. 62). A diferencia de los tratados, que incluyen catálogos de derechos humanos sumamente detallados, el derecho consuetudinario se limita a establecer la protección de un núcleo fundamental e irrenunciable de derechos humanos. Básicamente, el derecho internacional consuetudinario prohíbe las llamadas *gross violations*, o sea, las violaciones graves y generalizadas de los derechos humanos, categoría a la que en general se remiten aquellas prácticas de gobierno especialmente inhumanas y crueles, como el *apartheid*, el genocidio, la tortura, las ejecuciones en

masa, el trato cruel y degradante a prisioneros políticos y a criminales comunes, y otras por el estilo. Todos los Estados concuerdan en afirmar que estas prácticas son contrarias al derecho internacional general, más aún, al *ius cogens* internacional (v. p. 249). Incluso se ha pronunciado en este sentido, aunque sólo sea incidentalmente, la Corte Internacional de Justicia (en su sentencia del 5-2-1970 en el caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.*, en CIJ, *Recueil*, 1970, p. 32), y, además, existe una práctica significativa y abundante de las Naciones Unidas. Por lo tanto, no queda otra posibilidad más que acordar con estas afirmaciones.

En lo que se refiere a la práctica de las Naciones Unidas, cfr. Conforti, p. 147 y ss. y p. 231 y ss.

Obviamente, no se debe confundir la *obligación* que tiene el Estado de respetar los derechos humanos con el *poder* que tienen todos los Estados para castigar a los *individuos* que hayan cometido *gross violations* de dichos derechos humanos, ya sea que formen o no parte de órganos estatales (v. p. 270).

Entre las normas consuetudinarias sobre derechos humanos —que se corresponden con las normas convencionales establecidas en los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1)— también debe incluirse el principio de la autodeterminación de los pueblos (v. p. 38). Por imponerle el deber de retirarse a todo Estado que gobierne una comunidad territorial que no sea la propia, dicho principio representa la limitación máxima, más aún, constituye, por así decirlo, la negación de la soberanía territorial.

* * *

Derecho internacional económico

Existen numerosísimos límites a la soberanía territorial del Estado en aquella rama del derecho internacional denominada "derecho internacional económico", cuyo aspecto más interesante es la normativa de las relaciones entre países industrializados y países en desarrollo.

Si se exceptúa el tema de tratamiento de los extranjeros (v. p. 269 y ss.), quizá sea el derecho internacional económico la rama del derecho internacional en la cual se verifique menos la formación de normas consuetudinarias. Se trata de un aspecto regulado principalmente por normas *convencionales*. En lo que respecta específicamente a las relaciones entre países industrializados y países en desarrollo, es cierto que la Asamblea General de las Naciones Unidas, la UNCTAD (v. p. 190) u otros órganos tanto de la ONU como de otras organizaciones internacionales de carácter universal han enunciado esporádicamente una serie de principios, como los contenidos en la Declaración sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados y en la Declaración sobre el Fortalecimiento del Crecimiento Económico de los Países en Desarrollo, que son todos ellos documentos de la Asamblea General (v. p. 79). También es cierto que la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, igualmente emanada de la Asamblea General de la ONU (v. p. 79) considera que ese derecho es un tipo especial de derecho del hombre, referido a todos aquellos individuos que componen el pueblo de un país subdesarrollado. Pero también es cierto que —a excepción de las normas ya examinadas sobre relaciones entre el Estado territorial y los extranjeros y del principio muy general que prohíbe al Estado realizar acciones que puedan producir una crisis en la economía de un país, del cual ya hablamos en su momento (v. p. 249)— la protección del derecho al desarrollo no se ha traducido en normas consuetudinarias que generen derechos y obligaciones *concretos* para los Estados. En definitiva, todos estos documentos enuncian principios de carácter programático, que describen el modo en que deben reglamentarse *convencionalmente* las relaciones económicas entre los países en desarrollo y los países industrializados. Justamente, sobre la base de estos principios se apoya toda una serie de tratados bilaterales y multilaterales orientados a brindar cooperación para el desarrollo aunque aún no resulten suficientemente adecuados, los que han venido planteando límites a la libertad de los Estado de reglamentar sus relaciones económicas recíprocas del modo que lo crean más conveniente.

Cooperación para el desarrollo

Acuerdos sobre materias primas

Al respecto, recordemos: los acuerdos sobre materias primas (por ejemplo, los acuerdos de 1982 sobre el yute, de 1976 y 1983 sobre el café, de 1977 y de 1984 sobre el azúcar, de 1986 sobre cereales) que tienden a estabilizar el precio del producto, por breves períodos de tiempo y mediante diversos mecanismos (algunos muy simples, como la consulta entre las partes, y otros más sofisticados, como la restricción o el control del destino de las exportaciones, la formación de *stocks* reguladores, etc.), de manera que ese precio estable sea tanto remunerativo para los países productores, que en general son países en desarrollo, cuanto justo para los países consumidores; las

Sistema de preferencia

convenciones comerciales basadas en el principio del tratamiento preferencial a los países en desarrollo, por el cual las concesiones tarifarias o de cualquier otro tipo que se otorguen a estos países no quedan sujetas a reciprocidad con el Estado desarrollado que las concede ni se extienden a otros países a través de la cláusula de la nación más favorecida (por el contrario, esta cláusula, que implica que todos los Estados firmantes del acuerdo en el que está contenida tienen la obligación de extender sucesivamente a todas las demás Partes el eventual tratamiento más favorable que le concedan a una de ellas o a terceros Estados, es la regla de las relaciones comerciales entre los países de igual desarrollo económico relativo, que, además, quedó sancionada en el GATT: v. p. 128); los acuerdos que prevén conceder asistencia técnica, ayuda, financiamiento, etc., a países en desarrollo. Además, existen otros sectores en los que hasta hoy no se ha logrado consolidar normas convencionales, o bien se ha logrado sólo en una mínima parte, pero en los que, por el contrario, abundan iniciativas, proyectos de regulaciones internacionales y actos no vinculantes de organizaciones internacionales, especialmente de las Naciones Unidas. Nos referimos, por ejemplo, a las iniciativas tendientes a facilitar la transferencia de tecnología (licencias, *know how*, experiencia técnica de cualquier tipo) de las empresas de los países industrializados a las de los países en desarrollo. No es el mismo caso el de las iniciativas para establecer "códigos de conducta" para las actividades de las empresas multinacionales.

Transferencia de tecnología. Actividad de las sociedades multinacionales

Además de lo que ya hemos dicho en otras partes de este libro, e incluso dejando de lado los acuerdos de cooperación para el desarrollo, la libertad de los Estados en materia económica está limitada por numerosísimos acuerdos comerciales, aduaneros, de integración de las respectivas economías, etc., sobre los cuales no hace falta detenerse. En cambio, vale la pena discutir algo que afirmábamos más

arriba, esto es, que en materia económica, el poder de gobierno del Estado no encuentra límites de derecho *consuetudinario* fuera de los que se refieren al tratamiento de los extranjeros o de los Estados extranjeros. En efecto, la doctrina hizo varios intentos de individualizar ciertos límites de carácter general, fuera de las normas sobre el tratamiento de los intereses extranjeros. Los más interesantes de estos intentos son los que se refieren a las sanciones aplicadas en virtud de la legislación *antitrust* (por ejemplo, sanciones contra las empresas que celebren acuerdos para establecer una competencia fingida) o de la legislación referida al comercio internacional (por ejemplo, las medidas de boicot, o sea, medidas coercitivas para impedir las exportaciones o las importaciones hacia o desde determinados países). De este modo (y repitiendo las fórmulas de algunas sentencias de Tribunales internos), se ha afirmado que el Estado no debe interferir en los intereses económicos esenciales de Estados extranjeros (Luzzatto), o que dichos intereses deben ser "ponderados" y antepuestos, si se considera que merecen más protección que los intereses nacionales (Meessen), o que cada Estado debe ejercitar su propio poder en materia económica dentro de límites "razonables" (Mann), etc. Se ha dicho todo esto como reacción contra la pretensión de Estados Unidos (manifestada en su legislación *antitrust* y en su boicot del comercio proveniente de países enemigos) de imponer obligaciones a las empresas de todo el mundo, utilizando, obviamente, la amenaza de bloquear sus bienes e intereses en territorio estadounidense. Por cierto, semejante pretensión —que en algunos casos, más precisamente en el caso del embargo aplicado en razón de la construcción del gasoducto siberiano entre la URSS y Europa (1981-82), surgió después de las protestas de la CE y de otros Estados occidentales— es condenable por ser un fenómeno de imperialismo, por lo menos en lo jurídico; pero en este caso, dicha condena puede expresarse sobre la base de (y, por lo tanto, se justifica sólo en la medida en que dicha pretensión contraría) normas consuetudinarias que, como vimos, prohíben ejercitar la autoridad estatal sobre los extranjeros cuando no existe un contacto adecuado con la comunidad territorial. En cambio, ninguna de las expresiones que hemos mencionado más arriba puede considerarse apoyada en la práctica.

Legislación *antitrust* y legislación sobre comercio internacional

Lo que hemos dicho hasta ahora coincide con la tesis (Picone) que sostiene que en lo referente a las medidas del Estado en materia económica, el derecho internacional general sólo tendría (y simplemente como tendencia) carácter *instrumental* y se limitaría a imponer a los Estados obligaciones de información y consulta respecto de esas medidas. Como ejemplo de dichas obligaciones, señalemos el acuerdo sobre cooperación en materia *antitrust* entre Estados Unidos y Australia de 1982 (en AJIL, 1982, p. 868 y ss.) y el Memorándum de Entendimiento en esa misma materia entre Estados Unidos y Canadá de 1984 (*idem*, 1984, p. 659 y ss.), destinados a evitar conflictos en la aplicación de las respectivas legislaciones sobre protección de la competencia. Por otra parte, el Memorándum entre EE.UU. y Canadá no es un acuerdo internacional propiamente dicho (v. p. 100).

* * *

En este punto, merece al menos una mención una clase de acuerdos que cada vez más afecta a las distintas ramas del ordenamiento estatal. Es el caso, en el derecho civil y comercial, de los acuerdos sobre derecho privado uniforme, sobre propiedad industrial, literaria y artística, etc.; en el derecho financiero, los acuerdos para evitar la doble imposición fiscal; en el derecho laboral, las convenciones establecidas por la OIT (v. p. 148); etc.

* * *

Usos nocivos del territorio

También es muy actual el tema de los límites a la libertad de explotación (mejor dicho, de la regulación de la explotación) de los recursos naturales del propio territorio del Estado, en especial referidos a las actividades contaminantes. Es innecesario subrayar que la libertad de explotación de los propios recursos naturales es uno de los contenidos más importantes de la soberanía territorial.

Comenzaremos por preguntarnos si esta libertad de explotación encuentra límites en el derecho internacional *consuetudinario*.

¿Es cierto, como se sostiene comúnmente, que el Estado tiene la obligación de evitar que su territorio sea utilizado para causar daño al territorio (o a las naves y aeronaves que navegan o sobrevuelan la alta mar) de otros Estados? Normalmente el problema se plantea desde la óptica de la responsabilidad del Estado territorial: nos preguntamos si existe responsabilidad (que deba tomar forma de resarcimiento) por daños causados fuera de los propios límites territoriales; si tal responsabilidad aparece en caso de la comisión de un acto ilícito o si existe también en los casos en que la actividad nociva sea lícita; finalmente, si la responsabilidad tiene carácter absoluto o presupone la culpa del Estado territorial.

Trataremos el tema de la responsabilidad del Estado en el lugar oportuno; en este punto, simplemente interesa ver si el derecho internacional consuetudinario impone la obligación de no realizar actividades *nocivas*. Claro que, si la respuesta es positiva, la responsabilidad que se deriva de violar esta obligación se entenderá como responsabilidad (ya sea absoluta o al menos por culpa) por un ilícito; si la respuesta es negativa, quedará por establecer si puede configurarse responsabilidad a partir de actos lícitos.

Relaciones de vecindad

En principio, el problema que estamos considerando surgió en el marco de las relaciones de vecindad, en especial, referido a la utilización de los ríos internacionales que modifique el caudal de las aguas que fluyen hacia el Estado limítrofe y a las emisiones de gases y sustancias tóxicas por actividades industriales realizadas en zonas fronterizas. Esto se plantea hoy con particular agudeza respecto de la contaminación atmosférica que se deriva de actividades ultrapeligrosas, capaces de producir daños incluso a distancia considerable: por ejemplo, la actividad de las centrales atómicas (pensemos en el incidente de Chernobyl en 1986), los experimentos nucleares, las industrias químicas, etc. A este tipo de actividades se refiere el principio Nº 21 de la Declaración adoptada en Estocolmo en 1972 por la Conferencia de Estados sobre Ambiente Humano, convocada por las Naciones Unidas, según el cual "... los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales de acuerdo con su política ambiental y tienen la obligación de asegurar que las actividades realizadas dentro de los límites de su soberanía o bajo su control no causen daños ambientales a otros Estados...". La Declaración de Estocolmo no tiene, de por sí, carácter vinculante. La obligación que establece (¡no sin antes haber puesto el énfasis en el derecho a la explotación de los recursos!), ¿puede decirse que corresponda al derecho internacional consuetudinario?

Contaminación atmosférica

Para nosotros, es bastante riesgoso plantear limitaciones a la utilización del territorio a partir del derecho internacional general. Probablemente pueda exceptuarse el caso específico de las aguas comunes (ríos, lagos), en el cual puede considerarse prohibida cualquier utilización que pueda perjudicar a los demás usuarios (desviación, sustracción, emisión de sustancias contaminantes). En esta materia existe una práctica internacional difundida y significativa, si bien no falta alguna antigua manifestación en contrario, como la Declaración del Procurador General Harmon, en 1895, sobre el pleno derecho de Estados Unidos de desviar las aguas del Río Grande en perjuicio de México, o como una sentencia reciente del Consejo de Estado francés del 18-4-1986 (en *Revue juridique de l'environnement*, 1986, p. 296 y ss.) relativa a la contaminación del Rin. Probablemente pueda decirse también que en la actualidad, el derecho internacional consuetudinario prevé la obligación de *informar* a los demás Estados sobre inminente peligro de accidentes (o sobre accidentes que estén ocurriendo), de modo que puedan adoptar las necesarias medidas de prevención. Pero...¡hasta aquí! Por lo demás, faltan puntos de referencia que permitan justificar la conclusión de que los Estados están efectivamente obligados a impedir el uso nocivo de su territorio. En realidad, el *único* caso que se puede citar —y que de hecho siempre se cita— de este tipo de obligación es la sentencia arbitral emitida para el diferendo entre Estados Unidos y Canadá de 1941, por la *Fundición de Trail*, fundición canadiense que operaba próxima a la frontera y que, por sus emisiones de gases, había dañado seriamente los cultivos de campesinos estadounidenses: "Según los principios del derecho internacional, y según el ordenamiento jurídico de Estados Unidos —observó la Corte— ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir que se use el propio territorio de modo tal de provocar daños por emisiones de gases al territorio de otro Estado o a las personas y a los bienes que allí se encuentren..." (cfr. RIAA, vol. III, p. 1965). La importancia de esta sentencia adquiere una nueva dimensión si se considera que, como surge de los términos del compromiso arbitral (*idem*, p. 1907 y ss.), Estados Unidos y Canadá ya estaban de acuerdo en que correspondía efectuar un resarcimiento, al menos por un cierto tiempo. De todos modos, se trata de

Arbitraje en el caso de la *Fundición de Trail*

un caso muy circunscripto, y no es posible derivar de él una obligación que requeriría de muchas más pruebas, especialmente dada la enorme importancia que tienen hoy los fenómenos relacionados con la contaminación, sobre todo a causa de la utilización de la energía atómica. De hecho, y justamente en lo que respecta a la utilización de la energía atómica, los Estados se han mostrado siempre reacios en admitir su propia responsabilidad por daños, y si alguna vez han previsto indemnizar a las víctimas (como en el caso de los daños a pescadores japoneses, causados en 1954 por los experimentos nucleares de Estados Unidos en las islas Marshall), al mismo tiempo se encargaron de subrayar el carácter voluntario de dicha indemnización. Además, hay que tener en cuenta la posición de los países en desarrollo, que adhieren fuertemente al principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales (v. p. 264), principio que no tolera interferencias con el pleno aprovechamiento de los recursos. Finalmente, es necesario no confundir las obligaciones del Estado a nivel internacional con las de los individuos, personas físicas o jurídicas, o en última instancia, del mismo Estado, a nivel interno: si una industria, pública o privada, provoca daños en el territorio de otro Estado, puede ser llamada a responder delante de los jueces de este Estado —siempre que se cumpla con el debido proceso y que lo permitan las reglas sobre responsabilidad civil— en el marco del normal ejercicio de la soberanía territorial; o bien dicha industria puede ser llamada a responder, siempre cumpliendo con las reglas procesuales y de acuerdo con las normas sobre responsabilidad civil, frente a los jueces del Estado de cuyo territorio proviene la contaminación.

En cuanto a la tesis de que el derecho internacional general prevé la obligación de informar a los demás Estados en caso de accidentes o de peligro de graves accidentes, cfr. Gaja, en RDI, 1986, p. 828 y ss. y también la sentencia de la Corte Distrital (*Amtsgericht*) de Bonn, del 29-9-1987, confirmada por la sentencia de la Corte Provincial (*Landgericht*) de la misma ciudad, en ILR, vol. 80, p. 377 y ss.

Para distinguir entre responsabilidad internacional y responsabilidad interna, es ilustrativo el caso resuelto por la Corte Distrital de Rotterdam

(sentencia del 16-12-1983, en NYIL, 1984, p. 471 y ss.) y después por la Corte de Apelación de La Haya (sentencia del 10-9-1986, *idem*, 1988, p. 497 y ss.). La Corte Distrital entendió que la responsabilidad de una fábrica francesa en la contaminación del Rin —contaminación que provenía del territorio francés— existía tanto en virtud del derecho holandés como del derecho internacional; por el contrario, la Corte de Apelación consideró no pertinente la referencia al derecho internacional, afirmando la existencia de responsabilidad únicamente sobre la base del derecho holandés.

Cooperación contra la contaminación

Sin embargo, y siempre dentro del tema que nos ocupa, la situación cambia en lo que respecta al derecho internacional *convencional*. En los últimos años se han ido multiplicando los acuerdos tanto bilaterales como multilaterales en materia de cooperación contra la contaminación. Rara vez estos acuerdos establecen específicamente la prohibición de realizar determinadas actividades contaminantes (un ejemplo de este tipo de acuerdos es la Convención de Bonn del 3-12-1976, sobre Protección del Rin contra la Contaminación, que prevé, entre otras cosas, dos listas de sustancias capaces de contaminar las aguas del río y que impone la obligación de eliminar la contaminación por las sustancias de la primera lista y de reducir la que se deriva de las sustancias de la segunda lista). En general, estos acuerdos se limitan a establecer obligaciones de cooperación (en especial, en forma preventiva), de información y de consulta entre las Partes contratantes. Cfr. por ejemplo: en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (v. p. 191), la Convención de 1979 sobre Contaminación Atmosférica a Distancia, que prevé una obligación genérica de "intercambio de información, consulta, investigación y control" para combatir la contaminación (art. 3) y una obligación específica de consulta entre las Partes contratantes interesadas, cuando una o más Partes se vean perjudicadas o gravemente amenazadas por la contaminación atmosférica que provenga del territorio de otra Parte (art. 5); en el marco de la OIEA (v. p. 208), las dos Convenciones del 26-9-1986 que tratan, respectivamente, sobre la inmediata notificación de los accidentes nucleares (con obligación de información y consulta a través de la misma OIEA) y sobre la asistencia en caso

de accidentes nucleares (que el Estado al que se reclama decide si está en condiciones de prestar o no).

Debemos mencionar además las convenciones sobre responsabilidad por contaminación (v. p. 475) que, por lo demás, no se ocupan de la responsabilidad internacional de los Estados, sino que se limitan a imponer a los Estados contratantes la obligación de disponer de un adecuado sistema de responsabilidad civil a nivel de su legislación interna.

XXIX. El derecho internacional del mar. La libertad de los mares. Control de los estados ribereños sobre los mares adyacentes a sus costas

Hasta aquí hemos descrito las normas sobre soberanía territorial y sus limitaciones... respecto de la tierra firme. Ahora debemos considerar las normas (sobre todo, las normas consuetudinarias) que limitan el poder de gobierno de los Estados en los espacios marinos. Hablaremos después de las normas sobre los espacios aéreo y cósmico.

Codificación del derecho internacional marítimo

En el ámbito del derecho internacional del mar existen, como ya vimos (v. p. 72), cuatro convenciones de codificación adoptadas en Ginebra en 1958. Sin embargo, cada una de ellas ha sido ratificada por un pequeño número de Estados: la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua, la Convención sobre Alta Mar, la Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar, la Convención sobre Plataforma Continental. Dejando de lado la pregunta de si todas las normas contenidas en estas convenciones corresponden efectivamente al derecho internacional general, y dejando de lado el irrelevante número de Estados que las han ratificado, no se puede omitir el hecho de que entre 1974 y 1982 se desarrolló una nueva Conferencia de las Naciones Unidas (la tercera) para volver a codificar el derecho del mar; que de esta Conferencia surgió

una nueva y única Convención (compuesta de 320 artículos y varios anexos) firmada en Montego Bay el 10-12-1982, y que, habiéndose depositado el décimo sexto instrumento de ratificación de dicha Convención de Montego Bay, entró en vigor en noviembre de 1994. A pesar de que persisten divergencias respecto de la sección referida a fondos oceánicos (especialmente por parte de Estados Unidos de América), la gran mayoría de las normas contenidas en las otras partes de la Convención han sido aceptadas en la práctica por todos los gobiernos.] Por ende, el estado actual del derecho del mar consuetudinario sólo puede reseñarse a través de un esfuerzo de síntesis entre viejas y nuevas posiciones. [Argentina, si bien firmó la Convención de Montego Bay, aún a mediados de 1994 no la había ratificado. Sin embargo, la Ley 23.968, publicada en el Boletín Oficial el 5 de diciembre de 1991, incorpora las reglas básicas para las distintas zonas marítimas sobre las que el Estado argentino ejerce su jurisdicción, en plena conformidad con la Convención de Montego Bay.

Por la Ley 23.968 se establece un mar territorial de 12 millas medidas desde las líneas de base rectas o normales definidas en la misma ley. El artículo 3° expresa que la Nación Argentina posee y ejerce soberanía plena sobre las aguas, lecho y subsuelo y espacio aéreo; se reconoce el derecho de paso inocente a los buques de terceros Estados de conformidad con el derecho internacional y las leyes y reglamentos que la Argentina dicte en su condición de Estado ribereño.

Esta ley extiende la zona contigua a 24 millas, medidas desde las líneas de base rectas o normales desde donde se mide la anchura del mar territorial. El Estado podrá en esta zona prevenir y sancionar las infracciones a sus leyes y reglamentos en materia fiscal, sanitaria, aduanera y de inmigración que se cometan en su territorio o en su mar territorial.

Se establece por el artículo 5° una zona económica exclusiva que se extiende más allá del mar territorial y hasta una distancia de 200 millas marinas medidas desde las líneas que definen el límite interior del mar territorial. El Estado ejerce derechos soberanos para la exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la

exploración y explotación económica de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos.

En cuanto a la plataforma continental, la Ley 23.968 determina que el estado ejerce "soberanía" y no meramente "derechos soberanos para la exploración y explotación de recursos vivos y no vivos" según se expresa en el texto de la Convención de Montego Bay. La plataforma continental comprende el lecho y subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas medidas a partir de las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior no llega a dicha distancia.

La ley establece asimismo que, en los espacios marítimos sobre los que se legisla, el Estado conserva el derecho exclusivo de construir, autorizar y reglamentar la construcción, el funcionamiento y la utilización de todo tipo de instalaciones y estructuras, ejerciendo sobre las mismas su jurisdicción exclusiva, inclusive en materia de leyes y reglamentos fiscales, aduaneros, sanitarios y de inmigración.

La Ley 23.968, si bien confirma respecto de las bahías históricas la plena vigencia del Decreto-Ley 17.094 de 1966, modifica sustancialmente su contenido.

El Decreto-Ley 17.094 establecía la soberanía argentina sobre el mar adyacente a su territorio hasta una distancia de 200 millas marinas, preservando en dicha zona la libertad de navegación y sobrevuelo. El Poder Ejecutivo se reserva el derecho de reglamentar las formas y condiciones en que podrán desarrollarse las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales del mar por parte de buques extranjeros, dentro de esta zona de 200 millas (ver Decreto N° 5106 publicado en el Boletín Oficial el 4 de enero de 1967; Ley de pesca N° 17.500 del 25 de octubre de 1967; Decreto N° 8.802/67 del 22 de noviembre de 1967; Ley 20.136 del 15 de febrero de 1973; Ley 21.514 y Ley 22.018 del 28 de junio de 1979).

El Decreto-Ley no define esta zona como mar territorial, a pesar de que la legislación posterior hace reiteradas referencias al "mar territorial" establecido por aquel Decreto-Ley. Así, por ejemplo, el Có-

digo Aduanero (Ley 22.415, publicado el 30 de marzo de 1981) grava los recursos extraídos del mar territorial. El Código Aduanero hace referencia, en su exposición de motivos, al Decreto-Ley 17.094, al considerar como mar territorial a la zona de 200 millas de soberanía. Independientemente del hecho de que esta zona representase en su momento un reclamo de mar territorial, dentro de las 200 millas marinas de sus costas —es decir, en la zona económica exclusiva—, el Estado ribereño tiene hoy día derecho a gravar la explotación de los recursos extraídos de ésta. La Ley 23.968 modifica el Código Aduanero a los efectos de asegurar la aplicación de gravámenes aduaneros a las extracciones de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental. De esta manera no es necesario hacer una interpretación forzada del viejo texto, que solamente gravaba los recursos extraídos del mar territorial, si bien se entendía que éste abarcaba una zona hoy comprendida dentro de la zona económica exclusiva.

En cuanto a la plataforma continental, el Decreto-Ley de 1966 reproducía la definición contenida en la Convención de Ginebra de 1958 sobre esa zona, expresando que la soberanía de la Nación Argentina se extiende al lecho y subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio hasta una profundidad de 200 metros o más allá de ese límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de la zona.]

* * *

Durante varios siglos el derecho internacional del mar estuvo gobernado por el principio de la *libertad de los mares*. Tal principio se afirmó en el curso de los siglos XVII y XVIII. Sobre todo, fueron los holandeses los que promovieron la observancia de este principio e indujeron poco a poco a Inglaterra, España, Portugal y algunos otros Estados menores a abandonar sus pretensiones de obtener el llamado dominio de los mares.

Libertad de los mares y su significado

¿Qué significa la libertad de los mares? Significa que un Estado no puede impedir ni perturbar la utilización de los espacios marinos (navegación, pesca, explotación de cualquier recurso marítimo) por parte de los demás Estados, o, mejor dicho, de las naves con bandera

de otros Estados y, en general, de las comunidades que dependen de otros Estados. La utilización de los espacios marinos, que de ese modo queda garantizada para todos, encuentra un límite intrínseco a todo régimen de libertad, que consiste en el respeto de la igual libertad de los demás. Un Estado no puede ejercer esta libertad hasta el punto de eliminar toda posible utilización por parte de los demás países. Por lo tanto, en un régimen de libertad es inadmisible que un Estado les sustraiga permanentemente a los demás los recursos marítimos, por ejemplo, agotando o comprometiendo las especies ictícolas en una determinada zona, o pretendiendo que ciertos sectores del mar permanezcan cerrados a la navegación.

Control de los mares adyacentes

En oposición a esta libertad de los mares, los Estados siempre han manifestado su pretensión de asegurarse cierto control de las *aguas adyacentes* a sus propias costas. Pero, hasta fines del siglo pasado y, en muchos aspectos, hasta la primera mitad del presente, dicha pretensión no había podido imponerse casi nunca al principio de la libertad de los mares. Esencialmente, la orientación de la práctica internacional era que el principio de libertad se extendiera también a los mares adyacentes, reservándole al Estado ribereño la posibilidad de ejercer poderes excepcionales sobre naves extranjeras en materia de reglamentación de pesca y de represión del contrabando. Incluso en la segunda mitad del siglo pasado era totalmente extraña a la práctica internacional (aunque no a la doctrina) la figura del *mar territorial*, entendido como una franja de mar adyacente a la costa, equiparada al territorio del Estado y, por lo tanto, sujeta en principio al exclusivo poder de gobierno del Estado ribereño, igual que la tierra firme. Desde entonces, la tendencia se fue invirtiendo y la pretensión de los Estados ribereños por controlar los mares adyacentes comenzó a ganar cada vez más terreno, hasta encontrar en el derecho internacional de nuestros días una protección sin precedentes; en consecuencia, el antiguo principio de la libertad de los mares no constituye en la actualidad la norma primera y general, sino *una* de las normas que componen el derecho internacional del mar. Las etapas del proceso de erosión del régimen de libertad de los mares pueden sintetizarse como sigue: en primer lugar, desde fines del siglo pasado se fue difundiendo en la práctica la figura del mar territorial

Mar territorial

como una zona sujeta en todo y para todo al régimen territorial del Estado. En los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial se advirtió una evidente ampliación de los poderes del Estado ribereño, dada la aceptación general de la doctrina de la plataforma continental enunciada por el presidente Truman en un famoso discurso de 1945: ese discurso (que fue seguido por medidas análogas de todos los Estados ribereños) reivindicaba para Estados Unidos el control y la jurisdicción sobre los recursos de la plataforma, esto es, de aquella parte del fondo y subsuelo marino, que a veces se extiende a lo largo de cientos de millas marinas, que constituye la prolongación de la tierra emergida y, por lo tanto, que se mantiene a profundidad constante antes de precipitar en los abismos. Desde entonces la práctica internacional se ha orientado paulatinamente en favor de una nueva figura, propiciada inicialmente por los países de América Latina y después por la mayor parte de los países en desarrollo, esto es, en favor de la llamada *zona económica exclusiva*, extendida hasta las doscientas millas marinas de la costa: todos o casi todos los recursos de la zona, no sólo los del fondo o del subsuelo marino, sino también los de las aguas suprayacentes, se considera que pertenecen al Estado ribereño.

Plataforma continental

Zona económica exclusica

El cuadro que hemos trazado hasta aquí nos pareció necesario para comprender mejor los distintos institutos del derecho del mar. De ahora en más trataremos en detalle el mar territorial, la plataforma continental, la zona económica exclusiva y los espacios marinos en los que aún puede decirse que se aplica íntegramente el antiguo principio de la libertad de los mares. De este examen detallado surgirán también los motivos políticos y económicos que están detrás de las nuevas tendencias de la práctica internacional contemporánea.

XXX. El mar territorial

Del mar territorial se ocupa la primera de las cuatro convenciones de codificación surgidas de la Conferencia de Ginebra de 1958 sobre

Derecho del Mar, la Convención "sobre Mar Territorial y Zona Contigua", ratificada también por Italia por la Ley N° 1658 del 8-12-1961 [Argentina, al igual que los demás Estados latinoamericanos, no ha ratificado ninguno de los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar]. La Convención de Montego Bay que, como ya hemos dicho, fue preparada por la Tercera Conferencia (v. p. 73), recogió en su mayor parte las normas de la Convención de Ginebra, sin recibir modificaciones sustanciales o cuestionamientos por parte de los Estados. Por lo tanto, pueden emplearse las normas formuladas en Ginebra en 1958, con las limitaciones propias de los acuerdos de codificación (v. p. 75), como un útil punto de referencia para reconstruir el derecho internacional consuetudinario vigente en la materia. [La Convención de Montego Bay contaba en el mes de noviembre de 1993 con sesenta ratificaciones, por lo tanto, de acuerdo a su artículo 308, entró en vigor en noviembre de 1994. En razón de que menos de la mitad de los Estados firmantes ha ratificado la Convención, es aún hoy día relevante rescatar el valor consuetudinario que tienen el contenido de las normas de esta Convención. No sólo respecto de las normas que se reiteran de las Convenciones de Ginebra, sino principalmente respecto de los nuevos consensos logrados a partir de la Tercera Conferencia, consolidados como derecho positivo por la práctica de los Estados.

Entre los 19 Estados latinoamericanos y del Caribe que ratificaron la Convención, encontramos a Brasil, México y Uruguay. Los grandes ausentes son los Estados desarrollados. Solamente los Estados europeos de Islandia, Malta y Yugoslavia habían ratificado la Convención al momento de producirse la ratificación número sesenta. Hasta ese momento se habían producido también 27 ratificaciones de Estados africanos y 11 de Estados asiáticos.]

* * *

Fuera de las limitaciones que vamos a examinar enseguida, el mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado ribereño del mismo modo que lo está la tierra firme. La adquisición de la soberanía es automática: la soberanía ejercida sobre la costa implica la soberanía

Soberanía del Estado ribereño sobre el mar territorial

sobre el mar territorial. Al respecto, el art. 1 de la Convención de Ginebra establece: "La soberanía del Estado se extiende, más allá de su territorio y de sus aguas internas, a una zona de mar adyacente a sus costas denominada mar territorial".

Al admitir la existencia del mar territorial a la luz del derecho internacional consuetudinario, estamos abandonando una posición que defendimos encarnizadamente en varios estudios anteriores, comenzando por el libro *Il regime giuridico dei mari*, Nápoles, 1957, cap. V. Sosteníamos entonces la imposibilidad de equiparar el mar territorial al territorio, haciendo hincapié, sobre todo, en la falta de acuerdo entre los Estados respecto del límite externo del mar territorial (la misma Convención de Ginebra no contiene regla alguna al respecto), que ciertos Estados deseaban que estuviera restringido a 3 millas desde la costa; otros, extendido a 6, a 12, a 15... ¡hasta llegar a las 200 millas marinas! Nos parecía realmente imposible o al menos extremadamente contradictorio describir un territorio sin límites. Y sosteníamos entonces que en los mares adyacentes a sus propias costas el Estado ejercía un poder que no estaba limitado *espacialmente* sino sólo funcionalmente y que, por lo tanto, podía ejercerlo en el momento y en el lugar donde tuviera que garantizar el desarrollo pacífico de la vida de las comunidades ribereñas.

El motivo de nuestro cambio de posición es, precisamente, el opuesto al que nos llevaba a defenderla en su momento: uno de los resultados de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar, presente ya en los trabajos de las primeras sesiones, fue la aceptación general del límite de las 12 millas para el mar territorial.

Límite exterior del mar territorial

Sobre la base de un principio que debe considerarse consolidado y que está contenido incluso en la Convención de Montego Bay (art. 3), el mar territorial puede extenderse hasta un máximo de 12 millas marinas desde la costa.

* * *

Zona contigua

Según una doctrina surgida en el período de entreguerras, el Estado ribereño tendría el derecho de ejercer poder de vigilancia aduanera en una "zona contigua" al mar territorial. Esa doctrina fue receptada —y extendida a la vigilancia sanitaria y de inmigración— por la

Convención de Ginebra de 1958, cuyo art. 24 establece: "En una zona de alta mar contigua a su mar territorial, el Estado ribereño puede ejercer el control necesario con vistas a: a) prevenir la violación de las propias leyes de policía aduanera, fiscal, sanitaria o de inmigración...; b) reprimir la violación de esas mismas leyes, haya sido cometida en su territorio o en su mar territorial...". El mismo art. 24 fija en las 12 millas marinas la extensión máxima de la zona contigua. Debido a que dicha extensión es la que hoy se le reconoce al mar territorial, a la luz del art. 24 debe entenderse que la zona contigua ha sido absorbida por el mar territorial. Sin embargo, el art. 33 de la Convención de Montego Bay... restablece las distancias anteriores y lleva la zona contigua hasta las 24 millas. Pero, ¿cuál es la situación efectiva, desde el punto de vista del derecho internacional general?

Vigilancia aduanera

Siempre hemos sostenido y continuamos sosteniendo que, según el derecho internacional consuetudinario, en materia de vigilancia aduanera el poder del Estado ribereño encuentra un límite funcional y no espacial: el Estado puede hacer todo lo que es necesario (y sólo lo que es necesario) para *prevenir y reprimir* el contrabando en las aguas adyacentes a sus costas. La distancia desde la costa al lugar donde se realiza la represión del ilícito es escasamente significativa: incluso puede ser superior a las 12 o 24 millas, mientras que no se trate de una distancia tal que diluya toda noción posible de adyacencia. Lo que se necesita es que subsista algún contacto entre la nave y la costa, que puede ser: el trasbordo de mercaderías de contrabando de la nave a embarcaciones locales; que la carga esté destinada a ser desembarcada en el territorio del Estado ribereño o se dirija a él; o incluso, la particular "peligrosidad social" de la mercadería (como es el caso de las drogas), etc. En realidad, la práctica de todos los tiempos muestra una clara tendencia a no tener en cuenta las distancias sino el interés en la represión del contrabando; mejor dicho, esta misma práctica internacional revela la tendencia a reglamentar las distancias en función de este interés.

En cambio, con respecto a la represión del tráfico de drogas no puede citarse el art. 17 de la Convención de Viena del 19-12-1988 (ratificada por va-

rios Estados, entre los que se encuentra Italia [y Argentina]) sobre Represión del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas. Es cierto que dicho art. 17 subordina al previo consentimiento del Estado de la bandera del buque la visita o captura de naves que ejerzan dicho tráfico, pero, como en el párr. 11 se dejan expresamente a salvo los derechos y obligaciones de los Estados ribereños, esta disposición debe considerarse aplicable solamente a los mares no adyacentes.

Si bien comúnmente se habla de "vigilancia aduanera", y aunque los art. 24 y 33 de las Convenciones de Ginebra de 1958 y de Montego Bay de 1982, respectivamente, le atribuyen al Estado ribereño "... el control necesario con vistas... a prevenir la violación de sus propias leyes de policía aduanera...", debe entenderse que las medidas que consiente el derecho internacional consuetudinario son, como ya se ha dicho, tanto las medidas *preventivas* (visita y allanamiento) como las *represivas* (captura de la nave, punición de los miembros de la tripulación). La tesis sostenida por varios autores, según la cual sería necesario que el Estado ribereño se limitase sólo al primer tipo de medidas, se ha visto claramente desmentida por la práctica internacional. Por otra parte, sería absurdo que el Estado ribereño, después de haber constatado, mediante la visita y allanamiento de la nave, la existencia de mercadería de contrabando, se viera obligado a liberarla y a "esperar" su (muy eventual) ingreso en el propio mar territorial para proceder a reprimir el ilícito. Lo absurdo de esta conclusión permite entender que incluso los citados artículos 24 y 33 no usan la expresión "prevenir" en sentido técnico, sino para indicar genéricamente la finalidad de la institución.

Límite exterior del mar territorial italiano

Sobre la base de todo lo dicho hasta el momento, debe considerarse que está en conformidad con el derecho internacional consuetudinario la ley italiana N° 359 del 24-8-1974, art. único, que ha modificado el art. 2 del Código de Navegación, extendiendo el mar territorial italiano a 12 millas (el mencionado art. 2 había adoptado la distancia de las 6 millas). Por lo tanto, ha quedado absorbido por la ley de 1974 el art. 33 de la Ley N° 1424 del 25-9-1940 (art. 29 T. U. sobre aduanas) que fijaba la zona italiana de vigilancia aduanera en las 12 millas. [En Argentina, la Ley 23.968 de 1991 modificó el Código Aduanero extendiendo a la zona económica exclusiva y a la plataforma continental los alcances de las regulaciones en materia de importación y exportación de "extracciones de mercaderías originarias o procedentes de esas zonas", que con anterioridad reglaban solamente las extracciones del mar territorial. Cabe recordar que cuando el viejo texto del Código Aduanero se refería a mar territorial, hacía referencia al Decreto-Ley N° 17.094, que estableció una zona de mar adyacente a las costas del Estado

de 200 millas de soberanía. Por lo tanto, más que una modificación del Código, lo que hace la Ley 23.968 es redefinir los espacios de aplicación, pero siempre dentro de una zona de idéntica extensión.]

* * *

Límite interno del mar territorial

¿Desde qué puntos de la costa se mide la distancia de las 12 millas? Este es el problema del *límite interno* o *línea de base* del mar territorial. En el pasado, este problema ha dado lugar a una serie de controversias (es famosa la controversia entre Noruega y Gran Bretaña a propósito de las pesquerías noruegas, que fue resuelta por la Corte Internacional de Justicia en 1951) y constituye el objeto de varias normas de la Convención de Ginebra de 1958 (art. 3 y ss.); estas normas se inspiran en una práctica hoy en día consolidada, originada en la citada sentencia de la Corte. También se encuentran normas más o menos similares en la Convención de Montego Bay (art. 5 y ss.).

El art. 3 de la Convención de Ginebra fija el principio general de que la línea de base que sirve para medir el mar territorial está determinada por la línea de bajamar. Sin embargo, es más importante el art. 4, que reconoce la posibilidad de dejar de lado ese principio y recurrir al sistema de las líneas rectas, cuya legitimidad fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en la ya mencionada sentencia de 1951.

Sistema de las líneas rectas

De acuerdo con el sistema de las líneas rectas, el trazo de la línea de base del mar territorial no sigue las sinuosidades de la costa, como la línea de bajamar, sino que une las salientes de la costa o, en caso de que existan grupos de islas o escollos próximos a la costa, une los puntos extremos de esas islas o escollos. ¿Cuál es la distancia máxima a que se traza cada línea de base recta o, lo que es lo mismo, cuál es la máxima anchura de una línea de base recta? El art. 4 no da una respuesta precisa, sino que se limita a prescribir un criterio elástico, al establecer que la línea de base no debe "separarse apreciablemente de la dirección general de la costa", que las aguas situadas en el interior de la línea deben estar "lo bastante ligadas al dominio terrestre para estar sujetas al régimen de las aguas interiores", y que, para determinar ciertas líneas de base, se pueden tener

en cuenta los "intereses económicos... respaldados por un uso prolongado" de las regiones ribereñas.

Bahías

Otra norma importante en relación con el límite interno del mar territorial es la del art. 7 de la Convención, relativo a las bahías. Sobre la base de los parágrafos 4 y 5 del art. 7, si la distancia entre los extremos naturales de la bahía no supera las 24 millas, el mar territorial se mide a partir de la línea que une dichos puntos y todas las aguas de la bahía son consideradas aguas interiores; si la distancia excede las 24 millas, dentro de la bahía puede trazarse una línea de base recta, siempre de 24 millas, de modo tal de dejar como aguas interiores la mayor superficie posible de mar. Sin embargo, el art. 7 considera bahías (párr. 2) sólo las ensenadas que penetran profundamente en la costa, más precisamente, aquellas cuya superficie sea por lo menos igual o superior a la de un semicírculo cuyo diámetro sea la línea de entrada a la bahía. Sólo a este tipo de bahías se le aplica la regla de las 24 millas. Por lo tanto, la conclusión que se deduce es que los golfos, las bahías y cualquier otra ensenada que tengan una extensa línea de entrada pero no penetren profundamente en la costa no entran en el art. 7 y pueden cerrarse *por completo*, en virtud del art. 4, si se cumplen los requisitos necesarios para adoptar el sistema de las líneas de base rectas.

Bahías "históricas"

El art. 7 (párr. 6) menciona a continuación el régimen de las bahías "históricas", esto es, bahías sobre las cuales un Estado ribereño puede ejercer derechos exclusivos, por estar éstos consolidados en el tiempo debido a la aquiescencia de otros Estados y que, por lo pronto, deben considerarse aguas interiores sea cual sea su superficie. (Algunos ejemplos clásicos de bahías históricas son la bahía de Chaleur, Chesapeake, Delaware, etc.) [En Argentina, el Decreto-Ley N° 17.094 definió como bahías históricas a los Golfos San Matías, Nuevo y San Jorge. La Ley N° 23.968 confirmó esta definición, que encuentra un valioso antecedente en la Ley N° 9.475 de 1914 y en el Decreto del 26 de diciembre de 1914, que consideraban a los Golfos de San Matías, Nuevo y San Jorge como mar territorial, independientemente de la distancia de su escotadura.]

La importancia de determinar las líneas de base no consiste en su utilidad para delimitar el mar territorial sino las zonas cuyos *recursos*, como ya veremos, pertenecen al Estado ribereño (la zona económica exclusiva y la plataforma continental). Una línea de base desplazada mar adentro aumenta las posibilidades del Estado ribereño de acaparar estos recursos. Por esta razón, últimamente varios Estados han procedido a "cerrar" bahías y golfos de considerables proporciones. Estos comportamientos son incompatibles tanto con el art. 7 como con el art. 4 —ya citados— de la Convención de Ginebra (que, como ya se ha dicho, han sido reconfirmados por la Convención de Montego Bay) y puede entenderse incluso que son contrarios al derecho internacional consuetudinario. Pero, en realidad, la práctica internacional en la materia evoluciona continuamente.

Entre los episodios de cierres de bahías, recordemos el de la Bahía de Pedro el Grande por parte de la Unión Soviética; el del Golfo de Sirte y el Golfo de Gabès, por Libia y por Túnez, respectivamente; el caso de varias bahías enormemente amplias de la zona del Río de la Plata, cerradas por Argentina y Uruguay; el de todas las bahías de Gabón y Guinea; el de la Bahía de Ungwana cerrada por Kenia; el Golfo de Panamá, cerrado por Panamá; y el Golfo de Tarento, cerrado por Italia. [Argentina y Uruguay, en una Declaración Conjunta del año 1961, fijaron el límite exterior del Río de la Plata considerando su desembocadura no como una bahía sino como un estuario, en conformidad con el artículo 13 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua. Cabe recordar que ni Argentina ni Uruguay eran parte en la Convención de Ginebra, a la que mencionaban como fundamento jurídico de su Declaración.]

Varios de estos cierres (entre ellos, el del Golfo de Tarento, sobre el que volveremos enseguida) se justificaron calificando a la bahía en cuestión como "bahía histórica", pero sin ofrecer pruebas serias al respecto. En la práctica, cuando se quieren justificar estos episodios de cierre, se habla cada vez más de bahías "vitales", ya que con esta expresión se pretende hacer hincapié en las necesidades económicas y de defensa que fundamentan el cierre. De todos modos, no parece que esta noción de "bahía vital", por el momento, haya sido reconocida por el derecho internacional positivo.

Límite interno del mar territorial

Italia adoptó el sistema de las líneas de base rectas a lo largo de todas las costas peninsulares y de las islas mayores con el Decreto del Presidente de la República N° 816 del 26-4-1977, en GU N° 305

del 9-11-1977. [Argentina adoptó en la Ley N° 23.968 de 1991 un sistema de líneas de base rectas para su frente marítimo, incluyendo las islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sud, y reservando las líneas de base del Sector Antártico Argentino para una posterior definición. Las líneas de base rectas adoptadas siguen los parámetros y criterios establecidos por la Convención de Montego Bay. (v. alcances de las líneas de base rectas en "Cheog Yang Fisheries Co. Ltd. y otros c/ Prefectura Naval Argentina", Corte Suprema de la Nación, sentencia del 6 de abril de 1993).]

* * *

Poderes del Estado ribereño en el mar territorial

Con respecto a los poderes que se reserva el Estado ribereño en el mar territorial, podemos afirmar que, *en términos generales*, son los mismos poderes que ejerce en el ámbito del territorio, obviamente con las mismas limitaciones de la soberanía territorial que consideramos en su momento. Y decimos "en términos generales", porque dos de las limitaciones del poder de gobierno del Estado ribereño sobre el mar territorial son características del régimen del mar territorial y sirven para distinguirlo del régimen de las aguas interiores.

Incluso esto sólo es válido hasta cierto punto, ya que, como veremos enseguida, la limitación al ejercicio de la jurisdicción penal del Estado ribereño sobre naves extranjeras se aplica también a las naves en puerto.

Derecho de paso inofensivo

La primera limitación es el llamado derecho al paso inofensivo o paso inocente de las naves extranjeras, que es el último resabio —no por eso menos importante— de una época en que se consideraba, a diferencia de lo que se entiende hoy en día, que en las aguas adyacentes el principio general era la libertad de los mares y que los derechos de los Estados ribereños, por el contrario, eran excepcionales.

Los arts. 14 al 17 de la Convención de Ginebra se ocupan del derecho al paso inocente. Luego de establecer que toda nave extranjera tiene la obligación de cumplir las leyes y reglamentos del Estado ribereño, en especial los relativos a la navegación (art. 17), se afirma el derecho de las naves extranjeras al paso inocente por el mar territorial de cualquier Estado, ya sea para atravesarlo como para entrar en las aguas interiores de dicho Estado o para salir de ellas (art. 14, párr. 1 y 2). El art. 14, párr. 4, dice que el paso es inocente "si no perturba la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño". Ahora bien, si el paso no es inocente, entonces el Estado ribereño puede tomar todas las medidas necesarias para impedirlo (art. 16). Las normas sobre paso inocente rigen para todo tipo de naves y, por consiguiente, se aplican también a las naves de guerra, con la salvedad de que para hacer uso de este derecho al paso inocente, los submarinos extranjeros tienen la obligación de navegar en superficie.

Jurisdicción penal sobre naves extranjeras

La segunda limitación se refiere al ejercicio de la jurisdicción penal del Estado ribereño sobre naves extranjeras. Puede considerarse que este límite aún hoy es respetado en la práctica (no sólo en la práctica europea, sino también en la anglosajona, aunque sea más por motivos de cortesía que jurídicos). No puede ejercerse jurisdicción penal en relación con actos *internos* de la nave extranjera, es decir, actos que no tengan repercusión externa alguna o que, en otras palabras, no sean capaces de perturbar el normal desarrollo de la vida de la comunidad territorial del Estado ribereño.

En este punto, la Convención de Ginebra sobre Mar Territorial se aparta un poco del derecho internacional consuetudinario. Dado que, de hecho, el art. 19 de la Convención se limita a prescribir que el Estado ribereño "no debería" ejercer jurisdicción sobre actos internos, parece dejar al arbitrio del Estado la decisión de ejercer o no su propio poder punitivo. Sin embargo, el proyecto presentado por la Comisión de Derecho Internacional en la Conferencia de Ginebra seguía en este punto el derecho internacional consuetudinario, pero tras la adopción, profundamente discutida por cierto, de una enmienda propuesta por la delegación de Estados Unidos, la expresión condicional "no debería" pasó al texto definitivo de la Convención.

En lo que concierne al ejercicio de la jurisdicción penal, la jurisprudencia italiana se atiene a la distinción entre actos externos y actos internos: cfr. Sentencia del Tribunal de Casación del 30-10-1969 en *Massimario della Cass. penale*, 1971, p. 161 y ss. (también Sent. del Trib. de Cas. del 29-2-

1951, 28-10-1953 y 15-4-1955, citadas *ibidem*); cfr. Sent. del Trib. de Cas. del 30-10-1985, en FI, 1986, II, vol. 1 y ss.

Esta distinción también se aplica a las naves en puerto, aunque en este caso es más difícil pensar en revueltas que no tengan repercusiones externas (esto es válido, sin embargo, para el caso de las infracciones disciplinarias de los miembros de la tripulación). Para la jurisprudencia italiana, cfr. por ejemplo, Sent. del Trib. de Nápoles del 7-2-1974, en It. Yil, 1975, p. 268 y ss., que niega la jurisdicción local sobre el delito de tenencia de estupefacientes en una nave extranjera en puerto italiano; Trib. Trieste 3-5-1988 RDIPP, 1988, p. 767 y ss., Trib. Venecia 21-6-1989 RDI, 1990, p. 168 y ss., y Trib. de Cas., Ses. Un. del 26-1-1990, N° 11, RDIPP, 1990, p. 1005 y ss., que llegan a la misma conclusión respecto a la tenencia de armas destinadas a la policía de a bordo por parte de la tripulación del buque.

XXXI. Plataforma continental. Zona económica exclusiva

Posibilidad de explotación de los recursos marinos

Los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial marcan el inicio de la carrera por acaparar los recursos marinos. Los rapidísimos progresos de la técnica permiten conocer las posibilidades de explotar, y luego dan concretamente la oportunidad de explotar una notable variedad de recursos naturales, sobre todo minerales (hidrocarburos líquidos y gaseosos), allí donde hasta entonces sólo se habían explotado los recursos ícticos.

Pueden ser útiles algunos datos respecto del estado actual y del potencial de explotación de los recursos marinos (fuera de la pesca).

Hasta el momento, del agua del mar se extrae regularmente *sal, bromo, magnesio y compuestos de magnesio*, de modo económicamente conveniente. Del fondo marino se extraen *petróleo y gas natural*.

Entre los recursos potenciales se destacan los nódulos de manganeso que se amontonan en abundancia sobre el fondo de los Océanos Pacífico, Atlántico e Índico. Estos nódulos tienen forma esférica y su peso oscila entre unos pocos gramos hasta 3 kilos. En general, se encuentran a una profundidad entre los 4.000 y los 6.000 metros. Además de manganeso, pueden contener

hierro, aluminio y pequeñas cantidades de níquel, cobre y cobalto, así como también pequeñísimas cantidades de otros varios elementos.

La carrera por acaparar recursos marinos determinó la tendencia de los Estados con litoral a extender su control más allá de su propio mar territorial, e incluso más allá de las aguas adyacentes a sus costas. Como ya se ha señalado (v. p. 328), esta tendencia ha determinado la aceptación general de la doctrina de la plataforma continental y, más recientemente, la institución de la llamada "zona económica exclusiva": puede decirse que tanto la primera (que fuera enunciada por primera vez en 1945, en una Declaración del Presidente norteamericano Truman) como la segunda (de origen más reciente, ya que fue aceptada por la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar, iniciada en 1973) se encuentran avaladas por el derecho internacional consuetudinario.

* * *

Plataforma continental

Una segunda Convención de Ginebra de 1958 se dedicó a la *plataforma continental*, y puede considerarse que esta Convención recoge el derecho internacional consuetudinario en la materia. Pero, por lo demás, y salvo algunas modificaciones necesarias para coordinar el régimen de la plataforma continental con el de la zona económica exclusiva (v. p. 348), las normas establecidas en la Convención de Ginebra fueron retomadas por la Convención de Montego Bay (art. 76 y ss.).

Derecho del Estado ribereño a la explotación exclusiva

Es posible resumir de la siguiente manera las normas relativas a la plataforma continental: aun sosteniendo el principio de que todos los Estados son libres de utilizar las aguas y el espacio atmosférico (art. 3 de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental), el Estado ribereño tiene el derecho *exclusivo* de explotar todos los recursos de la plataforma más allá del mar territorial (art. 2, párr. 1 y 2, de la Convención), entendiendo por tal la porción de suelo marino contiguo a las costas que constituye la natural prolongación de la tierra emergente y que, por lo tanto, se mantiene a una profundidad constante (alrededor de los 200 metros) hasta precipitarse en los abismos. El Estado ribereño adquiere este derecho exclusivo de ex-

plotación o, mejor dicho, el derecho de ejercer en forma exclusiva su propio poder de gobierno sobre las actividades de explotación, en forma automática (como es el caso de la soberanía sobre el mar territorial, según ya hemos visto), esto es, con prescindencia de cualquier tipo de ocupación efectiva de la plataforma (art. 2, párr. 3).

Naturaleza funcional del derecho del Estado ribereño

A diferencia de la soberanía sobre el territorio y sobre el mar territorial, los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental tienen naturaleza *funcional*. En la plataforma continental, el Estado ribereño no puede ejercer su propio poder de gobierno genéricamente, para reglamentar todos los aspectos de la vida social, como en el caso del territorio o del mar territorial, sino sólo en cuanto sea estrictamente necesario para controlar y explotar los recursos de la plataforma.

Límite exterior de la plataforma continental

Esta doctrina de la plataforma continental, que sólo tiene en cuenta la conformación geográfica de las costas, resulta bastante perversa. Baste pensar que mientras algunos Estados poseen una extensa plataforma, hay otros que carecen de ella en toda la extensión de sus costas (como por ejemplo, Perú, Chile, etc.) y que, en otros casos, existen profundas fosas que separan la plataforma continental de la costa (como en el caso de la fosa noruega). A fin de obviar estos inconvenientes, la Conferencia de Ginebra de 1958 decidió apartarse de los criterios puramente geográficos y adoptar el criterio de la explotabilidad, es decir, atribuirle al Estado ribereño derecho sobre los recursos del suelo marino, incluso a notable profundidad, siempre que éstos sean explotables. Por lo tanto, el art. 1 de la Convención de Ginebra establece que debe entenderse por plataforma continental "... el suelo o subsuelo de las regiones marinas adyacentes a las costas... hasta una profundidad de 200 metros [hasta aquí encontramos la noción geológica] o bien, más allá de ese límite, hasta donde la profundidad de las aguas permita la explotación de los recursos naturales de esas regiones...". Fuera de la incertidumbre que crea este tipo de norma, y sin contar el hecho de que esta norma no se corresponde con el derecho internacional consuetudinario, debe señalarse que, dados los rapidísimos progresos de la técnica que hacen cada vez menos utópica la utilización incluso de los abismos marinos, este criterio de la explotabilidad terminaría por atribuirles a

los Estados ribereños un poder verdaderamente enorme e ilimitado. Por consiguiente, esta norma fue superada con la institución de la zona económica exclusiva, como veremos dentro de poco.

* * *

Delimitación de la plataforma continental entre Estados enfrentados o adyacentes

Dada la amplitud de las áreas marinas sometidas al poder de los Estados ribereños sobre los recursos de la plataforma continental, un problema muy importante (que, por las mismas razones, se presenta también en el caso de la zona económica exclusiva) es la delimitación de la plataforma continental entre Estados enfrentados entre sí (pensemos, por ejemplo, en el caso del Adriático, cuyo fondo está constituido enteramente por una plataforma continental), o bien entre Estados adyacentes.

Criterio de equidistancia

El art. 6 de la Convención de Ginebra —que contiene una norma similar a la de la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua (art. 12) en cuanto a delimitación del mar territorial— establece que debe recurrirse al criterio de la equidistancia, tanto en el caso de la delimitación frontal como en el de la delimitación lateral. Este criterio consiste en trazar una línea cuyos puntos sean equidistantes de los puntos de las respectivas líneas de base del mar territorial (v. p. 333 y ss.); en otras palabras, consiste en atribuirle a cada Estado el sector de plataforma que esté más próximo a un punto de su propia línea de base que a un punto de la línea de base de otro Estado. Naturalmente, como lo advierte el mismo art. 6, los Estados son libres de renunciar al principio de la equidistancia y de acordar otra forma de delimitación (son numerosos los acuerdos de delimitación de plataforma continental que derogan parcialmente el principio de la equidistancia: en los que se refieren a Italia, recordemos la Convención con Yugoeslavia del 8-1-1968 y la Convención del 20-8-1971 con Túnez); pero a falta de acuerdo, y (continúa el art. 6) "a menos que otras circunstancias no justifiquen otro método de delimitación", el método recomendado sigue siendo el de la equidistancia. [En lo que respecta a Argentina, el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo de 1973 establece como límite marítimo argentino-uruguayo, a la línea perpendicular que parte del punto medio de la

línea imaginaria que une Punta Rasa del Cabo San Antonio con Punta del Este. Esta línea no es una línea de equidistancia.

Asimismo, en el Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile de 1984, se establece como línea convencional para delimitar espacios marítimos, sin correspondencia alguna con el principio de equidistancia, una línea que parte del punto occidental extremo definido en el laudo Arbitral de su Majestad Británica del año 1977 (cuestión del Canal del Beagle), y que llega hasta un punto al sur del Cabo de Hornos —sobre el meridiano del Cabo de Hornos— que se encuentra a doscientas millas marinas del territorio argentino.

En la zona de influencia de las Islas Malvinas existe entre Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña un *modus vivendi* que, amparado bajo la fórmula del llamado "paraguas de soberanía" (ver Acuerdos entre Argentina y el Reino Unido de octubre de 1989, febrero y noviembre de 1990, junio de 1991 y julio de 1993), delimita la zona económica argentina con la llamada zona de conservación británica, sin prejuzgar sobre plataforma continental.]

Criterio de delimitación basado en el principio de equidad

Según la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 20-2-1969 en el caso de la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte, el criterio de la equidistancia (que, al proponer el proyecto de los artículos posteriormente aprobados en Ginebra, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas prefirió a otros, como el de la perpendicularidad a las costas o la prolongación del límite terrestre, sobre todo por motivos de *oportunidad*) no está avalado por la costumbre y, por lo tanto, no puede imponerse a un Estado que no sea parte de la Convención de Ginebra, con la consecuencia de que, en ese caso, la delimitación sólo podrá hacerse por acuerdo entre los Estados interesados, el cual, según la Corte, deberá inspirarse en el principio de la equidad. También la Convención de Montego Bay (art. 83) se remite expresamente al criterio del acuerdo entre los Estados interesados y a la equidad. Y, aunque por motivos particulares inherentes al caso la sentencia de 1969, no considere este punto, se debe entender que, hasta que se celebre el acuerdo de delimitación, en sus relaciones con los Estados vecinos ningún Estado puede pretender el uso exclusivo de las plataformas objeto de

la controversia (sobre este punto no es suficientemente contundente el citado art. 83 de la Convención de Montego Bay, que, en el párr. 3, se limita a decir que, en tanto no se haya llegado a un acuerdo de delimitación, ¡los Estados deben "concertar *arreglos* provisionales de carácter práctico"!).

Inconvenientes del criterio de equidistancia en la delimitación entre Estados contiguos

Esta sentencia de 1969 (en CIJ, *Recueil*, 1969, p. 3 y ss.) se pronunció respecto de una controversia surgida entre la República Federal de Alemania, por un lado, y Holanda y Dinamarca, por otro, debido a la negativa de Alemania de acceder a delimitar su propia plataforma según el criterio de la equidistancia respecto de los Estados adyacentes. Justamente en estos casos de Estados adyacentes, es necesario hacer notar que la línea de equidistancia puede dar lugar a resultados de lo más paradójicos: un Estado cuyas costas estén dispuestas en forma convexa puede ver aumentada su porción de plataforma continental, ya que la línea de delimitación tiende a abrirse hacia lo ancho; inversamente, si el Estado tiene costas de forma cóncava, la línea de equidistancia tenderá a replegarse hacia adentro, reduciendo su porción de plataforma continental. Mientras que las costas de Alemania sobre el Mar del Norte forman una concavidad, las de Dinamarca y Holanda, en general, tienen forma convexa. Por lo tanto, resulta evidente que si se hubiera delimitado la plataforma continental alemana respecto de los dos países vecinos según el criterio de la equidistancia, el proceso habría resultado desventajoso para la República Federal. En consecuencia, es posible entender porqué Alemania, que a diferencia de Dinamarca y Holanda no era parte contratante de la Convención de Ginebra, se opuso a que se utilizara ese criterio.

... y en la delimitación entre Estados enfrentados

Incluso en relación con la delimitación frontal, el criterio de la equidistancia puede dar lugar a efectos distorsionados, por ejemplo, si uno de los Estados enfrentados posee soberanía sobre una isla o un pequeño grupo de islas situadas en las proximidades de las costas del otro. Un caso de este tipo fue decidido por la Corte Arbitral Franco-Inglesa (en la Sentencia del 30-6-1977, en ILM, 1979, p. 397 y ss.), encargada de delimitar la plataforma continental entre los dos países en ese sector del Canal de la Mancha donde ciertas islas de soberanía británica (las Islas Normandas) se encuentran próximas a las costas francesas. La Corte trazó la línea de equidistancia, calculándola no a partir de las costas de las Islas Normandas, sino de las costas de la madre patria; la Corte atribuyó a las islas sólo una pequeña porción de plataforma.

En ulteriores decisiones (por ejemplo, en la sentencia sobre la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia del 24-2-1982, en CIJ, *Recueil*, 1982, p. 18 y ss.; en la sentencia sobre la plataforma (y sobre la zona de pesca) entre Estados Unidos y Canadá en el Golfo de Maine, del 12-10-1984, *idem*, 1984, p. 246 y ss.; en la sentencia de delimitación de la plataforma continental entre Libia y Malta, del 3-6-1985, *ibid*, 1985, p. 13 y ss.), la Corte Internacional de Justicia confirmó la tesis según la cual la delimitación de la plataforma continental debe realizarse por acuerdo entre las partes, y que dicho acuerdo debe inspirarse en el principio de equidad. Ya que le hemos negado todo carácter vinculante al criterio de la equidistancia, no podemos dejar de estar de acuerdo en el primer punto. Pero, ¿qué sentido tiene subordinar dicho acuerdo al principio de la equidad? Prácticamente ninguno. Una vez que se celebra un acuerdo de delimitación, éste sigue siendo válido, sean o no equitativos los criterios que se hayan aplicado; a menos que se considere que en este caso la equidad opera como una norma de *ius cogens* (v. p. 246), opinión que sin duda nos parece que debemos dejar de lado. Y es difícil imaginar que los Estados ya estén obligados a llegar a determinada solución antes de celebrar el acuerdo. Además, hay que reconocer que, al referirse a la equidad y al tener en cuenta las particularidades geográficas que pueden incidir en distinta medida en la delimitación, la Corte terminó por indicar una serie de criterios prácticos (tales como la proporcionalidad entre la extensión de plataforma atribuida a cada uno de los Estados y la extensión de sus respectivas costas; la eliminación de la distorsión provocada por la presencia de islas pertenecientes a uno u otro Estado; la división en partes iguales de las zonas de plataforma que se superponen, etc.) que pueden ser tenidos en cuenta con provecho (aunque no obligatoriamente) por aquel —árbitro o negociador— que deba realizar la delimitación.

Irrelevancia del recurso a la equidad

* * *

En los últimos años, a este derecho del Estado ribereño sobre la plataforma continental se le ha ido superponiendo el que puede ejercer en el ámbito de la *zona económica exclusiva*. Todos los Estados

Zona económica exclusiva

se pronunciaron a favor de esta zona en el marco de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar; además, numerosos países (entre los cuales no figura Italia) han procedido a instituirla por ley, íntegramente o sólo con respecto al control de los recursos ictícolas, sin encontrar oposición. [Argentina legisló sobre su zona económica exclusiva en la Ley Nº 23.968 de 1991. Con anterioridad a la sanción de esta ley, los jueces argentinos aplicaban las leyes nacionales de pesca hasta las doscientas millas (Decreto-Ley Nº 17.094/67) entendiendo que ejercían jurisdicción sobre la zona económica exclusiva, aceptando de esta forma la existencia de una norma consuetudinaria general vinculante para el Estado argentino (v. sentencia de primera Instancia en el caso Cheog Yang Fisheries Co. Ltd. y otro c/Prefectura Naval, Juzgado Nac. de Primera Inst. en lo Contencioso Administrativo Federal).] Por ello podemos decir que hoy en día nos encontramos ante una institución de derecho consuetudinario. La Convención de Montego Bay se ocupa de ella en los art. 55 y ss.

La zona económica puede extenderse hasta las 200 millas marinas calculadas desde la línea de base del mar territorial y corre, por los motivos ya expuestos (v. p. 333 y ss.), a lo largo de esta línea.

Límite exterior de la zona

Dado que es tan extensa, en el caso de la zona económica exclusiva también asume gran importancia la delimitación entre Estados enfrentados o adyacentes, que, como en el caso de la plataforma continental, queda sujeta al acuerdo entre ambos Estados (cfr. el art. 74 de la Convención de Montego Bay, que es idéntico al citado art. 83 sobre la plataforma).

¿Qué poder puede ejercer el Estado en la zona económica exclusiva? La orientación prevaleciente en la Tercera Conferencia, que contó con el apoyo especial de los países en desarrollo y que informa esa legislación interna a la que hacíamos referencia más arriba, es atribuirle al Estado ribereño el control exclusivo sobre *todos los recursos* económicos de la zona, tanto *biológicos* como *minerales*, provengan del suelo, del subsuelo o de las aguas suprayacentes. Este poder exclusivo se le reconoce al Estado ribereño incluso en lo referente a los recursos de mayor importancia, es decir, la pesca: como establecen los art. 61 y 62 de la Convención de Montego Bay, que coinci-

Poderes del Estado ribereño en la zona

den con las leyes internas que se han promulgado hasta el presente, le compete al Estado ribereño fijar la cantidad máxima explotable de recursos ícticos, determinar su propia capacidad de explotación (léase: la de sus nacionales) y, sólo si esta capacidad está por debajo del máximo explotable, permitirle pescar a los extranjeros, sobre la base de acuerdos celebrados con los Estados de su nacionalidad.

Vale la pena destacar que la Tercera Convención de Ginebra de 1958 sobre Derecho del Mar estaba dedicada a la pesca fuera de los límites del mar territorial, pero que esta Convención tuvo escasos resultados, ya que sólo fue ratificada por una treintena de Estados. Esta Convención no fijaba límites precisos de las zonas adyacentes al mar territorial, dentro de las cuales les atribuía, con mucha cautela y limitaciones, ciertos poderes de control a los Estados ribereños. De conformidad con lo que decíamos sobre las relaciones entre los acuerdos de codificación y el derecho general sobreviniente (v. p. 76), debe entenderse que esta Tercera Convención de 1958 se ha extinguido entre los Estados contratantes que hayan instituido o reconocido la existencia de la zona económica exclusiva.

* * *

Poderes de los Estados que no sean el Estado ribereño

¿Qué queda en el ámbito de la zona económica exclusiva para otros Estados que no sean el Estado ribereño? La opinión incansablemente defendida por las potencias de tradición marítima, que no ha sido rechazada por la mayor parte de los Estados, es que el atribuirle los recursos al Estado ribereño no debe perjudicar la participación de otros Estados en el resto de los usos posibles de la zona. Se afirma que todos los demás Estados continuarán gozando de la "libertad" de navegación, de sobrevuelo, de instalación de conductos y de excavaciones submarinas. Sin embargo, existe una notable diferencia en lo que podría llamarse la jerarquía de las normas aplicables en la zona económica. Por un lado, hay quien sostiene que el viejo principio de la libertad de los mares debe seguir siendo la norma primera y fundamental, aplicable como tal, en caso de duda, a las relaciones entre el Estado ribereño y los demás Estados (pensemos en los casos en los que sea necesario decidir sacrificar los intereses de uno o de los otros: por ejemplo, decidir si en un área que constituye una ruta usual de las naves debe primar el interés del Estado ribereño de establecer pozos petroleros o el del resto de los Estados de que el área quede libre). Por otro, también hay quien considera, se trata de los países en desarrollo, que el poder del Estado ribereño (y, por lo tanto, su soberanía) es la regla y la "libertad" de los otros, la excepción.

Zona económica exclusiva y libertad de los mares

En nuestra opinión, resulta difícil definir la situación de los otros Estados en la zona económica en términos de la libertad de los mares. Es necesario reconocer que al establecerse una zona económica exclusiva, se rompe definitivamente con la normativa tradicional de las relaciones entre el Estado ribereño y los demás Estados que hacen uso del mar. Efectivamente, esa normativa se caracterizaba por el carácter excepcional que tenía la protección de los intereses del Estado ribereño y por la aplicación del principio de la libertad de los mares (esto es, del principio según el cual todo Estado podía usar los espacios marítimos como mejor creyera, con el único límite de preservar igual libertad para los demás), incluso en los mares próximos a la costa (v. p. 327). En la actualidad, la situación está cambiando radicalmente y todo lo que se puede decir es que en la zona económica no prevalece una norma sobre otra. Por un lado, está el derecho del Estado ribereño de explotar total, exclusiva y racionalmente los recursos marinos; por el otro, se mantiene la posibilidad de los demás Estados de navegar, sobrevolar, tender claves submarinos, en una palabra, usar la zona económica exclusiva según lo exigen las comunicaciones y el tráfico marítimo y aéreo. No obstante, se trata de un régimen que no se encuadra ni en la libertad de todos los Estados ni en la soberanía del Estado ribereño. Tanto los derechos del Estado ribereño como los del resto de los Estados tienen carácter *funcional*, ya que tanto a uno como a otros se les permiten sólo aquellas actividades indispensables para la explotación de los recursos y para las comunicaciones y el tráfico marítimo y aéreo, respectivamente.

Inclusive, la Convención de Montego Bay no adopta ni el principio de la libertad de los mares ni el de la soberanía del Estado como norma funda-

mental, aplicable en caso de duda. La Convención se limita a establecer (art. 59), sólo respecto de las lagunas de la Convención: "En los casos en que esta Convención no atribuya derechos o jurisdicción al Estado ribereño o a otros Estados en la zona económica exclusiva, y surja un conflicto entre los intereses del Estado ribereño y los de cualquier otro Estado o Estados, el conflicto debería ser resuelto sobre una base de equidad y a la luz de todas las circunstancias pertinentes, teniendo en cuenta la importancia respectiva que revistan los intereses de que se trate para las partes, así como para la comunidad internacional en su conjunto".

* * *

Relaciones entre zona económica exclusiva y plataforma continental

Extendidos a los recursos del suelo y subsuelo marinos, los poderes del Estado ribereño en el ámbito de la zona económica exclusiva se confunden con los que puede ejercer según la doctrina de la plataforma continental. Por lo tanto, sólo fuera de las 200 millas, y siempre que la plataforma se extienda *geológicamente* más allá de ese límite, se plantea el problema de si el Estado ribereño puede o no mantener su propia jurisdicción. La Convención de Montego Bay (art. 76 y ss.), que también en este aspecto se corresponde con la *communis opinio*, establece que sí puede hacerlo y agrega, además, que parte de lo que obtenga el Estado ribereño por la explotación de las zonas situadas entre las 200 millas y el límite extremo de la plataforma (el llamado "margen continental") debe ser entregado a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos que se constituiría en virtud de la Convención (v. p. 351). De todos modos, debe considerarse superado definitivamente el límite de la *explotabilidad* que enunciaba el art. 1 de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental (v. p. 340).

* * *

Zona económica exclusiva y países en desarrollo

Como ya hemos dicho en varias oportunidades, la aceptación general de la extensión de la zona económica exclusiva hasta las 200 millas manifiesta una tendencia a ampliar desmesuradamente el control de los Estados ribereños sobre las aguas adyacentes a sus costas. Queda por preguntarse si los países en desarrollo, que han sido los

que más impulsaron esta tendencia, obtendrán efectivamente un beneficio de sus propios actos, dado que, por el momento, no disponen de los medios necesarios para explotar autónoma e intensivamente sus respectivas zonas económicas. En realidad, la posición de estos países parece estar determinada por su necesidad de al menos realizar una especie de "secuestro conservacionista" de los recursos de los mares adyacentes a sus costas y es una reacción justificada contra un régimen, como el de la libertad de los mares, del cual, en definitiva, sólo se beneficiaban los Estados desarrollados.

Estados en condiciones geográficas desventajosas

En cambio, la institución de la zona económica exclusiva se puede conciliar muy poco con los intereses de los países, desarrollados o en desarrollo, que no tienen acceso al mar (los llamados *land-locked States*) o que se encuentran en condiciones geográficamente desventajosas (Estados con mínima extensión de costas, Estados ribereños de mares cerrados o semicerrados). Al respecto, la Convención de Montego Bay no es muy pródiga: los arts. 69 y 70 prevén que los Estados pertenecientes a una o a otra categoría "tendrán derecho a participar, sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente de recursos vivos [¡no se habla de recursos minerales!] de las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños de la misma subregión o región", pero remiten el establecimiento de las "condiciones y modalidades" de esa participación... ¡a acuerdos entre los Estados interesados!

XXXII. El mar internacional y la zona internacional de los fondos marinos

En los espacios marinos situados fuera de la zona económica exclusiva cesa, finalmente, la protección de los intereses de los Estados ribereños. ¿Cómo se llaman estos espacios y cuál es su régimen jurídico? La tantas veces citada Convención de Montego Bay adopta la terminología clásica y usa la expresión "alta mar" (art. 86 y ss.). Pero esto parece absurdo si se considera que se hablaba de alta mar

cuando era impensable que pudiese extenderse a 200 millas el control del Estado ribereño, que sólo se contraponía la alta mar y el mar territorial y que, en la actualidad, hay mares enteros, de la amplitud e importancia, por ejemplo, del Mar Mediterráneo, que se verán casi totalmente absorbidos por las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños. Además, creemos que es equívoco usar la expresión "mar libre" (aunque sea clásica), dado que ciertos aspectos de la libertad de los mares (derecho de todos los Estados a navegar, a establecer conductos y cables submarinos, etc.) tienen efecto, incluso, dentro de la zona económica exclusiva. Debido a todo esto, probablemente ha llegado el momento de abandonar la terminología clásica y hablar de "mar internacional", que es la expresión que más se corresponde con la situación real y que define los espacios marítimos fuera del control, total o parcial, *de un solo Estado*.

Libertad del mar internacional

El mar internacional es la única zona en la que se aplica aún hoy el antiguo principio de la libertad de los mares. Esto significa que *todos* los Estados tienen *igual* derecho de extraer del mar internacional todos los beneficios que les pueda ofrecer, desde la navegación, la pesca, el tendido de cables, hasta la explotación de los recursos biológicos y minerales, etc. Como ya señalamos (v. p. 327), el principio de la libertad tiene también un sentido negativo: implica que un Estado no puede utilizar los espacios marítimos hasta el punto de eliminar toda posibilidad de utilización por parte de otros países, por ejemplo, no puede agotar o comprometer la existencia de especies ictícolas, o acaparar todos los recursos minerales de una determinada área. En definitiva, se trata de lo que decían los antiguos, por considerar al mar (a todo el mar) como *res communis omnium*.

El principio de la libertad de los mares quedó sancionado en otra de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1958, la Convención sobre la Alta Mar. Según el art. 2 de dicha Convención: "La alta mar está abierta a todas las naciones y ningún Estado puede pretender legítimamente someter a su soberanía cualquier parte de él. La libertad de la alta mar se ejerce en las condiciones establecidas por los presentes artículos y por el resto de las normas del derecho internacional. En especial, esa libertad implica ...: 1) libertad de navegación; 2) libertad de pesca; 3) libertad de tender tuberías y cables submarinos; 4) libertad de sobrevuelo...". Una norma más o menos similar está contenida en el art. 87 de la Convención de Montego Bay, aunque debe conciliarse con las disposiciones de la Convención relativas a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, de la que hablaremos a continuación.

Los recursos del fondo marino internacional como patrimonio común de la humanidad

El principio de la libertad, en el aspecto negativo que señalábamos anteriormente, asume una importancia especial en lo que respecta a los recursos minerales del fondo y subsuelo del mar internacional, que, hasta donde alcanzan los conocimientos científicos actuales, consisten casi exclusivamente en los nódulos de manganeso depositados sobre los fondos oceánicos. Debido a que, a diferencia de los recursos biológicos, estos recursos minerales son *agotables*, a la luz de ese mismo principio de libertad no puede admitirse que ciertos Estados (leáse: ciertos Estados industrializados que dispongan de la tecnología necesaria) se apropien de los mismos a su antojo: este tipo de apropiación automáticamente representaría excluir a los demás Estados del acceso a esos mismos recursos. Desde este punto de vista, debe entenderse que no se aparta del derecho internacional consuetudinario la famosa Resolución de la Asamblea General de la ONU Nº 2749/XXV del 17-12-1970, en cuanto declara que los recursos de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional son "patrimonio común de la humanidad" (cfr. también el art. 136 de la Convención de Montego Bay). Por otra parte, el principio de patrimonio común (¡*res communis omnium*!), impulsado por los países en desarrollo, ha sido aceptado en líneas generales por todos los Estados, incluso con las diversas interpretaciones que enunciaremos más adelante.

Autoridad internacional de los fondos marinos

Ha surgido precisamente de esta Resolución de las Naciones Unidas —y del principio del patrimonio común de la humanidad— una iniciativa que, si se aplicara, representaría una notable evolución, si no una revolución, del régimen del mar internacional. Nos referimos a la idea, que se afirmó rápidamente en el seno de la Tercera Conferencia, de constituir una organización internacional (la llamada "Autoridad Internacional de los Fondos Marinos") destinada a supervisar la explotación de los recursos del fondo y subsuelo del mar internacional. Por lo tanto, la Autoridad Internacional debía asegu-

rar que dicha explotación se realizara en beneficio de la humanidad. ¿Cómo? Aunque la competencia *normativa* de la Autoridad nunca se ha discutido, en cambio en el seno de la Conferencia se suscitaron fuertes oposiciones sobre los aspectos operativos de este nuevo régimen. Por un lado, los países en desarrollo querían reservarle a la Autoridad Internacional toda actividad de exploración, explotación y comercialización de los recursos de los fondos marinos y su subsuelo; por el otro, los Estados económicamente desarrollados (que, repetimos, son los únicos que por ahora disponen de la tecnología necesaria para explotar los fondos oceánicos) insistían en crear un régimen mucho más laxo, en el cual el papel de la Autoridad se redujera a la distribución de permisos y licencias de explotación entre los distintos Estados o empresas públicas o privadas con sede en ellos, y a la recaudación de impuestos. Finalmente se impuso una solución de compromiso, que figura en la Convención de Montego Bay, y que consiste en dividir "salomónicamente" cada área explotable en dos partes iguales, una asignada al Estado que hubiera identificado el área de explotación y la otra, explotada directamente por la Autoridad a través de su órgano operativo, la Empresa, probablemente en asociación con países en desarrollo. Sin embargo, todavía no han sido superadas las diferencias surgidas en el seno de la Tercera Conferencia, sobre todo en cuanto a la composición de los órganos y al sistema de votaciones dentro de ellos; más aún, ciertas declaraciones de los gobiernos de países industrializados (algunos de los cuales, como, por ejemplo, Estados Unidos, ni siquiera han firmado la Convención) le dejan la puerta abierta a cualquier especulación, inclusive que se termine por revisar esa parte de la Convención que se refiere a este tema, aun estando en vigor la Convención para determinados Estados.

Sistema de explotación paralela

La Convención (art. 150 y ss. y Anexo III) reglamenta el régimen de explotación en paralelo (que aquí hemos descrito en términos por demás aproximativos); además, se preocupa por evitar que la explotación de los recursos de los fondos marinos comprometa la explotación de esos mismos recursos en tierra y trata de asegurarle a la Autoridad la transferencia de la tecnología que necesita para explotar la parte que le corresponde, desde los

países industrializados. También se reglamentan en detalle (art. 159 y ss.) las funciones y la estructura de la Autoridad, cuyos órganos principales son: la Asamblea, el Consejo, la Secretaría y la Empresa. Se trata de un diseño muy audaz, que le atribuye a una organización de carácter universal poderes que sólo tienen precedentes en organizaciones de carácter regional, como las Comunidades Europeas. Cuando la Convención entre en vigor en 1994, esto no tardará en presentar problemas, aunque sólo sean de carácter formal: por ejemplo, si un cierto número de Estados no ratifica la Convención y no integra, por consiguiente, la Autoridad, ¿cómo podrá ésta ejercer sus poderes, que en definitiva consisten —y tienen sentido en cuanto consisten— en adjudicar *todo* el suelo que subyace al mar internacional?

* * *

Explotación unilateral de los recursos del fondo marino internacional

En consecuencia, los recursos de la zona internacional de los fondos marinos han sido declarados patrimonio común de la humanidad, con el consenso de todos los Estados. Decíamos poco antes que, por tratarse de recursos agotables, sería ilegítimo que un determinado Estado (industrializado) realizara una explotación ilimitada de los mismos, precisamente a la luz del principio de la libertad de los mares. Pero, ¿qué significa esto? ¿Cuáles son los límites dentro de los que puede considerarse lícita una explotación unilateral? ¿O hay que entender que los recursos de los que estamos hablando sólo pueden explotarse mediante el establecimiento (y el control por parte) de la proyectada Autoridad Internacional? Esta es la posición asumida por la Asamblea General de la ONU, sometida a la presión de los países en vías de desarrollo, en la citada Res. N° 2749/XXV y, más específicamente, en la Res. N° 2574/XXX D del 15-12-1969, que declara textualmente: "... a la espera de que se establezca un régimen internacional [caracterizado por la presencia de la Autoridad]... los Estados y las personas, físicas o morales, están obligados a abstenerse de cualquier actividad de explotación de los recursos..." (la llamada *moratoria*). Se opone a esto el hecho de que los países industrializados de Occidente, incluso habiendo votado por la moratoria, se hayan negado siempre a reconocerla y hayan llegado a crear leyes internas (por otra parte, que no han sido aplicadas todavía) que admiten una explotación unilateral (en el caso de Italia, la Ley N° 41

Moratoria

del 20-2-1985). Para Occidente, este principio del patrimonio común de la humanidad tendría sólo un carácter programático y constituiría meramente una base de máxima para negociar un régimen internacional debidamente acordado; si fracasara la negociación, en mayor o menor medida cada Estado podría retomar su propia libertad de acción.

De la explotación unilateral efectuada en el interés de la humanidad

En nuestra opinión (que difiere hoy en día de la que hemos expresado en ocasiones precedentes), no existe ningún fundamento positivo para la tesis tercermundista según la cual debería considerarse *congelada* toda explotación de recursos de los fondos marinos internacionales, a la espera de que se establezca la Autoridad. Si es cierto que esos recursos son patrimonio común de la humanidad según el derecho internacional general, si es cierto que deben ser explotados en beneficio de todos, eso no significa que la (eventual) celebración de un tratado constitutivo de una organización internacional sea el único medio para alcanzar ese fin (que sea el *mejor*, nadie lo duda). Toda la estructura de la comunidad internacional, esto es, de una comunidad que no está organizada institucionalmente, que no dispone de órganos propios que puedan imponerse a los Estados y que, en definitiva, les confía a los Estados la aplicación de sus normas, habla en sentido contrario. Por otra parte, tampoco se puede compartir la tesis de Occidente, que pretende que una vez que se constate la imposibilidad de constituir el ente gestor internacional, cada uno de los Estados tendría prácticamente las manos libres para hacer lo que crea oportuno. Esta tesis no sólo reduce arbitrariamente el alcance de la noción de patrimonio común de la humanidad, sino que también contradice, como ya hemos dicho tantas veces, el antiguo principio de la libertad de los mares, que no implica acaparar y monopolizar los recursos marinos. Nos parece que, en el estado actual de las cosas, la única conclusión posible, la única que se armoniza con las características estructurales de la comunidad internacional arriba señaladas y que representa una síntesis entre las posiciones opuestas, si se quiere, una síntesis entre lo viejo y lo nuevo, es la siguiente: a falta o a la espera de que se constituya un ente gestor internacional, *sólo se admite la explotación unilateral de los recursos de los fondos marinos y su subsuelo si se hace en beneficio de la humanidad*. El Estado deberá hacerse cargo de los intereses generales que persigue el principio de patrimonio común de la humanidad y hacer participar a la comunidad internacional en su conjunto de los beneficios de dicha explotación, ya sea desde el punto de vista económico (por ejemplo, a través de la devolución de parte de lo obtenido a las organizaciones destinadas a la asistencia y al desarrollo) o técnico, teniendo en cuenta, además, las repercusiones que puede tener esta explotación sobre la producción y el comercio mundial, en especial sobre la estabilidad y la rentabilidad de los precios de las materias primas, etc.

XXXIII. La navegación marítima

Aunque estrechamente ligado a los temas que hemos tratado hasta aquí, hay uno que tiene autonomía en el ámbito del derecho internacional del mar: el tema del régimen internacional de las naves, tanto privadas como públicas.

Nacionalidad de la nave

El principio general en la materia es que toda nave está sometida exclusivamente a la jurisdicción del Estado de su nacionalidad (el Estado del pabellón). En una época, este principio se expresaba diciendo que una nave es *territorio* del Estado (*territoire flottant*). Esta es una noción que ha sido objeto de discusión y de críticas; pero son discusiones principalmente teóricas. También en este caso, lo importante es identificar exactamente el contenido del principio consuetudinario. A tal fin, basta decir que, en principio, el Estado del pabellón o Estado nacional tiene derecho a ejercer exclusivamente su poder de gobierno sobre la comunidad naval. El Estado ejerce ese poder a través del comandante o de sus propias naves de guerra. El comandante de una nave, inclusive el de una nave privada, debe considerarse un órgano del Estado y, por lo tanto, tiene un poder de coerción limitado a los eventos que se verifiquen en el curso de la navegación, con la salvedad de que respete las obligaciones relativas al tratamiento de los extranjeros que se encuentren a bordo (que, *mu-*

tatis mutandis, son obligaciones análogas a las que limitan la soberanía territorial).

El art. 6 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar establece: "Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado". Idéntico es el art. 92, párr. 1, de la Convención de Montego Bay.

Tanto la Convención de Ginebra (art. 10) como la de Montego Bay (art. 94) prevén una serie de *obligaciones* del Estado del pabellón: llevar un registro de buques, en el que figuren los datos de las naves; y adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad en la navegación, en lo que respecta a la construcción de los buques, a las condiciones de trabajo de la tripulación, a las señales a bordo, etc.

Excepciones al poder exclusivo del Estado nacional

De acuerdo con la zona en que se encuentre, el principio del sometimiento del buque a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón encuentra varias excepciones, que son más numerosas a medida que el buque avanza hacia las costas de otro Estado y dicha jurisdicción se enfrente con los derechos, cada vez más amplios, del Estado ribereño en materia de ejercicio de jurisdicción.

Piratería

Comencemos por la hipótesis de que el buque se encuentre en aguas internacionales. Una excepción firmemente arraigada en el derecho internacional consuetudinario, pero que en la actualidad tiene una importancia limitada, es la que se refiere a la piratería. El buque pirata, es decir, el buque que comete actos de violencia contra otros buques con fines de saqueo o con otros fines que no sean políticos, puede ser capturado por cualquier Estado y sometido a medidas represivas, como la detención y castigo de los miembros de la tripulación o de los que han participado en el acto de piratería, la confiscación del buque o de la carga, etc.

Self-defence

La doctrina, sobre todo los autores anglosajones, discuten la otra excepción, esto es, si es lícito, en tiempos de paz, el derecho de visita y de captura de buques fuera de los propios límites, por motivos de *self-defence* o *self-protection*, es decir, para defender intereses "esenciales" del Estado. En líneas generales, la mayor parte de la doctrina

niega que exista ese derecho; no se puede decir con certeza que derive de la práctica de los Estados y, si existiera, sería fuente de graves abusos, ya que todo podría justificarse sobre la base de los intereses "esenciales" o "vitales". Sólo hay un caso, al que suelen referirse los autores que defienden la tesis de la *self-defence*, en el que puede decirse que el derecho internacional consuetudinario admite el derecho de visita o de captura de buques extranjeros fuera de los límites de la propia jurisdicción. Este caso puede llamarse "contrabando de guerra en tiempo de paz". El Estado en cuyo territorio tiene lugar una guerra civil puede visitar y capturar, incluso en aguas internacionales, cualquier buque que se proponga brindar ayuda a los insurrectos (en armas o en tropas). En este sentido se orienta la práctica internacional.

Contrabando de guerra en tiempo de paz

De estas dos excepciones que hemos indicado aquí, la Convención de Ginebra sobre Alta Mar prevé sólo la relativa a la piratería, en los art. 14-21 (art. 100-107 de la Convención de Montego Bay).

Derecho de visita

También es digno de recordarse el art. 22 de la Convención de Ginebra (art. 110 de la Conv. de Montego Bay), que admite, para los buques de guerra, un limitado derecho de visita de los buques en alta mar. Ese artículo establece que, salvo en los casos previstos por tratados, "un buque de guerra que encuentre en alta mar un buque extranjero no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque: a) se dedica a la piratería; o b) se dedica a la trata de esclavos; o c) tiene en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón ... Si las sospechas no resultan fundadas, y siempre que el buque visitado no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido".

De los tres casos en los cuales el art. 22 acuerda el derecho de visita, a saber, trata de esclavos, piratería, uso fraudulento de pabellón extranjero, el segundo y el tercero no tienen mucha importancia: la posibilidad de visitar y aun de capturar un buque pirata o un buque de la misma nacionalidad que el buque de guerra que lo capture se deriva de las normas ya indicadas sobre piratería y sobre sometimiento de la comunidad naval al poder de gobierno del Estado del pabellón. En cambio, se debe subrayar el primer caso, el de la trata de esclavos: en este caso, a la luz del derecho internacional consuetudinario, se debe negar el derecho de visita reconocido por la Convención. De-

Trata de esclavos

be destacarse que el buque de guerra que procede a visitar un buque destinado a transporte de esclavos no está autorizado a capturarlo en virtud del art. 22; más aún, debe negarse toda posibilidad de captura debido a la jurisdicción exclusiva que se le reconoce al Estado del pabellón en el art. 13 de esa misma Convención de Ginebra, respecto de la trata de esclavos, precisamente. Toda vez que, luego de la visita, se compruebe la existencia de esclavos a bordo, se aplicará únicamente, aunque sea por analogía, la norma del art. 13, últ. párr., según la cual "el esclavo que se refugie en un buque, cualquiera sea su pabellón, quedará libre *ipso facto*".

El art. 109 de la Convención de Montego Bay prevé, además, que otros Estados distintos del Estado del pabellón, bajo ciertas condiciones, puedan intervenir en alta mar en los casos de buques que difundan emisiones de radio o televisión no autorizadas (las llamadas "radios piratas"). Tampoco nos parece que esta norma se corresponda con el derecho internacional consuetudinario. Cfr., en este sentido, la sentencia de la Corte Suprema holandesa del 24-1-1984, en NYIL, 1985, p. 380.

Otra excepción al principio del control exclusivo del Estado del pabellón es la contaminación producida por accidentes ocurridos en el mar internacional. Sobre el punto v. p. 366.

Situación de la nave extranjera en la zona económica exclusiva

Cuando un buque entra en la zona económica exclusiva de otro Estado, a estas excepciones al principio de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón que hemos considerado hasta aquí, se les agregan las que favorecen el control del Estado ribereño. En su zona económica exclusiva, el Estado ribereño puede ejercer todo su poder de reglamentar la explotación de los recursos sobre buques extranjeros: por ejemplo, puede visitar y capturar buques y su correspondiente carga; o aplicar sanciones penales a los miembros de la tripulación por haber cometido infracciones a sus leyes sobre pesca y sobre conservación de los recursos vivos; así como puede reprimir infracciones en materia de explotación de los recursos submarinos, por ejemplo, no respetar las zonas de seguridad establecidas alrededor de determinadas instalaciones fijas. Todo esto sigue el principio *funcional* que consideramos en su momento (v. p. 347), sobre la base del cual no se justifican aquellas medidas coercitivas que sean desproporcionadas a las infracciones cometidas.

En materia de recursos vivos, el art. 73 de la Convención de Montego Bay establece: "1. El Estado ribereño, en el ejercicio de sus derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos en la zona económica exclusiva, podrá tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención, incluidas la visita, la inspección, el arrendamiento y la iniciación de procedimientos judiciales. 2. Los buques apresados y sus tripulaciones serán liberados con prontitud, previa constitución de una fianza razonable u otra garantía. 3. Las sanciones establecidas por el Estado ribereño por violaciones de las leyes y los reglamentos de pesca en la zona económica exclusiva no podrán incluir penas privativas de libertad, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados, ni ninguna otra forma de castigo corporal. 4. En los casos de apresamiento o retención de buques extranjeros, el Estado ribereño notificará con prontitud al Estado del pabellón, por los conductos apropiados, las medidas tomadas y cualesquiera sanciones impuestas subsiguientemente".

En materia de recursos minerales, el art. 60 de la Convención de Montego Bay, en el párr. 4, autoriza al Estado ribereño a establecer zonas de seguridad alrededor de las instalaciones construidas sobre el fondo del mar y luego, en el párr. 6, prevé: "Todos los buques deberán respetar dichas zonas de seguridad y observarán las normas internacionales generalmente aceptadas con respecto a la navegación en la vecindad de las islas artificiales, instalaciones, estructuras y zonas de seguridad...". Si bien, a diferencia del citado art. 73, el art. 60 no prevé expresamente la capacidad del Estado ribereño de adoptar medidas coercitivas en caso de que no se respeten estas zonas de seguridad, dichas medidas deben considerarse *in re ipsa*.

Situación de la nave extranjera en el mar territorial

En cuanto al mar territorial, ya tuvimos ocasión de precisar las limitaciones al ejercicio de la jurisdicción del Estado ribereño respecto de buques extranjeros, a saber, el derecho de paso inocente (v. p. 336) y la excepción a la jurisdicción penal del Estado ribereño en el caso de los actos puramente internos a la comunidad naval (que vimos que rige aun en el caso de buques en puerto) (v. p. 337). En relación con dichos actos se mantiene, por ende, la jurisdicción del Estado del pabellón.

* * *

Derecho de persecución

Es también una excepción al principio del sometimiento de los buques a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón la norma del llamado *derecho de persecución*, que, de algún modo, se aplica a todos los espacios marítimos. Los buques de guerra o destinados a funciones públicas (vigilancia aduanera, sanitaria, etc.) que pertenezcan al Estado ribereño podrán perseguir un buque extranjero que haya violado las leyes de ese Estado, siempre que la persecución haya comenzado en las aguas interiores, en el mar territorial o, de no ser en el mar territorial, en la zona contigua del Estado ribereño (v. p. 330), y a condición de que dicha persecución no se haya interrumpido. Sobre el buque capturado podrán ejercerse sólo aquellas competencias que se pueden ejercer en la zona en que se inició la persecución. Por lo tanto, esta persecución debe cesar si el buque entra en el mar territorial de otro Estado.

Con la institución de la zona económica exclusiva, por analogía debe admitirse el derecho de persecución también a partir de dicha zona y siempre en ejercicio de aquellas competencias que, según hemos visto, se le reconocen al Estado ribereño.

Sobre el derecho de persecución cfr. el art. 23 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar. Sobre la extensión de ese derecho a la zona económica exclusiva, cfr. el art. 111, párr. 2, de la Convención de Montego Bay.

* * *

Pabellón "fantasma"

Los Estados, ¿son libres de conceder su nacionalidad, su pabellón, al buque que deseen? Sobre este tema, el art. 5 de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar establece que todo Estado fija las condiciones de matriculación de buques en sus propios registros navales, pero agrega que "debe existir un vínculo sustancial (*genuine link*) entre el Estado y el buque" y, más específicamente, que el Estado "debe ejercer efectivamente su poder de gobierno y su control a nivel técnico, administrativo y social" sobre el buque. Debe entenderse que esta norma se corresponde con el derecho internacional general, ya que, de todos modos, puede deducirse por analogía de la norma (cu-

ya existencia fue afirmada por la Corte Internacional de Justicia en la famosa decisión del 6-4-1966 en el caso *Nottebohm*, en CIJ, *Recueil*, 1955, p. 4 y ss.) que prevé la necesidad del *genuine link* para atribuir nacionalidad a los individuos. Inclusive, esta norma aparece en el art. 91 de la Convención de Montego Bay y fue especificada posteriormente por la Convención de las Naciones Unidas sobre Condiciones de Matriculación de Buques, de 1986 [Argentina no es parte], que (en sus arts. 7-9) requiere que tengan parte en la propiedad del buque un número de ciudadanos del Estado de matriculación "suficiente" como para asegurarle a este último un efectivo control sobre el buque, o bien que una cuota "satisfactoria" de la tripulación sean ciudadanos o residentes habituales del Estado de matriculación.

¿Pero qué sucede si el Estado de matriculación no respeta la norma sobre el *genuine link*? La única solución seria a este problema consistiría que, en ese caso, los demás Estados queden autorizados a desconocer el carácter "nacional" de dicho buque y a ejercer jurisdicción sobre él. Sin embargo, ésta es una solución sin fundamento en la práctica, que también resulta desmentida si se examinan las Convenciones mencionadas. Al respecto, es sintomático que al redactar el citado artículo 5, la Conferencia de Ginebra de 1958 haya eliminado un inciso del primitivo proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (v. p. 71 y ss.), que se pronunciaba a favor de la desnacionalización del buque en ausencia del *genuine link*; tampoco existe ningún indicio del tema en la Convención de Montego Bay o en la Convención de 1986.

En este sentido, de que la falta de un *genuine link* no comporta la posibilidad de intervenir sobre buques extranjeros en alta mar, cfr. la Corte de Apelaciones de La Haya, en su sentencia del 29-5-1986, en NYIL, 1989, p. 349 y ss. (en este caso, se trataba de la captura, por parte de autoridades holandesas, de un buque panameño que efectuaba radiotransmisiones "piratas" frente a las costas de los Países Bajos).

Es necesario distinguir del problema que estamos examinando, respecto de las intervenciones en zona de mar internacional, el problema del ejercicio de la jurisdicción del Estado territorial sobre aquellos buques extranjeros de pabellón "fantasma" que se encuentren en sus puertos. Este problema

—especialmente agudo en materia de intervenciones del Estado del puerto por razones de seguridad y de sanidad a bordo— puede resolverse de acuerdo con los principios sobre trato a extranjeros y sobre jurisdicción civil y penal respecto de buques extranjeros (v. p. 337). En cambio, hay que negar que pueda ejercerse jurisdicción *por el solo hecho de tratarse de un pabellón "fantasma"*. A menos que existan obligaciones especiales en virtud de tratados en la materia: por ejemplo, el art. 4 de la Convención N° 147 de la OIT (v. p. 200) prevé que el Estado del puerto pueda tomar "todas las medidas necesarias para poner fin a cualquier situación a bordo que constituya claramente un peligro para la seguridad y la salud".

XXXIV. La protección del ambiente marino

La lucha contra la contaminación del mar, es decir, contra la degradación de mares y océanos, que cada día se torna más dramática, no puede encontrar otro fundamento que la estrecha cooperación a nivel internacional. Esto explica por qué dedica al tema de la contaminación más de cuarenta artículos (Parte XII, art.192 y ss.) la Convención de Montego Bay, que en otros temas pretende brindar sólo un marco normativo y dejar los detalles para aquellos acuerdos que se ocupen específicamente de cada una de las materias. No en vano se destacan entre esos artículos, justamente, los que comprometen a los Estados (art. 197-206) a cooperar entre sí y con las organizaciones internacionales competentes en la formulación de normas para la protección del medio ambiente marino; a mantenerse recíprocamente informados sobre los datos científicos relativos a la contaminación; a disponer programas comunes de lucha; a asistir a los países en desarrollo a nivel científico y técnico, etc.

Acuerdos universales y regionales para la protección del medio ambiente marino

Son numerosos los acuerdos tanto universales cuanto regionales para la protección del medio ambiente marino. Entre los primeros, recordemos la Convención sobre Preservación de Aguas del Mar contra la Contaminación con Hidrocarburos (que es la más antigua), firmada en Londres el 12-5-1954 [Argentina es parte: instrumento de aceptación del 30-2-76, aprobada por Ley N° 21.353 del 8-7-76] y enmendada varias veces; la Convención sobre Prevención de la Contaminación Marina por la Descarga de Residuos y otros Materiales, del 18-12-1972 [Argentina es parte: aprobada por Decreto-Ley N° 21.947 del 6-3-1979]; la Convención de Londres sobre Prevención de la Contaminación causada por Buques, del 2-11-1973 [Argentina es parte: instrumento de adhesión del 31-8-1993, aprobada por ley N° 24.089 del 25-6-1992]. Entre los acuerdos regionales, para nosotros es muy importante la Convención de Barcelona sobre Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación, del 16-2-1976 (Ley italiana N° 30 del 25-1-1979), que es también un marco normativo, pero que se completa con una serie de Protocolos tanto simultáneos como sucesivos.

Inexistencia de obligación de no contaminar según el derecho consuetudinario

Además de la obligación de brindar cooperación, muy importante desde el punto de vista social pero de escaso interés jurídico, la primera pregunta que puede plantearse en relación con la protección del medio ambiente marino es si el derecho internacional impone la obligación de no contaminar las aguas de mares y océanos, y en qué términos.

En lo que respecta al derecho consuetudinario, nos parece que la respuesta no es otra que la negativa que dimos en su momento, cuando hablamos de la existencia o no de la obligación de no producir daños por contaminación al territorio de otros Estados (v. p. 318 y ss.). En realidad, no existen elementos de la práctica internacional que permitan afirmar que exista este tipo de obligación, tampoco en cuanto a los espacios marinos. Por lo tanto, cuando el artículo 192 de la Convención de Montego Bay, que es la introducción de la Parte XII dedicada a la contaminación, declara que "los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el ambiente marino", no está codificando sino estableciendo un principio, tendiente al desarrollo progresivo del derecho internacional. Por lo demás, no parece que ni siquiera la Convención le otorgue a este principio un valor fundacional desde el punto de vista jurídico, ya que en el art. 235 sobre la responsabilidad de los Estados por contaminación, después de hacer una tímida referencia a la responsabilidad de los Estados "conforme al derecho internacional", el texto de la Convención se preocupa sobre todo por establecer que sean los sistemas jurídicos internos de

los Estados los que ofrezcan los recursos que permitan indemnizar adecuadamente los daños ocasionados. También aquí, como en el caso de la contaminación fuera de las propias fronteras, se hace hincapié en la responsabilidad civil de derecho interno. Y esto concuerda con las Convenciones que reglamentan, específicamente, el tema de la responsabilidad por los daños derivados de la contaminación marina (v. p. 475), que hacen referencia exclusiva a la responsabilidad civil.

Con respecto al derecho convencional, más precisamente a los acuerdos tanto universales como regionales que ya tuvimos oportunidad de citar, es obvio que contienen toda una serie de prohibiciones de contaminar las aguas del mar, en algunos casos muy detalladas. Estas prohibiciones están referidas principalmente a los buques, pero también a los individuos, personas físicas o jurídicas, cuando se trata de contaminación de origen terrestre. Paralelamente a lo que ocurre en el tema de la responsabilidad, estas prohibiciones están destinadas a actuar a nivel de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados contratantes y en la medida en que dichos ordenamientos se adecuan a las Convenciones que prevén las prohibiciones referidas.

* * *

Delimitación del poder de gobierno de los Estados en materia de contaminación

El segundo problema que se plantea respecto de la protección del medio ambiente marino, y que es el único relevante para el derecho internacional consuetudinario, consiste en establecer cuál es el Estado que puede ejercer jurisdicción sobre los buques a fin de impedir que se produzcan fenómenos de contaminación.

Poderes del Estado de la bandera y del Estado ribereño

Desde el punto de vista del derecho consuetudinario, la solución debe adecuarse a los principios que ya hemos expuesto al considerar el derecho internacional del mar. Estará autorizado a imponer prohibiciones y a aplicar sanciones el Estado del pabellón y, en las zonas sometidas a jurisdicción nacional, el Estado ribereño. Este último podrá ejercer jurisdicción sobre buques extranjeros sólo con el objeto de prevenir o reprimir actividades que contaminen sus aguas interiores o territoriales; dentro de la zona económica exclusiva, la jurisdicción del Estado ribereño estará circunscripta a aquellas actividades contaminantes que sean susceptibles de dañar los recursos naturales, aunque en la práctica, dado que los recursos vivos son los más afectados por la contaminación, el Estado ribereño estará capacitado para adoptar medidas análogas a las que puede adoptar en el mar territorial.

La Convención de Montego Bay presenta normas distintas para limitar, respectivamente, la jurisdicción del Estado ribereño y del Estado del pabellón. En general, aparece mucho más limitada la jurisdicción del Estado ribereño: en materia de prevención y represión de la contaminación de la zona económica exclusiva, el Estado ribereño sólo puede legislar, según el art. 211, párr. 5, de acuerdo con las normas y los criterios internacionales "generalmente aceptados" (¿cuáles?), y puede aplicar medidas coercitivas sólo si el buque se detiene en uno de sus puertos (art. 220, nº 1), a menos que se trate de casos graves (art. 220, nº 5 y 6). En compensación, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, la Convención le reconoce al Estado del puerto la posibilidad de intervenir sobre un buque que se detenga en él, aunque la actividad contaminante no se haya desarrollado en zonas sujetas a su jurisdicción (art. 218).

Las normas de los tratados internacionales sobre protección del medio ambiente marino se corresponden, *grosso modo*, con estos principios de derecho internacional consuetudinario, toda vez que establecen cuál de las Partes contratantes tiene derecho a controlar que se respeten las prohibiciones de contaminar que se prevén en su texto. Estos acuerdos también le confían este control exclusivamente al Estado del pabellón o, en el caso de contaminación que se verifique en zonas sometidas a jurisdicción nacional o que tenga origen terrestre, al Estado ribereño.

* * *

Conviene hacer referencia a un último tema, esto es, a la posibilidad de que un Estado intervenga excepcionalmente en un buque extranjero que se encuentre en zona de mar internacional, a fin de tomar las medidas (estrictamente) necesarias para impedir o atenuar

Medidas excepcionales contra la contaminación sobre naves extranjeras en el mar internacional

los daños que puedan haberse ocasionado a su propio litoral a causa de algún accidente ya ocurrido. El art. 221 de la Convención de Montego Bay admite esta posibilidad y, más aún, la remite expresamente a la costumbre internacional. En efecto, la práctica internacional desde la época del famoso accidente de la *Torrey Canion* en 1967, frente a las costas británicas, confirma este punto de vista. El tema está reglamentado también en otro acuerdo, la Convención de Bruselas del 29-11-1969 sobre Intervención en Alta Mar en caso de Accidentes que Provoquen o Puedan Provocar Contaminación con Hidrocarburos, que también fue ratificada por Italia (en la Ley N° 185 del 6-4-1977) [no así por Argentina].

XXXV. Los espacios aéreos y cósmicos

Siempre dentro del marco de las normas consuetudinarias generales o, lo que es lo mismo, de los límites al poder de gobierno de los Estados, ahora es necesario darle una ojeada a lo que ocurre en los espacios aéreos y cósmicos.

Navegación aérea

Las normas sobre navegación aérea se han ido desarrollando sobre la base de las normas sobre navegación marítima; en un primer momento, se las dedujo del derecho del mar, por analogía, pero después se han venido consolidando en virtud de la costumbre.

En el tema de la navegación aérea, siempre se han afirmado dos principios generales. El primero, incluido en el art. 1 de la Convención de Chicago de 1944 que constituye la OACI (v. p. 202), prevé que la soberanía del Estado se extienda al espacio aéreo ubicado sobre su territorio y su mar territorial; de acuerdo con el segundo, el espacio que no se encuentre sobre el territorio o el mar territorial de algún Estado, es decir, el espacio aéreo sobre alta mar y sobre los territorios no apropiados o no apropiables por Estado alguno, como hoy la Antártida (v. p. 372), debe permanecer libre a la utilización de todos los Estados. Como puede apreciarse,

se trata de dos principios que se han desarrollado, respectivamente, sobre el principio de la extensión de la soberanía del Estado sobre los mares ribereños y sobre el principio de la libertad de los mares.

Soberanía del Estado sobre el espacio atmosférico sobre su territorio

Cuando se habla de soberanía extendida al espacio atmosférico sobre el territorio, básicamente se hace referencia a que el Estado territorial tiene la capacidad de reglamentar el sobrevuelo, es decir, de establecer qué zonas no pueden sobrevolarse, de indicar qué rutas deben seguir los aviones e, inclusive, de impedir el sobrevuelo del propio territorio por aviones de nacionalidad de (o sea, matriculados en) otros Estados, a menos que exista una obligación internacional de no hacerlo. En todo lo demás, rige el mismo principio que se aplica a los buques dentro del mar territorial (v. p. 337): tanto cuando un avión extranjero sobrevuela el territorio de un Estado como cuando entra en él o sobrevuela las aguas adyacentes a las costas de un Estado, todo lo relativo a la vida de la comunidad aérea, todo lo que no representa algún contacto con la comunidad territorial, en síntesis, la vida de a bordo escapa a todo derecho de control del Estado territorial.

Además, se debe señalar que la oposición entre la territorialidad del espacio aéreo sobre el territorio y la libertad del espacio aéreo sobre alta mar no es rígida. De hecho, después de la aparición de los motores a reacción que han aumentado notablemente la velocidad de los aviones, se ha desarrollado una práctica de las llamadas "zonas de identificación", que se extienden incluso a cientos de millas dentro del espacio aéreo sobre la alta mar alrededor de las costas. Los Estados ribereños les imponen a los aviones extranjeros que entren en estas zonas *y que se dirijan hacia sus costas* la obligación de someterse a la identificación, localización y otras medidas de control desde tierra. Los aviones que intenten violar estas obligaciones se exponen a diverso tipo de sanciones, como ser interceptados en vuelo y obligados a aterrizar o, incluso, ser derribados.

Zonas de identificación aérea

De esta práctica de las zonas de identificación aérea es posible deducir una limitación del principio de la libertad del espacio aéreo extraterritorial, dado que se admite este tipo de jurisdicción sobre avio-

nes extranjeros por estar estrechamente vinculado con exigencias de defensa.

* * *

Libertad de navegación en los espacios cósmicos

En cuanto a la navegación *cósmica*, fundamentalmente por analogía se le aplica el principio de la libertad de sobrevolar los espacios *nullius*. Así como existe la libertad de navegar los espacios ubicados sobre alta mar y territorios *nullius*, existe la libertad de navegar los espacios cósmicos. El Estado que lanza un satélite o una nave espacial tiene el derecho exclusivo de "gobernarlos", sin que ningún otro Estado pueda interferir.

Por el contrario, en lo que respecta al espacio cósmico sobre el territorio, no parece aplicable el otro principio de la navegación aérea, esto es, el principio de la extensión de la soberanía del Estado territorial. En realidad, como ha señalado Quadri, ni siquiera tiene sentido hablar de "sobrevuelo" de un territorio por medios cósmicos, dadas las características técnicas (velocidad, carácter orbital de las rutas) de este tipo de navegación. Es un hecho, de todos modos, que en la práctica internacional nunca se ha considerado que un Estado que haya lanzado al espacio satélites, astronaves, etc., esté obligado a requerir el previo consentimiento de otros Estados.

Convenciones sobre el régimen de los espacios cósmicos

El régimen de los espacios cósmicos ha sido objeto de algunas convenciones multilaterales, auspiciadas y elaboradas en el seno de la ONU, que se inspiran en el principio de la libertad que hemos desarrollado hasta aquí. Es básico el Tratado del 27-1-1967 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", ratificado por unos ochenta Estados, entre los cuales se cuenta Italia [y Argentina, ratificado el 26-3-1969, aprobado por Ley N° 17.989 del 4-12-1968]. Además de confirmar que el espacio ultraterrestre no puede ser sometido a la soberanía de ningún Estado (arts. I y II), este Tratado establece la desnuclearización (art. IV), define a los astronautas como "enviados de la humanidad" y compromete a los Estados a prestarles todo tipo de ayuda en caso de accidente, peligro o aterrizaje de emergencia (art. V), previó la responsabilidad, tanto del Estado nacional como del Estado desde cuyo territorio se lance un objeto espacial (satélite, nave espacial), por los daños causados por actividades cósmicas (arts. VI y VII) y, finalmente, le atribuye al Estado en el que se encuentra registrado el objeto la plena "jurisdicción y control" sobre dicho objeto.

Entre las demás convenciones, recordemos: el Acuerdo del 22-4-1968 sobre el Salvamento y la Devolución de Astronautas y la Restitución de Objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre; el Convenio del 29-3-1972 sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales; el Convenio del 12-11-1974 sobre el Registro de Objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre; el Acuerdo del 5-12-1979 que debe regir las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes.

* * *

Recursos del espacio

También puede hablarse de recursos naturales relativos a los espacios atmosféricos y cósmicos, del mismo modo que de los relativos al mar: nos referimos a la capacidad de utilizar estos espacios para radiocomunicaciones y telecomunicaciones, en especial, a las frecuencias de onda y a las órbitas utilizadas por los satélites con ese objeto. En lo que respecta a los espacios cósmicos y al espacio aéreo sobre alta mar y sobre territorios no apropiados y no apropiables, la libertad de utilizar el espacio para las radio y telecomunicaciones es simplemente un aspecto de la libertad más general de tales espacios, que vale también para la navegación. La misma libertad se ha afirmado, sin embargo, desde la época posterior a la Primera Guerra Mundial y en relación con las radiocomunicaciones en el caso del espacio aéreo sobre el territorio del Estado, derogando así el principio del sometimiento de estos espacios a la soberanía territorial.

Ondas de radio y órbita geoestacionaria

La libertad de la que estamos hablando encuentra un límite en el respeto por la libertad de los demás Estados. Como ya se ha visto en el caso de los recursos del mar internacional (v. p. 350), la utilización de los recursos por parte de un Estado, en régimen de libertad, no puede llegar a suprimir toda posibilidad de utilización ulterior por parte de otros Estados. Este límite asume particular importancia

cuando se trata de recursos limitados, cuya utilización no puede inspirarse en el criterio de que "el primero que llega recibe la mejor parte" (*prior in tempore, potior in iure*), sino que necesariamente debe coordinarse con la utilización que realicen los demás. En cuanto a las radio y telecomunicaciones se entiende que actualmente ya está limitado (¡si no agotado!) tanto el espectro de ondas de radio (al menos en el estado actual del progreso técnico, que no permite una explotación integral) como la llamada órbita geoestacionaria, esto es, la órbita circular en torno del ecuador en la cual rotan los satélites siguiendo el mismo período de rotación de la Tierra y manteniéndose prácticamente fijos respecto de ella. La órbita geoestacionaria, que se estima puede "contener" un máximo de 1800 satélites (en la actualidad existen sólo unos cientos) es la indicada para las telecomunicaciones.

Por sus características, la órbita geoestacionaria ha sido objeto de una reivindicación de soberanía por parte de varios países ecuatoriales (Brasil, Congo, Ecuador, Indonesia, Kenia, Uganda, Zaire y Colombia) en una solemne declaración, la Declaración de Bogotá del 13-12-1976. Esta declaración ha encontrado oposición en la mayoría de los Estados, no ha teñido ninguna aplicación concreta y no parece tener fundamento jurídico alguno.

El principio según el cual debe utilizarse la órbita geoestacionaria y el espectro de ondas de radio de modo de tener en cuenta los intereses de todos los países, por tratarse de recursos limitados, se ve reforzado por el art. 33 del Estatuto del ITU, modificado por la Convención de Nairobi de 1982 (v. p. 203). Específicamente, el art. 33 establece que los Estados se "esforzarán" por limitar el número de frecuencias y por utilizar tanto dichas frecuencias como la órbita geoestacionaria "de manera eficaz y económica... con la finalidad de permitir un acceso equitativo... a los diversos países o grupos de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales y la situación geográfica de los países en vías de desarrollo". Sobre la base de este principio, por obra de la misma ITU y a través de sucesivas elaboraciones del "Reglamento de las radiocomunicaciones" (vinculante para los Estados miembros: v. p. 204), se ha desarrollado progresivamente una normativa sumamente detallada que tiende a limitar y coordinar las actividades de los Estados.

Es necesario diferenciar —aunque comúnmente se produzcan confusiones— el uso del espacio para las radio y telecomunicaciones y el problema de la posibilidad de dirigir, a través del espacio, mensajes de radio o televisión al territorio de otros Estados sin su consentimiento. Este problema alude a la no injerencia en los asuntos internos e internacionales de otros Estados, de la que hablamos en su momento (v. p. 293 y ss.)

XXXVI. Las regiones polares

Las regiones polares deben considerarse espacios no sometidos (y, por su naturaleza física, no susceptibles de ser sometidos) a la soberanía de ningún Estado. Además, en lo que respecta al Continente Antártico puede hablarse de territorio *internacionalizado*, dado que en él rige, no un régimen de libertad sino un conjunto de normas que reglamentan su utilización, con las características que veremos enseguida.

Teoría de los sectores

No han faltado pretensiones de ejercer soberanía sobre las regiones polares, principalmente (pero, al menos en lo que respecta a la Antártida, no exclusivamente) sobre la base de la teoría de los "sectores". Esta teoría fue formulada por primera vez en relación con las regiones árticas, por algunos de los Estados cuyos territorios se extienden más allá del círculo polar: sobre esta base, estos Estados deberían considerarse soberanos en todos los espacios, tanto terrestres como marítimos (aunque el Ártico está formado principalmente por mar), incluidos en un triángulo con vértice en el Polo Norte y con base en una línea que uniera los puntos extremos de sus costas. En su aplicación al Continente Antártico, esta teoría de los sectores ha sufrido algunas modificaciones debido a que hasta ahora han presen-

tado reclamos de soberanía siete países (Argentina, Chile, Australia, Nueva Zelanda, Francia, Gran Bretaña y Noruega), algunos de los cuales sin contigüidad geográfica con dicho Continente. Dado que el Continente Antártico se extiende entre el paralelo de 60° Sud y el Polo, y aunque en algunos puntos las reivindicaciones se superponen, los siete países mencionados han reivindicado un triángulo con base en el paralelo 60° (sólo Gran Bretaña prefiere partir del paralelo 50°) y vértice en el Polo.

Las pretensiones de soberanía sobre los territorios polares siempre han sido rechazadas por la mayoría de los Estados, y en lo que respecta al Ártico, incluso por países cuyos territorios se extienden más allá del círculo polar, como Estados Unidos. Se considera que estas pretensiones son infundadas, por no estar condicionadas a la ocupación efectiva y, en el caso de la Antártida, por tratarse de regiones sumamente importantes no sólo por sus dimensiones sino también por sus recursos, que son objeto de ambiciones colonialistas.

Para encontrar un examen más profundo de las reivindicaciones de soberanía sobre el Continente Antártico y de las razones sobre las cuales pretenden basarse, cfr. Conforti en A.A.V.V., *The International Regime for Antartica* cit., p. 249 y ss.

* * *

Internacionalización de la Antártida

La Antártida ha sido internacionalizada en virtud del Tratado de Washington del 1-12-1959, del que son Partes contratantes unos cuarenta países interesados en las actividades que se realizan en ese Continente, entre los cuales se cuentan las mayores potencias mundiales y los siete países que reivindican soberanía (los llamados *claimant States*). Italia es parte del Tratado Antártico desde 1981 (Ley Nº 963 del 29-11-1980). La norma clave del Tratado Antártico figura en el art. IV, que *congela* tanto los reclamos de soberanía como su contestación, permitiendo de este modo que funcione el régimen internacional.

Las características de esta internacionalización son: la prohibición de las actividades de carácter militar (art. I), en especial los experimentos nucleares (art. V); la libertad de investigación científica (art. II), estableciendo, no obstante, que el Estado que la realiza tiene la obligación de informar a todas las demás Partes contratantes acerca del envío de expediciones o del establecimiento de bases destinadas a la investigación en la Antártida (art. VII, n. 5); la cooperación en las actividades de investigación científica, con intercambio de información y de personal científico entre las respectivas bases, etc. (art. III); el sometimiento del personal que opera en la Antártida a la jurisdicción exclusiva del Estado de la nacionalidad (art. VIII).

Status de Parte consultiva

El Tratado Antártico distingue dos categorías de Estados contratantes: las Partes Consultivas, que poseen claramente un *status* de privilegio respecto de las demás, y las Partes No Consultivas. Son Partes Consultivas los firmantes originarios del Tratado [Argentina, Australia, Bélgica, Chile, Francia, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, la Unión de África del Sur, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas —hoy Rusia—, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del norte y Estados Unidos de América], así como aquellos Estados que "demuestren su interés en la Antártida mediante la realización en ella de investigaciones científicas importantes, como el establecimiento de una estación científica o el envío de una expedición científica". Las Partes Consultivas tienen el derecho de decidir (por unanimidad pero con efectos vinculantes) sobre todas las cuestiones que son objeto del Tratado y sobre otras cuestiones conexas, tales como la protección de la flora y de la fauna marina (art. IX); además, son las únicas que tienen derecho a realizar inspecciones de buques, bases, personal y materiales de otros Estados, con el fin de controlar el cumplimiento del Tratado (art. VII, n. 1-4).

Procedimiento para lograr el *status* de Parte consultiva

Un problema jurídico interesante que se ha presentado en la práctica internacional es si el Estado que lleva a cabo una investigación científica importante en la Antártida automáticamente tiene derecho al *status* de Parte Consultiva, o si su candidatura debe ser aceptada por las otras Partes Consultivas a través de una decisión de reconocimiento. La primera opinión parece más adecuada a la letra y al espíritu del art. IX, con la consecuencia de que las controversias sobre la *importancia* de la actividad científica del candidato serán resueltas con los mismos medios previstos por el Tratado en su

art. XI (arbitraje libremente aceptado por las Partes, conciliación, mediación, etc.). En cambio, en la práctica ha prevalecido la segunda opinión.

Hasta hoy, las Partes Consultivas son 26. Italia adquirió ese *status* en 1987 y desde hace algunos años, en ejecución de la Ley N° 284 del 10-6-1985, ha emprendido una intensa actividad de investigación científica en el Continente Antártico.

Para terminar de esbozar el sistema internacional del Tratado Antártico recordemos finalmente que se han redactado otros acuerdos complementarios: específicamente, la Convención sobre Protección de las Focas en la Antártida, del 1-6-1972, y la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos de la Antártida, del 20-5-1980. Otro acuerdo, la Convención de Wellington de 1988 sobre Explotación de los Recursos Minerales de la Antártida, no sólo no ha entrado nunca en vigor, sino que ha sido sustituida por el Protocolo sobre Protección Ambiental de Madrid de 1991. Este Protocolo, auspiciado por las asociaciones ambientalistas, congela por 50 años la explotación minera y somete toda actividad en la Antártida a mecanismos de valoración de impacto ambiental. Este Protocolo tampoco ha entrado en vigor [Argentina lo firmó el 4-10-1991 y lo ratificó el 28-10-1993].

Internacionalización de la Antártida y terceros Estados

El régimen internacional de la Antártida, por estar establecido en un Tratado (que, por lo demás, está abierto a todos los Estados), es vinculante sólo para las Partes Contratantes. En lo que respecta a terceros Estados, rige el régimen de la libertad. En algunas Resoluciones adoptadas por mayoría, la Asamblea General de la ONU ha declarado que los recursos del Continente Antártico son "patrimonio común de la humanidad" (entre otras, la Res. N° 40/156 del 21-1-1986). Al respecto pueden hacerse las mismas consideraciones que hicimos en su momento sobre el régimen de los recursos de los fondos marinos fuera de los límites de la jurisdicción nacional (v. p. 351 y ss.), las cuales nos llevan a concluir que, en un régimen de libertad, la explotación de los recursos puede ser realizada incluso unilateralmente por un Estado o por un grupo de Estados, siempre que se realice en interés de toda la humanidad. [En contra de esta posición se ha sostenido que a partir de la vigencia del Tratado Antártico se ha generado una situación jurídica objetiva oponible a terceros Estados. El régimen jurídico territorial aplicado y observado en

la Antártida de conformidad con el tratado de 1959 ha provocado la aquiescencia de los Estados no partes en cuanto a la imposibilidad de realizar cualquier tipo de actividad en la zona, fuera del marco previsto por el sistema convencional preexistente. No puede desconocerse el hecho de que toda la actividad estadual desarrollada en la Antártida está regulada dentro del esquema normativo impuesto por el sistema jurídico organizado por los Estados partes consultivos a partir de la entrada en vigencia del tratado Antártico.]

Tercera parte

La aplicación de las normas internacionales dentro del Estado

XXXVII. Adaptación del derecho estatal al derecho internacional

Hemos visto *cómo se forman* las normas internacionales y cuál es su *contenido*. Ahora debemos ocuparnos de los medios a través de los cuales estas normas alcanzan *aplicación*.

De acuerdo con lo que venimos sosteniendo desde el principio de este libro (v. p. 20 y ss.), debe considerarse que la observancia del derecho internacional por parte de un Estado se halla confiado, en primer lugar, a los agentes jurídicos y, en especial, a los órganos estatales de dicho Estado: por lo tanto, la observancia del derecho internacional pasa por las normas, existentes en casi todos los ordenamientos jurídicos estatales, por las cuales, como generalmente se dice, se procede a adaptar el derecho interno al derecho internacional. En consecuencia, debe considerarse que incluso la verificación judicial del derecho internacional, que es uno de los momentos de la aplicación de las normas internacionales, se encuentra confiada, en primer lugar, a los jueces nacionales. En comparación a estos medios internos, son sumamente escasos e imperfectos los medios de que dispone la comunidad internacional, o mejor dicho, los medios de que dispone un Estado para obligar a otro a observar el derecho internacional en sus relaciones mutuas, o para obtener una satisfacción cuando ha sido violado un derecho suyo; así como también son escasos e imperfectos, salvo raras excepciones, los medios de verificación judicial que existen en el plano internacional.

En esta perspectiva, parece clara la importancia fundamental que para nosotros reviste la adaptación del derecho interno al derecho internacional o, en otros términos, la introducción de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno y su armonización con las normas de origen nacional. A este tema dedicaremos ahora nuestra atención.

* * *

Fijemos algunas cuestiones preliminares.

Ante todo, nuestra exposición se referirá principalmente al ordenamiento jurídico italiano [y argentino], es decir, a la adaptación del derecho italiano [y argentino] al derecho internacional. Esto es necesario, por cuanto deberemos referirnos a ciertos datos normativos internos propios de nuestro derecho. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los problemas de adaptación se resuelven de manera sustancialmente —aunque no formalmente— igual en casi todos los países. Por lo tanto, en algunos aspectos podrá ser útil tener en cuenta lo que sucede en otros países.

Además, es sumamente importante señalar que en todos los casos, el problema de la adaptación debe —o debería— resolverse teniendo en cuenta tanto las exigencias del derecho internacional como las del derecho interno. No se puede afirmar que, a nivel estatal, deba aplicarse el derecho internacional a cualquier precio; el derecho interno debe ser capaz de defender ciertos valores, sancionados a nivel constitucional, incluso a costa de sacrificar la aplicación del derecho internacional, si fuera el caso. Pero, por otra parte, tampoco se puede afirmar que esta defensa de los valores internos deba verificarse a cualquier precio (como querrían ciertas tendencias nacionalistas, aún presentes en parte de la jurisprudencia), ya que los valores internacionales son igualmente dignos de ser defendidos, sobre todo los valores de la cooperación y de la solidaridad internacionales.

Finalmente, debe subrayarse que ciertas posiciones teóricas resultan irrelevantes para dar una solución práctica a los problemas de la adaptación de ambos derechos: nos referimos a las disputas entre monistas y dualistas. Los monistas consideran que el derecho estatal encuentra su fundamento en el derecho internacional; los dualistas sostienen que el ordenamiento jurídico estatal es originario y, por lo tanto, totalmente diferenciado y separado del ordenamiento de la comunidad de Estados en su conjunto. Ya sea que se adopte uno u otro punto de vista, la sustancia no cambia: lo que es importante es describir cómo se aplican las diferentes categorías de normas internacionales en determinado ordenamiento estatal, y cómo se coordinan éstas con las normas internas.

* * *

Respecto de todos los problemas de esta adaptación, debe realizarse y tenerse en cuenta una distinción general, por así decirlo, de carácter técnico. Dicha distinción se refiere al medio por el cual se nacionaliza el derecho internacional o, si se quiere, se introduce el derecho internacional en el ordenamiento jurídico estatal. Se trata de la distinción entre procedimientos *ordinarios* y procedimientos *especiales* de adaptación.

Procedimiento ordinario de adaptación

En el caso del procedimiento ordinario, la adaptación se verifica a través de normas (constitucionales, legislativas, administrativas) que formalmente no se distinguen en nada de las normas estatales sino por el motivo por el cual se emiten (*occasio legis*), que es, justamente, crear normas que se correspondan con determinadas normas internacionales. En otras palabras, las normas internacionales son reformuladas dentro del Estado. Por ejemplo: el art. 2 del Código de Navegación italiano, que dice que el mar territorial se extiende a 12 millas (v. p. 332), constituye un procedimiento ordinario de adaptación del derecho interno a las normas consuetudinarias internacionales sobre los poderes del Estado ribereño; el Decreto-Ley N° 247 del 23-9-1990, convertido en Ley N° 298 del 19-10-1990, cuyo art. 1 prohibió los tráficos comerciales y las comunicaciones hacia territorio iraquí, constituye un procedimiento ordinario de adaptación a las normas contenidas en la Resolución N° 661 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 6-8-1990, relativa al embargo contra Irak (v. p. 196). [En igual sentido, para el caso argentino ver la Ley N° 23.968 sobre líneas de base de las zonas marítimas, que reitera

las normas básicas del derecho internacional del mar. Una situación particular se generó a partir del Decreto del Poder Ejecutivo Nº 1560, del 13-8-1990, que hizo operativa para Argentina una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.]

Procedimiento especial de adaptación

En el caso del procedimiento especial (o procedimiento de reenvío), la norma internacional no se reformula en el interior del Estado: frente a cierta norma internacional, a cierto grupo o a toda una categoría de normas internacionales que deben introducirse en el ordenamiento jurídico estatal, los órganos encargados de las funciones normativas se limitan a *ordenar la observancia* de la norma o de las normas internacionales de que se trata. El constituyente, el legislador o el órgano administrativo realiza simplemente un *reenvío* a las normas internacionales, dándoles a éstas vigencia plena dentro del Estado. Como ejemplos: el art. 10, punto 1º de la Constitución italiana, que establece que el "ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas", como veremos mejor en seguida, prevé un procedimiento especial de adaptación a *todas* las normas de derecho internacional general y, por lo tanto, también a las normas consuetudinarias (como se puede ver, el constituyente no reformula las normas de derecho internacional general, sino que reenvía a ellas al ordenar su aplicación dentro del Estado) [en el derecho argentino existen leyes nacionales que reenvían al derecho internacional general, pero las normas del derecho internacional consuetudinario forman parte del ordenamiento interno independientemente de ese reenvío, en tanto y en cuanto hayan sido formuladas en costumbres internacionales en las que ha participado —activa o pasivamente— el Estado argentino (v. artículos 5 y 6 de la Ley Nº 23.986)]; o la "orden de ejecución" de un tratado, que generalmente se da por ley (la misma ley que autoriza la ratificación del tratado) y que no reformula las normas contenidas en el tratado al cual se refiere, sino que simplemente reenvía a ellas. [No debe confundirse esta última situación que se da en el ordenamiento italiano, con los efectos de una ley que aprueba un tratado en el sistema argentino: la ley que aprueba no incorpora ni transforma al tratado aprobado en derecho interno, sino que simplemente autoriza al Poder Ejecutivo a ratificar ese tratado. Aun más, en general

las leyes que aprueban un tratado no necesariamente transcriben su texto. La ratificación por parte del Poder Ejecutivo y la plena vigencia del tratado en el orden internacional confieren plena vigencia a ese tratado dentro del derecho interno argentino. En definitiva, lo que debe aplicarse es el tratado *per se*, y no la ley que lo aprueba. De esta forma, el sistema argentino encuadra dentro de los procedimientos especiales o de reenvío.]

Ventajas del procedimiento especial

Simplemente hay que señalar que resulta preferible el procedimiento especial, *desde el punto de vista del derecho internacional* y de su exacta aplicación dentro del Estado. En efecto, en el caso del procedimiento ordinario, el intérprete se encuentra frente a una norma que no difiere en nada de las otras normas estatales salvo por el motivo que la inspira (*occasio legis*): no puede hacer otra cosa salvo aplicar la norma interna y sólo podrá tener en cuenta la norma internacional que fue ocasión para que se emitiera la norma interna si se presentaran dudas acerca de su exacta interpretación. Si quien emitió la norma interna (en el caso más común de las normas legislativas, el legislador; en el caso de reglamentos u otros actos administrativos, el órgano administrativo) no interpretó exactamente la norma internacional que debía introducirse en el ordenamiento estatal; si hizo referencia a normas internacionales jurídicamente inexistentes (por ejemplo, a una decisión de un organismo internacional que sea ilegítima de acuerdo con el tratado constitutivo de la organización); si la norma internacional se extinguió; todo esto no tiene relevancia, ya que el intérprete se encuentra siempre frente a una simple norma interna completamente formulada y, por lo tanto, no le queda más que aplicarla. La situación es diferente en el caso del procedimiento especial. Aquí la norma interna realiza simplemente un reenvío a la norma o a las normas internacionales. Aquí el constituyente, el legislador o el órgano administrativo no formulan normas completas, sino que se limitan a ordenar la observancia de ciertas normas internacionales (por ejemplo, las normas consuetudinarias, las normas contenidas en un tratado, las normas contenidas en determinada decisión de una organización internacional), del modo en que rigen y mientras sigan vigentes en el ordenamiento internacional. El centro de aplicación de la norma internacional se desplaza del legislador (o del cons-

tituyente o del órgano administrativo) al intérprete. Es el intérprete quien debe reconstruir íntegramente el contenido de la norma internacional, quien debe establecer si una norma efectivamente está vigente, si no se extinguió, si no fue emitida ilegítimamente (por ejemplo, en el caso de decisiones de organizaciones internacionales), etc. El intérprete podrá equivocarse en la reconstrucción de la norma internacional, pero el error tendrá valor sólo para ese caso concreto. En todo caso, estará mejor asegurada la aplicación exacta del derecho internacional.

Si bien es cierto que el procedimiento de reenvío es más útil para asegurar que se observe el derecho internacional, sin embargo, también es cierto que en algunos casos el procedimiento ordinario puede resultar indispensable. Por ejemplo, el procedimiento ordinario es indispensable cuando la norma internacional no es aplicable directamente o, como suele decirse, *self-executing*: con esta expresión (sobre la cual volveremos en breve), nos referimos a las normas que no prevén todos los detalles de los casos que reglamentan y que requieren una actividad integradora por parte de los órganos estatales. Es el caso, por ejemplo, de la norma del art. 4 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial que [al igual que el artículo 7 de la Convención de Montego Bay sobre Derecho del mar] faculta al Estado ribereño para adoptar el sistema de las líneas rectas para medir la línea de base del mar territorial, siempre que la configuración geográfica de las costas presente determinadas características. Es obvio, además, que pueden coexistir el procedimiento especial y el procedimiento ordinario integrándose recíprocamente, como cuando se promulga la orden de ejecución de un tratado y, sucesivamente, se llevan a cabo los actos de integración de las normas contenidas en ese mismo tratado que no sean *self-executing*, o al menos no totalmente *self-executing* (por ejemplo, el Estado italiano, luego de haber puesto en vigor la citada Convención mediante Ley N° 1658 de 1961, se valió de la facultad de adoptar el sistema de las líneas rectas mediante el Decreto del Presidente de la República N° 816 del 26-4-1977).

Insistimos en que, si no median las circunstancias indicadas, sin duda que es preferible el procedimiento del reenvío. Por otra parte, éste se practica ampliamente no sólo en Italia sino también en otros países, ya sea en el caso de las normas consuetudinarias como de los tratados, ya sea a nivel legislativo o administrativo como a nivel constitucional (cfr. por ejemplo, el art. 9 de la Constitución austríaca; el art. 28, párr. 1, de la Constitución griega; el art. 8, párr. 1, de la Constitución portuguesa y el art. 25 de la Constitución alemana, todos más o menos similares al art. 10, 1° punto, de la Constitución italiana; o bien el art. VI de la Constitución de Estados Unidos, según el cual los tratados debidamente ratificados constituyen "la ley suprema" del país; el art. 31 de la Constitución argentina, que dice lo mismo, etc.). En cambio, una excepción importante es Gran Bretaña, donde, en lo que respecta a los tratados, se utiliza normalmente el procedimiento ordinario.

* * *

Idoneidad de las normas internacionales para producir derechos y obligaciones internas luego de la adaptación

Una vez introducidas en el ordenamiento interno, las normas internacionales son fuentes de derechos y obligaciones para los órganos estatales y para todos los sujetos públicos y privados que actúan dentro del Estado, al mismo nivel que cualquier norma de origen nacional. Esto es muy evidente cuando la adaptación se ha hecho mediante el procedimiento ordinario, dado que en este caso incluso desaparece la norma internacional. No obstante, debe sostenerse lo mismo con respecto a las normas introducidas dentro del ordenamiento jurídico del Estado por medio del procedimiento especial o de reenvío: es claro que el objetivo de ese tipo de procedimiento es, justamente, atribuir valor formal a las normas internacionales desde el punto de vista del derecho interno y, por lo tanto, equipararlas en todo a las normas internas. Las normas internacionales así "nacionalizadas" no son aplicables en sí mismas a menos que (y sólo en los límites en que) dejan amplios márgenes de libertad al Estado respecto de su ejecución (normas no *self-executing*).

Normas *self-executing* y no *self-executing*

Es importante detenerse en la distinción entre normas *self-executing* y no *self-executing*, que puede prestarse —y en varios países se presta— a una inadmisible reducción de la esfera de aplicación de las normas internacionales, en especial de los tratados. La noción

de norma *que no sea self-executing* (o que no sea directamente aplicable) debe circunscribirse rigurosamente a dos casos bien precisos: el caso en que una norma simplemente les atribuya determinadas facultades a los Estados; o bien, el caso en que una norma, aunque imponga obligaciones, no pueda recibir ejecución por no existir los órganos o los procedimientos internos *indispensables* para aplicarla. En uno y otro caso, el carácter no *self-executing* debe verificarse a través de los criterios normales de interpretación y siempre a partir de la idea de que, una vez que adquiere validez formal dentro del Estado, el derecho internacional es derecho del mismo nivel que el derecho interno. Por cierto que incluso una norma de origen puramente nacional, por ejemplo, una norma legislativa, puede no ser autoejecutiva si necesita de la actividad de integración de otros órganos estatales, por ejemplo, de los órganos administrativos.

Además de las normas que atribuyen simples facultades a los Estados (como la norma, varias veces citada, relativa al sistema de las líneas rectas en la medición del mar territorial, o como la norma del art. 20 de la Carta Social Europea, acuerdo internacional de 1961 que vincula también a Italia, que le da a cada Estado contratante la posibilidad de elegir cinco artículos de la Carta y de considerarse obligado solamente a ellos), como un caso de norma no *self-executing* podemos mencionar aquel del cual se ocupó la Corte Constitucional (integrada) en la Ordenanza del 6-2-1979 (asunto Lockheed). La Corte consideró, justamente, que no era aplicable a los juicios de acusación en virtud del art. 96 de la Constitución (mientras el legislador no reglamentara el modo de desarrollar una segunda instancia de tales juicios) el art. 14, párr. 5, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (v. p. 312), según el cual todo individuo tiene derecho a la doble instancia jurisdiccional en materia penal. En el mismo sentido, cfr., en la jurisprudencia holandesa, Corte Suprema de los Países Bajos del 14.4.1981, NYIL, 1982, p. 367, n. 150. [En el caso Ekmekdjian, la Corte Suprema argentina, reconoció que el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no era operativo y que la falta de reglamentación por parte del gobierno implicaba una violación de la Convención. En consecuencia, la Corte decidió "hacer operativa" es decir, reglamentar para el caso particular, el contenido "no autoejecutivo" del artículo 14 de la Convención Americana sobre el derecho de rectificación o respuesta.] Otro ejemplo de regla

no self-executing está dado por aquellas normas internacionales que requieren procedimientos legislativos *impuestos* por la Constitución del Estado, como puede suceder para las normas que imponen obligaciones financieras extraordinarias.

En cambio, es necesario reaccionar contra las tendencias a utilizar esta distinción entre normas internacionales *self-executing* y no *self-executing* con fines "políticos" en sentido amplio, o sea, para poder dejar de aplicar normas "indeseadas" por estar opuestas a eventuales intereses nacionales, quizá por ser progresistas o incluso solamente por ser objeto de la desconfianza del operador jurídico interno a causa de su proveniencia.

Lo antedicho vale, principalmente, para aquel sector de la jurisprudencia de distintos países que excluye la aplicabilidad directa de una convención debido a su contenido "vago" o "indeterminado", o sea, de un acuerdo específico que, en lugar de normas de detalle, contenga principios generales. Este criterio de la imprecisión se usa en algunos países, por ejemplo, en Alemania, para excluir la directa aplicabilidad de los principios del GATT (v. p. 128) relativos a la liberalización del comercio internacional. Es sumamente dudoso que en este caso se trate, efectivamente, de principios vagos, como lo demuestra el hecho de que en otros países, en particular en Italia, esos mismos principios —por ejemplo, el principio de la igualdad de tratamiento fiscal para las mercaderías importadas y las mercaderías nacionales— se aplican normal y frecuentemente. De todos modos, nos parece que no existe ningún principio, aunque sea generalísimo, al cual el intérprete no pueda encontrarle aplicaciones concretas, aunque sólo sea desde el punto de vista de la fuerza abrogativa (*vis abrogans*) de dicho principio. Es cierto que frecuentemente los Tribunales internos recurren al argumento del carácter indeterminado o de la naturaleza programática y no preceptiva de la norma, incluso con respecto a principios nacionales, por ejemplo, a los principios (progresistas) de las Constituciones, cuya aplicación se quiere excluir antes que el legislador los traduzca en normas de detalle; pero igualmente se trata de una práctica que debe condenarse.

Sobre la jurisprudencia alemana sobre el GATT cfr. Frowein, en Jacobs y Roberts, *ob. cit.*, p. 69. Para la jurisprudencia italiana v. las numerosas sentencias citadas en Picone y Conforti, *La giurispr. italiana di diritto internaz. pubblico, Repertorio 1960-1987*, Nápoles, 1988, p. 304 y ss.

Además, debe rechazarse la opinión según la cual un tratado no es autoejecutivo si prevé (como lo hace, por ejemplo, el GATT) que, en caso de suspensión, de falta de aplicación o de dificultad en la aplicación de sus normas, deba recurrirse a procedimientos de conciliación (v. p. 509 y ss.) o a otros medios internacionales de solución de controversias, que además tengan en cuenta las exigencias del Estado que suspendió o no aplicó el tratado, de lo cual debería deducirse la "flexibilidad" de sus disposiciones. Se atribuyó idéntica "flexibilidad" a tratados que expresamente subordinaran su propia aplicación a la reciprocidad: ¡la reciprocidad dejaría libre a cada Estado de aplicar o no el tratado, exponiéndose, por ende, a la violación del tratado por su contraparte!

En realidad, en este tipo de casos todo lo que puede decirse es que el Estado contratante tiene la capacidad de adoptar medidas que no sean conformes al tratado: puede adoptarlas, en casos como los que prevé el GATT, frente a ciertas dificultades de orden económico, y dejando a salvo el procedimiento de conciliación en el plano internacional; en el caso de la reciprocidad, puede adoptarlas cuando la otra parte contratante haya violado el tratado. Es evidente que, una vez que el Estado ha tomado este tipo de medidas (legislativas o reglamentarias), el operador jurídico interno debe aplicarlas. Pero también es evidente que, mientras no se tomen esas medidas, el tratado debe recibir aplicación dentro del Estado.

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (v. p. 129) se pronunció más de una vez en relación con que el tratado GATT no sería directamente aplicable debido a la "flexibilidad" de sus disposiciones, asegurada por las cláusulas que prevén procedimientos de conciliación en caso de dificultades de un Estado contratante. Para el caso de la directa no aplicabilidad de los tratados subordinados a la reciprocidad cfr. Trib. Federal Suizo 2-9-1986 Schw. J., 1985, p. 154 y ss.

Valor de las "cláusulas de ejecución"

Tampoco puede considerarse, como lo hace a veces la jurisprudencia interna, que es un impedimento para la aplicación directa de un tratado el hecho de que éste contenga una "cláusula de ejecución" (*clause of implementation*), o sea, que prevea que los Estados contratantes "adoptarán" todas las medidas de orden legislativo o de otro orden, incluso en forma progresiva, para dar efecto a sus disposiciones. Este tipo de cláusulas aparecen en muchas convenciones, entre ellas, en las Convenciones sobre Derechos Humanos: basta referirse, en este sentido, al art. 2, párr. 2, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y al art. 2, párr. 1, del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. p. 312). Pero en realidad se trata de cláusulas de las que nos parece absurdo deducir más que la voluntad y la expectativa del tratado de recibir aplicación. Además, estas cláusulas —lejos de provocar en sí la directa no aplicabilidad del tratado— se justifican sólo cuando el tratado contiene efectivamente normas que no sean autoejecutivas (o sea, normas que no pueden ser aplicadas a causa de la inexistencia de órganos y procedimientos indispensables para su ejecución) y que comprometen al Estado a tomar las providencias legislativas y administrativas apropiadas para aplicar esas normas.

Las "cláusulas de ejecución" son consideradas una prueba de la no aplicabilidad directa de un tratado, en especial por la jurisprudencia de Estados Unidos pero también, aunque con menos frecuencia, por la de otros países; en Italia y en Bélgica la tendencia es favorable a la aplicabilidad del tratado. Cfr. sobre este punto Conforti, *Cours général*, p. 45 y ss. [En ese sentido parece orientarse la jurisprudencia argentina a partir de 1992 (caso Ekmekdjian).]

* * *

Esfera de aplicación de la norma internacional introducida en el ordenamiento interno

Obviamente las normas internacionales, como todas las demás normas jurídicas, pueden utilizarse a nivel interno del Estado, dentro de los límites concretos en los que se verifica el caso abstracto previsto por ellas. En el caso del procedimiento de adaptación por medio de reenvío, la determinación del caso abstracto por obra del intérprete y la consiguiente aplicación de la norma a las relaciones internas pueden resultar complicadas debido a la formulación de la nor-

ma, que es, y sigue siendo, una formulación internacionalista. Sobre todo, puede revelarse complicada la investigación tendiente a establecer a qué sujetos debe aplicarse la norma y, en particular, si debe aplicarse solamente a relaciones en que estén involucrados entes extranjeros o bien puede utilizársela también en las relaciones entre entes nacionales públicos y privados. Se ha dicho que la adaptación por reenvío requiere una transformación del contenido de la norma internacional, a fin de hacerla aplicable a las relaciones internas; en realidad, no se trata tanto de transformación como, en este caso, de exacta determinación de los límites dentro de los cuales se quiere aplicar la norma y, por lo tanto, de la interpretación de la norma.

Veamos algunos ejemplos. Tomemos en consideración la norma consuetudinaria que prohíbe al Estado ejercer poderes de vigilancia aduanera fuera de los mares adyacentes a las propias costas (v. p. 331 y ss.). Una vez introducida en el ordenamiento jurídico italiano, esta norma puede ser invocada ante los jueces italianos por tripulaciones de naves *extranjeras* que hayan sido capturadas por la autoridad italiana de policía aduanera a considerable distancia de la costa. En cambio, no puede ser invocada por las tripulaciones de las naves *italianas*, porque la norma sobre vigilancia aduanera debe interpretarse en coordinación con la norma por la cual el Estado no tiene límites en el ejercicio del poder de gobierno sobre las *propias* naves en aguas internacionales.

El ejemplo corresponde a un caso sometido a la Corte Constitucional italiana y decidido mediante la sentencia N° 67 del 22-12-1961. Justamente, a la Corte se le había sometido la cuestión de si debía considerarse contrario al derecho internacional consuetudinario (y, por lo tanto, violaba el art. 10, 1° punto, de la Constitución), el art. 1 de la Ley N° 1409 del 13-12-1956, que impone la obligación, sancionada penalmente, de que los capitanes de aquellas naves *italianas* que transporten tabaco exhiban a la Guardia de Finanzas el manifiesto de carga prescripto por la ley aduanera, "incluso fuera de la zona de vigilancia aduanera marítima" de 12 millas. La duda sobre la legitimidad de esta ley había surgido al considerarse que los poderes del Estado, en particular la potestad punitiva, para el derecho internacional terminaban en los límites del mar territorial y de la zona contigua, olvidándose, como justamente se pone de relieve en la sentencia, que esto es válido para

las relaciones entre el Estado y las naves de otros Estados, no entre el Estado y las naves de su bandera. [En el ordenamiento interno argentino la Ley N° 23.986 sobre líneas de base, establece la jurisdicción del Estado en materia aduanera sobre la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende restrictivamente que dicha jurisdicción aduanera solamente es tolerable en cuanto se subsuma dentro de las jurisdicciones reconocidas por el derecho internacional al Estado ribereño (conservación, administración y explotación de recursos).]

Tomemos ahora el caso de un acuerdo comercial mediante el cual el Estado se comprometa al llamado "tratamiento nacional de las mercaderías importadas desde otros Estados", es decir, que se comprometa a igualar el tratamiento fiscal de esas mercaderías al de las mercaderías italianas de la misma naturaleza. No hay duda de que tal acuerdo será invocable ante los jueces italianos por parte de empresas importadoras *italianas* contra la Administración Fiscal italiana, no obstante la circunstancia de que el compromiso fue asumido con respecto a un Estado extranjero y que, en cambio, la relación entre la empresa italiana y la Administración Pública es de naturaleza puramente "doméstica". No hay duda, en efecto, de que este tipo de casos se hallan previstos por estos acuerdos comerciales, considerando que, al protegerse a la empresa importadora italiana, se logra el objetivo de la norma internacional, que es facilitar los intercambios comerciales entre los Estados contratantes.

Es correcta, por lo tanto, la jurisprudencia italiana que, como ya se tuvo oportunidad de ver, aplica normalmente el principio de la igualdad de tratamiento fiscal, contenido en el GATT.

Acuerdos internacionales introducidos en el ordenamiento interno y terceros Estados

Puede suceder, finalmente, que un acuerdo internacional, cuya orden de ejecución se haya promulgado en Italia, contenga disposiciones ventajosas para un Estado que no sea parte en el acuerdo o para sus ciudadanos (por ejemplo, el art. 77 del Tratado de Paz entre Italia y las Potencias Aliadas y Asociadas, que se hizo ejecutivo por un Decreto legislativo del 28-11-1947, prevé, en su párr. 4, la renuncia de Italia "en su nombre y en nombre de los ciudadanos italianos, a cualquier demanda contra Alemania y los ciudadanos alemanes pre-

cedente al 8-5-1945..." [A contrario, el p. 3 de la Declaración Conjunta de la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte del 20 de octubre de 1989 no afecta derechos a favor de terceros ni a los derechos de sus respectivos connacionales, estableciendo que: "Ambos gobiernos se comprometieron a no efectuar reclamaciones contra el otro, ni contra los ciudadanos del otro, en relación con las pérdidas o daños ocasionados por las hostilidades y por cualquier otra acción en y alrededor de las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur con anterioridad a 1989".]). Este tipo de disposiciones pueden ser invocadas en Italia por el Estado interesado y por sus ciudadanos, no obstante que ese compromiso se haya asumido respecto de otros países. En este caso, no se trata de atribuirle a un tratado internacional eficacia respecto de terceros, la que debe excluirse en virtud de los principios consuetudinarios sobre el derecho de los tratados (v. p. 119 y ss.). Se trata, en este caso, de aplicar la norma internacional una vez transformada en norma interna y, en cuanto tal, invocable ante los órganos estatales italianos y entre sujetos que actúan en el ámbito del ordenamiento jurídico italiano, llegado el caso en que deba aplicarse dicha norma.

En el mismo sentido, con respecto al citado art. 77, párr. 4, del Tratado de Paz, cfr. Cass. (Sez. Un.) del 22-2-1953, en RDI, 1953, p. 453 y ss., con nota de Durante; cfr. también, con respecto a acuerdos sobre asistencia judicial y reconocimiento de sentencias extranjeras, las sentencias francesas citadas por Rousseau, I, p. 186, quien las considera (a nuestro entender, erróneamente) prueba de una dirección jurisprudencial contraria al principio de la ineficacia de los tratados con respecto a terceros. En la jurisprudencia holandesa cfr. Corte del distrito de Rotterdam del 13-11-1973, en ILR, vol. 74, p. 2 y ss., que, por otra parte, también considera a los tratados que crean derechos y obligaciones internas para los ciudadanos de otros países una excepción al principio de la ineficacia de los tratados respecto de terceros (en ese caso, se trataba de una convención en el tema de la responsabilidad de colisión entre naves en la navegación interna). Sobre el punto v. también Frankowska, en Virg. JIL, 1988, p. 352 y ss., en relación a las decisiones de los Tribunales norteamericanos.

* * *

Rango de las normas internacionales introducidas en el ordenamiento interno

La distinción entre procedimientos ordinarios y procedimientos especiales de adaptación se refiere al medio por el cual el ordenamiento jurídico interno se adapta al derecho internacional; en definitiva, describe *cómo* es introducido, cómo penetra el derecho internacional en el ordenamiento estatal. Es necesario, además, establecer qué *rango* asumen las normas internacionales una vez introducidas en la jerarquía de las fuentes internas y, en consecuencia, cómo se coordinan con las otras normas estatales. El problema del rango del derecho internacional ya nacionalizado es extremadamente complejo y se ha complicado en Italia en relación con la aplicación del derecho comunitario. Veremos esto enseguida. Por ahora, sólo en una primera aproximación, podemos decir que el rango de las normas internacionales introducidas en el derecho interno *tiende* a ser el que corresponde a la fuerza que tiene el procedimiento, ordinario o especial, de adaptación en la jerarquía de las fuentes. Si es el constituyente quien procede a la adaptación (ej. art. 10, 1° punto, de la Constitución italiana, referente al derecho internacional general), las normas internacionales así introducidas tenderán a tener rango constitucional; si es el legislador ordinario quien procede a la adaptación (como sucede en el caso de los tratados, cuya orden de ejecución está dada generalmente por una ley ordinaria), las normas internacionales así introducidas tenderán a tener rango de ley ordinaria; y así sucesivamente.

XXXVIII. La adaptación al derecho internacional consuetudinario

La adaptación al derecho internacional general se verifica en Italia a nivel constitucional. Esto prevé, de hecho, el art. 10, 1° punto, de la Constitución, según el cual "el ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas". [La Constitución argentina de 1853, siguiendo el modelo de la Constitución de Estados Unidos de América, no establece

expresamente un mecanismo para la incorporación o adaptación de la costumbre internacional dentro del derecho interno.

A pesar de esta omisión, los tribunales argentinos han considerado a las normas consuetudinarias que vinculan internacionalmente al Estado como parte del derecho directamente aplicable para dirimir controversias (v. fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; fallos 19:108; 98:338, 107:395; etc.). La misma Constitución al referirse al derecho de gentes (artículos 116 y 118) reconoce la operatividad de las normas consuetudinarias dentro de su ordenamiento interno, implicando la adopción tácita de un procedimiento especial de adaptación.]

Naturaleza especial del procedimiento de adaptación al derecho consuetudinario

El art. 10 de la Constitución Italiana prevé un procedimiento de adaptación especial o por reenvío. Con él, el constituyente ha querido remitir al intérprete interno, en todo, el relevamiento y la interpretación de las normas internacionales generales, limitándose solamente a afirmar la propia voluntad de que esa adaptación sea automática, es decir, completa y continua: las normas internacionales generales son válidas dentro del Estado (fuera de una reserva de la que hablaremos en breve) mientras permanezcan vigentes en el ámbito de la comunidad internacional. Según la afirmación de un gran internacionalista desaparecido, Perassi (al cual se debe la formulación del art. 10 en el seno de la Asamblea Constituyente), se trata de un "transformador permanente" del derecho internacional general en derecho interno.

Es, por lo tanto, el intérprete —y sobre todo, el juez— quien debe resolver todos los problemas relativos a la existencia y al contenido de las normas internacionales generales. A él le corresponde, en primer lugar (naturalmente que con una eficacia limitada al caso concreto que debe resolver) establecer cuáles son las normas internacionales generales. Vimos en su momento que esa investigación no es simple. Vimos que, para nosotros, las normas generales se agotan en las normas *consuetudinarias*, incluyendo ese caso particular de normas consuetudinarias que son los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; pero vimos también que muchos autores sostienen con autoridad la existencia de otros tipos de normas generales (principios, Declaraciones de la Asamblea de la

ONU, etc.). Según los límites dentro de los cuales consideremos que existen efectivamente estas otras categorías de normas, será necesario referir también a ellas el art. 10. Con lo cual se ve cuán delicada es la tarea del intérprete en esta materia.

Como se puede apreciar, la adaptación automática al derecho internacional general ha quedado sancionada *expresamente* en la Constitución republicana italiana. En la época del Estatuto Albertino se consideraba que existía una norma constitucional tácita de adaptación: en todo caso, la jurisprudencia italiana de la época no dejó de aplicar el derecho internacional general. Por otra parte, existe una norma expresa o tácita de adaptación al derecho internacional general en todos los ordenamientos jurídicos estatales; en los de tipo anglosajón, se enuncia con la frase: "*International law is a part of the law of the Land*" ("El derecho internacional es parte del derecho estatal").

* * *

Rango del derecho consuetudinario en el derecho interno

Relaciones con la legislación ordinaria

Preguntémonos ahora cuál es el rango que tiene el derecho internacional general, así incorporado, dentro del sistema de jerarquías de las fuentes normativas italianas. Se puede considerar que, ya que la adaptación a las normas internacionales está prevista por la Constitución, dichas normas se encuentran en un nivel superior al de la ley ordinaria. Una ley ordinaria contraria al derecho internacional consuetudinario será, por lo tanto, ilegítima desde el punto de vista constitucional, por cuanto violará indirectamente el art. 10 de la Constitución, y podrá, por ende, ser anulada por la Corte Constitucional. La jurisprudencia constitucional italiana está netamente orientada en este sentido. En diversas sentencias, la Corte Constitucional se preguntó si ciertas normas legislativas contrariaban el derecho internacional general y afirmó claramente, *como principio*, la necesidad de anularlas si ese fuera el caso. Digamos "como principio", porque hasta ahora, en todos los casos concretos que se le sometieron, una vez afirmado el principio, la Corte sostuvo luego que no existía contrariedad *en el caso en cuestión* y que, por lo tanto, no había motivo para anular la norma interna.

Cfr. por ejemplo, en este sentido, las sentencias citadas en su momento: N° 67 del 22-12-1961 en materia de vigilancia aduanera (v. p. 388); N° 135 del 13-7-1963 sobre inmunidad de los Estados en materia de jurisdicción civil (v. p. 303); N° 48 del 18-4-1967 y N° 69 del 8-4-1976, ambas relativas a la contrariedad del art. 11, 1° y 2° punto, del Código Penal italiano, con un pretendido principio internacional *ne bis in idem* (v. p. 65 y ss.).

Relaciones con las normas constitucionales

Una vez establecido que, de todos modos, las normas internacionales generales nacionalizadas a través del art. 10 se sitúan en un nivel superior al de la ley, ¿puede llegar a considerarse que tengan *pleno* rango constitucional, esto es, que se comporten en todo como normas constitucionales? O bien, ¿debe considerarse que quedan sometidas a la Constitución y que no pueden de ningún modo derogar las normas constitucionales? Y en este caso, ¿cuál es la suerte reservada a las normas consuetudinarias "constitucionalmente ilegítimas"?

Digamos inmediatamente que no existen muchas posibilidades de que surja un conflicto concreto entre normas internacionales generales y normas constitucionales. Y esto es así, porque las primeras se ocupan de otras relaciones, distintas de las que son reglamentadas por las segundas: la Constitución disciplina fundamentalmente las relaciones entre el Estado y sus órganos (forma de gobierno, organización de los poderes, etc.) y entre el Estado y sus ciudadanos, es decir, disciplina justamente aquellas relaciones que, para el derecho internacional consuetudinario, entran en la llamada *domestic jurisdiction* de cada Estado (v. p. 292 y ss.); a su vez, el derecho consuetudinario se ocupa fundamentalmente de las relaciones en las que se involucran los extranjeros, los órganos y los Estados extranjeros.

Una vez establecido esto, no se excluye la posibilidad de que puedan existir interferencias y de que, en algunos casos, pueda perfilarse una oposición concreta entre derecho consuetudinario y derecho constitucional. La materia en la cual puede suceder esto (sobre la cual, por otra parte y como veremos enseguida, tuvo también ocasión de pronunciarse la Corte Constitucional italiana) es la de las inmunidades jurisdiccionales, en especial, la de la inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos, de los Estados y de las

organizaciones internacionales: la consecuencia de reconocer estas inmunidades y, por consiguiente, de que exista una imposibilidad de hacer comparecer en juicio a los individuos o a los entes que se benefician de ellas es la parálisis de la protección judicial de los derechos garantizados por la Constitución italiana (art. 24). ¿Cuál es entonces, en estos casos, la solución del conflicto?

Consideramos que el art. 10, 1° punto, de la Constitución italiana, en cuanto prescribe la adaptación al derecho internacional general "del *ordenamiento* jurídico italiano" y, por lo tanto, del derecho italiano en su totalidad, entiende excluir en términos generales que (como sostienen diversos autores) el derecho consuetudinario esté subordinado al derecho constitucional; con la consecuencia de que el primero prevalecerá normalmente sobre el segundo por ser un derecho especial (sobre el concepto de la *especialidad* del derecho internacional por comparación con el derecho interno volveremos a propósito de los tratados: v. p. 405 y ss.). Nos parece, sin embargo, que si es interpretado sistemáticamente, dicho art. 10, 1° punto, contiene una cláusula implícita de salvaguarda de los valores *fundamentales que inspiran la Constitución italiana* (y sólo de éstos); en otros términos, nos parece que el art. 10 no puede ni quiere disponer que la ejecución del derecho consuetudinario dentro del Estado sea llevada hasta el límite de romper con esos valores constitucionales. Una norma internacional general que supere ese límite no puede considerarse expresada por el art. 10 y será inoperante dentro del Estado; lo que significa que todos aquellos que sean llamados a aplicarla, en primer lugar los jueces, podrán negarse a hacerlo sin que sea necesario un pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre este punto. Sin embargo, deberá no aplicarse la norma internacional con mucha cautela, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. Por ejemplo, si se considera, como nos parece justo, que el enunciado en el art. 24 es un principio fundamental de la Constitución italiana, las normas consuetudinarias sobre la inmunidad de jurisdicción civil podrán desaplicarse sólo si se determina que el art. 24 no queda satisfecho por *equivalentes* en el caso concreto de que se trate, es decir, sólo si se determina que en el Estado extranjero, en el Estado de pertenencia del agente diplomático, o en la organización inter-

Cláusula de salvaguarda de los valores constitucionales fundamentales

nacional que respectivamente se benefician de la inmunidad, no existen procedimientos de solución de controversias del tipo de los enunciados en esta norma.

La Corte Constitucional italiana tuvo ocasión de ocuparse de las relaciones entre derecho internacional consuetudinario y Constitución, justamente con respecto al tema de las inmunidades. En la sentencia N° 48 del 18-6-1979 (en RDI, 1979, p. 797 y ss.), la Corte, que había sido llamada a pronunciarse sobre la compatibilidad de la inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos con el art. 24 y con otras normas constitucionales, distinguió en línea general dos tipos de costumbres, las preexistentes y las sucesivas a la entrada en vigor de la Constitución. A su juicio, las costumbres preexistentes —entre las cuales se contaba la costumbre relativa a la inmunidad de los diplomáticos— prevalecerían sobre *cualquier* norma constitucional, a título de derecho especial. En lo que respecta a las segundas, sostuvo en cambio un punto de vista casi idéntico al que hemos expuesto más arriba, afirmando que "... el mecanismo de adecuación automática previsto por el art. 10 Const., no podrá en ningún modo permitir la violación de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, actuando en un sistema constitucional que tiene sus bases en la soberanía popular y en la rigidez de la Constitución...". ¡Sólo para las costumbres más recientes actuaría, en definitiva, el límite constituido por los valores fundamentales protegidos constitucionalmente! Francamente, la adopción de ese criterio temporal (si bien ofreció una coartada para "salvar" las inmunidades diplomáticas) parece sumamente criticable incluso a nivel estrictamente formal, que es en el que nos parece que se basó la Corte: el art. 10, al prever una adaptación *automática* al derecho internacional general, lejos de fijar en el tiempo su esfera de acción, no puede dejar de otorgarles el mismo tratamiento a todas las costumbres que existan en el momento en que el intérprete deba examinarlas. Es cierto que el problema no es formal sino sustancial, y que la protección de los valores constitucionales fundamentales debería estar asegurada siempre, aun con las adaptaciones que indicábamos más arriba (o con otras que pueden implementarse: cfr. Condorelli, art. cit., Giur. Cost. 1979, I, p. 462, nota 13).

[Los tribunales argentinos, al aplicar una norma consuetudinaria internacional le han asignado a ésta el mismo rango jerárquico que a los tratados. Tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia consideró a los tratados y a la costumbre internacional en igualdad jerárquica respecto a las leyes de la Nación (v. en cuanto a los tratados, el novedoso esquema aceptado por la Corte Suprema a partir de 1992). La Constitución reformada en 1994 establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. A pesar de que nada se dice respecto a la costumbre, es posible inferir que ésta tendrá el rango otorgado a los tratados. En el mismo sentido, la costumbre internacional, al igual que los tratados, están subordinados a la Constitución, con excepción de los tratados de Derechos Humanos a los que se les ha reconocido, o se les reconozca a futuro, jerarquía constitucional.

El artículo 21 de la ley N° 48, coloca al derecho de gentes —entendido como derecho consuetudinario internacional— en el último lugar de precedencia normativa. Se ha sostenido que una ley de la Nación no puede fijar un orden jerárquico de aplicación de normas, distinto al previsto por la Constitución Nacional. En los hechos, el artículo 21 de la Ley N° 48 no ha sido observado por los tribunales de Justicia. Por otra parte, en el caso Washington Cabrera, la Corte Suprema de la Nación hizo propio el voto en minoría que expresaba la supremacía de las normas consuetudinarias vinculadas al derecho a la defensa en juicio, por sobre las normas de un tratado bilateral, por ser aquéllas la expresión de una norma de *ius cogens*.]

XXXIX. La adaptación a los tratados y a las fuentes derivadas de los tratados

La Constitución italiana no contiene una norma general que prevea, como lo hace el art. 10, 1° punto, con el derecho consuetudinario, la adaptación del derecho interno italiano a los tratados (y a otras fuentes que derivan de tratados, como los actos de las organizaciones internacionales). En la doctrina, un intento válido fue precisamente el de Quadri, que sostuvo que el art. 10, 1° punto, también

implica la introducción de las normas convencionales en el derecho interno. En síntesis, este intento se funda en el siguiente argumento: dado que una de las normas internacionales generales es el principio *pacta sunt servanda* y que este principio significa que los tratados deben cumplirse, la previsión constitucional de adaptar el derecho interno italiano al derecho internacional general manifestaría la voluntad del Constituyente de que dicho ordenamiento jurídico interno se conformara también a todos los acuerdos celebrados por Italia. En contra de este argumento, que es puramente racional, puede objetarse: a) que el Constituyente claramente se pronunció por limitar el alcance del art. 10, 1° punto, al derecho internacional general y, como surge de los trabajos preparatorios, le dio a este artículo la formulación que tiene actualmente, justamente a fin de limitarlo a las normas generales *materiales*; b) que, dado el enorme número de tratados que se celebran actualmente sobre las más diversas materias, es impensable introducirlos todos en el ordenamiento jurídico italiano con rango de normas constitucionales (que, como ya se ha visto, es el rango que tienen las normas internacionales consuetudinarias introducidas en virtud del art. 10): de otro modo, sería muy simple alterar las garantías constitucionales por medio de acuerdos con otros Estados. Por otra parte, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como de la Corte de Casación o de los Tribunales de Primera Instancia considera de manera unívoca que el art. 10, 1° punto, no se refiere a los tratados internacionales. Se trata de una jurisprudencia tan copiosa que no vale la pena citar algunas sentencias en particular.

En cambio, las Constituciones de muchos otros países, como Estados Unidos de América, Argentina, México y otros Estados de América Latina, Francia, los Países Bajos, varios Estados africanos, etc., prevén la adaptación del derecho interno a los tratados internacionales. Para un examen detallado, cfr. Cassese, *Modern Constitutions*, cit., p. 401 y ss. [A diferencia de la falta de reglas concernientes a la incorporación y jerarquía de la costumbre internacional, el artículo 31 de la Constitución argentina establece que los tratados al igual que las leyes de la Nación y la Constitución, son ley suprema de la Nación. Esto no significa otorgarles a los tratados rango constitucional, sino que como ley suprema de la Nación, conjuntamente con la

Constitución y las leyes de la Nación, subordinan a las constituciones y leyes provinciales.]

Orden de ejecución del Tratado

Una vez establecido lo anterior, digamos que en Italia la adaptación del derecho interno a las normas internacionales convencionales se verifica en un acto *ad hoc* para cada tratado en particular. Este acto es la *orden de ejecución* que, como el procedimiento automático de adaptación a las normas consuetudinarias previsto por el art. 10, 1° punto, es un procedimiento especial o de reenvío; por lo tanto, se limita a expresar la voluntad de que se ejecute y aplique el tratado a nivel interno, sin reformular sus normas pero remitiendo su reconstrucción e interpretación al intérprete interno. Habitualmente, la orden de ejecución se expresa mediante la fórmula "Se da plena y total ejecución al Tratado X...", acompañada de la reproducción del texto del tratado. [Como ya se expresara, esta orden de ejecución prevista en el ordenamiento italiano no debe confundirse con la ley por la que se aprueba un tratado en el ordenamiento argentino.]

Generalmente, la orden de ejecución se da por medio de una ley ordinaria (puede darse también por medio de un acto administrativo, cuando el acuerdo se refiera a asuntos que pueden ser reglamentados discrecionalmente por la Administración Pública, y por lo tanto, se considere que sea suficiente darle a dichas normas convencionales el rango de normas administrativas). Normalmente, la misma ley que, en virtud del art. 80 de la Constitución, autoriza al Jefe de Estado a ratificar el tratado contiene la fórmula de la "plena y total ejecución". De ese modo, la orden de ejecución precede a la entrada en vigor del tratado, que, según sea su naturaleza, se verificará en el momento del intercambio de las ratificaciones o del depósito de un cierto número de ratificaciones (v. p. 96). Esto no tiene importancia, ya que la orden de ejecución es justamente un procedimiento de adaptación por medio de un reenvío y, por lo tanto, subordina la aplicación de la norma internacional a su efectiva existencia como norma internacional, la que deberá ser determinada por el intérprete. Además, es inútil repetir lo que ya se ha dicho, en forma más general, sobre los procedimientos de adaptación por medio de reenvío, es decir, que determinar que una norma existe significa te-

ner en cuenta todo su *trámite*: en el caso de los tratados, no sólo significa establecer si el tratado entró en vigor, y cuándo, sino también cuáles son los Estados partes en el momento en que se debe aplicarlo; si algunos Estados presentaron reservas, cuáles fueron y qué Estados se opusieron (v. p. 129 y ss.); si algunos Estados efectuaron notificaciones de sucesión, y cuáles fueron (v. p. 160); si hay Estados que hayan denunciado el acuerdo y cuáles son, y así sucesivamente.

Fuentes oficiales de información sobre tratados

Todo esto —junto con la proliferación de los tratados, en particular los multilaterales— agudiza mucho el problema de la necesidad de contar con apropiadas fuentes oficiales de información dentro del aparato estatal, que ya ha sido puesto en evidencia en diferentes ocasiones. Este problema está muy lejos de resolverse en muchos países (cfr. para una visión comparativa, Sprudzs, *Treaty Sources in Legal and Political Research*, Tucson, Univ. of Arizona Press, 1973, cap. II). En Italia, donde hasta hace algunos años la información no era de las mejores (el Boletín Oficial se limitaba a publicar de manera dispersa las leyes que autorizaban la ratificación y la ejecución, así como también los Comunicados del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre intercambios y depósitos de ratificaciones, mientras que la única fuente de información sobre el *trámite* de los acuerdos era un servicio telefónico de ese Ministerio), el tema ha quedado reglamentado en la Ley N° 839 del 11-12-1984. Esta ley fortalece el sistema de publicación de los tratados, al establecer, entre otras cosas, que se publiquen en el Boletín Oficial incluso los acuerdos celebrados en forma simplificada, y en el art. 9 prevé que se anexe anualmente al Boletín Oficial un volumen sobre "la situación de las convenciones internacionales en vigor para Italia, con indicación de los Estados para los cuales rigen estas convenciones y de las reservas correspondientes". Para ulteriores datos v. Gaja, en RDI, 1984, p. 804 y ss. [En Argentina, el Boletín Oficial solamente publica las leyes por las que se aprueban los tratados y los decretos del Poder Ejecutivo por los que se ratifican. La Dirección de Tratados de la Cancillería es la única fuente de información general para constatar la entrada en vigor de un tratado, los Estados firmantes, los ratificantes, las reservas efectuadas, las denuncias, etc.]

* * *

¿Qué valor tiene un tratado dentro del ordenamiento jurídico italiano si no existe orden de ejecución? Puede presentarse este problema en el caso de los tratados celebrados en forma simplificada (v. p. 98 y ss.), así como en todos los casos en que un tratado vincule a Italia a nivel internacional, pero no se haya procedido a darle ejecución a nivel interno.

Valor del tratado ante la falta de la orden de ejecución

La jurisprudencia considera de manera unánime que, si falta la orden de ejecución, el tratado no tiene valor para el ordenamiento jurídico interno. Por ejemplo, el Tribunal de Casación se pronunció claramente en este sentido en algunas sentencias de las cuales tuvimos ocasión de ocuparnos, cuando tratamos la competencia para celebrar tratados internacionales (v. p. 102 y s.) (cfr. Trib. de Cas., Ses. Un., N° 867 del 23-3-1972; N° 1196 del 17-4-1972 y N° 1773 del 8-6-1972, en RDI, 1973, p. 856 y ss.). En ese caso se invocaban acuerdos en forma simplificada entre el gobierno italiano y ciertos Estados extranjeros; estos acuerdos, cuya ejecución no había sido ordenada, preveían beneficios fiscales para la importación de mercaderías provenientes del territorio de las otras partes contratantes, a través de la cláusula de la nación más favorecida. Dado que dichos acuerdos no habían recibido ejecución en Italia, el Tribunal de Casación consideró que debían negarse esos beneficios, incluso a costa de que el gobierno italiano incurriese en responsabilidad a nivel internacional, por violar las obligaciones contraídas en virtud de esos acuerdos.

En términos generales, es posible concordar con la tesis sostenida por la jurisprudencia, aunque también es posible corregirla, en el sentido de que a nivel interpretativo, puede asignársele una función auxiliar al acuerdo válido a nivel internacional, pero sin ejecución dentro del Estado. Esto es, el acuerdo no podrá oponerse a normas internas que le sean contrarias; sin embargo, podrá invocárselo al interpretar normas internas, a fin de darles una interpretación que sea conforme a dicho acuerdo lo más posible. [Este problema no surge en el ordenamiento argentino en razón de que el Poder Ejecutivo, al ratificar un tratado, manifiesta el consentimiento del Estado en obligarse por ese tratado. Por lo tanto, existe coincidencia temporal entre el momento en que el tratado entra en vigor internacionalmente y el momento en que entra en vigor internamente.]

Rango de los tratados en el derecho interno

Pasemos ahora al problema del *rango* de las normas convencionales introducidas en el ordenamiento italiano por medio de una orden de ejecución. En general, y como ya hemos señalado, debe decirse que su rango es el que ocupa en el sistema de fuentes el acto normativo en el cual está contenida la orden de ejecución. Por lo tanto, en el caso más frecuente, el de una orden de ejecución dada en ley ordinaria, las normas convencionales tendrán valor de ley ordinaria. Sin embargo, este último punto merece un examen más detallado, en lo que respecta a las relaciones de dichas normas convencionales tanto con las normas de otras leyes ordinarias como con las normas constitucionales.

Tratados y legislación ordinaria

Acerca de las relaciones entre normas internacionales convencionales y normas provenientes de leyes ordinarias, ¿son éstas verdaderamente relaciones entre normas del mismo rango, por lo tanto regidas por el principio según el cual la ley posterior deroga la anterior y la ley especial deroga la general (*ratione personarum*, por dirigirse a un círculo más restringido de personas, o bien *ratione materiae*, por reglamentar una materia más específica)? O bien, ¿en alguna medida puede reconocérsele al tratado o, mejor dicho, a la ley de ejecución del tratado, una preeminencia sobre otras leyes ordinarias, aun cuando sean posteriores? No es posible afirmar que exista este tipo de preeminencia sobre la base del art. 10, 1° punto, de la Constitución italiana. A este respecto, aun sin adherir totalmente a la mencionada tesis de Quadri, según la cual el art. 10, 1° punto, prevería incluso la adaptación del derecho interno a los tratados, y aun considerando indispensable la orden de ejecución, parte de la doctrina opina que una vez ejecutadas, el legislador no podría derogar las normas convencionales sin violar indirectamente el art. 10, 1° punto; en otras palabras, el art. 10, 1° punto, no obligaría a ejecutar los tratados celebrados por Italia... ¡sino que, en honor a la norma de derecho internacional general *pacta sunt servanda*, obligaría a cumplir con los acuerdos ya ejecutados! Se trata de una tesis que la jurisprudencia no comparte y que queda desmentida también por lo que hemos observado anteriormente, es decir, que el art. 10, 1° punto, tiene la formulación que tiene, justamente porque se pretendió excluir a los tratados de su esfera de aplicación o, para usar las palabras de la Corte

Constitucional, de su "ámbito de operatividad" (cfr. Sent. N° 188 del 22-12-1980, en RDIPP, 1982, p. 611).

Relaciones con las leyes ordinarias de los tratados sobre la condición del extranjero

La cuestión varía respecto del 2° punto del art. 10, según el cual "la condición jurídica del extranjero está regulada por la ley, en conformidad con las normas y los tratados internacionales". Dada la formulación de esta norma, no puede negarse la ilegitimidad constitucional de cualquier ley que reglamente la condición del extranjero sin concordar con los tratados vigentes en la materia. Esta tesis ha sido sostenida comúnmente por la doctrina y surge implícitamente de la Sent. N° 120 de la Corte Constitucional del 23-11-1967, respecto del art. 139 de la Ley Aduanera N° 1424 del 25-9-1940, que impone a todo extranjero arrestado por el delito de contrabando la obligación de la caución o garantía para lograr la excarcelación; al pronunciarse por la legitimidad constitucional de la norma, la Corte encuentra el modo de afirmar que dicha norma "... no viola un derecho humano fundamental, garantizado por el art. 2 de la Const. y por las normas de derecho internacional citadas en el art. 10, 2° punto, de dicha Constitución, como resultan de los arts. 5 y 6 de la Convención Europea [sobre Derechos Humanos]".

Sin embargo, resta preguntarse si *todo* acuerdo internacional que surja en una cuestión que involucre a extranjeros, cae en la esfera del art. 10, punto 2°, y de ese modo adquiere preeminencia sobre las leyes ordinarias. No obstante ser ésta la tesis sostenida por la doctrina y la que se desprende del texto de la sentencia de la Corte que hemos citado (que, en realidad, resulta demasiado apresurado), nos parece que debe hacerse una distinción y que, específicamente, el art. 10, 2° punto, debe referirse a los tratados que se ocupan *exclusivamente* de los *extranjeros*, que imponen *exclusivamente* obligaciones en materia de tratamiento de extranjeros. En efecto, nos parece realmente extraño —y poco coherente con la tesis según la cual lo normal es que los tratados no prevalezcan sobre las leyes ordinarias— considerar que la Constitución le asigne a un mismo tratado —por ejemplo, un tratado sobre derechos humanos— una fuerza formal diferente según que deba aplicarse a los extranjeros o a los italianos.

[En el ordenamiento interno argentino, la Constitución de 1853, antes de su reforma de 1994, solamente establecía en forma expresa la jerarquía de los tratados, conjuntamente con la Constitución y las leyes de la Nación, por sobre las constituciones y leyes provinciales.

La Corte Suprema de la Nación ha interpretado tradicionalmente la igualdad jerárquica entre tratados y leyes de la Nación, al no existir funda-

mento normativo alguno que justifique un orden de precedencias entre éstos. Por lo tanto, frente a cada caso particular planteado, la Corte estableció que se deberá decidir conforme al principio general de la ley posterior (*leges posteriores priores contrarias abrogant*). V. caso S.A. Martin & Cía. Ltda. c/Administración general de Puertos s/ repetición de pago, Corte Suprema, Fallos: 257: 99.

A diferencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en la interpretación de textos similares, la Corte argentina ha dado prioridad al principio de la ley posterior por sobre el de la ley especial.

Esta tranquila y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema fue modificada en 1992, a partir del caso Ekmekdjian, al establecer la Corte que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados obliga al reconocimiento judicial de la supremacía de los tratados por sobre el derecho interno. Recordamos que el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 expresa: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Pero esta interpretación colocaría a los tratados por sobre todo el derecho interno argentino, inclusive por sobre la Constitución Nacional.

Cabe recordar que el artículo 27 de la Constitución Nacional condiciona la celebración de tratados a su conformidad con los principios de orden público en ella expresados. Por lo tanto, al encontrarse los tratados subordinados a la Constitución, el tratado que se opone a un principio constitucional podrá ser declarado inconstitucional.

Asimismo puede argumentarse en contra de la posición asumida por la Corte en el caso Ekmekdjian que un tratado no tiene entidad suficiente para definir jerarquías no contempladas por la Constitución, como también se ha sostenido que una ley, como es el caso del artículo 21 de la ley N° 48, tampoco está habilitada para establecer jerarquías por sobre los esquemas previstos en la Constitución.

La Corte Suprema, en el caso Fibraca, delimitó los alcances de sus argumentos expresados en el caso Ekmekdjian al reiterar la primacía de un tratado por sobre las leyes de la Nación, pero esta vez teniendo en cuenta la adecuación del tratado a los principios de orden público constitucional. Esta última posición de la Corte confirmaría el principio ya expresado con anterioridad por ella (Fallos: 257:99) de que el derecho internacional reenvía al derecho interno para la determinación, tanto de los mecanismos de incorporación o adaptación de los tratados, como de su rango o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado. La Corte Suprema argentina ha sostenido que las cuestiones de orden internacional vinculadas

a la aplicación de los tratados en el derecho interno del Estado son ajenas, en principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos (v. Fallos: 257:99, considerando 9° y Fallos: 271:7). Como ya se ha visto, a partir de la reforma constitucional de 1994, el art. 75, inc. 22, de la Constitución establece la superioridad jerárquica de los tratados por sobre las leyes de la Nación.]

En los ordenamientos jurídicos de otros países —incluso de aquellos cuya Constitución, como la de Estados Unidos, contiene normas de adaptación del derecho interno a los tratados internacionales— sólo raramente los tratados adquieren una *fuerza formal* superior a la de las leyes. De manera que, en principio, se considera que las relaciones entre un acuerdo y las leyes se rigen por las normas sobre sucesión de las leyes en el tiempo, en especial por la norma según la cual la norma posterior deroga a la anterior. Decimos *en principio* porque, por medio de distintos instrumentos *de carácter interpretativo*, la jurisprudencia de todos los países, incluido Italia, intenta garantizar un cierto predominio de los tratados sobre las leyes posteriores. Para llegar a concederle este predominio, el criterio más frecuentemente utilizado es el de la presunción de conformidad de las normas internas con el derecho internacional. Sobre la base de este criterio se considera que, si la ley posterior es ambigua, debe interpretársela de suerte de permitirle al Estado cumplir con las obligaciones internacionales que hubiese asumido anteriormente. A veces, para salvar la norma internacional, se rechaza esta presunción de conformidad, al punto de considerar ambiguas normas internas que evidentemente no lo son. Otro criterio consiste en considerar al tratado como derecho especial *ratione materiae*. Este fue un criterio ampliamente aplicado por la jurisprudencia italiana en lo relativo a las relaciones entre el Código de Navegación y el Código de Procedimiento en Materia Civil, y las Convenciones sobre Derecho del Mar y sobre Asistencia Judicial previamente celebradas por Italia. Pero este criterio no siempre es aplicable, ya que una ley interna puede regir una materia más específica que un tratado internacional. Finalmente, también existe el criterio, aplicado principalmente por los Tribunales

norteamericanos y suizos, según el cual una ley posterior sólo prevalece si hay una *clara indicación* de la voluntad del legislador de contravenir *la norma anterior, con pleno conocimiento de causa*. Es evidente que, si se acepta este último criterio, que es el más amplio y el más favorable a la *preeminencia* del tratado, se hace inútil recurrir a los dos criterios precedentes.

En nuestra opinión, el surco trazado por la jurisprudencia norteamericana y suiza es el que hay que profundizar para asegurar la preeminencia del tratado sobre las leyes internas, aun posteriores, por ahora sólo a nivel interpretativo. A este fin hay que convencerse de que una vez que el tratado adquiere validez formal dentro del Estado de la manera que sea, queda sostenido dentro del ordenamiento jurídico interno por una *doble* voluntad normativa: por un lado, la voluntad de que ciertas relaciones se rijan por la norma internacional y, por otro, la voluntad de que se respeten los compromisos asumidos con otros Estados. Por lo tanto, para que predomine una ley posterior, es necesario anular esas dos voluntades; es necesario *que la norma posterior revele la voluntad no sólo de que las mismas relaciones se rijan de manera diferente, sino también de repudiar obligaciones internacionales ya contraídas*. En consecuencia, es inadmisible toda derogación o modificación de las normas de adaptación del derecho interno al tratado internacional debido a su *incompatibilidad* con una ley posterior. En definitiva, es inadmisible que un intérprete deduzca esa abrogación o modificación a partir de una ley ulterior que, sin proponerse el objetivo de violar o de suspender el tratado, establezca una normativa diferente; con este tipo de normativa coexistirá siempre la voluntad del legislador de que se ejecute el tratado.

Pero, ¿cuándo puede identificarse claramente la voluntad del legislador de eludir obligaciones internacionales ya contraídas? Esta voluntad, ¿debe estar *expresamente* declarada —lo que difícilmente se verifica en la práctica (aunque, por ejemplo, v. el art. 1 de la Ley N° 84 del 26-3-1983, que declara que pretende derogar el art. 22 de la Convención de Varsovia de 1929 sobre Transporte Aéreo; y cfr. sobre este artículo la Sent. N° 323, párr. 4, de la Corte Constitucional, del 6-6-1989)— o bien puede manifestarse *implícitamente*? En

este segundo caso, ¿hasta qué punto se puede buscar la voluntad implícita del legislador, sin caer en afirmar una mera incompatibilidad entre las normas?

Consideramos que la voluntad del legislador de repudiar una obligación internacional preexistente sólo puede estar implícita cuando *coinciden perfectamente* el objeto de la obligación y el de la norma interna, tanto en lo que respecta a la materia reglamentada como en lo que respecta a los sujetos a los que se dirige esa reglamentación. Tomemos, por ejemplo, la legislación de Estados Unidos entre 1971 y fines de 1976, que autorizó las importaciones de "cromo de Rodesia del Sur": no hay duda de que se les impuso esta legislación a los agentes jurídicos norteamericanos, con la clara intención de violar la decisión del Consejo de Seguridad de 1968 relativa al bloqueo económico total de Rodesia del Sur (v. p. 195), que hasta ese momento se aplicaba en Estados Unidos.

Debemos preguntarnos si no debe limitarse ulteriormente incluso la hipótesis de que exista una perfecta identidad entre los casos regidos por la norma internacional y por la interna. En especial, si no debe negarse el predominio de una norma interna posterior cuando se pueda demostrar que, aun interpretando erróneamente las obligaciones internacionales de su propio Estado, el legislador no entendió derogarlas. De un caso así se ocupó la Corte del Distrito de Nueva York (Juez Palmieri) en una sentencia del 29-9-1988 emitida sobre una controversia surgida entre el Gobierno de Estados Unidos y la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), y sobre la cual ya tuvimos ocasión de detenernos con otros fines (v. p. 259). La Corte decidió que la oficina de la OLP ante las Naciones Unidas no debía cerrarse, como lo había pedido el Gobierno de Estados Unidos, dado que eso era contrario al acuerdo de sede entre Estados Unidos y la ONU celebrado en 1947 e introducido regularmente en el ordenamiento jurídico norteamericano por medio de una ley. En cambio, la Corte se rehusó a aplicar la *Anti Terrorism Act* de 1987 (ATA), aunque ésta prohibiese expresa y únicamente que se establecieran y mantuvieran oficinas (o cualquier otra actividad) de la OLP en Estados Unidos, aunque el Congreso hubiera declarado en el momento de promulgarla que el objeto de la norma legal era oponerse a la existencia de una Oficina de la OLP ante las Naciones Unidas, y aunque en el momento de la promulgación de la ley la única oficina existente de la OLP fuese la Oficina de Nueva York.

La sentencia no negaba que los fines de la ATA fueran los mencionados, pero no obstante sostenía que, sobre la base de los trabajos preparatorios, el Congreso había actuado sobre el supuesto (erróneo) de que a la Oficina de la OLP no se le aplicaban las disposiciones del acuerdo de sede relativas a la libertad de tránsito y de permanencia de las personas acreditadas ante las Naciones Unidas: al no haber una voluntad derogatoria del compromiso internacional precedente, este último debía considerarse preeminente y aplicable.

¿Qué decir como comentario de esta sentencia? Está fuera de toda duda que este tipo de posiciones señala, justamente, el límite que no puede sobrepasar el intérprete.

En conclusión, nos parece que en la materia que estamos examinando debe invertirse el punto de partida normal, es decir, la aplicación del principio de la *lex posterior* a las relaciones entre los tratados internacionales y las ulteriores normas internas: más bien, aunque sólo sea con mero carácter interpretativo, el principio es que si la norma internacional es formalmente válida para el ordenamiento estatal, predomina sobre las normas internas mientras no se demuestre la voluntad del legislador de eludir los compromisos internacionales ya asumidos. Como quien escribe estas líneas siempre ha sostenido, se trata de un *principio de especialidad sui generis*, de una especialidad que no debe confundirse con la *ratione materiae o ratione personarum*: la especialidad consiste en que la norma internacional no sólo se apoya en la voluntad de que ciertas relaciones se rijan de determinada manera, sino también en la voluntad de que se cumpla con las obligaciones internacionales. Si lo entendemos así —y en esto modificamos una opinión expresada en las ediciones precedentes de este libro— el principio de especialidad de los tratados sigue siendo aplicable aun cuando la adaptación del derecho interno al tratado en cuestión se haya hecho por medio de un procedimiento ordinario (v. p. 380) y siempre que sea posible determinar, de la manera que sea, que aunque se hayan reformulado las normas internas de adaptación al tratado, la norma de reformulación se ha promulgado, justamente, con el fin de respetar los compromisos internacionales.

Principio de especificidad de los tratados

* * *

Acerca de las relaciones de la Constitución italiana con los tratados, no hay motivo para apartarse de los principios sobre jerarquía de fuentes. Por lo tanto, las normas convencionales incorporadas al derecho interno podrán ser sometidas a control de constitucionalidad, y anuladas si violan normas de la Constitución. La jurisprudencia de la Corte Constitucional confirma esto, al declarar en numerosos casos que puede ejercer control constitucional sobre las leyes de ejecución, incluso sobre las leyes de ejecución de tratados que reglamentan la condición del extranjero. Frente a casos análogos, la Corte Constitucional alemana también se comportó de la misma manera.

Tratados y normas constitucionales

Cfr. las sentencias de la Corte Constitucional italiana N° 20 del 10-3-1966 (sobre lo que figura en el Tratado de Paz, respecto de la renuncia a la posibilidad de hacer valer los créditos de los prisioneros de guerra italianos con las potencias aliadas y asociadas); N° 109 del 26-5-1971 (sobre el acuerdo ítalo-libio de 1957, relativo a las pensiones de los trabajadores italianos en Libia); N° 54 del 21-6-1979 (sobre el Tratado de Extradición entre Italia y Francia de 1870). En este último caso, la Corte se pronunció por la anulación, por considerar constitucionalmente ilegítima la orden de ejecución del tratado, en la parte en que permitía la extradición para los delitos sancionados con pena de muerte. En efecto, es posible que esta disposición del Tratado de 1870 se hubiera extinguido a nivel internacional por efecto del principio *rebus sic stantibus* (v. p. 176 y ss.), dado que se había incluido en el Tratado de Extradición en el supuesto de que *ambas* partes considerasen admisible la pena capital. Cfr. además la sentencia N° 132 del 6-5-1985, que declaró constitucionalmente ilegítima la norma de ejecución del art. 2, párr. 1, de la Convención de Varsovia de 1929 sobre Transporte Aéreo Internacional, por establecer la responsabilidad limitada del vector; y la Sent. N° 128 del 15-4-1987, que declaró ilegal la Ley N° 632 del 9-10-1974, "en la parte en que, ratificando *(mejor dicho, ejecutando)*" el Tratado de Extradición entre Italia y EE.UU., celebrado en Roma el 18-1-1973, permitía la extradición de cualquier imputado mayor de catorce años y menor de dieciocho, aun en los casos en que el ordenamiento de la Parte solicitante no lo considerara menor.

Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional alemana, v. Cannizzaro, ob. cit., p. 71 y ss.

[Como ya fuera expresado, en el ordenamiento argentino, los tratados son considerados al igual que la Constitución y las leyes de la Nación, como

ley suprema de la Nación frente a las constituciones y leyes provinciales (artículo 31 C.N.).

Por su parte, el artículo 27 de la C.N. subordina la celebración de tratados por parte del gobierno federal a su conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución. Por lo tanto, en la correlación de estos textos constitucionales, los tribunales nacionales han fundado la supremacía de la Constitución por sobre los tratados.

En el caso Fibraca, la Corte Suprema le asigna primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, "...una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales..." (v. asimismo, Corte Suprema, caso Alfonso Chantrain, Fallos 208:834; caso Merk Química Argentina S.A., Fallos: 211:162). Esta relación ha sido mantenida por la reforma de 1994. La supremacía de los tratados por sobre las leyes no afecta la subordinación de aquellos a la Constitución. En cuanto a los tratados de Derechos Humanos a los que se les asigna jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75, inc. 22).]

* * *

Adaptación a los actos de las organizaciones internacionales

¿La adaptación del derecho interno a un tratado implica también su adaptación a las eventuales fuentes que se deriven de él? Específicamente, la orden de ejecución de un tratado constitutivo de una organización internacional, ¿implica la adaptación del derecho interno a las decisiones de la organización que sean vinculantes para el Estado italiano (por ejemplo, a las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU según el art. 41 de la Carta, a las decisiones de los organismos especializados, como la OACI, la OMS, la ITU, etc.: v. p. 197 y ss.)? O bien, ¿hace falta un acto interno específico (ordinario o especial) para adaptar el derecho interno italiano a cada una de estas decisiones?

En principio, puede darse que el tratado *prevea expresamente* la directa aplicabilidad de las decisiones de los órganos en los Estados miembros. Al menos en lo que respecta a las organizaciones internacionales de las cuales es miembro Italia, esta situación sólo se da respecto de los reglamentos de las Comunidades Europeas. Sin embargo, no puede ponerse en duda que en estos casos se verifica una incorporación automática de las normas emanadas de los órganos internacionales al derecho interno.

En cambio, cuando el tratado constitutivo de la organización no dispone nada en la materia, como sucede por lo general, hay que resolver el problema solamente a la luz del ordenamiento interno. En nuestra opinión, se equivocan aquellos autores que, incluso en estos casos, tratan de resolver el problema a la luz del tratado constitutivo de la organización; o bien que, justamente en razón de la falta de una previsión sobre la directa aplicabilidad de las normas de la organización, o tal vez en razón de que existan en el tratado referencias a la obligatoriedad de las decisiones para los *Estados* miembros (no dentro de los Estados miembros), o a la obligatoriedad *tout court*, deducen que los actos de la organización requieren específicos actos internos de adaptación. En realidad, todo lo que puede deducirse del tratado es la voluntad y la esperanza de que se respeten y ejecuten las decisiones vinculantes de los órganos. Es competencia del ordenamiento jurídico interno de cada Estado el modo como dispone que se proceda al cumplimiento y ejecución de la decisión.

Una vez establecido esto, debemos reconocer que la práctica italiana, al igual que la de la mayoría de los otros países, tiende a adoptar una orden de ejecución para cada una de las decisiones de los organismos internacionales que sean vinculantes para Italia. Estas órdenes de ejecución, que generalmente se emiten en forma ordinaria, es decir, mediante la reformulación de las normas internacionales, a veces consisten en una Ley (por ejemplo, la Ley N° 1188 del 19-11-1968 por la cual se ejecutaron las medidas contra Rodesia del Sur decretadas por el Consejo de Seguridad: v. p. 195; la Ley N° 298 del 19-10-1990, relativa a las medidas decretadas por el Consejo de Seguridad contra Irak: v. p. 196), pero más frecuentemente, en decretos legislativos o reglamentos administrativos, cuando se trata de decisiones reiteradas (cfr. por ejemplo, la Ley N° 213 del 13-5-1983, que le delega al Gobierno la ejecución de los anexos a la Convención constitutiva de la OACI y el D.P.R. N° 461 del 4-7-1985 que, a su vez, delega esta ejecución en el Ministro de Transportes).

Sin embargo, no nos parece que este tipo de prácticas sean decisivas para concluir (como se hace por lo general) que, hasta que se promulgan los actos específicos de adaptación, las decisiones de los órganos internacionales no tienen valor alguno para el ordenamiento jurídico italiano. En cambio, nos parece que la orden de ejecución del tratado constitutivo de una determinada organización, por abarcar también esa parte del tratado que prevea la competencia de la organización para emanar decisiones vinculantes, ya les atribuye plena fuerza jurídica interna a las mencionadas decisiones. La promulgación de cada uno de los actos de adaptación en la forma ordinaria sirve, por una parte, para darle mayor certeza y, por otra, para integrar el contenido no siempre autosuficiente (no siempre *self-executing*) de la decisión internacional. Ahora bien, en lo que respecta a la fuerza formal de las decisiones, dicha promulgación es superflua. Por otra parte, como ya se vio, son numerosos los ejemplos de normas internacionales en vigor en Italia en virtud de procedimientos *especiales* de adaptación y que, aun así, son objeto de sucesivos procedimientos *ordinarios*: pensemos en las normas de derecho consuetudinario sobre el mar territorial, vigentes en Italia en virtud del art. 10, 1° punto, de la Constitución y en su reformulación en el Código de Navegación (v. p. 332 y ss.). Pensemos también en la práctica, durante mucho tiempo frecuente en Italia, que consiste en reformular en actos legislativos internos específicos los mismos reglamentos comunitarios que aun por expresa disposición del Tratado CE, tienen "directa aplicabilidad" en el país.

Por lo tanto, debe considerarse que la decisión internacional es aplicable aun *antes y con independencia* del acto específico de ejecución, y siempre dentro de los límites en los que se completa la norma contenida en la decisión. Por ejemplo, nos parece que en Italia era aplicable la medida del cierre de fronteras para los *residentes* de Rodesia del Sur, prevista por la varias veces citada, y ya derogada, decisión del Consejo de Seguridad de 1968 (v. p. 195), no obstante que, al reformular dicha decisión, la Ley N° 1188, también derogada, del 19-11-1968, hubiese omitido mencionarla. Un problema diferente es determinar si en el caso de los residentes *italianos* en Rodesia, esta decisión del Consejo no contrariaba el art. 16, 2° punto, de la Constitución: este problema atañe al control de constitucionalidad sobre las decisiones de los órganos internacionales y que, como el del control de constitucionalidad sobre los tratados, debe responderse afirmativamente.

Igualmente debían considerarse aplicables las normas *self-executing* de la decisión del Consejo de Seguridad de 1977, relativas a la prohibición de exportar armas a Sudáfrica (v. p. 196). Sobre la actuación de la resolución en Italia, o mejor dicho, sobre la falta de actuación, v. Gaja, en RDI, 1987, n. 125 y ss.

La tesis que sostenemos aquí no es criticable desde el punto de vista constitucional. En cambio, no son aceptables al respecto ciertas posiciones rígidas de una parte de la doctrina según la cual una ley ordinaria, como la de ejecución del tratado constitutivo de una organización internacional, no podría legítimamente ordenar *pro futuro* que en Italia se cumplan los actos que emanen ulteriormente de dicha organización: de ser así, la orden de ejecución instituiría un procedimiento legislativo diferente de los previstos por la Constitución (Ley del Parlamento, Decreto-Ley, Decreto Legislativo). Esta doctrina no tiene en cuenta que de este modo condena a todas las normas legales ordinarias que reenvían a ordenamientos jurídicos extranjeros o extraños, como por ejemplo, las normas de derecho internacional privado que figuran en las disposiciones preliminares del Código Civil y que determinan la aplicación, dentro de ciertos límites, de las disposiciones legales de Estados extranjeros; las normas sobre reconocimiento de sentencias extranjeras (art. 796 y ss. del Cód. Proc. Civ. italiano [y art. 517 y ss. del Cod. Proc. Civ. argentino]); las normas sobre reconocimiento de actos administrativos extranjeros y así sucesivamente. Nos parece que no tiene sentido atribuirle a la Constitución una voluntad de cerrar herméticamente el ordenamiento jurídico italiano hacia el exterior. Por otra parte, en lo que respecta a las organizaciones internacionales, también se puede recurrir (como hace la Corte Constitucional en el caso de la legislación comunitaria) al art. 11 de la Constitución, según el cual "Italia... consiente... aquellas limitaciones de su soberanía que sean necesarias para alcanzar un ordenamiento que garantice la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y favorece las organizaciones internacionales dedicadas a este fin"; se puede sostener entonces

que dicho consentimiento a las "limitaciones de soberanía" justifica que el legislador introduzca en el sistema jurídico italiano fuentes normativas emanadas de organizaciones internacionales.

[La Constitución argentina no contiene una norma similar al artículo 11 de la Constitución italiana. Sin embargo, se ha argumentado que las decisiones del Consejo de Seguridad referentes al mantenimiento de la paz no necesitan de acto interno del gobierno para que produzcan efectos, salvo por supuesto de aquellos actos necesarios para implementar las obligaciones emanadas de las Resoluciones del Consejo.

Se ha sostenido que existiría una suerte de delegación anticipada de los Estados, a favor de los órganos de la Organización, implícita en el estatuto constitutivo de ésta. Este es uno de los argumentos centrales que esgrimió el Poder Ejecutivo argentino para fundamentar jurídicamente el envío de tropas al Golfo Pérsico en relación al conflicto en Kuwait. Sin embargo, por Ley N° 23.904 del 24-1-1991, el Congreso de la Nación autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a disponer medidas para que, de conformidad con la solicitud del Consejo de Seguridad de la ONU, contenida en el para. 3 de la Resolución 678 (1990), la Fuerza argentina en el Golfo Pérsico preste apoyo apropiado a las acciones que pudieran emprenderse (conf. para. 2 de la Res.) exceptuando acciones bélicas directas.

Respecto a otras Resoluciones del Consejo de Seguridad en las que se sanciona a la República de Irak y que no involucran el uso de la fuerza, el Poder Ejecutivo las aprobó e hizo operativos por Decretos (cf. Decreto 2069 del 2-10-1990, Res. C. S. 670 y Decreto 1560 del 13-8-1990 Res. C. S. 661). Por otra parte, las Resoluciones del Consejo de Seguridad autorizaron, pero no obligaron, a los Estados miembros de la Organización, al envío de tropas en ayuda de Kuwait. Por lo tanto, el empleo de la fuerza por parte de los Estados que actuaron de conformidad con estas Resoluciones del Consejo encuadraría dentro del contexto de la legítima defensa regulada por el artículo 51 de la Carta de la ONU.]

Finalmente, tampoco es inútil señalar que tanto los tratados como las normas emanadas de las organizaciones internacionales no pueden sustraerse al control de constitucionalidad. Obviamente, a condición de ejercer ese control a la luz de las normas *materiales* de la Constitución y no de las normas que atañen a la organización del poder legislativo, ya que en este caso se caería en la tesis a la cual hasta ahora nos hemos opuesto.

Cuarta parte

La violación de las normas internacionales y sus consecuencias

XL. El acto ilícito internacional y sus elementos constitutivos

A) El elemento subjetivo

Puede suceder que por medio de las normas de adaptación de las cuales hemos hablado en los capítulos precedentes, el derecho interno no logre evitar que el Estado incurra en una violación del derecho internacional o, como también se dice, en un acto ilícito internacional. En este punto, se plantea el problema de la responsabilidad internacional de los Estados, que consiste en preguntarse primero cuándo nos encontramos exactamente en presencia de un ilícito internacional, o sea, cuáles son sus elementos constitutivos; luego, cuáles son sus consecuencias y, en especial, de qué medios dispone la comunidad internacional para reaccionar contra él. Es ésta la fase patológica de las relaciones entre los Estados y está de más insistir en que es precisamente de esta fase —por los motivos que hemos indicado en repetidas oportunidades y que aparecerán como más claros más adelante— que se nutre el escepticismo, tan difundido como justificado, respecto de la capacidad del derecho internacional para imponerse a cada Estado por su propio imperio.

La doctrina ha dedicado profundas investigaciones al tema de la responsabilidad de los Estados desde principios de este siglo. Debemos recordar, entre numerosas contribuciones, las investigaciones magistrales de Anzilotti, Kelsen y Ago, que representaron cambios decisivos en la sistematización de este tema. Además, ya en la época de la Sociedad de las Naciones se realizaron varios intentos de codificación, tanto a través de instituciones científicas (Institut de droit

international, Harvard Law School) como en el seno de la misma Sociedad, los que, por lo demás, no dejaron huellas importantes. En el ya lejano 1953, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (v. p. 71 y ss.) emprendió el estudio del tema, pero aún no ha surgido un proyecto completo de codificación, lo que prueba tanto la complejidad de la cuestión, como también sus implicaciones políticas. En 1980, en primera lectura, la Comisión aprobó sólo la primera parte de un Proyecto de artículos sobre Responsabilidad (cfr. YILC, 1980, II, 2, p. 30 y ss.), que se limita a tratar el origen de la responsabilidad (o sea, los elementos del acto ilícito internacional) y que, en sus 35 artículos, reproduce prácticamente sin alteraciones la parte sustancial de una serie de informes preparados por el relator especial Ago. Actualmente, la Comisión se está ocupando de la segunda parte del Proyecto, que corresponde al "contenido, forma y grados de responsabilidad", o sea, a las consecuencias del ilícito: el relator especial Riphaghen primero, y luego el actual relator especial Arangio-Ruiz, le han sometido a la Comisión distintos informes sobre este tema.

Una característica fundamental de las distintas partes del Proyecto de artículos es que considera que los principios sobre responsabilidad son válidos, en general, para toda violación de cualquier norma internacional. En cambio, todos los intentos de codificación precedentes, e incluso buena parte de las investigaciones de la doctrina, se habían limitado a examinar la responsabilidad del Estado en el marco de las normas sobre el tratamiento de los extranjeros (v. p. 269 y ss.). Esa limitación se debía a motivos esencialmente prácticos. En efecto, sólo existía y existe una práctica (sobre todo, arbitral) abundante y homogénea en el tema de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los extranjeros dentro de su territorio, práctica que se modela principalmente sobre los principios de derecho interno en materia de responsabilidad civil, en especial sobre el principio de la responsabilidad extracontractual, según el cual aquel que ocasione a otros un daño injusto debe repararlo. En cambio, cuando se trata de construir un régimen de responsabilidad para todas las posibles violaciones del derecho internacional, aparecen dificultades bastante serias, tanto porque la práctica se hace sumamente fragmentaria e incierta, como porque en el caso de muchas y muy graves violaciones, tiene poco o ningún sentido hablar de una obligación de reparación, o incluso porque se hace todavía más evidente la escasez de los medios disponibles para garantizar la puesta en práctica de las normas internacionales. Es necesario reconocer que hasta ahora la Comisión de Derecho Internacional ha realizado un esfuerzo notable por superar estas dificultades y tender a la unificación (según las líneas generales que marcó Ago). Por otra parte, no debe olvidarse que la Comisión no sólo tiene entre sus tareas la codificación, sino también el desarrollo progresivo del derecho internacional (v. p. 75) y, por lo tanto, ciertas inclinaciones suyas que, como veremos, podrían parecer temerarias en razón de la realidad de las relaciones entre los Estados, se justifican desde este segundo punto de vista. En las páginas siguientes nos ocuparemos con detenimiento de los trabajos de la Comisión, aún inconclusos.

* * *

Comencemos por el origen de la responsabilidad (elementos del hecho ilícito internacional), sobre cuyas líneas generales puede decirse que ya existe amplio consenso y que recibió una sistematización definitiva en la citada Primera Parte del Proyecto de artículos.

Lo que diremos sobre el origen de la responsabilidad de los Estados vale también, *mutatis mutandis*, para los otros sujetos de derecho internacional, en particular para las organizaciones internacionales.

Elemento subjetivo del ilícito: comportamiento de uno o más órganos estatales

Dada la coincidencia entre el Estado como sujeto de derecho internacional y el Estado-organización (v. p. 24 y ss.), es obvio que el acto ilícito consiste, ante todo, en un comportamiento de uno o más órganos estatales. Sólo los órganos estatales con los cuales se identifica el Estado son autores posibles de violaciones al derecho internacional. La Primera Parte del Proyecto, luego de indicar en su art. 3 que los elementos del acto ilícito son: a) un comportamiento (acción u omisión) atribuible al Estado y b) la ilicitud de ese comportamiento, especifica en el art. 5 que el primer elemento (elemento subjetivo)

consiste en el "... comportamiento de cualquier órgano del Estado que tenga ese carácter en virtud del derecho interno de dicho Estado...". Este hecho de que el autor del ilícito sea necesariamente un órgano del Estado asume gran importancia (y presenta algunos problemas a los cuales nos referiremos enseguida) cuando se trata de ilícitos por acción; claro que para el caso de los ilícitos por omisión —que es, quizá, la categoría más numerosa de ilícitos (pensemos, por ejemplo, en la falta de adaptación del derecho interno a las directivas comunitarias)— desde el punto de vista del derecho internacional no tiene ninguna importancia individualizar el órgano que habría debido activarse y no lo ha hecho, y sus competencias.

Nociones de órgano estatal

Incluso en este tema de los ilícitos, como ya hemos visto en otros campos, la organización del Estado debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo a todos los que participan del ejercicio del poder de gobierno en el ámbito de una comunidad estatal. En consecuencia, la referencia al "derecho interno" contenida en el art. 5 debe entenderse con cierta reserva: como tuvimos oportunidad de especificar cuando hablamos de la personalidad internacional del Estado, es necesario que la acción del órgano estatal encuentre su fundamento en el ordenamiento jurídico estatal o en un ordenamiento derivado de él (v. p. 25). Por lo tanto, al Estado no sólo se le atribuirán las acciones ilícitas cometidas por los órganos del poder —legislativo, judicial o administrativo— central (v. art. 6 de la Primera Parte del Proyecto), sino también las cometidas por los órganos de los entes públicos territoriales o de otras personas a las cuales se atribuye potestad de gobierno (v. art. 7), y las violaciones perpetradas por los privados cuando hayan asumido, de hecho, funciones públicas (v. art. 8, letra b), siempre que, como es nuestra opinión y en consonancia con lo que hemos dicho más arriba, dicho ejercicio del poder de gobierno esté permitido o ratificado de hecho por el derecho interno.

El comentario del art. 8, letra b (en YILC, 1974, II, 1, p. 285), señala como un ejemplo de ejercicio de hecho del poder de gobierno a las administraciones que, por períodos breves, se constituyeron en los territorios invadidos durante la Segunda Guerra Mundial, antes o durante el momento de la liberación (pensemos en los Gobiernos CLN en Italia del Norte).

En su inciso a, el art. 8 prevé también que se puedan atribuir al Estado acciones ilícitas cometidas por individuos a pedido de órganos estatales o con la explícita aprobación de éstos. En el comentario (*idem*, p. 284 y ss.) se da el ejemplo de la captura de personas en territorio extranjero, como la del criminal nazi Eichmann, llevada a cabo en territorio argentino por los agentes del Gobierno israelí (v. p. 262), o la captura del coronel Argoud, acusado de haber atentado contra la seguridad del Estado, que se efectuó en territorio alemán por parte de agentes franceses. También se puede encuadrar en la hipótesis prevista en el art. 8, letra a, el ejemplo de los diplomáticos estadounidenses, ilícitamente detenidos en la embajada americana en Teherán por los estudiantes islámicos en 1979, a partir del momento en que el Gobierno iraní aprobó oficialmente y decidió hacer propia la acción de los estudiantes (sobre este ejemplo, y en línea con la opinión que, una vez obtenida la aprobación oficial, la acción de los estudiantes se transformó en una verdadera acción del Estado iraní, cfr. la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 24-5-1980 en el caso del personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán, en CIJ, 1980, párr. 73-74, p. 34 y ss.).

Ilícitos derivados de actos legislativos

Si bien en abstracto, como surge del citado art. 5, es cierto que con sus acciones, *cualquier* órgano estatal puede comprometer la responsabilidad del Estado, en la práctica esta posibilidad se encuentra limitada a causa del contenido que generalmente tienen las normas internacionales. En su momento, hemos visto que el derecho internacional no tiene en cuenta la posibilidad abstracta de que los Estados le den órdenes a los individuos si no está acompañada de una posibilidad real y concreta de que dichas órdenes sean cumplidas (v. p. 257 y ss.). Si es así, resulta evidente que no es posible violar normas internacionales simplemente promulgando leyes u otras normas de alcance abstracto. Por otra parte, y basándonos en la práctica internacional relativa al tema de la responsabilidad, podemos ver que un conflicto internacional tiene siempre por objeto cuestiones concretas.

Puede suceder que una ley contenga una disposición concreta y que pueda ser ejecutada concretamente: en este caso, es evidente la posibilidad de

que la promulgación de dicha ley constituya un acto ilícito internacional. Por ejemplo, en el caso de la Salvador Commercial Company que fue decidido por un Tribunal Arbitral EE.UU.-El Salvador, fue considerada ilícita la revocación de una concesión ya acordada a una sociedad estadounidense realizada por El Salvador, y su ulterior transferencia a una sociedad nacional; tanto la revocación cuanto la transferencia se habían hecho efectivas por ley (cfr. RIAA, vol XV, p. 467 y ss.). Debe decirse lo mismo acerca de la *Anti Terrorism Act* del Congreso de Estados Unidos en 1987, promulgada para cerrar la oficina de la OLP en Nueva York (v. p. 259).

* * *

Ilícitos cometidos por el órgano fuera de los límites de su competencia

Seguramente exagerando la importancia de la cuestión, se ha discutido mucho si existe responsabilidad del Estado cuando uno de sus órganos cometió una acción internacionalmente ilícita valiéndose de su calidad de tal, pero actuando fuera de los límites de su competencia. No sólo la cuestión no tiene mayor importancia, porque se refiere únicamente a ilícitos por acción, sino porque, además, los casos en que se presentó el problema (que están descriptos ampliamente en el comentario al art. 10 de la Primera Parte del Proyecto, en YILC, 1975, II, p. 63 y ss.) y fuera de los cuales nos parece que dicho problema difícilmente se pueda plantear, son bastante específicos: básicamente, se trata de actos ilícitos de órganos de policía (asesinatos de extranjeros, detenciones en territorios de otros Estados, etc.), que violan el derecho interno del Estado al cual estos órganos pertenecen y que contravienen las órdenes recibidas. Según parte de la doctrina, e incluso según el citado art. 10 de la Primera Parte del Proyecto, este tipo de acciones serían atribuibles al Estado, a pesar de que el órgano estatal en cuestión se haya extralimitado en sus competencias; en cambio, según otros autores, la acción en sí misma sería atribuible al individuo o a los individuos que la han realizado, y el ilícito del Estado consistiría (como sucede en todos los casos relacionados con la llamada responsabilidad del Estado por actos de particulares, de los cuales nos ocuparemos en seguida) en no haber tomado las medidas adecuadas para prevenirla. En realidad, no es fácil establecer con seguridad cuál de las dos posiciones está más próxima a la

práctica internacional. Ante la duda, desde el punto de vista teórico, nos parece preferible la equiparación con el acto del privado.

* * *

La llamada "responsabilidad" del Estado por actos de los privados

Si el ilícito internacional es obra de órganos estatales, hay que excluir la posibilidad de que se le atribuya responsabilidad al Estado por actos de particulares que dañen a individuos, órganos o Estados extranjeros. En efecto, sólo llegaba a configurar exactamente en estos términos la responsabilidad del Estado la vieja teoría germana de la solidaridad de grupo, según la cual el grupo debía considerarse responsable por las acciones de sus miembros (y, por lo tanto, objeto legítimo de represalias por parte de la víctima). La teoría ya fue abandonada por Grocio, en favor de la doctrina de la *"patientia"* y del *"receptus"*, que limitaba la responsabilidad del Estado sólo a los casos de tolerancia o complicidad con las acciones realizadas por privados en su territorio. Hoy en día puede decirse que concuerdan la doctrina y la práctica —salvo alguna esporádica reaparición del principio de la solidaridad de grupo—, ya que se considera que el Estado es responsable sólo cuando no ha procedido a adoptar las medidas tendientes a prevenir la acción o a castigar al responsable y, por lo tanto, sólo debe responder por las acciones de sus propios órganos. En el mismo sentido se pronuncia el art. 11 de la Primera Parte del Proyecto. Por otra parte, podemos preguntarnos incluso qué sentido tiene establecer simplemente la responsabilidad del Estado por las acciones de los privados, dado que, de todos modos, el ilícito internacional debe ser una violación de una norma internacional y dado que las normas internacionales siempre están referidas a los órganos estatales: las normas internacionales en materia de daños a individuos y a órganos estatales extranjeros —que es sobre lo que siempre se planteó la cuestión— requieren que los órganos del Estado territorial adopten medidas *preventivas* o *punitivas* (v. p. 273 y p. 287). Como veremos en seguida, el problema es diferente en los casos (por lo demás, son sumamente raros y sólo aparecen en alguna convención internacional) en que el Estado aparece como responsable incluso aunque no haya cometido ilícito alguno; en especial, nos

referimos al caso de la responsabilidad por daños causados por objetos espaciales, en que el Estado es responsable incluso de los hechos que no son imputables a él (v. p. 473).

Caso *Tellini*

Como un ejemplo de reaparición del principio de la solidaridad de grupo, generalmente se menciona la actitud de Italia en el caso del asesinato del general Tellini, sucedido en Grecia en 1923. Tellini era miembro de una comisión encargada de delimitar la frontera entre Grecia y Albania. La Italia fascista, que sostenía la responsabilidad automática del Estado griego, no dudó en efectuar una represalia armada contra la isla de Corfú, como una forma de reaccionar contra este asesinato. Luego de algún tiempo, el Consejo de la Sociedad de las Naciones —ante el que se presentó el caso—, con la adhesión del mismo Gobierno italiano, terminó por aprobar la tesis de que sólo existe responsabilidad del Estado por crímenes políticos cometidos en su territorio cuando dicho Estado "no tomó todas las medidas adecuadas para buscar, arrestar y juzgar al criminal". Sobre este caso cfr. Quadri, p. 613 y ss.

Caso de los estudiantes islámicos

Como un ejemplo reciente de una acción dolosa de particulares respecto de extranjeros, puede recordarse la detención ilícita de los diplomáticos extranjeros en la embajada estadounidense en Teherán en 1979, por obra de los estudiantes islámicos: en el primer momento —precisamente, antes que el Gobierno iraní hiciera suya la acción de los estudiantes (v. p. 421)—, el ilícito cometido por dicho Gobierno fue no haber adoptado las medidas adecuadas para prevenir la acción dolosa (cfr. en este sentido la ya mencionada sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 24-5-1980 en el caso del Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán, en CIJ, Recueil, 1980, párr. 57-68).

XLI. Continuación

B) El elemento objetivo

La Primera Parte del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, que ya hemos mencionado varias veces, en los arts. 16 y ss. se

Elemento objetivo del ilícito: antijuridicidad del comportamiento del órgano estatal

ocupa del segundo elemento del acto ilícito, o sea, de la ilicitud (o, si se quiere, de la antijuridicidad) del comportamiento del órgano estatal. Se trata del elemento objetivo —la violación de la norma internacional— contrapuesto al elemento subjetivo del cual hemos hablado hasta ahora. El art. 16 define inequívocamente el elemento objetivo del acto ilícito al declarar: "estamos ante una violación de una obligación internacional por parte de determinado Estado cuando un acto de ese Estado no se conforma a lo que le impone dicha obligación".

Normas ulteriores realizan una serie de distinciones entre los actos ilícitos, de acuerdo con el *contenido* de las obligaciones que se han violado. Examinaremos más adelante la distinción entre crímenes y delitos internacionales (art. 19), que sólo es relevante en lo que se refiere a las consecuencias del ilícito (v. p. 455 y ss.). Las demás distinciones son las siguientes. En primer lugar, se puede distinguir las violaciones de obligaciones "de medios" (art. 20) de las violaciones de obligaciones "de resultado" (art. 21), entendiéndose por obligaciones de medio (de manera parcialmente diferente del significado que tiene esta distinción en el derecho privado: v. Combacau, *Obligations de résultat*, cit., p. 193 y ss.) las que consisten en un determinado comportamiento (por ejemplo, la obligación de los submarinos de navegar en superficie en el mar territorial de otros países: v. p. 337; o la obligación de no realizar acciones coercitivas en territorio extranjero: v. p. 262), y por obligaciones de resultado las que se derivan de normas finales, o sea, de normas que prescriben el resultado, y que dejan libertad en la elección de los medios adecuados para alcanzarlo (por ejemplo, las obligaciones derivadas de directivas comunitarias: v. p. 220). Como siempre ha señalado la doctrina o como se observa incluso en el comentario al art. 21 (cfr. YILC, 1977, II, 2, p. 20, N° 7), es obvio que la mayor parte de las normas internacionales son de carácter final y que sobre todo las normas consuetudinarias tienen ese carácter. Entre las normas finales se consideran además, como un apartado especial, las normas sobre el tratamiento de los extranjeros, para las cuales el art. 22 enuncia la norma del previo agotamiento de los recursos internos (v. p. 280), y las que imponen al Estado evitar que se produzcan determinados hechos (por ejemplo, las normas sobre protección de órganos estatales extranjeros: v. p. 288) y cuya violación, según el art. 23, se produce cuando "... con su comportamiento, el Estado no asegura tal resultado". Finalmente encon-

Violaciones de obligaciones de medios y de obligaciones de resultado

tramos la distinción entre ilícitos instantáneos (art. 24) e ilícitos de duración (art. 25).

Tempus commissi delicti

Todas las distinciones mencionadas son importantes para determinar exactamente el *tiempo* en que se comete el ilícito (*tempus commissi delicti*); a su vez, esta determinación es importante por diversos motivos, pero sobre todo en relación con la sucesión en el tiempo de las normas internacionales (sobre la cual volveremos enseguida) y con la interpretación de los tratados de arbitraje y de solución judicial (v. p. 497 y ss.), que generalmente declaran su inaplicabilidad a controversias surgidas en virtud de actos realizados antes de su entrada en vigor o antes de cierta fecha (la llamada fecha crítica).

Obviamente, la determinación del *tempus commissi delicti* no presenta problemas cuando se trata de ilícitos instantáneos. En el caso de los ilícitos de duración, el art. 25 prevé que se entienda que se ha cometido un ilícito durante todo el lapso que persiste la violación. En lo que respecta a la violación de normas finales, en el art. 26 aparece una norma *ad hoc* sobre el *tempus commissi delicti*, solamente con respecto a las obligaciones que consisten en impedir que se produzca un hecho determinado: según dicho art. 26, debe considerarse que se ha cometido ilícito a partir del momento en que se produce el hecho y durante todo el período que dura dicho acontecimiento. Con respecto a las normas sobre tratamiento de extranjeros, el momento inicial del ilícito se desprende implícitamente del art. 22, que se refiere a la norma del agotamiento previo de los recursos internos, la que es entendida como una norma sustancial y no procedimental y, por lo tanto, referida a la existencia misma del ilícito: claro que el ilícito sólo podrá considerarse iniciado a partir del momento en que se hayan agotado los medios de recurso interno. Finalmente, hay que recordar el párr. 2 del ya mencionado art. 21, del cual se desprende, siempre implícitamente, el momento inicial del ilícito en relación con todas las demás normas finales y en el que se establece que la violación de una obligación de resultado sólo se produce cuando el Estado haya creado una situación no conforme con el resultado y cuando dicho resultado no pueda lograrse ni siquiera a través de equivalentes. En definitiva, del art. 26, del art. 22 y del art. 21, párr. 2, se deduce que lo que cuenta en las obligaciones de resultado es el *carácter definitivo* o no, de la situación contraria a dicho resultado.

Aplicación al ilícito internacional del principio *tempus regit actum*

Decíamos que determinar el *tempus commissi delicti* tiene importancia, además, en relación con la sucesión de las normas internacionales en el tiempo. Esto es cierto porque en el derecho internacional vale el principio *tempus regit actum*, como sucede con el ilícito civil en el derecho interno: es decir, un acto es ilícito siempre y cuando exista una obligación en el momento

en que se comete dicho acto y cualesquiera sean las modificaciones sucesivas de la mencionada obligación. El art. 18 confirma este principio y prevé como única excepción la hipótesis —bastante teórica— de que una norma de *ius cogens* (v. p. 246) que aparezca ulteriormente haga obligatorio incluso un comportamiento considerado ilícito en el momento de su comisión.

* * *

Causas que excluyen la ilicitud

A este elemento objetivo del ilícito internacional se refieren las causas o circunstancias que excluyen la ilicitud, a las cuales se les dedican los arts. 29 y ss. de la Primera Parte del Proyecto.

Consentimiento del Estado damnificado

1. Un primer caso en el cual se excluye la ilicitud es el *consentimiento del Estado damnificado*. "El consentimiento válidamente manifestado por un Estado —dice el art. 29, párr. 1— a que otro Estado cometa un acto que viola una obligación de dicho Estado respecto de él, excluye el carácter ilícito de ese acto en las relaciones entre los dos Estados, siempre que el acto mencionado se mantenga en los límites de ese consentimiento". El párr. 2 excluye que pueda tener efecto el consentimiento del Estado damnificado cuando se está violando una norma de *ius cogens*.

La norma del párr. 1, inspirada en el principio *volenti non fit iniuria*, tiene su reflejo en la práctica internacional y, por lo tanto, es de naturaleza consuetudinaria: por ejemplo, pensemos en las autorizaciones de un Estado territorial para que órganos estatales extranjeros realicen actos coercitivos, como la captura de un criminal, la liberación de rehenes, etc., en su territorio. Una parte de la doctrina (incluso el comentario al art. 29: v. YILC, 1979, II, 2, p. 110, N° 3) considera que el consentimiento del Estado damnificado es un verdadero acuerdo entre el Estado autorizante y el Estado autorizado, con el fin de suspender una obligación preexistente sólo en relación con un caso específico. Si esto fuera así, habría que preguntarse qué sentido tiene hablar de "causa de exclusión de ilicitud", dado que la eficacia de la suspensión del consentimiento y sus limitaciones respecto del *ius cogens* podrían deducirse perfectamente de los principios que reglamentan los acuerdos y sus relaciones con las otras fuentes del derecho internacional (v. p. 245 y ss.). Es cierto que, aun si parece

que la causa de la exclusión de la ilicitud es la existencia de un acuerdo, en esencia siempre se trata de un acto unilateral, en especial de una autorización, del Estado que de otra manera se vería damnificado, autorización que desarrolla sus efectos en virtud de una norma *ad hoc* de derecho internacional general. Esto queda demostrado por el hecho de que en todos los casos en los que se discutió prácticamente la validez del consentimiento (son típicos los casos de intervenciones militares en territorio extranjero permitidas bajo violencia moral, o bien las de órganos que son incompetentes según el derecho interno), la discusión se centró siempre en la manifestación de la voluntad del Estado autorizante, ¡nunca en la del Estado autorizado! Por otra parte, el texto mismo del art. 29, párr. 1, termina por confirmar la naturaleza unilateral del consentimiento, al referir claramente a éste el requisito de la validez.

Consentimiento del Estado damnificado y *ius cogens*

Como ya se dijo, el párr. 2 del art. 29 sustrae a la operatividad del consentimiento del Estado damnificado las violaciones de las normas de *ius cogens*. En principio, esta norma es irrefutable, dada la absoluta inderogabilidad de las normas de *ius cogens*, aun configurándose el consentimiento como un acto unilateral. Por otra parte, las aplicaciones prácticas no son muchas, ya que los ejemplos que se pueden extraer de la práctica (y que figuran también en el comentario al art. 29, párr. 2: v. YILC, 1979, II, 2, p. 115, N° 22) se refieren fundamentalmente a las normas sobre agresión (v. p. 444) y a las normas sobre autodeterminación de los pueblos (v. p. 38). En ambos casos, un Gobierno extranjero que invade y se instala en un territorio se apoya generalmente en un Gobierno local "amigo" constituido antes o después de la invasión, y de éste obtiene el consentimiento (son tantas y tan conocidas las manifestaciones de esta práctica, desde la invasión de Hungría por la Unión Soviética en 1956, hasta la de Camboya por Vietnam en 1979 o de Grenada por Estados Unidos en 1983, que no es necesario citarlas todas). Ahora bien, resulta *prácticamente* inútil sostener en estos casos que el consentimiento está viciado, dado que quien debiera poner en evidencia dicho vicio frente al Gobierno extranjero es, precisamente, el Gobierno amigo y fantoche. Tampoco puede objetarse que, por tratarse de la violación de normas de *ius cogens*, de cualquier modo la violación subsiste

frente a todos los demás Estados de la comunidad internacional (con las consecuencias que discutiremos y profundizaremos al examinar el tema de la responsabilidad por *crímenes* internacionales: v. p. 363 y ss.) y que, por lo tanto, el consentimiento del Estado invadido es ineficaz, al menos con respecto a las relaciones entre invasor y terceros Estados. Esta ineficacia deriva de la norma reproducida en el párr. 1 del art. 29, según la cual el consentimiento excluye la ilicitud *sólo* en las relaciones entre Estado autorizante y Estado autorizado.

Autodefensa

2. Una de las más importantes causas de exclusión de ilicitud es la *autodefensa*, o sea, las acciones tendientes a reprimir el ilícito de otros y que, justamente por esta función, no pueden ser consideradas antijurídicas, aun cuando consistan en violaciones de normas internacionales. De la autodefensa se ocupan los arts. 30, sobre contramedidas (represalias) y 34, sobre legítima defensa, de la Primera Parte del Proyecto. Sobre este tema volveremos al tratar las consecuencias del ilícito (v. p. 444 y ss.).

Fuerza mayor y caso fortuito

3. El art. 31 incluye entre las causas de exclusión de ilicitud la *fuerza mayor* y el *caso fortuito*. Pero la cuestión debe más bien encuadrarse en el problema de la culpa como elemento del ilícito internacional, sobre el cual nos detendremos más adelante.

Estado de necesidad

4. Es objeto de controversia establecer si en el derecho internacional, como sucede en el derecho penal interno (cfr., por ejemplo, el art. 54 Cód. Pen. italiano [y artículo 34, inc. 3, del Código Penal argentino]), puede invocarse como causa de exclusión de ilicitud el *estado de necesidad*, es decir, haber cometido un acto ilícito para evitar un peligro grave, inminente y no voluntariamente causado. Aclaremos que nadie duda de que pueda invocarse la necesidad cuando esté en peligro la vida del *individuo-órgano* que ha cometido el ilícito o de los individuos confiados a él (el llamado *distress*), como en el ejemplo clásico de la nave que se refugia en un puerto extranjero sin previa autorización del Estado costero, para huir de una tempestad. Por lo tanto, nadie puede dudar de la perfecta conformidad al derecho consuetudinario del art. 32 de la Primera Par-

Distress

Estado de necesidad e intereses vitales del Estado

te del Proyecto, dedicado al *distress*. En cambio, aparecen incertidumbres respecto de la necesidad referida al *Estado* en su conjunto, es decir, el caso de las acciones ilícitas que se realicen para evitar que se comprometa el interés vital del Estado. Por otra parte, incluso en este caso la doctrina repudia unánimemente la antigua tesis de tipo jusnaturalista, aún en boga a fines del siglo pasado, que vinculaba la necesidad con un pretendido "derecho de conservación" del Estado y que, sobre esa base, terminaba por justificar no sólo cualquier tipo de abuso (es famoso el ejemplo de la licitud del rapto de las Sabinas: cfr. Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Neuchatel, 1773, t. I, Liv. II, Chap. IX, p. 311), sino, sobre todo, fenómenos tales como la conquista y la expansión territorial a expensas de otros Estados. En definitiva, la disputa —que alinea a la doctrina en dos campos opuestos— se refiere al punto si, además del *distress*, además del repudio de la tesis del derecho de conservación, y aun excluyendo, más en general, que la necesidad pueda invocarse para violar impunemente normas de *ius cogens*, en especial la norma que prohíbe el uso de la fuerza (v. p. 444), puede admitirse una esfera de operatividad, aun limitada, del estado de necesidad. El art. 33 de la Primera Parte del Proyecto se pronuncia en sentido favorable, esforzándose por expresarse de la manera más restrictiva posible y adoptando, además, una formulación negativa: "1. El estado de necesidad no puede ser invocado por un Estado —dice— como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho de ese Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional, a menos que (a) ese hecho haya sido el único medio para proteger un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente y (b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación. 2. En todo caso el estado de necesidad no puede invocarse... (a) si la obligación internacional a la cual no se conforma el hecho del Estado se deriva de una norma imperativa de derecho internacional general: o... (c) si el Estado en cuestión ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad". Queda por preguntarse, sin embargo, si las cosas son efectivamente así para el derecho internacional consuetudinario.

Compartimos la opinión absolutamente negativa acerca de que la necesidad configure, aun a escala reducida, un medio de protección de intereses vitales o esenciales del Estado. La práctica internacional es extremadamente incierta al respecto, y si bien es cierto que existen algunas sentencias arbitrales —sobre las cuales se funda la opinión positiva— que *en principio* no han excluido el recurso a la necesidad, también es cierto que, por una parte, estas sentencias se pronunciaron siempre por que dicho principio no era aplicable al caso en cuestión y que, por otra parte, *nunca aclararon en qué consiste la naturaleza vital o esencial de un interés del Estado*. En realidad, una vez eliminado del derecho internacional imperativo el uso de la fuerza en todas sus manifestaciones, incluso las llamadas intervenciones humanitarias o para proteger a los propios conciudadanos en el exterior (v. p. 445), los espacios para aplicar el principio de la necesidad se reducen a la nada. Tampoco debe confundirse el recurso —genérico— a la necesidad con la aplicación de normas particulares y específicas, consuetudinarias o convencionales, que se hallan vinculadas a la idea de necesidad: en especial, nos referimos a las normas del derecho internacional del mar que autorizan un ejericicio *funcional* excepcional del poder de gobierno, como por ejemplo, las normas sobre represión del contrabando de guerra en tiempo de paz (v. p. 357) o las normas sobre intervenciones en naves extranjeras en caso de peligro de catástrofe o de daños graves de naturaleza ecológica (v. p. 366).

Recomendaciones del órgano internacional

5. Respecto de las causas que excluyen la ilicitud, y no obstante que la Primera Parte del Proyecto no diga nada al respecto, debe recordarse el efecto de licitud de las *recomendaciones* de los organismos internacionales, de las cuales ya hemos hablado (v. p. 241).

Respeto de los principios constitucionales del Estado

6. Quizá no sea demasiado arriesgada la tesis según la cual no existe ilicitud cuando el cumplimiento de una norma internacional —siempre que no se trate de una norma de *ius cogens*— sea contrario a *principios fundamentales* de la Constitución del Estado. Vimos en su momento que la Corte Constitucional italiana anuló a veces las normas internas de ejecución de normas internacionales

convencionales contrarias a principios constitucionales (sobre extradición por delitos castigados en el exterior con la pena de muerte, o sobre limitación de la responsabilidad del vector) (v. p. 409), impidiendo que el resto de los órganos del Estado italiano pudieran cumplir dichas normas internacionales. Las Cortes Supremas de otros Estados también han adoptado, o se reservaron de adoptar, el mismo criterio. Queda por preguntarse —o por comenzar a preguntarse— si el derecho internacional no avala este tipo de criterios y no pretende ser aplicado a punto de que se quiebren los valores fundamentales (y sólo los valores fundamentales) de la Constitución estatal, al menos cuando son los órganos jurisdiccionales supremos del Estado los que determinan si se produce ese quiebre. Al respecto, es sintomático que no se hayan producido protestas de los Estados interesados en ocasión de los mencionados pronunciamientos de la Corte Constitucional italiana. [La Corte Suprema argentina en el caso Fibraca c/Com. Técnica Mixta de Salto Grande (sentencia del 7 de julio de 1993) sostuvo que la aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, "una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales".]

Es inútil decir que, en este caso, la tesis que subyace no sólo no se funda en las normas de la Primera Parte del Proyecto sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud, sino que además se enfrenta con una de las normas generales de dicho documento, más precisamente, con el art. 4, según el cual el derecho interno no puede tener influencia alguna sobre la ilicitud internacional. En lo que respecta a los tratados, choca también con el art. 27 de la Convención de Viena de 1969, que niega que pueda invocarse el derecho interno como justificación del incumplimiento de normas convencionales. Pero, ¿no es ésta una posición extremadamente rígida —aunque esté basada en una opinión antigua y difundida— que es necesario rever a la luz de una visión moderna y realista del derecho internacional que conjugue los valores internacionalistas con los internos?

XLII. Continuación

C) Los elementos controvertidos: la culpa y el daño

Además de los dos elementos considerados hasta aquí, es necesario preguntarse si se requieren otros elementos o condiciones para que se verifique un acto ilícito internacional.

A este respecto, se ha debatido durante mucho tiempo si hay o no necesidad de que subsista la culpa del órgano estatal autor de la violación.

Partamos de algunos conceptos de teoría general.

Responsabilidad por culpa

A grandes trazos, con referencia al problema de la culpa pueden distinguirse tres tipos de responsabilidad. Ante todo existe la responsabilidad *por culpa*, que se da cuando el autor del ilícito lo ha cometido intencionalmente (dolo) o al menos con negligencia, o sea, ha dejado de adoptar las medidas necesarias para impedir el hecho doloso (culpa en sentido estricto, graduada como culpa leve o culpa grave, según el grado de celo que requiriera la norma violada). Como se sabe, en el derecho privado éstas son las características típicas de la responsabilidad extracontractual o "aquiliana" de origen romano. Existe luego una responsabilidad a la cual puede darse el nombre de responsabilidad objetiva *relativa*, para la que la doctrina anglosajona usa generalmente el término de *"strict liability"* (y que, en el derecho civil italiano [y argentino], caracteriza a la responsabilidad contractual): ésta se produce por efecto de la simple comisión del ilícito pero, para sustraerse a la responsabilidad, el autor puede invocar una causa de justificación que consista en un hecho externo que le haya hecho imposible respetar la norma (fuerza mayor, imposibilidad de la prestación, *Act of God*, etc.). En la responsabilidad objetiva relativa no sólo la responsabilidad se ve agravada —y su agravamiento depende del número y de la naturaleza más o menos excepcional de las causas de justificación admitidas—, sino que existe también un desplazamiento de la obligación de la prueba de la víctima al autor del ilícito: no es el primero quien debe probar la existencia de la culpa,

Responsabilidad objetiva relativa

sino el segundo quien debe probar la existencia de la causa de justificación. Existe finalmente un tercer tipo de responsabilidad, también objetiva, que tanto en los sistemas continentales como en los del *common law* es llamada *absoluta* y que, además de emanar automáticamente del comportamiento contrario a una norma jurídica, no admite ninguna causa de justificación. En cuanto a este tipo de responsabilidad, prevista o supuesta en tema de daños por actividades peligrosas o socialmente dañinas, y a menudo vinculada a sistemas de seguro obligatorio (pensemos en el seguro obligatorio contra los daños por accidentes automovilísticos), la doctrina se pregunta si es oportuno seguir hablando de *responsabilidad* y no más bien de *garantía*. Es cierto además que, a medida que nos alejamos de la responsabilidad por culpa hacia la responsabilidad absoluta, la idea —basada en concepciones morales e individualistas— de que el autor del ilícito es responsable porque actuó de manera injusta cede el lugar a la idea —solidaria— de la necesidad de la protección de la víctima.

Responsabilidad objetiva absoluta

Volviendo al derecho internacional, sobre la base de Grocio y en honor a la tradición romana, durante mucho tiempo la responsabilidad del Estado (en relación con la violación de las normas sobre tratamiento de extranjeros y, más específicamente, con los daños causados por los nacionales a individuos, órganos y Estados extranjeros) se configuró como responsabilidad por culpa, considerándose indispensable para que surgiera la responsabilidad del Estado que su comportamiento, o mejor dicho, el del órgano estatal, fuera intencional o fruto de negligencia. Recién a principios de nuestro siglo Anzilotti dio un golpe importante a la tradición de Grocio, al sostener la naturaleza objetiva (según la terminología propuesta más arriba, objetiva relativa) de la responsabilidad internacional. Luego, la doctrina se dividió y se han sostenido las más diversas posiciones —culpistas, objetivistas y eclécticas—. ¿Cuál es entonces la situación?

Casos de responsabilidad internacional por culpa

En nuestra opinión, ante todo el régimen de responsabilidad puede estar previsto *específicamente* en el caso de la violación de una determinada norma o de un determinado grupo de normas. Es así, por ejemplo, que la violación del deber de protección de los extranjeros (v. p. 273) o de los órganos extranjeros (v. p. 287 y ss.) claramente da lugar a una responsabilidad por culpa, ya que esa violación consiste, justamente, en que el Estado, o mejor dicho, los órganos estatales no han tenido la debida diligencia en proteger a los extranjeros.

No nos parece aceptable el célebre argumento de Anzilotti para sostener que, aun en el ejemplo dado, la responsabilidad del Estado no dejaría de ser objetiva. Justamente porque la diligencia constituye el *contenido* mismo de la norma violada —dijo el insigne jurista—, justamente porque en este caso la culpa no es un elemento que se *agrega* a la violación, la responsabilidad es siempre objetiva. En cambio, nuestra opinión es: que la culpa, en todos los casos en que se requiere, no es sino un elemento del caso previsto por la norma material; que su naturaleza no desaparece ni aun cuando sea requerida por una norma general *ad hoc* y en relación con toda una materia; y que, por lo tanto, cuando se requiere culpa y no existe, no puede tampoco configurarse una *violación* de la norma. En definitiva, todo lo que se puede observar, partiendo de la tesis de Anzilotti, es que cuando el derecho internacional requiere que exista culpa y no la hay, no sólo no existe responsabilidad del Estado, sino que tampoco existe *ilicitud* en su conducta. Por esto se dice que si se requiere culpa, ésta es un elemento o una condición del ilícito.

Para dar otro ejemplo, aunque opuesto, de régimen específico de responsabilidad, precisamente de un régimen de responsabilidad *absoluta*, puede recordarse la Convención sobre la Responsabilidad Internacional por los Daños Causados por Objetos Espaciales del 29-3-1972, ratificada por alrededor de sesenta países (entre ellos Italia [y Argentina, que la ratificó el 17 de noviembre de 1986; ley de aprobación N° 23.335]), que entró en vigor el 30 de agosto de 1972. El art. II de la Convención establece, en efecto, que: "El Estado que lanzó el objeto espacial tiene la responsabilidad absoluta de la reparación de los daños causados por éste a la superficie de la tierra o a las aeronaves en vuelo". En cambio, en el art. III, esta misma Convención prevé que, por los daños causados a otros objetos espaciales, el régimen de responsabilidad es por culpa.

Casos de responsabilidad internacional absoluta

La responsabilidad prevista por el art. II de la Convención no sólo es absoluta sino que parece incluso una forma excepcional de responsabilidad por actos lícitos, dado que el Estado es llamado a responder aun por los hechos que no son imputables a él. Sobre el art. II y, más en general, sobre la responsabilidad de actividades lícitas, que una parte de la doctrina tiende a configurar para todas las actividades de alto riesgo (industria nuclear, industrias químicas, etc.) o productoras de contaminación, v. p. 472 y ss.

Regla residual: responsabilidad objetiva relativa

Además de los regímenes específicos basados en uno u otro tipo de responsabilidad, tanto consuetudinarios como convencionales, ¿qué puede decirse sobre el régimen *residual*, es decir, sobre el régimen válido para todos los otros casos? Consideramos que la regla general es favorable a la que hemos llamado responsabilidad objetiva relativa y que, por lo tanto, el Estado responde por cualquier violación del derecho internacional por parte de sus órganos siempre que no demuestre la imposibilidad *absoluta*, o sea, no provocada por él, de cumplir con la obligación. En efecto, buena parte de las violaciones del derecho internacional, aun cuando sean fruto de la acción o de la omisión de un solo órgano estatal, tienen sus raíces en los más variados niveles del ordenamiento estatal, ya que cada uno de los órganos del Estado se encuentra condicionado por todas las normas administrativas, legislativas y constitucionales de su propio ordenamiento jurídico, lo que hace imposible buscar un comportamiento negligente —e incluso un comportamiento doloso— en el ilícito, búsqueda que, para tener sentido, no podría dejar de involucrar a todos los órganos que pueden emitir estas normas. Además, en general los Estados que protestan contra la violación de normas internacionales, *sobre todo la violación de normas convencionales*, y que recurren a contramedidas (represalias) para detenerlas, no demuestran ninguna propensión particular a condicionar sus protestas y sus contramedidas a probar la existencia de negligencia o de intencionalidad. Es también significativo que, si examinamos la jurisprudencia de una Corte que tantas veces tuvo ocasión de ocuparse de violaciones de normas convencionales —nos referimos a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (v. p. 504)—, vemos que nunca se llevó a cabo una investigación sobre el dolo o la culpa de los órganos del Estado acusado.

El régimen residual aquí indicado vale para cualquier tipo de ilícito, ya sea que éste consista en el incumplimiento de una norma consuetudinaria, de una norma convencional o de una norma establecida en un acto de una organización internacional. En el derecho internacional es inaceptable la distinción del derecho interno entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, que aparece en los ordenamientos jurídicos de los países de derecho civil, y en particular, con respecto del diferente modo de reglamentar la culpa y la obligación de probarla. En este sentido cfr. el art. 17 de la Primera Parte del Proyecto y el comentario correspondiente en YILC, 1976, II, 2, p. 85, N° 19.

Finalmente, en cuanto al carácter relativo de la responsabilidad objetiva, en cuanto a que la ilicitud no subsiste si resulta imposible cumplir la norma, dicho carácter está respaldado por una abundante práctica internacional.

Sobre esta práctica v. el comentario al art. 31 de la Primera Parte del Proyecto, en YILC, 1979, II, 2, p. 124 y ss., N° 8 y ss.

Debe señalarse que la fuerza mayor y la imposibilidad de ejecución fueron a veces invocadas por los Estados miembros de la CE ante la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas para justificar el incumplimiento de normas comunitarias. La Corte rechazó siempre esta excepción, sin negar, sin embargo, en principio, que la imposibilidad excluya la ilicitud, pero sosteniendo que, en los casos que se le sometían, había sido el mismo Estado el que la provocara. La Corte negó, por ejemplo, que se pudiese considerar fuerza mayor el hecho de que el Poder Ejecutivo no hubiese podido obtener del Parlamento la aprobación de una ley conforme al Tratado de la CE (Sent. N° 77/69 del 5-5-1970, en *Raccolta*, 1970, p. 243), o el hecho de que el Parlamento estuviera en receso estival (sent. N° 8/70 del 18-11-1970, *idem*, p. 965 y 966 y ss.) o que hubiera sido disuelto anticipadamente (Sent. N° 91/79 del 18-3-1980, *ibid.*, 1980, p. 1105 y ss.).

El punto de vista sostenido aquí parece conforme a la opinión de la Comisión de Derecho Internacional, como surge de la Primera Parte del Proyecto. Decimos "parece", porque, extrañamente, el

Proyecto no dedica ningún artículo al problema de la culpa. Pero tal vez pueda deducirse del hecho de que la culpa no se mencione en el art. 5 como elemento o condición necesaria para que exista ilícito internacional, o que no esté reglamentada en ningún otro artículo, o del hecho de que el art. 31 considere la fuerza mayor o el caso fortuito (y la imposibilidad que se deriva de ellos, mientras no se deba al autor de la violación) como una causa de exclusión de ilicitud, que la Comisión considere que el régimen de responsabilidad objetiva relativa es el régimen general aplicable. Aun cuando la interpretación que estamos dando sea exacta, queda por preguntarse por qué la Comisión no ha hecho salvedad al menos de los regímenes específicos de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva absoluta, que indudablemente existen.

* * *

Daño

Otra cuestión controvertida es si el *daño*, tanto moral como material, constituye un elemento del ilícito y, por lo tanto, la lesión de un interés directo y concreto del Estado con respecto al cual se perpetró el ilícito. La Comisión de Derecho Internacional adoptó una posición negativa al respecto (v. el comentario al art. 3 de la Primera Parte del Proyecto en YILC, 1973, II, p. 183, Nº 12), en vista del hecho de que existen hoy en día normas de derecho internacional —las normas que obligan al Estado a proteger los derechos humanos de sus propios ciudadanos, la norma sobre prohibición del uso de la fuerza, sobre autodeterminación, etc.— cuyo incumplimiento por parte de uno de sus destinatarios es ciertamente considerado un ilícito respecto de todos los demás, aun cuando no se vea afectado un interés directo y concreto de terceros. Realmente, es posible compartir la posición de la Comisión. Sin embargo, es diferente el problema —que examinaremos al hablar de las *consecuencias* del ilícito (v. p. 439 y ss.)— de si la falta de lesión de un interés directo y concreto del Estado, aunque no incida sobre la ilicitud de la conducta, elimina la responsabilidad dentro de ciertos límites o, tal vez, da lugar a formas particulares y más atenuadas de responsabilidad.

XLIII. Las consecuencias del acto ilícito internacional

A) La autodefensa individual y colectiva

Una vez producida una violación del derecho internacional, el Estado que la ha cometido debe responder por ella. Pero, ¿en qué consiste su responsabilidad? O, lo que es lo mismo, ¿cuáles son las "consecuencias" de su ilícito? ¿De qué medios dispone la comunidad internacional para reaccionar contra el Estado agresor? ¿Quién puede recurrir a estos medios y en qué circunstancias? Ahora tenemos que dar respuesta a estos interrogantes.

Encuadramiento de las consecuencias del ilícito

Las consecuencias del acto ilícito internacional han sido objeto de una amplia especulación teórica que contribuyó de manera notable a organizar el tema. Es importante referirnos a ellas antes de seguir adelante.

La opinión más difundida hoy en día sostiene que las consecuencias del ilícito consisten en una nueva relación jurídica entre el Estado ofendido y el Estado agresor, que surge de una norma específica, la llamada norma *secundaria*, en contraposición a la norma *primaria*, o sea, a la norma que ha sido violada. Sin embargo, no hay acuerdo en lo referente a los contenidos que debe darse a dicha relación jurídica. Según Anzilotti —cuyas investigaciones de principios de siglo, a pesar de estar ligadas a ideas previas (Bonfils, *Manuel de droit international public*, París, 1894, Cap. V), sirven de base a esta opinión—, las consecuencias del acto ilícito consistirían únicamente en el derecho del Estado ofendido a pretender y en la obligación del Estado agresor a dar una adecuada *reparación* (aproximadamente, como en el caso de un ilícito civil en el derecho interno): dicha reparación representaría ya sea volver a la situación *quo ante* (*restitutio in integrum*), o el resarcimiento del daño, o bien, en el caso de daños inmateriales, la "satisfacción" (presentación oficial de excusas, homenaje a la bandera del Estado ofendido, etc.). En cambio, en lo que respecta a las consecuencias del acto ilícito, no tendrían importancia por sí mismos los medios coercitivos de autodefensa, que se considera más bien que corresponden al derecho del Estado de velar por su

propia conservación (de conformidad, por otra parte, con ideas que estuvieron vigentes ya en el siglo pasado).

El esquema de Anzilotti fue seguido por muchos autores a lo largo de este siglo, con diversos agregados y modificaciones. No se trata de agregados o modificaciones de gran importancia. En cambio, y siempre como desarrollo y perfeccionamiento de dicho esquema, resulta relevante la tendencia a incluir también en la norma secundaria y, por lo tanto, en las consecuencias jurídicas autónomas del ilícito, los medios de autodefensa y, en especial, las represalias (o "contramedidas"): del hecho ilícito se derivaría tanto el derecho del Estado ofendido de solicitar una reparación, como el derecho (o, mejor dicho, la facultad) de recurrir a contramedidas coercitivas (que no necesariamente implican el uso de la fuerza, que hoy está prohibido en la mayoría de los casos) que tengan como objetivo autónomo infligir una verdadera sanción al Estado agresor. Esta tendencia de la cual hablamos encontró un fuerte defensor en Ago (cfr. *Scritti*, cit., II, 1, p. 371 y ss.); en ella parecen inspirarse los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas actualmente en curso, que corresponden a la Segunda Parte del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados (v. p. 418).

Hasta el presente, la Comisión ha adoptado *provisionalmente* en 1986 solamente cinco artículos sobre las consecuencias del ilícito (para el texto v. *UN General Assembly, Official Records*, 45th sess., Suppl. N° 10, párr. 413); de ellos, tiene cierta importancia el art. 5, correspondiente a la definición de "Estado damnificado" y, por lo tanto, de Estado con derecho a actuar contra el Estado agresor. La Comisión recibió luego algunos informes del relator especial Arangio-Ruiz, dedicados principalmente a la obligación de ofrecer una reparación. Sobre la base de estos informes, el relator especial preparó los artículos 6 al 10 de la Segunda Parte del Proyecto (para el texto v. *UN General Assembly, Int. Law Comm.*, Doc. A/CN/416/Add. 1 (27-5-1988), párr. 132 y Doc. A/CN/425/Add. 1 (22-6-1989), párr. 189).

Del cuadro trazado hasta aquí se aparta una autorizada corriente de pensamiento encabezada por Kelsen, cuyas ideas sobre el ilícito internacional (consignadas en un célebre escrito de 1932) no siempre se citan con exactitud. Kelsen parte de una crítica de la posición anzilottiana que se centra en señalar la inutilidad de elaborar las consecuencias del ilícito en términos de derechos y obligaciones, en particular, de un derecho y una obligación a la reparación: este tipo de concepción conduciría en última instancia a un *regressus ad infinitum*, dado que la violación de la obligación de reparar, que a su vez constituye un acto ilícito, produciría otra obligación de reparar, y así sucesivamente. Según el autor, el ilícito tendría como *única* e *inmediata* consecuencia recurrir a las medidas de autodefensa (represalia y guerra), esta última aún no prohibida de manera absoluta en la época en que Kelsen escribió, como sí en cambio sucede hoy en día, mientras que la reparación sería solamente *eventual* y dependería en última instancia de la voluntad del Estado ofendido y del Estado agresor de evitar el uso de la coerción y de regularizar la cuestión de manera pacífica, mediante un acuerdo directo o a través del recurso al arbitraje (v. p. 493). Las medidas de autodefensa no serían objeto de una relación jurídica entre el Estado ofendido y el Estado agresor, ni serían encuadrables como derecho del primero a ejercerlas y como obligación del segundo de soportarlas. Estas medidas tendrían naturaleza de acción coercitiva (*Zwangsakt*), como tienen la pena y la ejecución forzada en el derecho interno. Pero, esta naturaleza común, además de constituir, como la pena y la ejecución forzada, una reacción contra el ilícito (no centralizada sino descentralizada, por estar librada al mismo sujeto ofendido), no serían asimilables exactamente ni a una ni a la otra.

No hay duda de que las ideas de Kelsen se deben, en gran medida, a su concepción fuertemente imperativa del derecho, que, como es sabido, lo lleva a considerar que el momento de la sanción es lo que caracteriza a todo ordenamiento jurídico. Sin embargo, *aun prescindiendo de esta concepción y teniendo en cuenta lo que sucede normalmente en la práctica cuando se produce una violación del derecho internacional* (cualquier violación del derecho internacional, no sólo las referidas al tratamiento de los extranjeros, que, como ya se dijo en diversas oportunidades, monopolizaron durante mucho tiempo el tema de la responsabilidad internacional), nos parece que la posición de Kelsen (que ni siquiera así puede compartirse hasta sus últimas consecuencias) contiene muchos más elementos de verdad

que las otras. También nos parece que, al menos en el caso de un ordenamiento jurídico tan primitivo como el derecho internacional, la idea de que el ilícito produce relaciones jurídicas en vez de desencadenar reacciones es una manera de representar la realidad en gran medida artificiosa. En nuestra opinión, la fase *patológica* del derecho internacional es escasamente una fase normativa y lo que la caracteriza, justamente, son las reacciones contra el ilícito, aunque sean imperfectas y estén confiadas al mismo sujeto damnificado. Pero, ¿a qué apuntan estas reacciones? Este punto de la investigación de Kelsen es poco claro y, sin embargo, nos parece de fundamental importancia para confirmar, justamente, la tesis que estamos sosteniendo. En la práctica, el objetivo característico de las reacciones, de las medidas de autodefensa, no es el de castigar (aunque no carezcan totalmente de este tipo de objetivo); *estas medidas tienden fundamentalmente a restablecer el orden jurídico violado, o sea, a hacer cesar el ilícito* (ya sea que se trate de un acto de agresión, o del cierre de una bahía, o del incumplimiento de una norma convencional, etc.) *y, si es posible, a borrar sus efectos*. Se puede decir también que el Estado agresor tiene la *obligación* de poner fin al ilícito y de borrar sus efectos y que, correlativamente, el Estado ofendido tiene el *derecho* de recurrir a la autodefensa para obligarlo a ello. Pero esto no significa que del hecho ilícito surja una *nueva* relación, basada sobre una norma *nueva*: la obligación de que hablamos no es otra cosa que la obligación prevista por la misma norma violada (por la norma primaria, para usar la terminología corriente) y el derecho de ejercer la autodefensa no es otra cosa que la sanción (en sentido amplio) que acompaña a dicha norma.

En cuanto a la obligación de reparar, sin duda es excesivo basarla completamente en un acuerdo —directo o arbitrado— entre los Estados interesados, como lo hace Kelsen. Mejor dicho, a la luz de la práctica, como veremos en seguida (v. p. 467 y ss.), esto sólo es cierto para aquellas formas de reparación que consisten en la llamada "satisfacción", o sea, en la presentación de excusas, en el homenaje presentado a los símbolos del Estado ofendido, etc. En cambio, en lo que respecta a la otra forma de reparación que tiene importancia práctica, es decir, al resarcimiento del daño, no nos parece que se

pueda negar que está prevista por una norma autónoma de derecho internacional *general*, y todo lo que puede concederse a la tesis de Kelsen es que, efectivamente, en la determinación de la entidad concreta del debido resarcimiento desempeñan un papel fundamental el acuerdo de las partes y la discrecionalidad del juez al que eventualmente puedan llamar las partes a decidir en su lugar (como sucede en el caso de la responsabilidad civil en el derecho interno). También debe decirse que la norma general sobre resarcimiento de daños (a su vez creada, como todas las otras, por la posibilidad de recurrir a la autodefensa) tiene una importancia secundaria en materia de consecuencias del ilícito, dado que en la responsabilidad internacional, y exceptuando una vez más la responsabilidad por tratamiento de extranjeros, pueden dejarse de lado los aspectos patrimoniales.

Establecidos estos lineamientos teóricos, queda también delineado el plan de nuestra exposición. Nos ocuparemos primero de la autodefensa en cuanto núcleo esencial del tema de las consecuencias del ilícito, y luego de las diferentes formas de reparación. En el marco del estudio de la autodefensa deberá examinarse también un tema que no resulta de lo dicho hasta ahora, pero que es muy actual: se trata de la posibilidad de que otros sujetos diferentes del Estado directamente damnificado, o sea, del Estado que concretamente ha sufrido un daño material o moral por la violación de una norma internacional, adopten medidas coercitivas con respecto al Estado agresor (la llamada "autodefensa colectiva") cuando se produzca una violación de obligaciones *erga omnes*, en particular, cuando se trate de un crimen internacional.

* * *

Autodefensa

La reacción normal contra el ilícito es, por lo tanto, la autodefensa, es decir, hacer justicia por propia mano. Esto, que en el derecho interno constituye un hecho excepcional, admitido sólo dentro de ciertos límites, en ciertos campos y en presencia de circunstancias excepcionales, es hoy en día la regla en el derecho internacional, donde no existe un sistema centralizado que garantice el cumplimiento de las normas. Ni siquiera las Naciones Unidas han logrado modificar

esta situación, como veremos. Por lo tanto, queda definitivamente confirmada la opinión que hemos expresado en tantas ocasiones acerca de la escasa eficiencia y credibilidad de los medios internacionales de implementar coercitivamente el derecho, y de la consecuente necesidad de prevenir el ilícito internacional con los instrumentos del propio ordenamiento jurídico interno del Estado que tendría interés en violar determinada norma internacional.

Prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza

Puede decirse que se ha logrado algo en el derecho internacional moderno: que la autodefensa no puede consistir en la amenaza o en el uso de la fuerza, prohibidos tanto por el art. 2, párr. 4, de la Carta de las Naciones Unidas como por el derecho internacional consuetudinario, como lo estableció definitivamente la Corte Internacional de Justicia en la Sentencia del 27-6-1986 sobre el diferendo entre Nicaragua y Estados Unidos en el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares contra Nicaragua* (CIJ, *Recueil*, 1986, p. 88 y ss., N° 187 y ss.). El principio que prohíbe recurrir a la fuerza tiene incluso carácter imperativo, como se vio en su oportunidad (v. p. 249). La única excepción a esta prohibición es la respuesta a un ataque armado (o agresión armada) ya iniciado: en efecto, el art. 51 de la Carta, que en la mencionada sentencia la Corte Internacional de Justicia consideró, con toda razón, que corresponde al derecho consuetudinario (cfr. CIJ, *Recueil*, 1986, p. 92 y ss., N° 193), reconoce "el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas...".

Respuesta a la agresión armada

Nociones de agresión armada

El "ataque armado" (según el texto inglés del art. 51) o la "agresión armada" (según el texto francés) se produce no sólo cuando atacan fuerzas regulares de un Estado, sino también cuando el Estado agresor actúa a través de bandas irregulares o de mercenarios contratados por él, con efectos equivalentes. En este sentido se pronuncia el art. 3, inc. g, de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 3314/XXIX del 14-2-1974 sobre Definición de la Agresión (v. p. 79). También se consideró que la norma contenida en este artículo corresponde al derecho internacional consuetudinario en la citada sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ, *Recueil*, p. 103 y ss., N° 195). La Corte (*ibidem*) afirmó que, en cambio, no constituye agresión armada la simple asistencia a fuerzas rebeldes que actúan en el territorio de un Estado, bajo forma de provisión de armas, de asistencia logística, etc. Esta asistencia implicaría solamente una posibilidad de que se viole la prohibición de injerir en los asuntos ajenos y, al mismo tiempo, una posibilidad de que se produzca una violación *minoris generis* de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, que como tales no justifican una respuesta armada (*ibid.*, p. 103 y ss., N° 195 y p. 107 y ss. N° 205).

La posibilidad de responder con la fuerza a un ataque armado está indicada como "legítima defensa" en los textos oficiales de la Carta de las Naciones Unidas; en la traducción (no oficial) italiana, a cargo de Perassi y Ago, se prefirió hablar de "autodefensa", refiriéndose así al género y no a la especie.

Intervenciones armadas con fines humanitarios

La prohibición del uso de la fuerza, repetimos, no tiene otras excepciones fuera del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Hay quien sostiene que son admisibles intervenciones armadas para proteger la vida de los propios ciudadanos en el exterior, como sucedió, por ejemplo, en los casos de la intervención anglo-francesa en Egipto en 1956, de la intervención de Bélgica en el Congo en 1960, del *raid* israelí en Entebbe en 1976, del *raid* egipcio en Larnaca en 1978, del intento de Estados Unidos de liberar a los rehenes norteamericanos detenidos en Teherán en 1980 (sobre estos y otros casos v. Ronzitti, *Rescuing Nationals*, cit., p. 26 y ss.). Existe incluso quien sostiene que se puede intervenir con la fuerza contra aquellos Estados que cometan violaciones graves de los derechos humanos con respecto a sus propios ciudadanos (las llamadas "intervenciones humanitarias") o contra un Estado que practique el contrabando de droga, como en el caso de la invasión de Panamá por Estados Unidos en 1989 y la consiguiente destitución del general Noriega. Es forzoso rechazar estas opiniones, ya que sólo un restringido grupo de Estados, específicamente algunos Estados occidentales, son partidarios de la licitud de estas intervenciones. También debe negarse que sean lícitos los ataques armados contra los Estados que fomentan el terrorismo: para justificar el bombardeo de Libia por Estados Unidos en 1986, se ha dicho que, según el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, el terrorismo es un "ataque armado" cuando asume proporciones significativas, como es el caso del terrorismo en Medio Oriente. Pero el argumento no es convincente y la posibilidad de encuadrar la acción

de Estados Unidos en la legítima defensa fue rechazada tanto por muchos Estados como por diversos estudiosos. Finalmente, deben condenarse, por estar circunscriptos a un número restringido de Estados, los intentos de legitimar el uso *preventivo* de la fuerza; además, esta legitimación quitaría contenido a la prohibición misma de recurrir a la fuerza, dado que es imposible determinar si el Estado contra el cual se actúa se prepara efectivamente a emprender un ataque.

La prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, que sin duda es "sentida" como imperativa en el ámbito de la comunidad internacional actual, debe enfrentarse desgraciadamente con la ineficiencia del sistema centralizado de seguridad colectiva previsto en el cap. VII de la Carta de las Naciones Unidas (v. p. 476 y ss.) y, por lo tanto, con el hecho de que también ella encuentra casi su única efectivización en la autodefensa. Se deriva de ello que, cuando se usa la fuerza en gran escala entre dos o más Estados, cuando se desencadena la violencia bélica, es difícil y además estéril seguir encuadrando los acontecimientos en términos rigurosamente jurídicos, ya que en ese momento se abre una fase de acciones y reacciones, de ataques y contraataques absolutamente incontrolables, que, por lo tanto, se encuentra enteramente dominada por las relaciones de fuerza, cualquiera sea el Estado que tiene razón o el equivocado. La guerra se ubica, en definitiva, más allá del bien y del mal jurídico, en cierto sentido. Sin embargo, hay que tener presente que existe todo un cuerpo de normas, tanto consuetudinarias como convencionales —por ejemplo, las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 sobre la guerra terrestre, las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus ulteriores Protocolos sobre las víctimas de la guerra (heridos, prisioneros de guerra y población civil), las normas consuetudinarias sobre salvaguarda del comercio de los Estados neutrales en la guerra en el mar, etc.— que constituyen el llamado derecho de guerra y que están destinadas a mitigar, hasta donde pueden, las asperezas de la lucha entre los beligerantes (a "humanizarla"), como así también a proteger a los países ajenos al conflicto. Se observa comúnmente que, desde este punto de vista, el derecho internacional muestra un rostro más humano que el derecho interno, que no disciplina en modo alguno, y menos humaniza, la guerra civil; esto explicaría por qué se considera que ha sido una conquista de los grupos insurrectos (v. p. 33 y ss.) y de los movimientos de liberación (v. p. 42) el que se aplique a su lucha el derecho internacional de guerra. [En este sentido se ha sostenido que el artículo 1,

Derecho de guerra

inc. 4, del Protocolo I (1977), a los Convenios de Ginebra de 1949, extiende el derecho de legítima defensa que tienen los Estados a los pueblos que luchan "contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación...".]

El hecho de que hoy en día exista un principio de carácter general que prohíbe el uso de la fuerza hace plausible y coherente, al menos desde el punto de vista jurídico, un estudio de las medidas de autodefensa con el fin de establecer qué formas de reacción le están *permitidas* al sujeto damnificado, y dentro de qué límites. No puede decirse lo mismo para el pasado, cuando se consideraba que la violencia bélica era siempre lícita desde el punto de vista del derecho internacional, ya que podía ejercerse tanto para proteger derechos como para afirmar simples intereses del Estado. Esta opinión —que es importante destacar que se aplicaba exactamente a la realidad de las relaciones internacionales— predominó sin oposición hasta la Primera Guerra Mundial; pero incluso en el período de entreguerras, y aun en presencia de convenciones que contenían una limitada condena de la guerra, como el Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Pacto Briand-Kellog de 1928, no dejó de mantenerse, al menos en lo referente al derecho consuetudinario y, por lo tanto, para los Estados no vinculados por obligaciones convencionales. Claro que, estando así las cosas, le faltaba en gran medida admisibilidad y coherencia al planteo de la autodefensa: ¿qué sentido tenía, en efecto, preguntarse qué podía o qué no podía hacer un Estado para reaccionar ante los ilícitos de otros, si luego ese mismo Estado tenía la posibilidad de recurrir en última instancia a la violencia bélica? Es cierto que había una gran desorientación en la organización de esta materia, dado que incluso en los escritos de autores del siglo pasado y de principios del actual, las represalias, las presiones y otras formas de autodefensa, tuvieran o no carácter violento, eran consideradas más bien medios extralegales o "vías de facto" para hacer justicia y que, a menudo, se remitía la autodefensa en su conjunto o alguna de sus formas (por ejemplo, la reacción contra la agresión o la amenaza de agresión) al llamado "derecho de conservación".

Naturaleza internacional de la fuerza

Por último, es necesario entendernos acerca de qué significa, exactamente, la prohibición del uso de la fuerza, en otras palabras, cuál es la "fuerza" a la cual no puede recurrirse ni siquiera como autodefensa, salvo en respuesta a un ataque armado. En nuestra opinión, se debe tener siempre bien presente que el derecho internacional prohíbe usar (o amenazar con) la llamada "fuerza internacional", que comprende cualquier acción de carácter militar contra un Estado (v. p. 256). En cambio, el derecho internacional no prohíbe —y no podría prohibirlo sin abolir el derecho de soberanía territorial— el uso de la fuerza interna, o sea, la que corresponde al normal ejercicio del poder de gobierno del Estado. Es más, una teoría moderna de las formas no violentas de autodefensa debe basarse, justamente, en el hecho de que todo Estado gobierna una comunidad de individuos, de la cual incluso los extranjeros forman parte y en la cual, hoy en día, se entrelazan numerosas relaciones que involucran intereses de Estados, de individuos y de sociedades extranjeras: precisamente en razón de haberse lesionado estos intereses, puede producirse una reacción de terceros frente a violaciones del derecho internacional, aun dentro de ciertos límites que veremos a continuación.

Dado que también una acción del Estado encuadrable en el uso de la fuerza interna —específicamente, una acción de policía— puede tener carácter violento, en ciertos casos límite se hace difícil distinguir entre fuerza internacional y fuerza interna. Por cierto que no se presenta ningún problema de clasificación si un policía dispara contra un delincuente, aunque sea un extranjero. Pero, ¿cómo hay que encuadrar las acciones violentas dirigidas contra *grupos* o *comunidades* extranjeras? Por ejemplo, ¿debe considerarse uso de la fuerza internacional o uso de la fuerza interna la detención de rehenes extranjeros perpetrada por (o con la connivencia de) un Estado local, como fue el caso del secuestro del personal de la embajada norteamericana en Teherán en 1979 (v. p. 175)? De la misma manera, ¿cómo hay que considerar la intercepción o la destrucción de un avión extranjero que sobrevuele un determinado territorio sin autorización del Estado local? ¿Y la captura de una nave privada extranjera en alta mar, cuando la situación no constituye uno de los casos permitidos por el derecho internacional consuetudinario o convencional? Aunque pueda parecer simplista, el único criterio utilizable parece el indicado por Ronzitti, es decir, el del *lugar* donde se produce la acción del Estado: el empleo de la fuerza por parte del Estado dentro de los límites de su territorio y de los otros espacios sujetos a su soberanía es siempre una acción de policía interna si no tiene por objeto elementos bélicos que se encuentren en su territorio por autorización suya (naves o aviones de guerra, fuerzas armadas extranjeras); al contrario, el empleo de la fuerza por parte del Estado contra comunidades o medios de otros Estados fuera de su territorio o de los espacios sometidos a su soberanía implica el uso de la fuerza internacional.

* * *

Contramedida

La especie más importante del género autodefensa es la represalia, o, como se dice hoy en día usando un término más apropiado, la contramedida.

Según el concepto más común, la represalia consiste en un comportamiento del Estado damnificado, que sería ilícito en sí mismo, pero que se hace lícito por ser reacción frente a un ilícito de terceros. En otras palabras, para reaccionar contra el Estado agresor, el Estado damnificado puede, a su vez, violar las obligaciones derivadas de normas consuetudinarias (por ejemplo, de las normas sobre el tratamiento de los extranjeros o de los Estados extranjeros), de normas convencionales o de normas contenidas en las decisiones de organismos internacionales, obviamente que sólo respecto de dicho Estado agresor. Incluso la regla *inadimplenti non est adimplendum* (cfr. el art. 60 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), en la parte que autoriza la suspensión temporal de la aplicación de un tratado respecto del Estado que lo haya violado y que, por lo tanto, se propone asegurar que cese dicha violación, debe considerarse una especificación de los principios sobre represalias; no así, en cambio, en la parte que atribuye al incumplimiento la posibilidad de poner fin al tratado, caso en el cual esta misma regla debe encuadrarse entre los principios relativos a las causas de extinción de los tratados (v. p. 172).

Tanto el derecho internacional general como especial prevén distintas limitaciones a la aplicación de represalias. Nos reservamos para tratar los límites del derecho internacional especial más adelante (v. p. 450 y ss.). Señalemos ahora que el límite más importante entre

Límite de la proporcionalidad

los de carácter general es la proporcionalidad entre la violación sufrida y la violación cometida en represalia: no se trata de que ambas violaciones deban corresponderse perfectamente, dado que normalmente se puede reaccionar contra el incumplimiento de una obligación (por ejemplo, en materia de tratamiento de extranjeros) con el quebrantamiento de una obligación totalmente diferente (por ejemplo, con la suspensión de un tratamiento comercial). Por ello se dice que, más que proporcionalidad, el derecho internacional requiere que no haya una desproporción excesiva entre las dos violaciones de normas internacionales. Claro que si existe desproporción, la contramedida se hace ilícita en la parte excedente; y es también evidente que, si se quiere estar seguro de que la reacción no sea desproporcionada, el camino más fácil es hacerla consistir en infringir la *misma* obligación violada por la otra parte.

Límite del respeto del derecho imperativo

Otro límite que se les asigna generalmente hoy en día a las represalias es la imposibilidad de recurrir a violaciones del derecho internacional imperativo (v. p. 246), incluso cuando se deba reaccionar contra este tipo de violaciones del derecho internacional. Como ya se vio, y como veremos mejor enseguida, esta regla encuentra una excepción en la posibilidad de usar la fuerza para repeler un ataque armado.

Límite del respeto de los derechos humanitarios

Dado que entre las normas de *ius cogens* existe también la que protege la dignidad humana (v. p. 250), entonces queda incluido dentro del derecho imperativo el límite del respeto de los principios humanitarios, que la doctrina vinculó siempre con las represalias que consisten en no cumplir las obligaciones del Estado respecto de los extranjeros. Por lo tanto, el derecho imperativo señala exactamente el ámbito dentro del cual se hace ilegítima la represalia: si los Estados pueden derogar normas internacionales mediante un acuerdo, no vemos por qué —a falta de una práctica cierta que se exprese en sentido contrario— no pueden derogar otras a título de represalia. Dejando a salvo el respeto por la dignidad humana y la prohibición de recurrir a la aplicación de tratos inhumanos y degradantes, no nos convence la tesis de quienes extienden la prohibición de aplicar represalias que consistan en violar *cualquiera* de las normas internacionales sobre derechos humanos o sobre inmunidad de los agentes diplomáticos, tanto consuetudinarias como convencionales. Quizá todo lo que pueda decirse es que, ya que estas normas protegen situaciones y valores totalmente especiales e importantes, el Estado sólo puede violarlas como reacción frente a otras violaciones exactamente correspondientes, es decir, cuando sus ciudadanos y sus agentes diplomáticos hayan sufrido la infracción de estas mismas normas; en definitiva, todo lo que puede decirse es que, fuera de estos casos, no existe el requisito de la proporcionalidad.

Límite de los medios de solución de las controversias

Se considera, finalmente, que no se puede recurrir a la represalia —por ser una medida unilateral— si antes no se agotaron todos los medios (conciliación, arbitraje, etc.) de llegar a una solución acordada de la controversia (v. p. 493 y ss.). En realidad, esta norma no es en absoluto rígida y nada puede impedir que un Estado que deba afrontar una situación de emergencia —por ejemplo, una violación grave del derecho internacional con respecto a sus ciudadanos, a sus naves o a sus órganos de gobierno— aplique las contramedidas necesarias.

Contra la tesis que se ha sostenido en este texto, respecto de la posibilidad de que pueda producirse un eventual incumplimiento de las normas sobre inmunidades diplomáticas a título de represalia, no puede invocarse la ya mencionada sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 24-5-1980 en el caso del *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*. La Corte rechaza el argumento de Irán, según el cual la larga y mortificante detención de los diplomáticos norteamericanos en la embajada norteamericana en Teherán y la consiguiente violación de las normas sobre inmunidad estarían justificadas por los "crímenes" perpetrados por Estados Unidos contra el pueblo iraní y por la continua injerencia de Estados Unidos en los asuntos internos iraníes. En realidad, la Corte (CIJ, *Recueil*, 1980, pp. 37-41, N° 80-89) se ocupa de la cuestión sólo bajo el perfil de la injerencia en los asuntos internos del Estado receptor *por parte de los agentes diplomáticos extranjeros* y se limita a observar que, según la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas (v. p. 72) y según el propio derecho consuetudinario, el *único* remedio contra este tipo de injerencia es la expulsión del agente diplomático o, a lo sumo, la ruptura de las relaciones diplomáticas. La sentencia no se refiere, por lo tanto, al caso en que un Estado suspende las inmu-

nidades diplomáticas para reaccionar contra una idéntica suspensión perpetrada contra él. Debe agregarse que en el caso examinado por la sentencia, no se trataba solamente de la suspensión de las inmunidades por parte del Estado iraní, sino de la aplicación de un trato inhumano y degradante a los diplomáticos norteamericanos.

Decíamos que el término *contramedida* —utilizado por la Comisión de Derecho Internacional sobre una propuesta de Ago (cfr. el art. 30 de la ya varias veces citada *Primera Parte del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados*)— debe considerarse más apropiado que el clásico término *represalia*. Es obvio que, aun cambiando las palabras, la sustancia no cambia y es la que hemos descripto hasta ahora. Pero nos parece que —no obstante que Ago insista en que el carácter de las contramedidas es causar un perjuicio (v. p. 440), así como una parte de la doctrina sostenía en el caso de las represalias— este nuevo término se recomienda, justamente, porque no subraya ese carácter, sino que indica cualquier infracción del derecho internacional que realice el Estado damnificado respecto del Estado agresor a fin de *restablecer* el orden jurídico violado. Como tuvimos ya ocasión de observar cuando tratamos las consecuencias del ilícito desde el punto de vista general (v. p. 441), en las reacciones contra el ilícito también puede existir un objetivo de causar un perjuicio, pero es totalmente secundario frente a su función restablecedora, tendiente a que cese el ilícito y se eliminen sus efectos.

Legítima defensa

Entre las contramedidas así entendidas, debe incluirse también el incumplimiento de la prohibición del uso de la fuerza en el único caso en que es admisible, es decir, en el caso (previsto por el art. 51 de la Carta de la ONU, llamado *legítima defensa* en la doctrina, en la práctica y en los mismos textos oficiales del art. 51) en que sea necesario rechazar un ataque armado (v. p. 444). Todos los elementos esenciales que hemos visto que caracterizan a las represalias se encuentran en esta reacción contra el más grave ilícito que un Estado pueda cometer; en especial, en este caso también se verifica el límite de la proporcionalidad entre ataque sufrido y contraataque, como también ha expresado la Corte Internacional de Justicia en la ya mencionada sentencia entre Nicaragua y Estados Unidos del

27-6-1986 (CIJ, *Recueil*, 1986, p. 103, N° 194). También es cierto que la mayor parte de la doctrina tiende a distinguir la legítima defensa de la represalia; pero la distinción se funda en argumentos (como el objetivo puramente defensivo de la legítima defensa, por contraposición al objetivo de causar perjuicio reparador de la represalia, o el hecho de que la legítima defensa no presuponga, como es obvio, el agotamiento previo de los medios de solución pacífica de controversias) que han sido superados por las consideraciones expuestas más arriba. En realidad, el mismo término "legítima defensa", aun estando incorporado en el uso común, es utilizado de manera impropia. La legítima defensa tiene esencialmente carácter preventivo y, por lo tanto, esta calificación de las acciones armadas tenía sentido cuando se quería subrayar que no sólo era legítimo rechazar los ataques en curso, sino también prevenir la agresión de los otros. Hoy en día se justifica poco usar este término, dada la prohibición del uso preventivo de la fuerza.

Para concluir, es inútil insistir en que el tema de las contramedidas, como el de la autodefensa en general, queda absorbido casi enteramente por las medidas de autodefensa *no violentas*, o sea, por las de carácter legislativo o administrativo que el Estado adopte en el ámbito de su propia comunidad y que consisten en violar normas internacionales como reacción a las violaciones de otros.

Contramedidas no violentas

* * *

Retorsión

Debe considerarse también una especie del género autodefensa la *retorsión*, que se distingue de la represalia porque no consiste en un quebrantamiento de normas internacionales, sino solamente en un comportamiento inamistoso, como el debilitamiento o la ruptura de las relaciones diplomáticas (no existe ninguna obligación internacional de mantener estas relaciones), o bien el debilitamiento o la ruptura de la colaboración económica y comercial (obviamente, cuando no haya tratados que la impongan). Se dice que la retorsión no es una forma de autodefensa, dado que un Estado puede siempre mantener un comportamiento inamistoso hacia otro Estado, aun sin haber sufrido un ilícito. Esta opinión no nos parece convincente, por-

que en el ordenamiento internacional, que carece de un sistema centralizado que garantice el cumplimiento del derecho, no siempre los medios de presión que los Estados pueden utilizar para suplir esta falta son del todo sutiles, aunque sean lícitos. Como se deduce claramente de la práctica, es cierto que las retorsiones, y más generalmente hablando, los comportamientos inamistosos, son puestos en práctica para reaccionar indiferentemente tanto frente a acciones de importancia puramente política, como frente a violaciones del derecho internacional, o a unas y otras simultáneamente. En definitiva, es difícil separar las motivaciones políticas de las jurídicas de una retorsión, pero por esto no se puede renunciar a considerarla una forma de autodefensa cuando se han verificado las mencionadas violaciones del derecho internacional.

Otro argumento para incluir a la retorsión en la categoría de la autodefensa reside en la práctica en materia de sanciones económicas (interrupción parcial o total de las relaciones comerciales, interrupción de un programa de ayuda para el desarrollo, etc.), a las cuales se recurre cada vez más frecuentemente para detener infracciones de normas internacionales, incluso las que no se refieren a relaciones económicas. A menudo estas sanciones consisten simultáneamente en el incumplimiento de obligaciones precedentes y en comportamientos puramente inamistosos: por lo tanto, en las sanciones económicas resulta difícilmente separable el carácter de represalia y el de retorsión.

Retorsión y medidas de las Naciones Unidas

La retorsión debe diferenciarse de las medidas que puede adoptar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la base del art. 41 de la Carta, en caso de amenaza o ruptura de la paz, o en caso de agresión. Estas medidas comprenden "la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de las relaciones diplomáticas". Si bien algunas de las medidas indicadas por el art. 41 coinciden con las que pueden adoptarse a título de retorsión, se trata de un fenómeno diferente dado que las medidas decididas por el Consejo se encuadran en el sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, que los Estados pueden ser *obligados* por el Consejo a adoptarlas, y que éstas pueden o deben adoptarse aun cuando comporten el incumplimiento de obligaciones internacionales preexistentes. Sobre el sistema de seguridad colectiva de la ONU, v. p. 476 y ss.

* * *

Autodefensa colectiva

Hasta aquí siempre hemos considerado la hipótesis de que el que reacciona contra el ilícito es el Estado directamente damnificado, o sea, el Estado al que la violación de la norma internacional le haya producido un daño tanto patrimonial como moral; para ser más claros, el Estado que fue dañado en su persona, en sus súbditos, en sus órganos de gobierno, en su territorio, etc. En consecuencia, esta hipótesis se corresponde perfectamente con la idea misma de autodefensa. Debemos ahora preguntarnos si este tipo de reacciones que hemos examinado pueden provenir de Estados que *no hayan sufrido ningún daño*. El problema es muy actual: se presenta ante todo en el caso de ciertas convenciones multilaterales que protegen los intereses de las comunidades de los Estados contratantes, o también valores especialmente importantes para la comunidad internacional, como por ejemplo, las convenciones sobre derechos humanos. El mismo problema se presenta, además, en el derecho consuetudinario, en el caso de las normas que prevén obligaciones *erga omnes* o hacia la comunidad internacional en su conjunto, como las normas que prohíben la agresión, el genocidio, el *apartheid*, la esclavitud, etc. (indicadas así en un célebre, e incluso incidental, párrafo de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 5-2-1970, en la cuestión de la *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.*, en CIJ, *Recueil*, 1970, p. 32). Se refiere también a este tipo de normas la Comisión de Derecho Internacional en el art. 19 de la ya varias veces citada *Primera Parte del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad*, cuando distingue (sin especificar, por otra parte, el alcance práctico de esta distinción) los *crímenes internacionales* de los simples ilícitos: constituirían crímenes internacionales las violaciones graves de aquellas obligaciones consideradas fundamentales por la comunidad internacional en su conjunto y, específicamente, según la ejemplificación dada por el mismo art. 19, la violación de la prohibición de la agresión, de la obligación de respetar la autodeterminación de los

Obligaciones *erga omnes*

Crímenes internacionales

pueblos (v. p. 38), de la prohibición de aplicar un régimen de *apartheid* y de la prohibición de contaminar masivamente la atmósfera y las aguas (lo que en realidad más bien parece futurismo, a la luz de lo observado acerca de los límites de la soberanía territorial: v. p. 318 y ss.). Sobre el art. 19 y sobre la noción de crimen internacional se desarrolló un vivo debate doctrinario centrado, justamente, en si pueden intervenir frente a ilícitos tan graves, en una suerte de autodefensa colectiva, incluso los Estados que no han sido directamente damnificados (terceros Estados, según una terminología corriente pero impropia, dado que en algunos casos ni siquiera existe un Estado directamente damnificado, por ejemplo, en los casos de violación de normas sobre derechos humanos *perpetrada contra los propios ciudadanos* o de violación del principio de autodeterminación de los pueblos).

Señalemos, además, que la cuestión no puede resolverse en términos teóricos o formalistas. No se puede decir que, por tratarse de obligaciones *erga omnes* o (en el caso de las convenciones multilaterales) asumidas en relación con un cierto número de Estados, cada uno de ellos tiene el derecho absoluto de reaccionar utilizando medidas de autodefensa en caso de que se viole una norma y en nombre del interés común. Si se tiene en cuenta la estructura "anárquica" de la comunidad internacional y la naturaleza bastante reciente del fenómeno de la autodefensa, nada niega que se trate de obligaciones desprovistas (o provistas de formas atenuadas) de sanciones; en otras palabras, nada excluye que, aun cuando subsista el ilícito internacional, no tenga como consecuencia más que una forma atenuada de responsabilidad. Sólo la práctica internacional puede responder adecuadamente a esto.

Normas especiales de autodefensa colectiva

Dicho esto, es innegable que en normas internacionales consuetudinarias *particulares* está prevista la posibilidad de que intervengan terceros Estados, con modalidades específicas y cumpliendo obligaciones internacionales específicas. El caso más importante es el de la legítima defensa colectiva contra ataques armados, inicialmente reconocida por el art. 51 de la Carta de las Nacionas Unidas, y hoy admitida incluso por el derecho internacional general, según la opinión expresada por la Corte Internacional de Justicia

Legítima defensa colectiva

en la Sentencia del 27-6-1986 entre Estados Unidos y Nicaragua (CIJ, *Recueil*, 1986, p. 102 y ss., N° 193): como ha establecido la Corte (*idem*, N° 194-199), las medidas, incluso militares, que puede adoptar el tercer Estado deben responder a los criterios de necesidad y proporcionalidad, y por ende *presuponen un pedido expreso del Estado agredido*. Otra norma consuetudinaria que se puede recordar aquí es la que examinamos en su momento y que obliga a todos los Estados a negar efectos extraterritoriales a los actos de gobierno (leyes, sentencias, actos administrativos) dictados en un territorio adquirido mediante la fuerza y mantenido sin respetar el principio de autodeterminación de los pueblos (v. p. 255 y ss.). Del mismo modo, se puede recordar la norma (v. p. 41) que autoriza a todos los Estados a ayudar militarmente a los movimientos que luchan para liberar a su territorio del dominio extranjero y, por lo tanto, que luchan contra la violación del principio de autodeterminación de los pueblos en ese mismo territorio. Fuera de esta hipótesis, estas ayudas serían ilícitas, porque contravienen la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza.

Además, y pasando ahora del nivel del derecho consuetudinario al del derecho convencional, es posible que un tratado multilateral prevea por sí mismo el derecho de cada Estado contratante de aplicar sanciones en caso de quebrantamiento de una de las normas del acuerdo, aun sin haber sido damnificado directamente. En realidad, se trata de una hipótesis más bien teórica dado que, como veremos enseguida, el derecho convencional tiende más a limitar que a extender el ejercicio de la autodefensa. En cambio, es característica de algunos tratados multilaterales (y contribuye a darle cierta importancia al interés común) la simple creación de mecanismos institucionales de control que pueden ser puestos en práctica por cada Estado contratante, a veces demasiado débiles, otras veces más eficaces, pero que de todos modos carecen de poder de sancionar: en el caso de los mecanismos más débiles, pensemos en las competencias de la Comisión de Derechos Humanos, instituida por el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (v. p. 239), y en el caso de los mecanismos más eficaces, en la Comisión Europea de Derechos Humanos (v. p. 233).

Finalmente, debe reservarse una mención especial para el sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas. Cuando logra funcionar, este sistema constituye, como veremos, un sistema de sanciones focalizado en las violaciones internacionales que pueden encuadrarse en la categoría de los crímenes internacionales (v. p. 476 y ss.).

Inexistencia de un régimen general de autodefensa colectiva

Cuando nos preguntamos si los terceros Estados pueden reaccionar frente a ilícitos internacionales, resulta evidente que la cuestión tiene un valor residual respecto de los casos aquí indicados. Dejando de lado el sistema de las Naciones Unidas, dejando de lado todo lo que puedan prescribir las *simples* normas consuetudinarias o convencionales, se trata de establecer si existen principios *generales* que le permitan a un Estado intervenir en defensa de un interés fundamental de la comunidad internacional o de un interés colectivo. En nuestra opinión, y de acuerdo con el estado actual de la práctica internacional, debemos negar la posibilidad de adoptar verdaderas *contramedidas*, o sea, la posibilidad de suspender la ejecución de obligaciones del tercer Estado respecto del Estado agresor. Pero también es cierto que a partir de los años setenta, los Estados occidentales comenzaron a recurrir a sanciones de carácter económico —entre ellas, a la suspensión de los acuerdos comerciales— en distintos casos, como reacción contra violaciones graves de los derechos humanos, contra actos de agresión o contra atentados al principio de autodeterminación de los pueblos: nos referimos a los casos de los rehenes detenidos en la embajada norteamericana en Teherán, de la ley marcial en Polonia, de Afganistán, de la Guerra de las Malvinas, etc. (sobre estos casos cfr. Carella, *op cit.*, p. 200 y ss.). Sin embargo, se trata de casos prácticos en un mismo sentido, que siempre suscitaron las protestas, no sólo de sus destinatarios sino también de numerosos Estados socialistas y del Tercer Mundo. En especial, en lo que respecta a los crímenes internacionales (que, por cierto, es una categoría admitida por los países socialistas y del Tercer Mundo en relación con normas sobre agresión, sobre *apartheid*, sobre colonialismo y sobre autodeterminación de los pueblos), la tesis sostenida desde siempre por estos países es que el órgano internacional legítimo para aplicar sanciones es la ONU y sólo la ONU. Dejemos de lado a los países socialistas, que no existen ya como grupo; todavía es necesario convencer, sin embargo, a los países en vías de desarrollo... Hasta que esto no se dé, no es posible identificar principios generales sobre el tema que prescindan del sistema de las Naciones Unidas.

En sentido contrario a lo hasta aquí sostenido parece expresarse el art. 5, párr. 3, de los artículos adoptados provisionalmente por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el tema de las consecuencias de los ilícitos (v. p. 440). En efecto, el párr. 3 establece que cualquier Estado puede considerarse "damnificado" en caso de crímenes internacionales. Decimos parece expresarse, porque todavía la Comisión no redactó ningún artículo en el cual se aclare qué puede y qué no puede hacer el Estado damnificado para reaccionar contra un ilícito. De todos modos, siempre debe tenerse presente que entre las tareas de la Comisión no sólo está la codificación sino también el desarrollo progresivo del derecho internacional (v. p. 75).

Autodefensa colectiva y retorsiones

Aunque hemos negado la posibilidad de que los Estados no directamente interesados adopten contramedidas, debemos decir que la cuestión es diferente en lo que respecta a la adopción de comportamientos sólo inamistosos, es decir, de *retorsiones*, ya que, por una parte, se trata de comportamientos lícitos, por lo tanto siempre adoptables, y por otra parte, son medios de presión que pueden ser eficaces para hacer cesar el ilícito (pensemos en las retorsiones económicas) y que, como tales, pueden encuadrarse en la autodefensa (colectiva). Aquí aparece, justamente, lo que decíamos antes acerca de la naturaleza ambivalente —entre lo "político" y lo "jurídico"— de las retorsiones, ya que justamente estos dos aspectos estuvieron siempre fuertemente entrelazados en todas las manifestaciones contra la violación de los derechos humanos y contra los crímenes internacionales y, por lo tanto, difícilmente resultan separables.

* * *

Tal como la hemos descrito, la autodefensa es un instituto del derecho internacional consuetudinario. Naturalmente, el Estado puede obligarse mediante un tratado a no recurrir a medidas de autodefensa o a recurrir a ellas dadas ciertas condiciones. Este tipo de obliga-

Normativa de la autodefensa en los estatutos de las organizaciones internacionales

ciones pueden aparecer, sobre todo, en los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales. Antes que nada, debe considerarse que se halla implícita en el vínculo de solidaridad y de colaboración entre los Estados miembros de cualquier organización (que no condice mucho con la adopción de medidas unilaterales) la obligación de no recurrir a la autodefensa, en especial, de no reaccionar con el propio incumplimiento frente al incumplimiento de la otra parte, sino como extrema *ratio* y sólo después de haber agotado eventualmente todas las vías a disposición de la misma organización para obtener justicia. Todo esto vale, evidentemente, cuando a causa de la naturaleza de la infracción que la ha ocasionado, la reacción no necesita ser inmediata (como sí puede suceder en el caso de las reacciones en legítima defensa, según el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas).

Puede darse, además, que estén expresamente previstas normas que limiten la autodefensa. Por ejemplo, una norma de este tipo aparece precisamente en el art. 51 de la Carta, según el cual puede ejercerse legítima defensa frente a un ataque armado "hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales". Cuando se trata de rechazar un ataque armado, las medidas "necesarias" previstas por el art. 51 sólo pueden ser las establecidas por el art. 42 y ss. de la Carta, es decir, las medidas militares directamente adoptadas por el Consejo (v. p. 482) o, al menos (y según las circunstancias), las que no impliquen el uso de la fuerza del que habla el art. 41 de la misma Carta (v. p. 482). De todos modos, el Consejo puede decidir —como lo ha hecho durante la crisis del Golfo en 1990-91 (v. p. 484)— que en determinado caso, no se aplique el límite impuesto por el art. 51.

Otro ejemplo es el art. 88 del Tratado de la CECA, que reconoce que, frente al incumplimiento de un Estado miembro, los otros Estados pueden dejar de cumplir las obligaciones fundamentales previstas por el art. 4 de dicho Tratado, pero sólo después de un minucioso proceso, en el curso del cual también puede haber un pronunciamiento de la Corte de Justicia comunitaria, y mediante *autorización* de la Comisión.

Autodefensa en la CE

En cambio, no existe una norma análoga al mencionado art. 88 en el Tratado de la CE. Este se limita a prever, en los arts. 169-171, que el incumplimiento de un Estado puede ser denunciado ante la Corte de Justicia y generar, por lo tanto, una sentencia condenatoria; pero no dice nada respecto del caso en que el Estado incumplidor no se conforme a la decisión. Según la Corte comunitaria, no se consentirían nunca medidas unilaterales de represalia en el sistema CE (cfr. Sent. N° 232/78 del 25-9-1979, en *Raccolta*, 1979, p. 2739, sobre medidas tomadas por Francia contra la importación de carne ovina de Gran Bretaña, justificadas por el Gobierno francés como medidas de defensa contra prácticas británicas análogas). Es así que a veces, cuando existía una sentencia condenatoria de la Corte y, sin embargo, se mantenía el incumplimiento por parte del Estado condenado, se ha preferido hacer una nueva presentación ante la Corte para obtener una declaración de incumplimiento (cfr. por ejemplo, las sentencias N° 48/71 del 13-7-1972, en FI 1972, IV, col. 221 y ss., con nota de Tizzano; N° 69/86 del 12-2-1987 y N° 227-230/85 del 14-1-1988). Nos parece que, dado que el sistema comunitario no dispone de medios coercitivos propios, debe admitirse la posibilidad de recurrir a contramedidas como extrema *ratio* —o sea, luego de intentos infructuosos de hacer entrar en razón al Estado recalcitrante a través de la Corte—, justamente para salvaguardar el funcionamiento del sistema.

* * *

Autodefensa y derecho interno

El tema de la autodefensa, en especial de las medidas no violentas de autodefensa (v. p. 449), tiene sus reflejos en el derecho estatal: antes de llegar a la conclusión de que determinada ley o acto administrativo son contrarios a normas materiales de derecho internacional, y extraer las consecuencias de este hecho sobre la base de los principios de adaptación examinados en el Cap. III, el operador jurídico interno deberá preguntarse si dicha ley o acto administrativo no se justifican, sobre la misma base del derecho internacional, por constituir contramedidas. Por ejemplo, el juez constitucional llamado a pronunciar la ilegitimidad de una ley contraria al derecho internacional consuetudinario, según el art. 10 de la Constitución italiana (v. p. 391), o bien, según el art. 11, de una ley que impida o perjudique el cumplimiento del Tratado CE en cuanto al sistema o núcleo esencial de sus principios, deberá preguntarse, entre otras cosas, si este tipo de ley no se justifica como medida de autodefensa, dentro

de los límites que indicábamos más arriba, en especial en lo referente a las organizaciones internacionales. Del mismo modo, el juez ordinario que sea llamado a hacer prevalecer las normas de un tratado por sobre las normas de una ley ordinaria, sobre la base del principio de especialidad (v. p. 405 y ss.), podrá negar ese predominio si la ley puede encuadrarse como actuación de la autodefensa. Incluso un acto administrativo contrario a un tratado que se ejecute en virtud de una orden de ejecución legislativa (es decir, de una ley que impone aplicar las normas de dicho tratado sólo si y en la medida en que estén vigentes como normas internacionales) podrá considerarse legítimo si se considera adoptado en carácter de autodefensa.

Condiciones de reciprocidad

El ordenamiento jurídico interno también puede disponer de los mecanismos de carácter general que posibiliten automáticamente la violación de normas internacionales por parte de órganos estatales, a título de contramedida. Este tipo de mecanismo puede considerarse, en ciertos casos, como la condición de reciprocidad según la cual se acuerda determinado tratamiento a los Estados, a los órganos de gobierno y a los ciudadanos extranjeros, con la condición de que se le acuerde el mismo tratamiento al Estado nacional, a sus órganos de gobierno y a sus ciudadanos. En la medida en que el cumplimiento de determinadas normas internacionales esté subordinado a la reciprocidad y, por lo tanto, en la medida en que la reciprocidad puede llevar a violar estas normas, precisamente dicha reciprocidad constituye la base jurídica interna para adoptar contramedidas: por ejemplo, el art. 55 de la Constitución francesa, establece que "los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen... una autoridad superior a la de las leyes, con reserva, en cada caso, de su aplicación por la otra Parte"; según la interpretación del art. 55 que presenta una parte de la jurisprudencia (cfr. Regourd, en RGDIP, 1983, p. 780 y ss.), el incumplimiento de un tratado por parte del otro Estado contratante no sólo elimina la primacía de dicho tratado por sobre las leyes, sino determina incluso su no aplicación.

Reciprocidad en la observancia de normas internacionales

Según lo que hemos sostenido en repetidas oportunidades respecto de las relaciones entre Poder Judicial y Poder Ejecutivo en la "administración" del derecho internacional, esta reciprocidad siempre debería estar determinada por el juez y no por los órganos del poder

ejecutivo: los órganos ejecutivos pueden regirse sobre la base de criterios de oportunidad política, lo que hace que la reciprocidad pierda todas sus características de mecanismo automático (y jurídico) de autodefensa. Por lo tanto, se debe aprobar el hecho, que ya se vio en su momento, de que se haya declarado parcialmente inconstitucional y parcialmente inaplicable la norma de la Ley italiana N° 1263 del 15-7-1926, que requería que el Poder Ejecutivo acatara la reciprocidad en caso de ejecución forzosa de bienes de los Estados extranjeros (v. p. 303 y ss.). Incluso la norma, ya mencionada, del art. 55 de la Constitución francesa se interpretó en la jurisprudencia de ese país, a falta de alguna otra norma específica que así lo requiriese, en el sentido de que los jueces no podían decidir de manera autónoma sobre la existencia o no de reciprocidad en cuanto a determinada convención, debiendo someterse a las decisiones del Ejecutivo. Sin embargo, incluso en Francia hoy la situación parece (algo) distinta, después de que una Sentencia del Tribunal de Casación (del 6-3-1984), en *Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 109 y ss., con notas de Droz) precisó que debe suponerse que existe reciprocidad hasta que un Estado parte denuncie la convención. [En cambio, en Argentina la reciprocidad señalada por el Poder Ejecutivo (Dcto. 6015/63) se halla ya prevista en la inmunidad del Estado extranjero dentro de su jurisdicción.]

Además de constituir la base para eventuales contramedidas, la condición de reciprocidad, tal como la consideramos aquí, tiene también una función preventiva, por así decirlo, en cuanto considera que los ilícitos de terceros son el supuesto para los ilícitos propios y tiende a prevenirlos. Sobre esta función hemos puesto particular énfasis en ediciones precedentes de este libro, en las que considerábamos que la reciprocidad era una suerte de medida de legítima defensa.

Reciprocidad y derecho consuetudinario en evolución

La condición de reciprocidad puede resultar especialmente útil en el caso de ciertas normas internacionales consuetudinarias cuyo contenido es incierto o se halla claramente en evolución, como es el caso hoy en día de buena parte del derecho internacional del mar. La reciprocidad constituye entonces la base jurídica interna para la eventual defensa frente a los Estados que, por así decirlo, anticipan la conclu-

sión del proceso evolutivo del derecho consuetudinario, con la adopción de normas que, aunque alineadas con la dirección de dicho proceso, parecen excesivas en el estado actual de las cosas. La técnica que mejor puede utilizar en ese caso todo Estado que quiera defenderse por medio de la reciprocidad, parece ser adoptar él también las normas más duras, pero declarando su inaplicabilidad con respecto a aquellos Estados que se atengan al derecho preexistente.

Si se quiere dar un ejemplo, se puede recurrir a la cuestión de las líneas de base del mar territorial, en especial, del "cierre" de bahías y golfos (v. p. 334). Hemos visto en su momento que varios Estados, incluso Italia, cerraron golfos y bahías de apertura superior a 24 millas, en contra del derecho internacional general actual, de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua y de la Convención de Montego Bay, pero de acuerdo con la tendencia a extender cada vez más el poder de gobierno del Estado ribereño. Frente a este tipo de medidas, bien podría un Estado que en la actualidad se rija por la norma de las 24 millas, proceder al cierre de sus propios golfos y bahías dejando a salvo la reciprocidad, o sea, excluyendo del mencionado cierre a las naves de aquellos Estados que se atengan estrictamente a la regla de las 24 millas en sus golfos y bahías.

Reciprocidad y retorsión

Téngase en cuenta que la reciprocidad no se utiliza exclusivamente como presupuesto para observar el derecho internacional y, por lo tanto, como base para adoptar eventuales contramedidas. A menudo solamente constituye el presupuesto de concesiones dictadas por puros motivos de cortesía: como sucede, por ejemplo, si un Estado acuerda inmunidad fiscal a los agentes diplomáticos extranjeros en otros impuestos diferentes de los personales (v. p. 290), con la condición de la reciprocidad. A menudo, además, por la materia a la que se refiere o por el modo en el cual está formulada la norma que la prevé, la reciprocidad puede servir como presupuesto tanto del cumplimiento del derecho internacional como de actos de cortesía: por ejemplo, el art. 16 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano, cuando establece que "se admite que el extranjero goce de los derechos civiles atribuidos al ciudadano, con la condición de la reciprocidad...", debe referirse tanto al cumplimiento de las normas internacionales sobre tratamiento de extranjeros, en particular, de

las normas que requieren la adecuada protección de la persona y de los bienes del extranjero (v. p. 273), o a una esfera mucho más amplia de protección, ya que el derecho internacional no impone la equiparación del extranjero con el ciudadano. [Por su parte, la Constitución argentina otorga a los extranjeros el goce de todos los derechos civiles del ciudadano (art. 20 C.N.). La doctrina, en general, ha considerado que el "trato de nacional" a los extranjeros supera los *standards* mínimos exigidos por el derecho internacional.]

Cuando la reciprocidad es presupuesto de actos de cortesía y, por lo tanto, sólo puede originar comportamientos inamistosos en reacción a comportamientos inamistosos del Estado extranjero, ésta se relaciona más bien con el tema de las *retorsiones*. Y justamente como forma de retorsión estaba configurada, de manera evidentemente limitada, por la doctrina clásica del derecho internacional.

Otro ejemplo de mecanismo de eventual adopción de contramedidas previsto por ley es la legislación de Estados Unidos, y más precisamente, el *Packwood Amendment* al *Magnuson Fishery Conservation and Management Act* de 1982, que autoriza al Poder Ejecutivo a imponer sanciones a los Estados que violen la Convención Internacional sobre Caza de Ballenas de 1946. En el caso *Japan Whaling Association et Al.* v. *America Cetacean Society et Al.*, la Corte Suprema de Estados Unidos (en su Sentencia del 30-6-1986) ha interpretado que esta ley comporta un poder discrecional del Poder Ejecutivo para adoptar o no estas sanciones; en cambio, en este mismo caso, las Cortes de Primera y Segunda Instancia se habían expresado en sentido contrario. Cfr. ILM, 1986, p. 1587 y ss.

XLIV. Continuación

B) La reparación

Siempre en el marco de las consecuencias del ilícito internacional, queda por considerar la obligación de reparar el daño causado que recae sobre el Estado autor del ilícito.

Generalmente, la doctrina considera que la primera forma de reparación es la obligación de restituir en forma específica (*restitutio in integrum*), o sea, de restablecer la situación de hecho y de derecho anterior a la comisión del ilícito, siempre que dicho restablecimiento sea posible.

Restitutio in integrum

Se consideran *restitutio in integrum*, por ejemplo, la restitución de personas, de cosas, de naves, de documentos, etc., usurpados ilegítimamente, como así también la ejecución específica de obligaciones convencionales. En este último sentido cfr. la sentencia del árbitro único Dupuy, del 19-1-1977, pronunciada entre Libia y algunas sociedades petroleras norteamericanas, en FI 1978, IV, col. 233, Nº 112, con nota de Tesauro. Fundándose en la obligación de efectuar la restitución en forma específica, esta sentencia invita al Gobierno libio "a cumplir sus obligaciones" derivadas de un contrato de concesión petrolera, que la misma sentencia equipara, más o menos, con un acuerdo internacional.

Como resulta de lo observado al tratar las consecuencias del ilícito desde el punto de vista general (v. p. 441 y ss.), en un ordenamiento primitivo como es el internacional, el deber de hacer cesar el ilícito y de eliminar sus efectos en la medida de lo posible —cese y eliminación que puede considerarse que constituyan la mencionada *restitutio in integrum*— parece un aspecto de esa misma obligación que se ha violado. No es el caso, por lo tanto, de entender que la *restitutio in integrum* sea objeto de una nueva obligación, surgida del quebrantamiento de la norma anterior.

En cuanto a la diferencia entre la obligación de hacer cesar el acto ilícito y la obligación de *hacer una restitución específica* cfr., en cambio, el *Informe Preliminar sobre Responsabilidad de los Estados* del relator especial Arangio-Ruiz en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en UN Doc. A/CN, 4/416, p. 9 y ss., párr. 64-70; cfr. también los art. 6 y 7 propuestos por el relator especial de la Comisión (*idem*, párr. 132). En el mismo sentido se pronuncia la sentencia arbitral del 30.4.1990 entre Francia y Nueva Zelanda en el caso del *Rainbow Warrior*, nave de la Organización Ecologista *Greenpeace*, gravemente dañada por dos agentes franceses mientras estaba detenida en el puerto neozelandés de Auckland. Francia y Nueva

Zelandia habían firmado un acuerdo en 1986, sobre la base del cual (y de conformidad con una decisión del Secretario General de las Naciones Unidas) Francia, que reconocía su responsabilidad en lo ocurrido, se había comprometido, entre otras cosas, a confinar a los dos agentes durante tres años en la isla de Hao, en la Polinesia. Sin embargo, éstos habían sido repatriados antes del vencimiento del trienio, por motivos de salud. Además, el Tribunal Arbitral debía juzgar el pedido (sumamente razonable) de Nueva Zelanda, de que se ordenara a Francia respetar el acuerdo de 1986 y *enviar nuevamente a los dos agentes a la isla de Hao para completar su período de confinamiento*. Ahora bien, con el fin de rechazar este pedido, la sentencia tuvo el coraje de sostener: que la obligación francesa de mantener confinados a los dos agentes había cesado al vencerse los tres años desde la fecha de su envío a Hao, es decir, en julio de 1989; que el pedido de Nueva Zelanda sólo podía tener la forma de un pedido por la cesación de un hecho ilícito (la violación del acuerdo de 1986) y no de una *restitutio in integrum*; y que, por lo tanto, por haberse vencido la obligación prevista por el acuerdo de 1986, este pedido no podía ser satisfecho. Cualquiera puede darse cuenta de hasta dónde se puede llegar utilizando impropiamente una consideración teórica.

Debe señalarse que los sistemas del *common law*, que se atienen a la máxima *romana omnis condemnatio est pecuniaria*, desconocen en gran medida la *restitutio in integrum*, como obligación autónoma que se deriva del hecho ilícito (cfr. Mann, en BYIL, 1976-77, p. 2 y ss.).

* * *

Satisfacción

También la "satisfacción" es considerada una forma de reparación, específicamente una forma de reparación de daños morales y, por lo tanto, una forma de reparación debida sólo en razón de que se ha producido un ilícito, con prescindencia del eventual pedido de resarcimiento por los daños de carácter patrimonial. Se sostiene que el Estado agresor debe dar satisfacción al Estado damnificado a título de reparación moral, a través de comportamientos tales como la presentación de excusas, el homenaje a la bandera o a otros símbolos del Estado damnificado, el depósito de una suma simbólica, etc. Incluso se incurre en el pintoresquismo de incluir en el catálogo de los comportamientos requeridos la asistencia a ceremonias religiosas de expiación, como lo hacía la doctrina menos reciente (aunque no tanto). Según una extraña tesis sostenida por alguna sentencia inter-

nacional e incluso por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia del 9-4-1949 en la cuestión del Estrecho de Corfú (CIJ, *Recueil*, 1949, p. 35), que ha sido retomada por la doctrina actual, también podría constituir una satisfacción la simple constatación de un tribunal internacional de que ha existido una violación de una norma internacional: con lo cual no se entiende cómo puede hablarse de la *obligación* de dar una satisfacción, teniendo en cuenta que nadie sostiene que el autor (o presunto autor) del ilícito deba someterse a un juicio arbitral (v. p. 493).

En el artículo sobre la satisfacción (art. 10) propuesto a la Comisión de Derecho Internacional por el relator especial Arangio-Ruiz (v. UN Doc. A/CN 4/425/Add. 1, párr. 189), entre las formas de dicha satisfacción figuran las excusas, el depósito de sumas de dinero (*"nominal or punitive damages"*), el castigo de los individuos responsables, la garantía de que no se repetirá el ilícito y la declaración de la existencia de la infracción de una norma por parte de un tribunal internacional.

En realidad, si se tiene en cuenta la práctica internacional contemporánea, desde el punto de vista jurídico todo lo que puede decirse es que la presentación oficial de excusas, una prestación de carácter simbólico, o bien el arbitraje (incluso el arbitraje para determinar un resarcimiento en dinero, simbólico o no), *siempre que sean aceptados por el Estado damnificado*, eliminan cualquier consecuencia ulterior del acto ilícito, en especial, la posibilidad de recurrir a medidas de autodefensa. Sobre todo en los ilícitos que no son graves —como las mínimas violaciones a la soberanía territorial que consisten, por ejemplo, en realizar investigaciones policiales en territorio extranjero—, la presentación de excusas surte el efecto indicado. Lejos de ser objeto de obligación del Estado damnificado, la satisfacción pasa a ser ahora, (como sostenía Kelsen para la reparación en general: v. p. 441 y ss.), el contenido de una suerte de acuerdo que elimina cualquier controversia entre el Estado damnificado y el Estado damnificante.

En cuanto a ejemplos recientes de ilícitos que consistieron en llevar a cabo acciones de policía en territorio extranjero, zanjados mediante la presentación de excusas o de expresiones de arrepentimiento del Estado agresor, v. RGDIP, 1985, p. 460 (investigaciones realizadas por agentes italianos del SISMI en territorio helvético) y 1986, p. 668 y ss. (persecución de ladrones en territorio extranjero, por parte de la policía suiza en suelo francés). Se trata de casos recurrentes en la práctica.

Caso del *Rainbow Warrior*

La presentación oficial de excusas incluso puede combinarse con al resarcimiento del daño. Así, por ejemplo, en el ya mencionado acuerdo del 9-7-1986 entre Francia y Nueva Zelanda, respecto del incidente del *Rainbow Warrior*. Como ya se tuvo ocasión de ver, este acuerdo respondía a una decisión del Secretario General de las Naciones Unidas previamente aceptada por las partes, y preveía, entre otras cosas, la presentación de "excusas formales y sin reservas" del Primer Ministro francés al Primer Ministro neocelandés, como así también el depósito de siete millones de dólares en concepto de resarcimiento de daños. Para el acuerdo v. RGDIP, 1986, p. 993 y ss.; para la decisión del Secretario General v. AJIL, 1987, p. 325 y ss.

* * *

Resarcimiento del daño

En definitiva, la única forma verdadera de reparación es el resarcimiento del daño producido por el acto ilícito internacional. Sin embargo, podemos preguntarnos si cualquier tipo de violación de normas internacionales origina la obligación de efectuar un resarcimiento. Sin duda, se expresa en este sentido la práctica referida a violaciones de normas sobre tratamiento de extranjeros y al consiguiente ejercicio de la protección diplomática: como ya se ha visto cuando consideramos el tema (v. p. 280), el Estado al cual pertenece el extranjero "maltratado", cuando ejerce la protección diplomática para lograr el resarcimiento del daño, hace valer un derecho propio que se origina en la lesión producida a la persona o a los bienes de su ciudadano. Pero, contrariamente a lo que sosteníamos en la edición precedente de este libro y de conformidad con investigaciones más recientes de otros autores (Iovane), aparte de la cuestión del tratamiento de los extranjeros, la práctica internacional no puede considerarse totalmente clara en este sentido. Puede considerarse, por lo tanto, que el resarcimiento es necesario sin lugar a dudas cuando la violación del derecho internacional consiste en, o esté acompañada de, una *acción violenta* contra bienes, medios y órganos de gobierno

Daños a los extranjeros

Daños a los Estados

del Estado (excepto, quizá, en caso de guerra), como en el caso de daño a sedes diplomáticas y consulares, daño o destrucción de naves o aviones, daño contra individuos u órganos estatales, etc. Fuera de estos casos, en cambio, es difícil considerar que el derecho internacional consuetudinario imponga el resarcimiento del daño, sobre todo si se considera que hay toda una serie de sectores en los cuales ciertamente se producen daños patrimoniales a otros Estados, pero que normalmente no constituyen objeto de pretensiones de resarcimiento (pensemos en el incumplimiento de los acuerdos comerciales y financieros; en la infracción de normas comunitarias, por ejemplo, sobre libre circulación de mercaderías; en la infracción de las normas sobre navegación marítima, sobre aprovechamiento de recursos biológicos y minerales, etc.).

El art. 8 propuesto a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas durante la elaboración de la Segunda Parte del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados por el relator especial Arangio-Ruiz (v. UN Doc. A/CN4/425/Add. 1, párr. 189) prevé, en cambio, que es necesario efectuar un resarcimiento pecuniario de la manera más amplia posible, en caso de cualquier quebrantamiento de normas internacionales que haya ocasionado daños tanto morales como materiales. Una disposición tan amplia no podía dejar de suscitar críticas de algunos miembros de la Comisión, justamente a la luz de la práctica internacional que describíamos más arriba (v. *UN Gen. Ass. Off. Rec.*, 45th sess., Suppl. N° 10, párr. 336). Sin embargo, tampoco en este caso se debe olvidar que la Comisión de Derecho Internacional no sólo tiene la tarea de codificar el derecho internacional, sino también la de promover su desarrollo (v. p. 75); por lo tanto, hay que tener en cuenta el mencionado art. 8 desde este punto de vista.

Debe advertirse que la obligación de resarcir los daños de la que hablamos aquí se remite a las relaciones entre Estados (incluidas, obviamente, las relaciones entre los Estados en materia de tratamiento a extranjeros). El problema es diferente cuando un tratado prevé la obligación del Estado contratante de resarcir a los individuos damnificados por el quebrantamiento de las normas contenidas en él. Tal es el caso del art. 52 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (v. p. 232), que establece que cuando la Corte Europea de Derechos Humanos verifique una violación de la Convención y el derecho interno no permita que se eliminen las consecuencias de esa violación, la Corte puede conceder un resarcimiento a la parte damnificada. [La Convención Americana de Derechos Humanos establece que, cuando la Corte Interamericana decida que se violó una norma de la Convención, dispondrá que se garantice el derecho conculcado y, si fuera procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se proceda al pago de una justa indemnización a la parte lesionada.] Otro ejemplo extraído del derecho comunitario es, precisamente, la reciente tendencia de la Corte de las Comunidades Europeas a afirmar el principio de que los individuos pueden solicitar ante los jueces de los Estados miembros, "y en el marco de las normas de derecho interno relativas a la responsabilidad", el resarcimiento de los daños derivados del quebrantamiento del derecho comunitario, en particular en razón de no haberse puesto en práctica las directivas comunitarias (cfr. Sent. N° 6/90 del 19-11-1991).

Daño a las funciones

En lo que respecta a los daños por lesiones ocasionadas a individuos que revisten la categoría de órganos estatales, es necesario distinguir entre los daños sufridos por el individuo (que deben encuadrarse en el ejercicio de la protección diplomática) y los daños sufridos por la organización estatal (los llamados daños a la función). En todo caso, los daños resarcibles son los materiales, dado que, por lo general, la práctica de los Estados se inclina a excluir la posibilidad de traducir en términos monetarios las violaciones del derecho internacional que no produzcan daños patrimoniales.

Un ejemplo de resarcimiento por daños materiales causados por la acción violenta contra bienes de un Estado aparece en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 15-12-1949 en el caso del Canal de Corfú (CIJ, *Recueil*, 1949, p. 244 y ss.). En razón de los graves daños sufridos por algunas naves de guerra británicas que transitaban el Canal a causa de un comportamiento ilícito de las autoridades albanesas, determinado como tal por la misma Corte en una sentencia precedente (del 4-9-1949), esta sentencia le reconoció a Gran Bretaña varias sumas en cobertura tanto de los gastos de sustitución y reparación de las naves, como de gastos administrativos, pensiones, tratamientos médicos, etc., de los miembros de la tripulación de dichas naves.

Daños morales

La jurisprudencia internacional se pronunció varias veces en contra de la posibilidad de indemnizar los daños morales, o mejor dicho, de atribuir sumas de dinero a título de castigo por el hecho de haber cometido un ilícito: cfr. las sentencias arbitrales en los casos del *Carthage* (en RIAA, vol. XI,

págs. 458 y 460), del *Manouba* (*idem*, vol. XI, p. 475), del *Lusitania* (*ibid*, vol. VII, p. 32) y de los actos cometidos por Alemania en las colonias portuguesas (*ibid.*, vol. II, p. 1076 y ss.). Una excepción la constituye el caso del *I'm alone*, una nave canadiense hundida ilícitamente por las autoridades norteamericanas en el marco de la represión del contrabando de alcohol en la época de la llamada ley seca; en este caso, los árbitros atribuyeron la suma de 25.000 dólares a Canadá a título de indemnización sólo por la comisión del ilícito (cfr. RIAA, vol. III, p. 1618). En cambio, no es del todo claro si también está referida al resarcimiento del daño moral la decisión del Secretario General de las Naciones Unidas en el ya citado caso del *Rainbow Warrior* (v. p. 467), respecto del acuerdo entre Francia y Nueva Zelanda del 9-7-1986: el Secretario General acordó a Nueva Zelanda la suma de siete millones de dólares como reparación "de todos los daños sufridos por ésta" (v. AJIL, 1987, p. 326), reduciendo en dos millones la suma que había pedido Nueva Zelanda en resarcimiento tanto de los costos administrativos de la investigación como de los daños morales sufridos.

XLV. La llamada responsabilidad por actos lícitos

Responsabilidad en las actividades peligrosas y contaminantes

Es materia de discusión si en algunos casos puede derivarse responsabilidad internacional y, en especial, obligación de resarcir daños, en razón de actos *lícitos*. En este sentido, el sector que se toma en consideración es principalmente el de las actividades altamente peligrosas y contaminantes, como las centrales nucleares, las industrias químicas, etc. Podemos preguntarnos, por lo tanto, si aunque el Estado sea libre de desarrollar o hacer desarrollar cualquier actividad, incluso las más peligrosas, dentro de su territorio o del resto de los espacios sujetos a su soberanía, no debe luego responder por los daños causados al territorio (o a las naves, a los aviones, etc.) de otros Estados.

Es difícil desde el punto de vista de la teoría general del derecho, y aún más difícil desde el punto de vista de un derecho tan primitivo como el derecho internacional, lograr distinguir la responsabilidad

sin presencia de ilícito de la responsabilidad sin culpa y aún más, de la responsabilidad objetiva, tanto relativa como absoluta (v. p. 433 y ss.). Por ejemplo, incluso admitiendo —aunque no compartiendo— que sobre la base del derecho consuetudinario el Estado *deba* responder por las actividades peligrosas que se desarrollan en su territorio, es difícil establecer si este deber se origina en un hecho lícito, o bien en una norma internacional que obliga a no causar daños al territorio de otros países con las propias actividades peligrosas. Quizá todo lo que pueda decirse es que la responsabilidad objetiva puede calificarse además como responsabilidad sin presencia de ilícito cuando el Estado es llamado a responder no por las actividades desarrolladas por sus órganos de gobierno, sino por las actividades de individuos que se encuentran bajo su control; en una palabra, cuando la actividad que da lugar a la responsabilidad no sea imputable al Estado. Tomemos, por ejemplo, el art. II de la Convención de 1972 sobre la Responsabilidad Internacional por Daños causados por Objetos Espaciales, según el cual el Estado que lanzó el objeto espacial responde por los daños causados por sus objetos espaciales en la superficie terrestre o sobre las aeronaves en vuelo. Ya vimos que esta norma prevé una forma de responsabilidad objetiva absoluta, en el sentido de que el Estado responde incluso si el daño se produce sin culpa suya y aun cuando pueda probar que se debió a razones inevitables y ajenas a su voluntad (v. p. 435 y ss.). Ahora podemos agregar que esa misma norma afirma claramente la responsabilidad del Estado incluso en el caso de lanzamientos que no hayan sido efectuados directamente por órganos estatales, sino por particulares desde su territorio u otro espacio sujeto a su soberanía. Dado que un elemento esencial del hecho ilícito internacional es su imputabilidad al Estado (v. p. 419), se hace realmente difícil entender que los lanzamientos de objetos espaciales efectuados por particulares configuren un acto ilícito *del* Estado.

Dicho esto, y fuera del régimen convencional totalmente específico que hemos recién recordado, no nos parece que el derecho internacional actual reconozca un tipo de responsabilidad tan sofisticado y tan inclinado a la solidaridad como la responsabilidad por actos lícitos. Por otra parte, es significativo que justamente en el

sector en el que más se habla de responsabilidad por actividades lícitas, esto es, en el sector de las actividades altamente peligrosas y contaminantes, sólo suelen invocarse aquellas manifestaciones de la práctica internacional (como el célebre caso de la *Fundición de Trail*) que, como vimos al considerar los límites a la soberanía territorial, sirven de base para establecer la verdadera obligación del Estado de impedir los usos nocivos de su territorio (v. p. 320). Son éstas manifestaciones que en su momento consideramos insuficientes para probar la existencia de este tipo de obligaciones y que, por lo tanto, se prestan todavía menos a configurar una responsabilidad sin presencia de ilícito. Además, son igualmente significativos los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que desde 1980 está estudiando la "responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional", y que se ocupa en particular de la responsabilidad por los daños derivados de actividades peligrosas. Basta considerar al respecto, en primer lugar, que si bien se le presentaron hasta ahora una decena de informes a la Comisión, todavía no se llegó a concluir estos trabajos; en segundo lugar, que lejos de atenerse al tema de la responsabilidad internacional, el resultado principal de esos informes ha sido identificar una serie de obligaciones autónomas, de carácter material o procedimental, que se le imponen al Estado bajo cuyo control se efectúa la actividad que ocasiona el daño (esto es, la obligación de evitar o reducir el daño, de cooperar con el Estado-víctima, de informarlo, etc.); y por último, que la única norma en materia de responsabilidad que se ha propuesto hasta ahora es que el resarcimiento por daños ocasionados por actividades peligrosas sea determinado por acuerdo de las partes.

Nos estamos refiriendo a los cinco informes presentados en un primer momento por el relator especial Quentin-Baxter (respecto del último, cfr. YILC, 1984, II, 1, p. 55 y ss.) y varios otros informes presentados, a partir de 1985, por el relator especial Barboza. Cfr. el "Quinto Informe" de este último, art. 7-15 (en *UN Gen. Ass., Int. Law Comm.*, Doc. A/CN, 4/423, del 25-4-1989) en el tema de las obligaciones y la norma que hemos indicado recién.

Debe señalarse, finalmente, que existen numerosos acuerdos que se ocupan del resarcimiento por daños producidos por actividades peligrosas. Sin embargo, y dejando de lado la Convención sobre responsabilidad en materia de lanzamientos espaciales que hemos recordado más arriba, estos acuerdos no se refieren a la responsabilidad *internacional,* sino a la responsabilidad de *derecho interno.* Estos acuerdos se limitan a imponer a los Estados contratantes la obligación de organizar sistemas apropiados de *responsabilidad civil* a nivel de su derecho interno.

Entre los diversos acuerdos sobre responsabilidad (civil) por contaminación o por actividades peligrosas cfr., por ejemplo: Convención de París sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear del 29-7-1960, completada por la Convención de Bruselas del 31-1-1963 y por el Protocolo Adicional del 28-1-1964; Convención de Bruselas sobre responsabilidad civil por daños derivados de la contaminación por hidrocarburos, del 29-11-1969, complementada por la Convención del 18-1-1971 que crea el I.O.P.C.F. (*International Oil Pollution Compensation Fund*), que es un fondo que interviene cuando la entidad de los daños supera cierto techo; Convención sobre responsabilidad civil en materia de transporte marítimo de materiales nucleares, del 17-12-1971; Convención sobre responsabilidad civil por daños derivados de la contaminación con hidrocarburos que resulte de la investigación y aprovechamiento de los recursos minerales del fondo marino, del 17-12-1976.

* * *

Como norma que contemplaría una forma de responsabilidad por actos lícitos se indica también el art. 22 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar (trasladado al art. 110 de la Convención de Montego Bay de 1982), cuya correspondencia con el derecho internacional general, por otra parte, es dudosa (v. p. 357). Dicho art. 22, en sus párr. 1 y 2, autoriza excepcionalmente la visita de naves mercantiles extranjeras en alta mar cuando haya *sospecha* de que estén practicando la piratería, la trata de esclavos, etc.; pero, en el párr. 3 agrega que, si la sospecha se demuestra infundada, y siempre que la nave visitada no haya cometido ningún acto que pueda haber generado esa sospecha, dicha nave debe ser indemnizada. Como ya se ha señalado (Quadri), se trata claramente de una responsabilidad por un ilícito,

que consiste en haber violado la prohibición de visitar una nave cuando no existan sospechas fundadas.

Recordemos, además, que la ya varias veces citada *Primera Parte del Proyecto* de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, en su art. 35, declara no querer prejuzgar en la cuestión relativa a si pueden requerir indemnización los daños causados por la acción de un Estado cuando medien ciertas circunstancias que nieguen la ilicitud de dicho comportamiento, tales como el consenso del Estado damnificado, la fuerza mayor y el caso fortuito, la *distress* y el estado de necesidad (v. p. 429). En el comentario a este artículo (v. YILC, 1980, II, 2, p. 61, Nº 4) se remite la solución del problema a los trabajos de codificación sobre responsabilidad por actos lícitos. Hasta ahora no parece que en el curso de estos trabajos (v. p. 479) se haya tratado esta materia. En todo caso, toda solución positiva se definiría como "desarrollo progresivo" del derecho internacional —al que, como ya se ha recordado en repetidas ocasiones, puede tender la codificación preparada por la Comisión de Derecho Internacional— en vez de ser una reproducción de normas generales efectivamente existentes.

XLVI. El sistema de seguridad colectiva previsto por la carta de las Naciones Unidas

Acciones del Consejo de Seguridad en defensa de la paz

La Carta de las Naciones Unidas establece, por un lado, la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2, párr. 4) y, por otro lado, centraliza en un órgano de las Naciones Unidas, esto es, en el Consejo de Seguridad, la competencia para realizar las *acciones* necesarias para mantener el orden y la paz entre los Estados y, en especial, para usar la fuerza con fines de policía internacional. Ya nos hemos detenido varias veces sobre la prohibición del uso de la fuerza —salvo el caso de legítima defensa individual y colectiva que, por otra parte, sólo puede ejercerse mientras no haya intervenido el Consejo de Seguridad—: hemos visto que, por así decirlo, esta prohibición se ha separado de la Carta de las Naciones Unidas, para constituir una prohibición establecida por el derecho

internacional general (v. p. 444). En cambio, en lo que respecta al sistema de seguridad centralizado —que, según quienes idearon la Carta, debería representar la contracara natural de la prohibición del uso de la fuerza— hasta ahora ha funcionado poco y mal, debido al derecho de veto que se les ha reconocido a las grandes potencias (v. p. 189), a la división del mundo en bloques contrapuestos y a la guerra fría. Como es bien sabido, una vez desaparecidas estas dos últimas circunstancias, se están abriendo nuevas perspectivas a la acción del Consejo de Seguridad. En los próximos años se verá si este órgano logra activarse efectivamente, pero esto sólo podrá ocurrir si median las reformas esperables, de las cuales se comenzó a hablar recién a partir de la crisis del Golfo (v. p. 484). *Rebus sic stantibus*, es aconsejable dar una ojeada a la materia tal como está reglamentada actualmente.

Las competencias del Consejo de Seguridad en materia de acciones en defensa de la paz están establecidas en el cap. VII de la Carta, arts. 39 y ss.

En el cap. VI se establece, a su vez, la función *conciliatoria* del Consejo, que compite con una función análoga asignada a la Asamblea General en virtud del art. 14, y cuyo objetivo es promover el acuerdo entre las partes de cualquier controversia que pueda poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. Nos ocuparemos de la función conciliatoria del Consejo y de la Asamblea al tratar las controversias internacionales.

Según el cap. VII, una vez determinada la existencia de una amenaza a la paz, de un quebrantamiento de la paz o de un acto de agresión (art. 39), el Consejo de Seguridad puede decretar contra el Estado agresor tanto medidas coercitivas que no impliquen el uso de la fuerza, como la interrupción parcial o total de las comunicaciones y de las relaciones económicas con los otros Estados (art. 41), o bien emprender acciones armadas (art. 42 y ss.). Antes de recurrir a unas u otras, puede invitar al Estado o a los Estados interesados a adoptar aquellas "medidas provisionales" que considere necesarias a fin de no agravar la situación (art. 40).

Debe señalarse que el Consejo goza de un amplísimo poder discrecional para determinar si existe amenaza, quebrantamiento de la

Discrecionalidad del Consejo de Seguridad

paz o acto de agresión ("El Consejo —se limita a decir el art. 39— determinará la existencia..."; etc.). El Consejo de Seguridad puede tener ocasión de ejercer esta discrecionalidad sobre todo en la hipótesis de la existencia de una "amenaza a la paz": en efecto, a diferencia de la agresión y del quebrantamiento de la paz, ésta es una hipótesis sumamente vaga y elástica, no necesariamente caracterizada por la existencia de operaciones militares o que impliquen el uso de la violencia bélica, y que, por lo tanto, se presta a enmarcar las más diversas situaciones y los más variados comportamientos de los Estados. Incluso hay comportamientos y situaciones puramente internos, como, por ejemplo, una situación de guerra civil, que pueden constituir una amenaza a la paz según el juicio inapelable del Consejo; en efecto, el art. 2, párr. 7 de la Carta, en el que se prevé que los órganos de las Naciones Unidas no pueden intervenir en las cuestiones "domésticas", excluye expresamente la validez de esta norma en caso de aplicacion de las medidas coercitivas contenidas en el cap. VII.

Durante la redacción de la Carta en la Conferencia de San Francisco, varios asistentes solicitaron que la Carta contuviera mayores precisiones con respecto al principio de aplicabilidad del cap. VII y que, en particular, se definiera la agresión o, al menos, se enumerara un cierto número de casos que justificaran la intervención del Consejo de Seguridad. Era evidente la preocupación de que una amplia discrecionalidad de este órgano pudiera actuar en perjuicio de los Estados medios y pequeños que eventualmente estuvieran en la mira del Consejo, dado que, por su parte, las grandes potencias no tenían nada que temer en razón de su derecho de veto. Ahora bien, dado el recuerdo aún vivo de los calurosos pero estériles debates desarrollados en el período de entreguerras sobre la definición de la agresión, resultó fácil objetar que la Conferencia se entorpecería si se discutiesen argumentos de este tipo. Y se terminó por preferir la actual fórmula del art. 39, justamente con el objeto declarado de librar al Consejo de Seguridad la capacidad de ser el árbitro de sus propias acciones, en cada caso.

La discrecionalidad del Consejo, tal como fue establecida por el art. 39, permaneció inalterada después que la Asamblea General, en la Res. N° 3314-XXIX del 14-12-1974, adoptara una Declaración sobre la Definición de la Agresión, aun prescindiendo de la

naturaleza no vinculante de las Declaraciones de Principios de la Asamblea (v. p. 80). En esta Declaración, que fue el resultado de varios años de trabajo de un Comité nombrado al efecto, se enumeran una serie de hipótesis de agresión, desde la invasión u ocupación militar, incluso temporaria, hasta el bombardeo por fuerzas aéreas, terrestres o navales, el bloqueo de puertos y costas, el envío de bandas de mercenarios o el ofrecimiento del propio territorio para realizar ataques contra el territorio de un Estado extranjero (la llamada "agresión armada indirecta"), etc. Esta enumeración no incide sobre el art. 39 y sobre las competencias del Consejo de Seguridad, teniendo en cuenta que esta misma Declaración reconoce: que, considerando las circunstancias de cada caso en concreto, el Consejo puede establecer que la comisión de uno de los actos enumerados no justifica su intervención (art. 2); que el Consejo puede considerar agresión incluso actos no enumerados en dicha Declaración (párr. 4); y, más generalmente hablando, que la definición de la agresión contenida en esta Resolución no va en desmedro de las funciones de los órganos de la ONU, tal como están previstas por la Carta de las Naciones Unidas.

La gran discrecionalidad del Consejo de Seguridad para decidir si actúa o no en defensa de la paz hace que este sistema de seguridad colectiva, aunque pueda definirse como un sistema centralizado de sanciones, tenga características bastante *sui generis*. El funcionamiento de este sistema, en todo caso, no asegura que se aplique una sanción en caso de *violaciones graves* del derecho internacional, por ejemplo, cuando se produce alguno de los llamados crímenes internacionales previstos por el art. 19 de la *Primera Parte del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados* de la Comisión de Derecho Internacional (agresión, *apartheid*, atentado contra el principio de autodeterminación de los pueblos, etc.), de los cuales hemos hablado en su momento (v. p. 455 y ss.). En efecto, el Consejo de Seguridad puede considerar como una amenaza a la paz incluso un comportamiento que de ningún modo lesione un interés fundamental de la comunidad internacional en su conjunto. En realidad, el sistema de seguridad de la ONU se inspira en una lógica diferente de la que inspira el art. 19 del Proyecto

sobre Responsabilidad. Consiste no tanto en principios destinados a los Estados, sino en normas sobre la competencia de la organización (esto es, sobre mayorías prescriptas para las votaciones, sobre las relaciones entre el Consejo y los organismos destinados a ejecutar sus decisiones, sobre la creación de órganos subsidiarios, etc.): es el respeto de estas normas; en otras palabras, es el respeto de los procedimientos más que el respeto de las normas materiales internacionales, lo que garantiza la "juridicidad" de las sanciones del Consejo.

* * *

Examinemos ahora, someramente, las tres fases (medidas provisionales, medidas que no implican uso de la fuerza, medidas que implican uso de la fuerza) por las que puede pasar la acción del Consejo de Seguridad, en términos de la Carta.

a) *Las medidas provisionales*

"A fin de evitar que la situación se agrave —dice el art. 40— el Consejo de Seguridad... podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales".

Como se puede observar, esta provisionalidad se relaciona tanto con el objetivo que pueden perseguir tales medidas, que es simplemente prevenir un agravamiento de la situación, como con las limitaciones impuestas a su contenido, dado que estas medidas no deben perjudicar los derechos o las posiciones de las partes interesadas. Una medida provisional *típica*, tanto en caso de guerra internacional como civil, es el "alto el fuego".

Debe señalarse que, en varios casos, el Consejo ha adoptado medidas provisionales encuadrables en el art. 40. Pero también debe señalarse que, por lo general, aunque perdurase la crisis por la cual se habían indicado las medidas, en razón de existir desacuerdo entre sus miembros, el Consejo no logró pasar a determinar sanciones según el art. 41 o acciones armadas según el art. 42 y ss.

Cese del fuego

Como ejemplos de resoluciones que contienen un "alto el fuego" pueden mencionarse: la Res. N° 27 del 1-8-1947 (guerra de la independencia indonesia); N° 50 del 19-5-1948 y N° 54 del 15-7-1948 (conflicto árabe-israelí); N° 63 del 24-12-1948 (Indonesia); N° 92 del 8-5-1951 (Medio Oriente); N° 104 del 20-6-1954 (situación interna en Guatemala); N° 164 del 22-7-1961 (conflicto entre Francia y Túnez); N° 205 del 22-5-1965 (situación interna de la República Dominicana); N° 210 del 6-9-1965 (conflicto entre la India y Pakistán); N° 233-235 del 6-6, 7-6 y 9-6-1967 (Guerra de los Seis Días); N° 307 del 21-12-1971 (India-Pakistán); N° 338 del 22-10-1973 (Medio Oriente); N° 353 del 20-7-1974 y N° 357 del 14-8-1974 (Chipre); N° 502 del 3-4-1982 (Guerra de Malvinas); N° 508 del 5-6-1982 (Líbano); N° 514 del 12-7-1982 (guerra entre Irán e Irak); N° 517 del 4-8-1982 (Líbano); N° 582 del 24-2-1986 (guerra entre Irán e Irak).

Naturaleza no vinculante de las medidas provisorias

Según la letra del art. 40, las medidas provisionales sólo son objeto de una invitación y, por lo tanto, de una recomendación (v. p. 241) del Consejo. En la doctrina y en la práctica se trató de atribuirle naturaleza vinculante a esta "invitación", pero no nos parece posible compartir esta posición. La mencionada opinión se fundamenta principalmente en un argumento presentado por la última parte de ese mismo art. 40, donde se dice que "... el Consejo tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales". En otras palabras, al referirse a la posibilidad de que se apliquen sanciones, esta última parte del artículo haría obligatorio el comportamiento requerido en la recomendación. A esto puede responderse que este argumento prueba demasiadas cosas. En efecto, las únicas sanciones a disposición del Consejo son las medidas previstas en el art. 41 y la intervención armada prevista en el art. 42; pero, debido a la ya demostrada discrecionalidad del Consejo de Seguridad para constatar la existencia de una amenaza o un quebrantamiento de la paz, estas sanciones pueden resultar de *cualquier* comportamiento de un Estado.

b) *Las medidas que no implican uso de la fuerza*

Ya hablamos de estas medidas previstas por el art. 41, cuando nos ocupamos de las fuentes de normas internacionales y, específicamente, de los actos de las organizaciones internacionales (v. p. 194 y ss.). Vimos entonces que, según el art. 41, el Consejo puede *obligar* a los Estados miembros de la ONU a adoptar toda una serie de medidas (desde las más blandas, como por ejemplo, la interrupción de las relaciones diplomáticas, a las más severas, como el bloqueo económico total) contra un Estado que, siempre según el juicio inapelable de este órgano, amenace o haya quebrantado la paz.

c) *Las medidas que implican uso de la fuerza*

Los arts. 42 y ss. se ocupan de la hipótesis de que el Consejo de Seguridad decida emplear la fuerza: *contra* un Estado culpable de realizar una agresión o una amenaza, o de quebrantar la paz; o bien emplearla *dentro* de un Estado, por ejemplo, interviniendo en una guerra civil, cuando se considere que la situación interna puede plantear una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, como sucede la mayoría de las veces justamente en el caso de una guerra civil.

Las acciones del Consejo de Seguridad como acciones de policía

La posibilidad de que el Consejo de Seguridad recurra a medidas violentas está claramente concebida en el art. 42 como *una acción de policía internacional* ("El Consejo... *podrá ejercer*, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, *la acción* que sea necesaria para mantener o restablecer la paz..."). Por lo tanto, la resolución en la cual el órgano declara su decisión de actuar pertenece al género de las decisiones *operativas*, en virtud de las cuales la Organización no ordena o recomienda algo a los Estados miembros, sino que actúa directamente. Tal como especifican los arts. 43 y ss. y según una característica que, durante la redacción de la Carta, fue considerada, precisamente, la principal del sistema de seguridad colectiva de la ONU, esta acción directa de la Organización consiste en utilizar contingentes armados, incluso nacionales, pero siempre bajo un comando internacional del mismo Consejo de Seguridad.

Se comprende fácilmente el objetivo que persiguen los arts. 42 y ss. cuando centralizan en la Organización no sólo el poder de decidir que se use la fuerza, sino también la dirección de las operaciones militares: se trata, por un lado, de garantizar la objetividad e imparcialidad de la acción, como así también de controlar que ésta permanezca dentro de los límites estrictamente indispensables para mantener la paz y, por otro lado, de eliminar cualquier iniciativa militar de los Estados que no se justifique en motivos de legítima defensa, de acuerdo con el art. 51.

Recomendaciones sobre el uso de la fuerza

Si esto es así, hay que sostener que las decisiones por las cuales el Consejo simplemente autoriza a los Estados miembros a usar la fuerza contra determinado país, dejando en sus manos el comando y el control de las operaciones, no se encuadran en los arts. 42 y ss. y, por lo tanto, no se puede considerar que originen *acciones de policía internacional*. ¡Claro que si el Consejo delega en los Estados el uso de la fuerza, lejos de asumir la responsabilidad de esta acción, se lava las manos! Sólo puede admitirse la legitimidad de las resoluciones que autorizan a los Estados a usar la fuerza —y con esto modificamos una opinión expresada tanto en las ediciones precedentes de este libro como en otros ámbitos— en el marco del art. 51 y, específicamente, de esa parte del art. 51 que reconoce el derecho a la legítima defensa "colectiva" para rechazar un "ataque armado": ya se dijo que el uso de la fuerza para defenderse, o para ayudar a otros a defenderse, de un ataque armado, tiene, por así decirlo, un límite de carácter procedimental, que consiste en la obligación de poner término a dicho uso de la fuerza una vez que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas "necesarias" para mantener la paz (v. p. 460); ahora bien, toda decisión que autorice a los Estados a usar la fuerza, incluso si se produce después que el Consejo haya adoptado algunas de las medidas previstas por el cap. VII, comporta la eliminación de ese límite y, por lo tanto, la licitud de la acción llevada a cabo por cada uno de los Estados. Es necesario, obviamente, que se haya producido un ataque armado, un acto de agresión. Ilegítima sería, en cambio, toda resolución del Consejo de Seguridad que autorizara el uso de la fuerza en cualquier otro caso en el cual —a su discre-

ción, como se vio recién— éste puede tomar acciones militares según los arts. 42 y ss.

Guerra de Corea

Hasta ahora el Consejo sólo ha autorizado el uso de la fuerza en dos oportunidades, y en ambas, frente a situaciones claras de agresión armada. El primer caso corresponde a la cuestión coreana. En la Resolución N° 83 del 27-6-1950, el Consejo recomendó a los Estados miembros socorrer a Corea del Sur para rechazar el ataque realizado por Corea del Norte; en una decisión ulterior, la N° 84 del 7-7-1950, se felicitó por la acogida que había tenido la recomendación del 27-6 en cierto número de países; aceptó que el comando de las fuerzas que operarían contra Corea del Norte fuera asumido por los Estados Unidos de América y autorizó el uso de la bandera de la ONU.

Guerra del Golfo

El otro caso corresponde a la crisis del Golfo en 1990-91. En esta oportunidad, luego de tomar algunas decisiones en virtud del art. 41 (v. p. 196) para tratar de inducir a Irak a abandonar Kuwait, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución N° 678 del 19-11-1990, en la cual, si Irak no se retiraba hasta el 15-1-1991, se autorizaba a los Estados miembros a usar "todos los medios necesarios" para alcanzar este objetivo y restablecer la paz y la seguridad en el área del Golfo. Entre los "medios necesarios" estaba, naturalmente, el uso de la fuerza, que se verificó puntualmente en la guerra del Golfo. Por otra parte, ya había sido autorizado un uso limitado de la fuerza en la precedente resolución, N° 665 del 25-8-1990, que preveía el bloqueo de las costas de Irak y de Kuwait, de manera de impedir el comercio con la costa. (Recuérdese que el bloqueo naval, que implica la posibilidad de detener naves incluso de bandera de otros Estados, es una medida de tipo bélico.)

Modalidad de las acciones del Consejo de Seguridad

Pasando a las modalidades con que el Consejo de Seguridad puede iniciar acciones armadas en defensa de la paz, es necesario aclarar que hoy deben considerarse letra muerta las normas que se ocupan de ellas, esto es, los arts. 43-47 de la Carta de las Naciones Unidas. Los arts. 43, 44 y 45 prevén la *obligación* de los Estados miembros de celebrar acuerdos especiales con el Consejo de Seguridad, "lo antes posible" (¡estábamos en 1945!), con el fin de establecer el número, el grado de preparación, la ubicación, etc., de las fuerzas armadas que luego podría utilizar el Consejo, total o parcialmente (cfr. también el art. 48, párr. 1), a medida que se presentara la necesidad; según los arts. 46 y 47, la concreta utilización de los diferentes contingentes nacionales habría debido estar en manos de un Comité de Estado Mayor, compuesto por los Jefes de Estado Mayor de los cinco miembros permanentes y bajo la autoridad del Consejo de Seguridad. Como se puede ver, entonces, el presupuesto y la base del sistema eran los acuerdos especiales que se celebrarían entre los Estados miembros de la ONU y el Consejo, que, por otra parte, serían objeto de una verdadera obligación *de contrahendo* para los primeros; es más, durante el período de redacción de la Carta se insistió clara y expresamente en que el Consejo de Seguridad nunca podría imponerles a los Estados prestaciones en armas o en tropas que no estuviesen previstas por dichos acuerdos especiales. Ahora bien, dado que nunca se concluyeron estos acuerdos y que nunca se hizo nada por concluirlos por falta de coincidencia entre las grandes potencias, debe considerarse que tanto los arts. 43 y ss. como la obligación *de contrahendo* para los Estados miembros han caído en *desuetudo*.

Este es el marco normativo de las medidas que implican el uso de la fuerza. En lo que respecta a la práctica internacional, es necesario poner en evidencia (y no hay necesidad de repetir las consideraciones de siempre sobre la impotencia del Consejo de Seguridad) que la constitución de fuerzas armadas para realizar acciones de policía se verificó en raras ocasiones, con enorme cautela y, obviamente, con modalidades diferentes de las aquí tratadas. En particular, se remiten al art. 42, aunque con un poco de buena voluntad, los casos del Congo (1960-61), de Chipre (1964), del Medio Oriente (desde 1973) y, tras el fin de la guerra fría, los de la ex Yugoslavia y de Somalia.

Intervención en el Congo

En el caso del Congo, frente al estado de anarquía y de guerra civil en el que se debatía el país luego de haberse independizado de Bélgica, y a causa de la fuerte importancia internacional que había asumido la crisis interna, el Consejo, mediante la Res. N° 143 del 14-7-1960, "autorizó" al Secretario General a proporcionarle al Gobierno congoleño la asistencia militar necesa-

ria hasta el momento en que lograse mantener el orden interno por sí mismo; luego, una vez constituida la Fuerza de las Naciones Unidas (encuadrada en la ONUC: Organización de las Naciones Unidas en el Congo) con contingentes voluntariamente ofrecidos por los Estados miembros y bajo la autoridad del Secretario General, y habiéndose verificado, por otra parte, varios acontecimientos muy graves, como el asesinato del dirigente Lumumba, la secesión de la provincia de Katanga y la muerte del entonces Secretario General Hammarskjöld, en otras decisiones ulteriores el Consejo insistió en los objetivos de la Fuerza, autorizando el recurso a las armas para impedir la guerra civil (Res. N° 161 del 21-2-1961) y para eliminar la presencia de mercenarios extranjeros en el país, en particular en la provincia de Katanga (Res. N° 169 del 24-11-1961).

Intervención en Chipre

La primera decisión en el caso de Chipre se remonta al 4-3-1964, en que se consideró que la lucha entre las facciones internas chipriotas podía poner en peligro la seguridad internacional y se "recomendó" al Secretario General constituir también allí, durante tres meses, una Fuerza de la ONU "encargada del mantenimiento de la paz en Chipre", con contingentes ofrecidos por los Estados miembros; posteriormente, primero por tres meses y luego por seis meses, en ulteriores disposiciones se ha ido prorrogando el mantenimiento de la Fuerza en la isla.

El elemento que caracteriza a las acciones en el Congo y en Chipre es que, en ambos casos, el Consejo ha delegado en el Secretario General tanto la decisión, a través de acuerdos con los Estados miembros, como el comando de las fuerzas internacionales. A diferencia de lo que hemos dicho respecto de la delegación de competencias en los Estados, no nos parece que esta delegación de competencias en el Secretario General sea contraria al espíritu del art. 42, dado que la acción llevada a cabo por el Secretario General conforme a las directivas del Consejo es siempre una acción de la ONU, cuya objetividad e imparcialidad se presume.

Para rebatir que las acciones llevadas a cabo en el Congo y en Chipre estuvieran encuadradas en el art. 42, se apeló al hecho de que dichas acciones no se desarrollaron en *contra* sino *dentro* de un Estado; que fueron organizadas con el consentimiento del gobierno local; y que las fuerzas de la ONU sólo fueron autorizadas a servirse de las armas (por otra parte, sólo en el primer momento en el caso del Congo) para defenderse y en caso de extrema necesidad. En sentido contrario, puede observarse: que el art. 42 utiliza expresiones bastante elásticas como para poder hacer referencia a situaciones internas de significación internacional; que el objetivo esencial del art. 42 es confiar al Consejo funciones de policía internacional, las que,

sin duda, han estado presentes en los casos que estamos examinando; que la intervención en una guerra civil o en una situación análoga, es decir, en una situación en la cual casi siempre es necesario combatir la presencia indirecta de Estados extranjeros, asume incluso cierto carácter de sanción (pensemos en los mercenarios belgas en el Congo y en las interferencias griegas y turcas en Chipre); y, finalmente, que si a una fuerza de policía internacional se le da la orden de hacer uso de las armas sólo para defenderse, no pierde por esto sus características, así como no las pierde el cuerpo de policía interna al cual se le impide disparar contra manifestantes. Por otra parte, por estos mismos motivos parece absurdo encuadrar, como se ha hecho, acciones como las desarrolladas en el Congo y en Chipre entre las normas de la Carta que no se refieren a acciones militares, por ejemplo, entre las normas del cap. VI, es decir, entre las normas relativas a la función conciliatoria (v. p. 513).

Intervenciones en Medio Oriente

Con modalidades más o menos idénticas a las de las Fuerzas de las Naciones Unidas en el Congo y en Chipre se constituyó la UNEF (Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas) mediante la Res. N° 340 del 25-10-1973, la UNDOF (Fuerza de Observación de las Naciones Unidas) mediante la Res. N° 350 del 31-10-1974 y la UNIFIL (Fuerza Interina de las Naciones Unidas en el Líbano) mediante las Res. 19-3-1978 N° 425 y 426 del 19-3-1978, que operan todas en el Medio Oriente y cuyo mandato ya ha sido renovado varias veces. De este modo, es necesario recordar la UNPROFOR, enviada a la ex Yugoslavia en 1992, y la ONUSOM, que actúa en Somalia desde 1992.

* * *

Incompetencia de la Asamblea General en materia de acciones en defensa de la paz

En consecuencia, el cap. VII de la Carta centraliza las acciones necesarias para el mantenimiento de la paz en el Consejo de Seguridad. En el pasado se discutió mucho si la Asamblea General también tenía la competencia de decidir la adopción de las medidas previstas en el cap. VII. Algunos sostuvieron la existencia de esta competencia de la Asamblea General, a la luz de la misma Carta, sobre la base de normas que se habrían formado consuetudinariamente. Este tema constituyó objeto de encendidas discusiones doctrinarias entre 1950 y 1960, época en la cual la Asamblea General, bajo la influencia de Estados Unidos, manifestó cierta tendencia a sustituir al Consejo de Seguridad en la función del mantenimiento de la paz, por haber constatado la parálisis de ese órgano debido al ejercicio del derecho de veto. Sucesivamente se ha ido atenuando la importancia del tema, en razón de la incapa-

cidad de la Asamblea de continuar el camino que había emprendido, debido al enorme aumento del número de sus miembros (todos los Estados miembros de la ONU están representados en la Asamblea General: v. p. 189) y a que las grandes potencias se negaron a permitir la puesta en práctica de acciones eficaces por parte de un órgano tan ampliado y cada vez menos controlable por ellas.

Aclaremos que la Asamblea tiene la más amplia competencia para adoptar recomendaciones sobre el mantenimiento de la paz en el marco de la función conciliadora que, como veremos, expresamente le reconoce la Carta y sobre la base de la cual contribuye a la solución de las controversias internacionales (v. p. 519). El problema es si, frente a una crisis internacional, la Asamblea puede adoptar específicamente medidas provisionales, medidas que no impliquen el uso de la fuerza o bien medidas que impliquen el uso de la fuerza, de modo similar a lo que prevén los arts. 40, 41 y 42 de la Carta, respectivamente.

En nuestra opinión, no puede haber dudas acerca de que, *a la luz de la Carta,* la Asamblea es plena y absolutamente incompetente para adoptar medidas como las de los arts. 41 y 42 (la cuestión varía en el caso de las medidas provisionales, dado que como éstas no presentan carácter de sanción, se superponen a las medidas para el arreglo pacífico de las controversias y, por lo tanto, pueden entrar en la función conciliatoria que puede ejercer la Asamblea). Esta incompetencia para adoptar (e incluso simplemente para recomendar) medidas que no impliquen el uso de la fuerza o para emprender acciones armadas surge de una expresa reserva contenida en el art. 11, párr. 2, de la Carta que, luego de prever que la Asamblea puede discutir y hacer recomendaciones sobre cualquier cuestión relativa al mantenimiento de la paz, agrega: "Toda cuestión de esta naturaleza *con respecto a la cual se requiera acción* será referida al Consejo de Seguridad...". Esta reserva se corresponde perfectamente con el hecho de que el cap. VII —que es el único capítulo que prevé las medidas de las cuales estamos hablando y que hace referencia, de manera exclusiva, al Consejo de Seguridad— se titula, precisamente, "*acción* en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión".

Intervención en Suez

Debe sostenerse, por lo tanto, que a la luz de la Carta son ilegítimas las decisiones adoptadas por la Asamblea General durante la crisis de Suez de 1956 (única operación importante llevada a cabo por la Asamblea en materia de mantenimiento de la paz), sobre las que se basó la constitución de la primera Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas (UNEF). Esta fuerza (no confundir con la UNEF que sería constituida por el Consejo de Seguridad en 1973 y sobre la cual v. p. 487), de cuya constitución —a partir de contingentes ofrecidos por los Estados miembros— se encargó el Secretario General, tuvo la tarea de "asegurar y vigilar" el cese de hostilidades entre Egipto, por una parte, e Israel, Gran Bretaña y Francia, por la otra (cfr. las Res. N° 998-ES I del 4-11-1956, N° 1000-ES I del 5-11-1956 y N° 1001-ES I del 7-11-1956).

Competencia de la Asamblea en base al derecho consuetudinario

Como decíamos, parte de la doctrina sostiene que, aun sin tener fundamento en la Carta, esta competencia de la Asamblea para recomendar sanciones que no impliquen uso de la fuerza o para emprender acciones militares encontraría su base en la práctica y, por lo tanto, estaría prevista por una norma consuetudinaria. Al respecto, se suele partir de una famosa decisión de la Asamblea, la Res. N° 377-V del 3-11-1950, denominada *Uniting for Peace*. Esta resolución, promulgada durante la crisis de Corea en el período más agudo de la Guerra Fría, estableció explícitamente que, en el caso de inercia del Consejo de Seguridad frente a un quebrantamiento de la paz o a un acto de agresión, le correspondería a la Asamblea decretar todas las medidas adecuadas, incluso la constitución de fuerzas armadas de las Naciones Unidas (cfr. la Parte A de la Resolución, en especial, N° 1 y 8); y, desde el punto de vista procedimental, previó que, a tal fin, la Asamblea pudiera ser convocada de urgencia en sesión extraordinaria, a pedido del Consejo de Seguridad (por votación sin derecho de veto) o de la mayoría de los miembros de la Organización. Según la doctrina de la cual estamos hablando, la plena competencia de la Asamblea para recomendar y para emprender acciones en defensa de la paz, enunciada en la *Uniting for Peace*, se habría consolidado definitivamente en virtud de la costumbre por medio de ulteriores manifestaciones prácticas, como la acción en Suez de 1956, varias decisiones sobre medidas que no implicaran uso de la fuerza adoptadas contra Sudáfrica, Israel, etc.

No obstante, nos parece que nunca se consolidó una norma consuetudinaria sobre la competencia de la Asamblea. En los años cincuenta, e incluso más tarde, esta competencia encontró firme oposición en los Estados socialistas; posteriormente, incluso aquellos países, con Estados Unidos a la cabeza, que habían impulsado la adopción de la *Uniting for Peace* y se habían enrolado decididamente en favor de la competencia de la Asamblea (cuyo control, que hoy en día no tienen, tenían en ese momento), terminaron por revisar sus posiciones.

Para las referencias a la práctica internacional, cfr. Conforti, p. 209.

* * *

Organizaciones regionales

También forman parte del sistema de seguridad colectiva bajo el control del Consejo de Seguridad las organizaciones regionales creadas con el fin tanto de desarrollar la cooperación entre los Estados miembros e impulsar la solución de las controversias entre ellos, como —y es lo que nos interesa— con el de promover la *defensa* común hacia el exterior. Estas organizaciones son: la Liga de los Estados Árabes, que data de 1945; [el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de 1957 (TIAR) vinculado a] la Organización de Estados Americanos (OEA), que nació en 1948 con la Carta de Bogotá y que reúne a Estados Unidos, Canadá, a los Estados de América Latina y a los Estados del Caribe; la Unión Europea Occidental (UEO), constituida también en 1948; la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), creada en 1949 entre las potencias occidentales; la A.NZ.US, surgida en 1951 entre Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos (pero desde 1986, Nueva Zelanda ha dejado de formar parte de ella a causa de la dirección decididamente pacifista de su Gobierno); la Organización para la Unidad Africana (OUA), constituida en 1963; y la Organización de los Estados del Caribe Oriental que reúne, desde 1981, a algunos Estados de la zona. También debía considerarse una organización de este tipo a la Organización del Pacto de Varsovia, que reunía a los países del Este europeo antes de la disolución del bloque de los Estados socialistas.

La pertenencia de estas organizaciones al sistema de seguridad colectiva de la ONU se funda en el art. 53 de la Carta, que establece que el Consejo de Seguridad utilizará los "acuerdos u organismos regionales, si a ello hubiere lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad" y agrega que "no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales... sin autorización del Consejo de Seguridad...". Como ya se ha dicho con toda justicia, y considerando sobre todo la necesidad de que exista una autorización del Consejo de Seguridad en virtud del mencionado art. 53, las organizaciones regionales parecen casi "órganos descentralizados de las Naciones Unidas" (Quadri).

El art. 53 debe coordinarse con el art. 51, que, como ya se dijo, admite la legítima defensa tanto individual como colectiva, entendiendo por esta última la posibilidad de que la reacción a un ataque armado no sólo provenga del Estado atacado, sino también de terceros Estados (v. p. 457); es más, la legítima defensa colectiva fue incluida en la Carta precisamente para la eventualidad de que se crearan alianzas defensivas a escala regional. De esta manera, las organizaciones regionales pueden actuar coercitivamente contra un Estado sólo con autorización del Consejo de Seguridad (art. 53) y sólo pueden prescindir de dicha autorización en caso de respuesta a un ataque armado que ya se haya iniciado (art. 51).

Organizaciones regionales y legítima defensa colectiva

Quinta parte

Determinación de las normas internacionales y solución de controversias entre Estados

XLVII. Función jurisdiccional internacional

Naturaleza arbitraria de la función jurisdiccional internacional

La función jurisdiccional internacional (entendiendo el término "jurisdicción", como lo utilizaremos aquí, en el sentido de "determinación vinculante del derecho" es aún hoy (y aparte de lo que digamos respecto de la Corte de las Comunidades Europeas y de la Corte Europea de Derechos Humanos) sustancialmente de naturaleza voluntaria, ya que está ligada al principio según el cual un juez internacional, aunque haya sido constituido como tal, *nunca puede juzgar a menos que su jurisdicción haya sido previamente aceptada por todos los Estados que sean parte en una controversia*. ¡Por cierto que esto no resulta edificante cuando se trata de afirmar la Justicia en las relaciones entre los Estados! Por otra parte, éste es uno de los motivos fundamentales que nos llevaron a privilegiar el momento *interno* de la aplicación del derecho internacional respecto del *internacional*: no hay duda de que no sólo la aplicación sino también la determinación del derecho internacional se encuentra confiada principalmente a los operadores jurídicos internos y, por consiguiente, en el caso de Italia, a los jueces nacionales. No obstante —y también aquí estamos repitiendo conceptos ya enunciados—, en una época como la nuestra, que ve que al nivel de los individuos que componen las diversas comunidades estatales se crean solidaridades internacionales, fundadas en la comunión de ideologías, no tiene mayor significación el hecho de que la aplicación del derecho internacional termine por depender del juez del mismo Estado que, tal vez, tenga interés en no aplicarlo:

por lo tanto, el juez interno puede ser, por decirlo así, más internacionalista que el propio Estado, o sea, más internacionalista que los órganos que en su Estado se ocupan de las relaciones con el exterior, e incluso más internacionalista que un juez internacional. [Como ya se expreso más arriba, la Corte Suprema de Justicia argentina se consideró con atribuciones para velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino, previniendo la eventual responsabilidad internacional del Estado por los actos u omisiones de sus órganos internos. Sostuvo que ésta era una cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de la Corte (Caso Ekmekdjian, 1992).]

* * *

Nociones de controversia internacional

Los Estados son libres de remitir a un tribunal internacional cualquier controversia que surja en el curso de sus relaciones; lo importante es que estén de acuerdo en someter la controversia a una instancia jurisdiccional internacional, aceptando la decisión de ésta como vinculante. En efecto, a los fines del ejercicio de la función jurisdiccional internacional vale la noción de controversia, tan difundida como célebre, que fue dada por la Corte Permanente de Justicia Internacional (v. p. 499) en la sentencia del 30-8-1929 en el asunto *Mavrommatis* (CPJI, *Recueil*, Série A, N° 2, p. 11), y que fue retomada por la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ, *Recueil*, 1962, p. 328): "La controversia —dice la Corte— es un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, un contraste, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos sujetos". No existen, en definitiva, controversias "justiciables" y controversias "no justiciables", dado que el derecho internacional es capaz de pronunciarse sobre cualquier relación entre Estados, al menos en favor de la libertad del Estado del cual pretende obtener algo la otra parte en la controversia; sólo existen controversias en las cuales las partes asumen el compromiso de someterse a un tribunal internacional constituido y controversias en las cuales no se asume este compromiso y su eventual solución queda, como veremos, en manos de las "vías diplomáticas" (v. p. 508 y ss.). Está demasiado ligada a la idea de la imposibilidad de eliminar la fuerza en las relaciones internacionales y suena ya anacrónica la distinción entre controversias jurídicas y controversias políticas, a la que fuera tan afecta la doctrina de entreguerras y que consiste en que, a diferencia de las primeras, en las segundas ambas partes (según algunos) o al menos una (según otros) no invocan el derecho internacional pero pretenden modificarlo en su favor. Es cierto que en importantes acuerdos aún vigentes (que tienen sus raíces en el período mencionado) se limita expresamente la obligación de arreglo judicial prevista para las controversias "jurídicas"; pero también es cierto que muy rara vez esto ha inducido a los tribunales internacionales investidos para decidir una controversia en virtud de dichos acuerdos, a negar la propia jurisdicción. En todo caso, es una cuestión de interpretación de cada acuerdo en materia de jurisdicción en particular, establecer a qué controversias se refiere ese acuerdo y, por lo tanto, aclarar el significado de las cláusulas por las cuales se excluyen determinadas categorías de controversias (hoy sobre todo indicadas como controversias relativas a la *domestic jurisdiction*: v. p. 310 y ss.).

Controversias jurídicas y controversias políticas

Entre las disposiciones que se refieren a las controversias jurídicas se encuentra el art. 36, párr. 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, redactado sobre la base del Estatuto de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, constituida en la época de la Sociedad de las Naciones. Como veremos enseguida, el art. 36, párr. 2, prevé que los Estados que acepten como obligatoria la jurisdicción de la Corte por medio de una declaración *ad hoc*, pueden ser demandados ante dicha Corte por cualquier otro Estado que haya emitido esa misma declaración; y establece que dicha declaración de aceptación podrá referirse "... a todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional". Ahora bien, no existen casos que la Corte Internacional de Justicia se haya negado a juzgar en razón del "carácter político" de la controversia, excepción declarada, respectivamente, por Irán y por Estados Unidos (y rechazada por la Corte) en el asunto del *Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán* (Sent. del 24-5-1980 en CIJ, *Recueil*

1980, p. 20, N° 37) y en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, competencia y admisibilidad* (*idem*, 1984, p. 439, N° 105).

Otro instrumento referido a las controversias jurídicas, que también retoma exactamente la enumeración del citado art. 36, párr. 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es la Convención Europea para la Solución Pacífica de Controversias, de 1957, auspiciada por el Consejo de Europa y que vincula también a Italia. El art. 1 de esta Convención prevé la obligación de someter las controversias jurídicas a la Corte Internacional de Justicia; en el caso de las controversias no jurídicas (art. 4 y 19) prevé la obligación de recurrir a la conciliación (v. p. 509 y ss.) y, si ésta fracasa, a un tribunal arbitral *ad hoc*.

* * *

Por lo tanto, el proceso internacional tiene sustancialmente naturaleza *arbitral*, porque, como se dijo, se apoya en la voluntad y, por tanto, en el acuerdo de *todos* los Estados partes de una controversia. Si no existe tal voluntad, si no se logra este acuerdo, no es posible obligar a un Estado a someterse a juicio.

El instituto del arbitraje internacional evolucionó notablemente a partir de la segunda mitad del siglo pasado: aun cuando esta evolución no modificó el fundamento voluntarista del proceso internacional, aun cuando hoy sigue vivo el principio por el cual es necesario que exista acuerdo entre todas las partes en una controversia para obtener una sentencia internacional, se han previsto acciones y mecanismos para favorecer tanto la formación de *acuerdos* de este tipo como la *institucionalización* de la función arbitral. Veamos sucintamente en qué sentido.

Arbitraje ocasional

El punto de partida de la evolución del instituto del arbitraje es el arbitraje ocasional. En el siglo pasado, de acuerdo con una práctica internacional que se había ido consolidando paralelamente a la consolidación de la soberanía de los Estados tras la disgregación del Sacro Imperio Romano (ya que en épocas precedentes, por ejemplo, en la época comunal, había sido mayor la propensión a asumir compromisos arbitrales amplios y generalizados), a menudo el arbitraje se desarrollaba de la siguiente manera: una vez surgida una controversia entre dos o más Estados, se celebraba un acuerdo, el llamado *compromiso* arbitral, con el cual se nombraba un árbitro (por ejemplo, un Jefe de Estado) o un colegio arbitral; eventualmente, se establecían algunas normas de procedimiento y, finalmente, las partes se obligaban a respetar el laudo que se dictara (el que a menudo constaba sólo de una parte dispositiva, ya que el árbitro no estaba obligado a dar a conocer sus motivaciones). Como es fácil de ver, esta era la forma más rudimentaria y aproximativa de la determinación judicial del derecho (a la cual, por otra parte, se recurre también hoy en día, aunque más raramente y sin ciertas características, como la falta de motivación de las sentencias arbitrales). Y decimos que se trata de una forma aproximativa y rudimentaria de determinar judicialmente el derecho, no sólo en razón del procedimiento sumario que se sigue, sino también porque, dado que el compromiso arbitral no precedía sino que sucedía a la aparición de la controversia, sólo podía ocuparse de asuntos *minoris generis*.

Compromiso arbitral

A partir del arbitraje ocasional, este instituto se ha ido desarrollando, tanto en lo que respecta a las características del acuerdo entre los Estados partes de la controversia, que es el presupuesto indispensable para que se dicte un laudo, cuanto en la *institucionalización* cada vez mayor del colegio arbitral que dirime la controversia. *Grosso modo*, en el desarrollo de este instituto pueden distinguirse dos fases sucesivas:

Fase I: Ya a fines del siglo pasado (sobre todo en el continente americano) y a comienzos del presente (en el continente europeo) se comenzó a recurrir a determinados artilugios para facilitar la celebración de los acuerdos interestatales necesarios para instaurar un proceso internacional: así han aparecido aquellas *cláusulas compromisorias* y *tratados generales* de arbitraje, a los que llamaremos "incompletos" para distinguirlos de las cláusulas compromisorias y tratados generales de arbitraje "completos", de los que nos ocuparemos enseguida. La cláusula compromisoria (incompleta) se agrega a cualquier tratado y crea la *obligación* de los Estados signatarios de recurrir al arbitraje en todos los casos futuros en que surjan controversias respecto de la aplicación e interpretación de dicho tratado; es análoga la función de un tratado general de arbitraje (incompleto)

Cláusulas compromisorias y tratados generales de arbitraje "incompletos"

que crea igualmente la obligación genérica de recurrir al arbitraje, precisamente, en todas las controversias que puedan surgir entre las partes contratantes en el futuro, a excepción de algunos casos (la llamada "cláusula de excepción" en los tratados de arbitraje): en una época se exceptuaban las controversias relativas al honor o a la independencia de las partes, o que fuesen de naturaleza política, y hoy en día se exceptúan las controversias respecto de cuestiones que pertenecen al dominio reservado del Estado (v. p. 310 y ss.). Es fácil de ver que las cláusulas compromisorias y los tratados generales de arbitraje incompletos sólo crean una obligación de *contrahendo*, es decir, la obligación de celebrar el compromiso arbitral. De no mediar este compromiso arbitral, no se puede llegar en modo alguno a que se dicte un laudo.

Cláusula de excepción en los tratados de arbitraje

En este mismo período se asiste a la aparición de la tendencia a institucionalizar los tribunales internacionales, esto es, a crear órganos arbitrales permanentes (a disposición de los Estados que tienen la intención, o están de acuerdo, en servirse de ellos) y a promulgar normas de procedimiento (contencioso, régimen de prueba, necesidad o no de presentar la motivación del juez en la sentencia, etc.) que sean aplicables en cualquier clase de procedimiento arbitral así determinado. Fuera de algunos precedentes en el continente americano, se verifica esta tendencia a la institucionalización en la constitución de la Corte Permanente de Arbitraje, que existe todavía hoy y que fuera creada por las Convenciones de La Haya sobre Guerra Terrestre, de 1899 y 1907, respectivamente. Por otra parte, en el seno de la Corte la institucionalización es mínima. De hecho, se trata de una nómina de árbitros, actualizada periódicamente, entre los cuales pueden elegir los Estados para conformar el colegio arbitral. Incluso las normas procedimentales a las cuales deben atenerse los árbitros, que han sido fijadas por las Convenciones de La Haya, no son muchas y, de cualquier modo, no subsisten frente a las que eventualmente establezcan las partes.

Corte Permanente de Arbitraje

Fase II: En esta segunda fase, que se inicia, *grosso modo*, con el fin de la Primera Guerra Mundial, tuvo lugar un proceso de institucionalización aún mayor, en primer lugar con la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el período de la Sociedad de las Naciones, y luego, en 1945, con la Corte Internacional de Justicia. Esta última es un órgano de las Naciones Unidas y sustituyó a la Corte Permanente de Justicia Internacional (a la que no se debe confundir con la Corte Permanente de Arbitraje, que todavía existe). Tiene sede en La Haya y funciona sobre la base de un Estatuto anexo a la Carta de la ONU que reproduce, con algunas variantes de poca importancia, el Estatuto de la antigua Corte Permanente. La Corte Internacional de Justicia presenta un fuerte grado de institucionalización: consiste en un cuerpo permanente de jueces elegidos por la Asamblea General y por el Consejo de Seguridad, que juzgan sobre la base de normas procedimentales precisas y complejas que son inderogables para las partes. Sin embargo, no deja de ser un tribunal jurisdiccional, que sólo juzga si existe acuerdo entre todas las partes de la controversia.

Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia puede decidir no sólo conforme a derecho, sino también conforme a equidad (*ex aequo et bono*), si las partes así lo requieren (art. 38, párr. 2, del Estatuto de la CIJ).

Además de su jurisdicción en materia contenciosa, de la cual hemos hablado hasta aquí, la Corte también tiene una función consultiva: sobre la base del art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas y de los art. 65 y ss. de su propio Estatuto, puede dar su opinión respecto de cualquier cuestión jurídica, a pedido de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, o también de otros órganos del Sistema ONU, aunque con autorización de la Asamblea General. Si bien sus opiniones no son vinculantes, y aunque, de hecho, muchas veces no han sido tomadas en cuenta, sin embargo, resulta significativo el aporte de la actividad consultiva de la Corte tanto en lo que concierne a la determinación de la existencia de normas internacionales generales, cuanto a la interpretación de la Carta de la ONU. Por ejemplo, pensemos en la Opinión Consultiva del 28-5-1951 respecto de la Convención sobre Represión del Genocidio, que marcó una etapa fundamental en la reglamentación de las reservas a los tratados (v. p. 132), o en las Opiniones del 21-6-1971 sobre Namibia o del 16-10-1975 sobre el Sahara Occidental, en el tema de la autodeterminación de los pueblos (v. p. 38 y ss.). En lo que respecta a la determinación de la existencia de normas internacionales generales, la actividad consultiva de la Corte quizá pueda ser considerada, como ya vimos, como una manifestación de la *opinio juris ac necessitatis* y, más específicamente, de la equidad.

Función consultiva de la Corte Internacional de Justicia

Las opiniones de la Corte no son vinculantes en términos de la Carta de la ONU, pero pueden volverse obligatorias si los Estados se comprometen a respetarlas en un acuerdo o en cualquier otro acto vinculante. En estos casos, nos encontramos ante verdaderos compromisos arbitrales, semejantes a aquellos en los que se funda la jurisdicción de la Corte en materia contenciosa. El motivo por el cual se firman estos acuerdos es que, según su propio Estatuto (art. 34, párr. 1) no todos los sujetos internacionales sino sólo los Estados pueden recurrir a la Corte Internacional de Justicia. Los acuerdos a los que nos estamos refiriendo son, precisamente, aquellos en los cuales participan organismos internacionales o que se refieren a controversias en las cuales son parte organismos internacionales. Cfr., por ejemplo, el art. VIII, sección 30, de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, del 13-2-1946 (v. p. 306), o bien el art. 66, párr. 2, incisos b-e, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986 (v. p. 117).

Cláusula compromisoria y tratado general de arbitraje "completo"

Esta segunda fase está marcada por una decidida evolución, incluso en lo referente a la necesidad de que exista acuerdo para iniciar el proceso internacional. Aparece entonces la figura de la *cláusula compromisoria* "completa" y del *tratado general de arbitraje* (principalmente multilateral), también "completo". Con esta terminología entendemos referirnos a aquellos casos en los cuales la cláusula compromisoria o el tratado general de arbitraje no se limitan a crear una obligación de celebrar el compromiso arbitral, sino que prevén directamente la obligación de someterse al juicio de un tribunal internacional (habitualmente, la Corte Internacional de Justicia) ya constituido y en perfecta capacidad de funcionar. La cláusula compromisoria y el tratado general de arbitraje completos desarrollan directamente la función del compromiso, y le permiten a cualquier Estado contratante *llevar unilateralmente* a otro Estado contratante frente al tribunal internacional llamado a dictaminar en la controversia. Como puede comprenderse fácilmente, el fundamento de la decisión del tribunal sigue siendo la voluntad de los Estados, ya que depende de la existencia de una cláusula compromisoria o de un tratado general, aunque sea completo. En síntesis, en cualquier caso nos encontramos en el ámbito del arbitraje; pero se

está aquí, en el límite de la jurisdicción tal como se la ejerce en el ordenamiento jurídico interno, es decir, como poder que se le impone al individuo con independencia de cualquier manifestación de voluntad por parte de éste.

Tal como lo aclaró la Corte Internacional de Justicia en la Sentencia sobre el caso del *Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, del 24-5-1980, para recurrir unilateralmente a la Corte no es necesario que el acuerdo sobre el cual se basan sus competencias prevea *expresamente* este poder de actuar unilateralmente; basta con que dicho acuerdo (en este caso, la cláusula compromisoria del art. XXI, párr. 2, del Tratado de Amistad, Comercio y Relaciones Consulares entre Estados Unidos e Irán) establezca genéricamente que las controversias relativas a la interpretación o aplicación del tratado del cual se trata "deban remitirse" a la Corte (Cfr. CIJ, *Recueil*, 1980, p. 26 y ss., N° 52-54).

Declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia

Es análogo al tratado general de arbitraje "completo" el procedimiento previsto por el art. 36, párr. 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, según el cual: "Los Estados partes en el presente Estatuto [que son los Estados miembros de la ONU y algún otro Estado, como Suiza] podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, *respecto de cualquier otro Estado que acepte la misma obligación*, la jurisdicción de la Corte...".

* * *

Aclaremos que hasta aquí hemos descripto la evolución del arbitraje con amplias generalizaciones. Aclaremos también, aunque, por otra parte, nos parece que lo hemos ido haciendo, que si bien cada uno de los distintos tipos de acuerdos constitutivos del proceso arbitral (un compromiso relativo a un arbitraje aislado, una cláusula compromisoria o un tratado general de arbitraje, tanto completos como incompletos) ha caracterizado una época determinada, hoy en día coexisten todos. No obstante, esta enumeración no es exclusiva, y hay también toda una clase de acuerdos intermedios sobre los cuales no nos pareció oportuno detenernos.

Además, debe advertirse que hasta aquí se ha expuesto el planteo sobre la evolución del arbitraje desde un punto de vista rigurosamente jurídico. Desde ese punto de vista, es verdad que en la actualidad se mantienen tanto el grado de institucionalización de los tribunales internacionales como el ajuste de los mecanismos tendientes a facilitar los acuerdos de arreglo por vía judicial que se iniciaron en la época de la Sociedad de las Naciones. Pero, ¿qué se puede decir respecto de la inclinación de los Estados que componen la actual comunidad internacional a arreglar jurídicamente sus controversias? ¿Es cierto que, como se afirma en varios pasajes de este libro, la función jurisdiccional internacional —entendida como una función que intenta corroborar la existencia de "derecho"— se encuentra en franca declinación y cada vez más le cede el paso a los medios "diplomáticos" de solución de controversias, es decir, a aquellos que se caracterizan por su naturaleza no vinculante y por la búsqueda del consentimiento de las partes, a lo largo de todo el procedimiento que conduce a la solución de la controversia?

Declinación de la función jurisdiccional internacional

Sin duda, existen ciertos acontecimientos y factores que nos llevarían a contestar afirmativamente estas preguntas. En especial, nos referimos a la práctica iniciada por algunos Estados, incluso por grandes potencias, que consiste en renegar de un compromiso arbitral celebrado en relación con una controversia sobre la que el juez internacional ya se ha expedido, o bien sobre controversias cuyo proceso sigue en curso pero se prevé que se resuelvan de modo contrario a los intereses del Estado en cuestión. Al respecto, se pueden señalar como ejemplos la actitud de Irán frente a la Corte Internacional de Justicia en el caso del *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*, (en CIJ, *Recueil*, 1980, p. 8, párr.10), o la de Estados Unidos frente a la misma Corte en el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares contra Nicaragua* (*idem*, 1986, p. 17, párr. 10). Adicionalmente, hay que señalar la suerte corrida por la sentencia arbitral de la Reina de Inglaterra, del 22-4-1977, respecto del caso del *Canal de Beagle*, una controversia territorial entre Argentina y Chile. Argentina desconoció y no ejecutó este laudo por serle desfavorable. [No obstante, la Corte Arbitral encontró que el laudo había sido ejecutado. Los efectos del laudo sobre las zonas marítimas adyacentes a la zona sometida al arbitraje fueron luego modificados por un acuerdo global celebrado entre las partes (Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile del 29 de noviembre de 1984).] A ese acuerdo global (para el texto de este laudo, v. ILM, 1985, p. 10 y ss.) se llegó trabajosamente a través de un medio diplomático de solución de controversias, en este caso, la *mediación* (v. p. 509) del Papa. ¡Se ha observado (Bowett) que si la sentencia sobre el caso del Canal de Beagle no se hubiera basado en motivaciones rigurosamente jurídicas sino que hubiera buscado una solución de compromiso entre las dos posiciones contrapuestas (solución posible, dado que el compromiso es uno de los medios diplomáticos de solución de controversias), pronunciándose de manera un poco más favorable para la Argentina, hubiera contribuido mejor al fortalecimiento del instituto del arbitraje y a la defensa de los intereses de las partes! Sin entrar a juzgar el valor de esta observación, también ella es signo de la declinación que está sufriendo actualmente la función jurisdiccional internacional.

* * *

Tribunales de las organizaciones internacionales

Es necesario distinguir los tribunales internacionales, dedicados a dirimir las controversias entre los Estados, de los tribunales constituidos dentro de las organizaciones internacionales, como, por ejemplo, el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas. Estos tribunales internos tienen competencias bastante limitadas y se ocupan, básicamente, de las controversias laborales entre los funcionarios y la organización (v. p. 310).

* * *

Corte de Justicia de las Comunidades Europeas

Merece un capítulo aparte la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (con sede en Luxemburgo), cuyas competencias son de tal modo cuantitativa y cualitativamente distintas de las de los tribunales internacionales comunes, que ponen legítimamente en duda que dicha Corte pueda ser calificada como un tribunal internacional. En el caso de la calificación de la Corte de Luxemburgo se eviden-

cian, en suma, las mismas incertidumbres que existen acerca de la exacta calificación de las Comunidades Europeas, que se encuentran a mitad de camino entre las organizaciones internacionales y el Estado federal parcial (v. p. 212 y ss.). Una vez dicho esto, se puede decir que lo que tienen en común la Corte de Luxemburgo y el resto de los tribunales internacionales es su origen convencional, ya que esta Corte nace de los Tratados comunitarios y puede ejercer su función respecto de los Estados miembros sólo si (y hasta tanto) dichos Estados participan de las Comunidades Europeas. En cambio, la mayor parte de sus competencias se asemejan más bien a las de los tribunales internos y, normalmente, su ejercicio no depende de la voluntad de los sujetos destinados a obedecerla, como sí es el caso del arbitraje internacional.

En síntesis, y limitando el razonamiento al Tratado de la CE (art. 169 y ss.), las competencias principales de la Corte comunitaria son las que se describen a continuación.

Además de tener una jurisdicción voluntaria de tipo clásico, tal como lo prevé el art. 182 del Tratado de la CE ("La Corte de Justicia es competente para entender en cualquier controversia surgida entre los Estados miembros en relación con el objeto del presente Tratado, cuando dicha controversia le sea sometida en virtud de un compromiso entre las partes"), son dignas de mención las siguientes funciones de la Corte Europea: a) la competencia para entender en controversias que le someta un Estado miembro en razón de haber existido una violación del Tratado CE por parte de otro Estado miembro; b) la competencia relativa al control de legitimidad sobre los actos de los órganos comunitarios; c) la competencia que atañe a las llamadas "cuestiones prejudiciales".

Competencia de la Corte comunitaria en cuestiones de incumplimiento de los Estados

a) El recurso a la Corte Europea con el fin de determinar que un Estado miembro ha violado el Tratado CE (art. 169-171) puede partir de la Comisión (v. p. 213) o de cada uno de los demás Estados miembros, previa consulta a la Comisión. El Estado "acusado" no puede sustraerse al juicio de la Corte, y si ésta declara su incumplimiento del Tratado, está obligado a adoptar todas las providencias (en la práctica está obligado a derogar las medidas internas que ocasionaron la violación del derecho comunitario) que implica la ejecución de la sentencia.

Control de legitimidad sobre los actos comunitarios

b) El control de legitimidad sobre los actos comunitarios (art. 173-176), que está tomado del sistema del contencioso administrativo francés, se limita al control de los actos vinculantes (reglamentos, directivas, decisiones) del Consejo o de la Comisión (v. p. 218 y ss.). Los vicios que puede reconocer la Corte en dichos actos comunitarios, y que determinan la anulación de los mismos *ex tunc*, son: la incompetencia del órgano que los originó, la violación de las formas esenciales, la violación del Tratado CE o de toda otra norma legal relativa a su aplicación, y la desviación del poder. Estos vicios pueden ser denunciados, dentro de ciertos límites, por cualquier Estado miembro, por el Consejo o por la Comisión, e incluso por cualquier persona física o jurídica interesada si se trata de una decisión comunitaria.

Competencia de la Corte comunitaria en cuestiones prejudiciales

c) La competencia respecto de las cuestiones prejudiciales, que quizá sea la más interesante y la que ha tenido innumerables aplicaciones prácticas más que cualquiera de las otras competencias de la Corte, se rige por el art. 177 de la siguiente manera: cuando se somete a un juez de un Estado miembro una controversia relacionada con la interpretación del Tratado CE, o bien con la validez o interpretación de actos comunitarios, este juez tiene el poder, o en última instancia, el *deber* de suspender el proceso y pedirle a la Corte un pronunciamiento al respecto. Este pronunciamiento de la Corte tiene un efecto inmediato en el juicio nacional *a quo*, pero obviamente que la opinión contenida en él se utilizará en todos los demás Estados miembros hasta que no se le solicite a la misma Corte que la modifique en un pronunciamiento ulterior. La competencia en cuestiones prejudiciales tiene, por ende, un objetivo muy preciso, que es asegurar la uniforme interpretación del derecho comunitario en todos los Estados miembros.

Según lo previsto por el Acta Única Europea (v. p. 210), una decisión del Consejo de las Comunidades de 1988 instituyó el "Tribunal

Tribunales de primer grado de las Comunidades Europeas

de Primera Instancia de las Comunidades Europeas". La principal competencia de este Tribunal se refiere a los recursos presentados por personas físicas o jurídicas en virtud del citado art. 173 del Tratado CE. Las sentencias dictadas por el Tribunal no pueden ser impugnadas frente a la Corte por razones de derecho.

* * *

Corte Europea de Derechos Humanos

También tiene un carácter especial la Corte Europea de Derechos Humanos, que es el órgano que, junto con la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa (v. p. 233 y ss.), controla que los Estados miembros respeten la Convención Europea sobre la Defensa de los Derechos del Hombre, así como las libertades fundamentales. La Corte está integrada por un número de jueces igual que el de los miembros del Consejo de Europa, elegidos entre "jurisconsultos de reconocida competencia" o entre personas que posean los requisitos necesarios para ejercer las más altas funciones judiciales. Es competente para entender en los recursos por violación de la Convención, presentados por la Comisión o por los Estados contratantes. Estos recursos sólo pueden presentarse una vez que la Comisión ha ejercido sus funciones, específicamente, después de tres meses de la presentación de un informe de la Comisión al Consejo de Ministros (v. p. 234). Según un Protocolo del 6-11-1990 que aún no ha entrado en vigor, incluso el individuo damnificado tendrá derecho a recurrir a la Corte (actualmente el individuo sólo puede pedir tomar parte en el proceso ya presentado a la Corte). En todo caso, y paralelamente a la competencia de la Comisión en cuanto a los recursos individuales, la competencia de la Corte está condicionada a la específica aceptación por parte del Estado acusado.

La competencia de la Corte ha sido aceptada por casi todos los Estados contratantes. Italia aceptó por primera vez (junto con la aceptación de la competencia de la Comisión en materia de recursos individuales), por un período de dos años, en 1973, renovando ulteriormente esta aceptación por otros tres años, y así sucesivamente. Tanto la primera declaración italiana de la aceptación de la competencia de la Corte como las ulteriores renovaciones

provinieron del Ministerio de Relaciones Exteriores en cuanto representante del Gobierno. Por tratarse del ejercicio de competencias internacionales previstas por un acuerdo cuya ratificación había sido debidamente autorizada por el Parlamento, y por los motivos que hemos expuesto en su momento (v. p. 183), no nos parece que estos pronunciamientos sean ilegítimos desde el punto de vista constitucional (en sentido contrario, v. Starace, en It. YIL, 1975, p. 43 y ss., según el cual la aceptación de la competencia de la Corte habría tenido que producirse con una ley de autorización *ad hoc*).

Corte Americana de Derechos Humanos

Tiene competencias similares a las de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte de Justicia instituida por la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969 (v. p. 238). La Corte americana, cuya jurisdicción ha sido aceptada hasta el presente por 16 Estados [Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela], comenzó a funcionar en 1981.

* * *

También en el caso de las sentencias internacionales es posible preguntarse cuáles son los medios que aseguran su ejecución coactiva. En líneas generales, es obvio que el problema se relaciona con el del valor coactivo de las normas internacionales: tanto en el caso de las normas internacionales como en el de las sentencias de los tribunales internacionales hay que, por un lado, lamentar la escasez de medios coercitivos a nivel interestatal y, por otro, confiar en el derecho interno de los mismos Estados que deben, o en los que se debe, cumplir la sentencia.

Sentencias internacionales y derecho interno

En lo que se refiere a este segundo aspecto, el cumplimiento de una sentencia internacional debe considerarse asegurado a nivel del derecho interno, en virtud de las mismas normas que prevén la adaptación de dicho ordenamiento jurídico a las normas internacionales (tanto consuetudinarias como convencionales o contenidas en actos de organizaciones internacionales) cuyo contenido haya quedado determinado por la sentencia. Por ejemplo, la ley italiana de ejecución de un tratado implica la obligación de cumplir no sólo con el trata-

do, sino también con toda eventual sentencia internacional que se dicte en virtud de ese tratado, en relación con Italia o con individuos que actúen dentro del Estado italiano. Sin embargo, puede ser que determinados efectos especiales de la sentencia sobre el derecho interno estén previstos por esas mismas normas internacionales: recuérdese, por ejemplo, el art. 177 del Tratado CE, al que nos referimos antes, que implica la obligación del juez nacional que haya sometido una cuestión de interpretación del Tratado a la Corte comunitaria, de atenerse al respectivo pronunciamiento de la Corte. O bien recuérdese el art. 187 de dicho Tratado, que determina la eficacia ejecutiva (o bien la naturaleza de título ejecutivo, en el caso de las sentencias que implican obligaciones pecuniarias) de las sentencias de la Corte comunitaria. Obviamente, efectos especiales semejantes se verifican también en el derecho interno, en virtud de las normas nacionales de adaptación al derecho internacional.

XLVIII. Medios diplomáticos de solución de controversias internacionales

Los medios diplomáticos de solución de controversias se distinguen de los medios jurisdiccionales por cuanto exclusivamente tienden a facilitar el acuerdo entre las partes: en consecuencia, no tienen carácter vinculante para las partes y, dado que al utilizarlos no se tienen en cuenta los aspectos jurídicos de la controversia, su objeto principal no es determinar quién tiene y quién no tiene razón, sino llegar a un compromiso entre posiciones opuestas.

Negociaciones

El acuerdo entre las partes puede verse facilitado, en primer lugar, por negociaciones directas entre las partes: ¡de allí que las *negociaciones* sean consideradas el medio más simple para la solución diplomática de las controversias! Sin embargo, es obvio que desde el punto de vista jurídico, la negociación no presenta ninguna particularidad, ya que una negociación con el objeto de llegar a un acuerdo

puede llevarse a cabo sobre cualquier objeto, aunque no exista controversia alguna.

Buenos oficios y mediación

Se habla, además, de *buenos oficios* y de *mediación* cuando interviene un tercer Estado, o un órgano supremo de un Estado o de una organización internacional (esto es, un Jefe de Estado, el Secretario General de las Naciones Unidas, etc.) a título personal. Esta intervención es menos intensa en el caso de los buenos oficios, y más incisiva en el caso de la mediación. La diferencia entre estos dos medios diplomáticos de solución de controversias es más teórica que práctica: por lo general, una gestión de buenos oficios se limita a inducir a las partes a negociar; en la mediación, en cambio, hay una participación más activa del tercero en las tratativas.

Conciliación

Finalmente, es muy importante la *conciliación*, que es la forma "diplomática" de solución de controversias más evolucionada, y la que más se acerca al arbitraje. Las comisiones de conciliación, creadas a veces en forma permanente y a veces en forma ocasional, están compuestas, por lo general, por individuos y no por Estados, y su tarea es examinar la controversia en todos sus aspectos, comprobando los hechos que han dado lugar a dicha controversia y formulando una propuesta de solución, que las partes son libres de aceptar o no. En cambio, se diferencian de las comisiones de conciliación las comisiones de *investigación*, cuya tarea se limita a la comprobación (no vinculante) de los hechos.

Investigación

El recurso a la conciliación cada vez más aparece previsto como un sucedáneo (o como una alternativa) del recurso al arbitraje, sobre todo en el caso de las convenciones multilaterales y, entre ellas, principalmente en las convenciones abiertas a todos los Estados de la comunidad internacional. Cada vez más frecuentemente se prevé un recurso *obligatorio* a la conciliación, con la consecuente posibilidad para cada uno de los Estados contratantes de iniciar el procedimiento conciliatorio. A este respecto, son características las normas de los art. 65-68 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (de las cuales ya tuvimos ocasión de hablar: v. p. 239 y ss.). Con referencia a las controversias surgidas en caso de nulidad o de terminación de un tratado, estas normas determinan un complejo procedimiento de conciliación, al que están obligadas a someterse las partes

Conciliación obligatoria

a menos que elijan algún otro medio de solución pacífica de la controversia. También son típicas en este sentido las normas de la Convención de Montego Bay sobre derecho del mar (v. p. 324), que contemplan un procedimiento de conciliación también bastante detallado (Anexo V), al cual las partes tienen la capacidad (art. 284) o la obligación (art. 297, párr. 3, inc. b) de recurrir, según las normas de la Convención cuya interpretación o aplicación es objeto de una controversia.

Para una descripción completa de los tratados que crean comisiones de conciliación, a partir de fines del siglo pasado, v. Villani, *op. cit.*, cap. I.

La tipificación de los medios diplomáticos de solución de controversias que hemos reseñado aquí (en conformidad con el resto de la doctrina más común), es bastante esquemática y aproximativa. No es raro que se den en la práctica formas atípicas o híbridas, o bien formas llamadas con uno de los nombres que hemos indicado más arriba, pero que no se conforman al tipo correspondiente. Por ejemplo, puede considerarse como una forma atípica la conciliación prevista en el ámbito de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación Europea (v. p. 99) en materia de protección de los derechos humanos, que últimamente ha sido reglamentada en el capítulo "Dimensión humana" del documento final de la reunión de la CSCE en Viena, en 1989. En especial, este documento prevé que si un Estado parte de la CSCE plantea un caso de violación de los derechos humanos por obra de otro Estado, dicha controversia sea examinada y discutida (nada más que examinada y discutida) primero a nivel bilateral y luego, eventualmente, durante una reunión de la Conferencia (cfr. Ronzitti, en RDI, 1989, p. 59 y ss.).

Formas atípicas de los medios de solución de controversias

Tal vez exista cierta confusión entre los medios diplomáticos no vinculantes y los medios vinculantes, es decir, los medios jurisdiccionales. Tal es el caso, por ejemplo, de la solución de la controversia entre Francia y Nueva Zelanda en la primera etapa del caso del *Rainbow Warrior*, que hemos descripto en su oportunidad (v. p. 467). En ese momento, las partes se habían comprometido a aceptar y volcar en un acuerdo —que luego se celebró efectivamente— la decisión del Secretario General de las Naciones Unidas: se ha definido esta solución tanto como una mediación o una conciliación (cuando se puso el acento en la necesidad de que se produjera un ulterior acuerdo entre las partes) cuanto como un arbitraje, dado el carácter vinculante que tuvo la decisión del Secretario General (cfr. Apollis, en RGDIP, 1987, p. 18 y ss.). Claro que si se examina el fondo de la cuestión, la segunda es la respuesta correcta, dado que la única diferencia verdadera entre los medios diplomáticos y los medios jurisdiccionales reside en el carácter no vinculante o vinculante de la solución. Por el mismo motivo, no deja de ser un procedimiento de conciliación que termina en una solución no vinculante de la controversia, aun si esta misma solución se basa, o debiera basarse, en motivaciones jurídicas (como en el caso de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que hemos recordado recientemente).

Función "conciliadora" de las organizaciones internacionales

También se remiten a esta categoría de medios diplomáticos los procedimientos de solución de controversias de carácter no vinculante que tienen lugar en el seno de las organizaciones internacionales. Se trata de la llamada función "conciliadora" (en sentido amplio) de las organizaciones internacionales, que reviste particular importancia en el caso de la ONU o de las organizaciones regionales, como veremos enseguida.

La función conciliadora de las organizaciones internacionales comprende estos mismos procedimientos (buenos oficios, investigación, mediación, conciliación) que hemos examinado hasta aquí; pero tiene como característica fundamental el hecho de que se ejerce en un marco institucional. Esto implica que el procedimiento de la conciliación, por un lado, debe estar de conformidad con las normas estatutarias propias de cada organización y, por otro, debe dar origen a actos productivos, cuyos efectos serán peculiares por tratarse de actos de órganos internacionales. Normalmente, dichos actos son recomendaciones, o sea, actos que aun sin ser vinculantes, como tampoco lo son los actos típicos de los procedimientos no institucionalizados de solución de controversias, a diferencia de éstos producen un cierto efecto de licitud (v. p. 241 y ss.).

* * *

Obligación de los Estados de resolver con medios pacíficos sus controversias

En los medios diplomáticos y los medios jurisdiccionales se agotan los medios pacíficos de solución de controversias. En su art. 2, párr. 3, la Carta de las Naciones Unidas establece que los Estados miembros *tienen la obligación* de resolver sus controversias utilizando medios pacíficos. Y el art. 33, párr. 1, de dicha Carta corrobora la obligación de las partes de una controversia que sea capaz de po-

ner en peligro la paz y la seguridad internacionales de alcanzar una solución "mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección".

Nada le quita o le pone a este art. 33, párr. 1, la Declaración de Principios sobre Solución Pacífica de Controversias, que fuera adoptada por la Asamblea General en 1982 (Res. N° 37 del 15-11-1982). Dicha Resolución, que, por otra parte, es bastante prolija, reenumera los medios indicados en el art. 33 de la Carta y retoma las disposiciones de la misma Carta sobre la función conciliadora del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General (de la cual nos ocuparemos enseguida), invitando a los Estados a recurrir a ella. La Resolución insiste también en la *libertad de elección* de los medios de solución pacífica, haciendo suya, de este modo, una preocupación constante de los Estados socialistas, compartida por los países en vías de desarrollo, por salvaguardar la igualdad soberana de los Estados.

En la práctica internacional, a menudo se cita el art. 33, párr. 1, de la Carta que, en opinión de la Corte Internacional de Justicia, pertenece al derecho internacional general (cfr. la Sentencia del 27-6-1986 sobre el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares contra Nicaragua*, en CIJ, *Recueil*, 1986, p. 145, N° 290): por ejemplo, en las cláusulas de los tratados internacionales que se refieren a la solución de las controversias, y también en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. El valor político y moral de este artículo de la Carta es muy alto. Pero, ¿cuál es su importancia desde el punto de vista jurídico? En razón de su carácter genérico, que impide deducir de él obligaciones precisas para cada uno de los medios de solución de controversias enumerados, consideramos que se limita a insistir, con otras palabras, en la prohibición del uso de la fuerza ya previsto tanto en el art. 2, párr. 4, de la Carta de la ONU, así como en el derecho internacional general (v. p. 444).

Por otra parte, debe señalarse que el art. 33, párr. 1, tiene también consecuencias procedimentales en el marco de la función conciliadora desarrollada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Sobre la base del art. 37 de la Carta, el Consejo de Seguridad no debe —o mejor dicho, no debería, dado que este límite ha caído en desuso en la práctica internacional— entrar a juzgar el mérito de una controversia, a menos que para las partes sea imposible resolverla con uno de los medios previstos en el art. 33.

* * *

Función conciliadora del Consejo de Seguridad de la ONU

La Carta de las Naciones Unidas le dedica un capítulo a la "solución pacífica de las controversias", el Capítulo VI (art. 33 al 38). Allí se reglamenta, con normas bastante precisas y detalladas, la función conciliadora (en sentido amplio) del Consejo de Seguridad.

Poder de investigación del Consejo

Sobre la base de dicho Capítulo VI, y específicamente del art. 34, el Consejo dispone, en primer lugar, de un poder de *investigación*, que puede ejercer tanto directamente como creando un órgano *ad hoc*, que es como sucede normalmente: ese órgano puede ser, por ejemplo, una comisión de investigación compuesta por algunos miembros del Consejo de Seguridad, por funcionarios de la ONU, etc.

Como ejemplos de decisiones del Consejo que hayan constituido una instancia de investigación cfr.: la Resolución N° 15 del 19-12-1946, por la cual se constituye una comisión de investigación por los incidentes en la frontera griega durante la guerra civil de este país; la Resolución N° 132 del 7-9-1959, respecto de ciertas infiltraciones de guerrilleros en Laos; la Resolución N° 189 (párr. 5), del 4-6-1964, sobre los incidentes en la frontera entre Vietnam y Camboya; la Resolución N° 304 (párr. 2) del 14-5-1965 sobre la situación interna de la República Dominicana; la Resolución N° 295 del 3-8-1971, que nombra una misión de tres miembros del Consejo de Seguridad para enviarlos a Guinea, a fin de investigar las incursiones portuguesas; la Resolución N° 348 (párr. 5) del 28-5-1974 sobre los incidentes en la frontera entre Irak e Irán; la Resolución N° 404 del 2-7-1977, que nombró a una misión de tres miembros del Consejo para investigar los actos de violencia cometidos en Cotonou, Benin, por mercenarios desembarcados de un avión que había aterrizado allí sin autorización y proveniente de una región remota; la Deliberación del 4-4-1983 (que fue el resultado de una declaración del Secretario General realizada en esa fecha y consignada en el documento S/15680) que le encargaba al Secretario General realizar encuestas sobre los casos de intoxicación masiva en algunos territorios árabes ocupados por Israel.

Naturaleza de las resoluciones del Consejo en materia de investigación

Tanto en la práctica como en la doctrina se ha discutido si la resolución que da origen a la investigación es una decisión que, en cuanto tal, obliga a los Estados miembros a colaborar con los órganos de la investigación, o bien si es una mera recomendación, que por ende no tiene fuerza obligatoria. A favor de la primera opción se ha señalado que la investigación, *por su propia naturaleza*, sólo puede ser decidida y no recomendada, y en consecuencia se ha citado el art. 25 de la Carta de la ONU, según el cual "los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta". En cambio, los partidarios de la no obligatoriedad de la resolución insisten en el hecho de que la norma de la investigación está incluida en el Cap. VI de la Carta, y que, a diferencia de todo cuanto se ha previsto en el Cap. VII, según el Cap. VI el Consejo sólo dispone del instrumento de la recomendación y, por lo tanto, no tiene poderes vinculantes.

En nuestra opinión, el problema de la posición de los Estados miembros frente a la investigación no tiene nada que ver con la alternativa recomendación/decisión, y mucho menos con la diferencia entre el Cap. VI y el Cap. VII. Las deliberaciones sobre la investigación no constituyen un acto normativo, ni como manifestación de potestad de mando (decisión) ni como manifestación de deseo (recomendación). Se trata, simplemente, de una resolución operativa, con la cual el Consejo de Seguridad no plantea normas de conducta, sino que actúa, simplemente. La respuesta a la pregunta de si, y hasta qué punto, los Estados miembros están obligados a colaborar, no reside en esto. Para verificar la existencia de esta obligación, basta con remitirse a la norma del art. 2, párr. 5, en virtud del cual "los miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta" y, por otra parte, es evidente que la obligación de colaborar se encuentra implícita en todo acuerdo constitutivo de una organización internacional. Pero no es éste el núcleo central del problema, al menos en el tema de las investigaciones. El núcleo central consiste en preguntarse hasta qué punto se debe prestar colaboración, y más específicamente, si se debe prestar colaboración hasta llegar a la máxima concesión que se le puede pedir a un Estado soberano, es decir, que abra su propio territorio (o un territorio que, de todos modos, esté controlando) al Consejo o a sus órganos investigadores subsidiarios. Consideramos que la respuesta a esta última pregunta debe ser negativa, dado que cuando la Carta quiere hacer obligatorio este tipo de concesión en el caso de determinadas acciones, lo dice expresamente (y nos referimos aquí al art. 43, que les impone a los Estados la obligación de acordar derecho de paso por su territorio a las fuerzas

armadas reunidas por el Consejo de Seguridad). No obstante, consideramos también que, como puede deducirse de esta misma obligación de colaborar, el Estado que cierre sus fronteras a la investigación al menos debe proporcionar una causa justificada.

Indicaciones de parte del Consejo de "medios de arreglo"

Por su parte, el art. 33., párr. 2, y el art. 36 le otorgan al Consejo de Seguridad la capacidad de solicitar a las partes en una controversia que recurran a los medios, procedimientos o métodos enumerados en el párr. 1 del art. 33 (es decir, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, etc.), sobre el cual ya tuvimos ocasión de detenernos. La diferencia entre el art. 33, párr. 2, y el art. 36 reside en que el primero se refiere a una invitación *genérica* del Consejo de Seguridad, mientras que el segundo prevé que este órgano les indique a las partes cuál es el procedimiento específico —entre los que se enumeran en el art. 33, párr. 1— que resulta apropiado para el caso en cuestión. Se remiten también al art. 36 las deliberaciones del Consejo que no se limitan a indicar determinado procedimiento para la solución de la controversia, sino que disponen dicho procedimiento por sí mismas: pensemos, por ejemplo, en las deliberaciones que crean comisiones de buenos oficios, de mediación, etc., que operan bajo la directa responsabilidad del Consejo de Seguridad. Con todo, en este tema tanto el Consejo como los órganos creados simplemente disponen de un mero poder de recomendación.

Como ejemplos de resoluciones que invitan a las partes a recurrir a un medio específico de solución de controversias, cfr. las siguientes resoluciones: la Res. N° 22, del 9-4-1947, por la cual se invitaba a Gran Bretaña y a Albania a someter la controversia sobre el Estrecho de Corfú a la Corte Internacional de Justicia (v. p. 471); la Res. N° 93, del 18-5-1951, que entre otras cosas contenía una invitación a Israel y a Siria a someter las cuestiones relativas a la ejecución de la Convención de Armisticio del 20-7-1949 a la Comisión Mixta de Armisticio creada después de la guerra de 1948 entre árabes e israelíes; la Res. N° 144, del 19-8-1960, adoptada en relación con las tensiones entre Cuba y Estados Unidos que se originaron luego de la llegada al poder del régimen castrista, y que recomendaba a los miembros de la Organización de los Estados Americanos realizar una tarea de mediación entre estos dos países; la Res. N° 385, del 25-8-1976, por la que se invitaba a

Grecia y a Turquía a negociar un acuerdo para solucionar la controversia sobre la delimitación de los respectivos sectores de la plataforma continental, teniendo en cuenta la competencia de la Corte Internacional de Justicia en cuestiones jurídicas; la Res. N° 53, del 19-3-1983, que tras expresar su preocupación por el peligro que significaba un enfrentamiento militar entre Nicaragua y Honduras, recomendaba a las partes resolver sus controversias con la mediación del Grupo de Contadora (Colombia, México, Panamá y Venezuela); la Res. N° 616, del 20-7-1988, que constituye una comisión de investigación de la OACI, en la cuestión del derribamiento de un avión civil iraní por parte de fuerzas navales de Estados Unidos, acaecido en el Estrecho de Ormuz en 1988; la Res. N° 658, del 27-6-1990 y la Res. N° 690, del 29-4-1991, por las cuales se invita a Marruecos y al Frente Polisario a colaborar con el Secretario General para resolver la cuestión del Sahara Occidental.

También son ejemplos de deliberaciones que crean procedimientos para la solución de controversias, por ejemplo, las distintas resoluciones adoptadas con motivo de la cuestión indio-pakistaní y de la cuestión de Medio Oriente, entre las cuales se puede citar la Res. N° 399, del 20-1-1948 (creación de una Comisión formada por tres miembros de la ONU, con el fin de investigar y realizar, entre otras cosas "cualquier acción de mediación para eliminar las dificultades" entre la India y Pakistán); la Res. N° 47, del 21-4-1948 (Comisión de cinco miembros de la ONU, con función de buenos oficios entre esas mismas partes); la Res. N° 107, del 30-3-1955 (invitación a Egipto e Israel a colaborar con el Jefe de Estado que encabezaba la Comisión de la ONU encargada de supervisar la tregua en el Medio Oriente, a fin de discutir con él la situación existente a lo largo de la línea de armisticio entre los dos países); la Res. N° 242, del 22-11-1967, adoptada varios meses después de la "guerra relámpago" de Israel (la Guerra de los Seis Días) y que contenía, entre otras cosas, una invitación al Secretario General para que enviara su propio representante especial al Medio Oriente a fin de favorecer el arreglo pacífico de la cuestión. Cfr. también, siempre como ejemplos, la Res. N° 367, párr 6, del 12-3-1975, que invitaba al Secretario General a ejercer sus buenos oficios para alcanzar una solución concordada de la cuestión de Chipre; la Res. N° 457, del 4-12-1979, que contenía una invitación semejante respecto de la cuestión de la captura y detención del personal de la Embajada norteamericana en Teherán; la Res. N° 626, del 20-12-1988, que creó la Misión de las Naciones Unidas en Angola, para verificar el cumplimiento del acuerdo entre Angola y Cuba relativo al retiro de las tropas cubanas del territorio angoleño; la Res. N° 693, del 20-5-1991, que creó la Misión de Observación de las Naciones Unidas en El Salvador.

Indicaciones de parte del Consejo de los "términos de arreglo"

Dentro de la función conciliadora del Consejo de Seguridad se incluye, finalmente, el poder de recomendar "términos de arreglo", o sea, de sugerirles a las partes cómo resolver su controversia, de acuerdo con su *valoración*. Este poder del Consejo está previsto en el art. 37, y debería ejercerse, según la letra de este artículo, sólo si se dan ciertas condiciones, específicamente, si la controversia ha sido sometida al examen del Consejo por las partes, o al menos por una de ellas, o bien ante la imposibilidad comprobada de alcanzar un entendimiento a través de los medios de solución enumerados por el ya muchas veces mencionado art. 33, párr. 1. Decimos "debería ejercerse", porque de hecho, desde los primeros años de vida de la ONU, la práctica del Consejo de Seguridad se ha orientado claramente, salvo en rarísimas ocasiones, en el sentido de una amplia libertad del órgano en la materia. El Consejo de Seguridad ha terminado por intervenir en el fondo de la cuestión siempre que lo ha querido, sin encontrar oposición significativa por parte de los Estados interesados debido a problemas de procedimiento. No sólo ha actuado así en casos que no le habían sido sometidos a examen por alguna de las partes en la controversia, sino que tampoco se ha preocupado por investigar si efectivamente era imposible alcanzar una solución recurriendo a los medios mencionados en el art. 33, ya que ha actuado en la etapa inicial de una controversia. En otras palabras, puede decirse que, en virtud de una costumbre internacional, la competencia a indicar los términos de arreglo, en el sentido previsto por el art. 37, subsiste incluso dentro de los amplios límites en los cuales también se acuerda, en los art. 33, párr. 2, y 36, la competencia para solicitar e indicar procedimientos o métodos de solución. Hay que preguntarse, por lo demás, qué sentido tienen estos límites o condiciones de naturaleza procedimental respecto de una función conciliadora que, por un lado, es ejercida por el más importante órgano político de las Naciones Unidas y, por otro, está destinada a no dar nunca como resultado decisiones vinculantes.

Sobre todo, la práctica sobre la cuestión del Medio Oriente nos presenta ejemplos de deliberaciones en las cuales se indican los términos de arreglo de la controversia; cfr. la Res. N° 42, del 5-3-1948 (relativa a la aplicación del plan de partición de Palestina adoptado por la Asamblea General por medio de la Res. N° 181/III, del 29-11-1947); la Res. N° 89, del 17-11-1950 (sobre el arreglo del paso de los beduinos a través de las zonas desmilitarizadas); la Res. N° 95, del 1-9-1951 (recomendación a Egipto para que elimine las restricciones al tráfico por el Canal de Suez); la Res. N° 242, del 22-11-1967 (que indicaba algunos puntos generales para la solución del problema de Medio Oriente, tales como el retiro de Israel de los territorios árabes ocupados durante la guerra relámpago del verano de 1967, o la obligación recíproca de respetar la integridad territorial y la libertad de navegación por las aguas internacionales de la región, etc.). Además, en varias oportunidades se les propusieron términos de arreglo, en especial la posibilidad de realizar un plebiscito con los auspicios de la ONU, a India y a Pakistán, a efectos de ordenar sus controversias territoriales (cfr, por ejemplo, la Res. N° 47, del 21-4-1948; la Res. N° 80, del 14-3-1950; la Res. N° 91, del 30-3-1951 y la Res. N° 122, del 24-1-1957). Respecto de otras cuestiones, cfr. por ejemplo, la Res. N° 3, del 4-4-1946 (retiro de las tropas rusas del territorio iraní); la Res. N° 138, del 23-6-1960 (invitación a Israel a ofrecer a la Argentina una "reparación de acuerdo con las normas internacionales", por haber apresado agentes israelíes al criminal nazi Eichmann en territorio argentino); la Res. N° 226 del 14-10-1966 y la N° 241 del 15-11-1967 (pedido a Portugal de que adoptara las medidas oportunas para que su territorio no fuera la base de operaciones de los mercenarios gobernados por el Congo); la Res. N° 264 del 20-3-1969 (invitación a Sudáfrica a retirarse del territorio de Namibia); la Res. N° 278 del 11-5-1970, por la cual se hace propio el Informe del Secretario General que favorecía la concesión de la plena independencia a la isla de Bahrein, con el consecuente rechazo a las pretensiones de Gran Bretaña y de Irán de ejercer alguna forma de "protección" sobre la isla; la Res. N° 348 del 28-5-1975 (invitación a Irán y a Irak a hacer efectivo el acuerdo celebrado por ellos mismos con el fin de resolver sus controversias limítrofes); la Res. N° 573 del 4-10-1985 (pedido de reparación de los daños provocados por Israel en su ataque al territorio tunecino); la Res. N° 607 del 5-5-1988, la Res. N° 608 del 14-11-1988, la Res. N° 694 del 24-5-1991 (detención de las deportaciones de civiles palestinos por parte de Israel); la Res. N° 687, parte A, del 3-4-1991 (respeto por parte de Irak y Kuwait de las fronteras fijadas en 1963, de común acuerdo).

* * *

Función conciliadora de la Asamblea General de la ONU

En el ámbito de las Naciones Unidas, también la Asamblea General desarrolla una función conciliadora. Así lo prevé el art. 14 de la Carta, según el cual "la Asamblea General podrá recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones... que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre Naciones...". Esta fórmula, tan genérica, permite encuadrar en la función conciliadora de la Asamblea todas aquellas medidas que vimos que podía adoptar el Consejo de Seguridad, en virtud del Cap. VI. De manera bastante paradójica, y a diferencia de lo que el Cap. VI prescribe en el caso del Consejo de Seguridad, la Asamblea no está obligada a cumplir normas procedimentales detalladas; su única limitación de procedimiento, que de todos modos es importante, está en el art. 12 de la Carta, según el cual la Asamblea debe abstenerse de intervenir en cuestiones de las que se esté ocupando el Consejo de Seguridad.

Como ejemplo, cfr. las siguientes Resoluciones: N° 1947/XV del 31-10-1960 (recomendación a Italia y Austria de negociar una solución a la cuestión del Alto Adige); N° 1599/XV del 15-4-1961, sobre la presencia de tropas extranjeras en el Congo; N° 1616/XV del 21-4-1961 (conflicto entre Cuba y Estados Unidos); N° 1855/XVII del 19-12-1962 (sobre la reunificación de Corea); N° 1964/XVIII del 13-12-1963 (*ibidem*); N° 2077/XX del 18-12-1965 (respeto de la soberanía territorial de Chipre); N° 2453/XXIII, letra A, del 18-12-1968 (cuestión de Medio Oriente); N° 2504/XXIV del 19-11-1969 (sobre el acuerdo entre Indonesia y los Países Bajos por el caso de la Irian occidental); N° 2516/XXIV del 25-11-1969 (sobre la reunificación de Corea); N° 2535/XXIV, letra B, del 10-12-1969 (sobre la cuestión de Medio Oriente); N° 3160/XXVIII del 14-12-1973 (sobre la controversia entre Gran Bretaña y Argentina por las Islas Malvinas); N° 3333/XXIX del 17-12-1974 y N° 3390 A-XXX del 18-11-1975 (nuevamente sobre la reunificación de Corea); N° 3395/XXX del 20-11-1975 (negociaciones por Chipre); N° 34/38 del 21-11-1979 (negociaciones entre el Reino Unido y Guatemala por Belice); N° 34/412 del 21-11-1979 (negociaciones por Gibraltar); N° 37/9 del 4-11-1982 (Malvinas); N° 38/12 del 16-11-1983 (*idem*); N° 38/10 del 11-11-1983 (apoyo al grupo de Contadora por su actividad de mediación en América Central); N° 39/6 del 1-11-1984 (Malvinas); N° 41/31 del 3-11-1986 (ejecución de la sentencia de 1986, de la Corte In-

ternacional de Justicia, en el caso de las actividades militares y paramilitares contra Nicaragua); Nº 41/38 del 20-11-1986 (condena del bombardeo realizado por Estados Unidos contra Libia y afirmación del derecho de Libia de percibir una indemnización); Nº 44/10 del 23-10-1989 (una vez más sobre la instauración de una paz duradera en América Central); Nº 44/124 B del 15-12-1989 (prohibición del aprovechamiento de los recursos minerales de la Antártida); Nº 44/240 del 28-12-1989 (detención de la intervención armada de Estados Unidos en Panamá).

Actividad de mediación del Secretario General de la ONU

También el Secretario General de la ONU ha prestado su colaboración para la solución diplomática de controversias, ofreciendo su propia actividad mediadora a los Estados involucrados en crisis internacionales. La Carta no prevé este tipo de iniciativas, salvo, obviamente, el caso de que el Secretario General —que es meramente un órgano ejecutivo de la Organización (v. p. 190)— actúe por autorización del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General. Por lo tanto, parece que las iniciativas autónomas del Secretario General se encuentran fuera del marco institucional de las Naciones Unidas, siendo, no obstante, compatibles con el cargo ocupado.

* * *

Función conciliadora de las organizaciones regionales

Se une a la función conciliadora de los órganos de la ONU la de las organizaciones regionales (v. p. 490 y ss.). El art. 52 de la Carta de las Naciones Unidas prevé que en el seno de estas organizaciones se realicen "todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local... procediendo incluso a iniciativa del Consejo de Seguridad". Esta norma se corresponde con los tratados constitutivos de las organizaciones regionales y con los tratados constitutivos de sistemas de legítima defensa colectiva (art. 51 de la Carta de la ONU). Cfr., por ejemplo, el art. 1 de la OTAN, el art. XIX de la Organización para la Unidad Africana, etc. No se puede decir, sin embargo, que exista una práctica importante en la materia.

Bibliografía general

Las obras que figuran en esta bibliografía se citan en el texto sólo por el nombre de su autor.

AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law,* 6ª ed., Londres, 1987.

BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico,* 8ª ed., Milán, 1962.

BARILE, *Lezioni di diritto internazionale,* 2ª ed., Padua, 1983.

BEDJAOUI (comp.), *Droit international, Bilan et perspectives,* 2 tomos, París, 1991.

BENADAVA, *Derecho internacional público,* Santiago, 1989.

BOSCO, *Lezioni di diritto internazionale,* reimpresión de la 2ª ed., Milán, 1987.

BROWNLIE, *Principles of Public International Law,* 4ª ed., Oxford, 1990.

BUERGENTHAL, *Grundzüge des Völkerrechts,* Heidelberg, 1988.

CARREAU, *Droit international,* 2ª ed., París, 1988.

CASSESE, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo,* Bolonia, 1984.

CONFORTI, *Le Nazioni Unite,* 4ª ed., Padua, 1986.

CONFORTI, *Cours général, Cours général de droit international public,* RC, 1988, V, pp. 13-210.

DAHM, DELBRUCK, WOLFRUM, *Völkerrecht,* 3 tomos, 2ª ed., Nueva York, 1989.

D'AMATO, *International Law: Process and Prospect,* Nueva York, 1987.

DE ALBUQUERQUE MELLO, *Curso de direito internacional publico,* 2 tomos, 8ª ed., Río de Janeiro, San Pablo, 1986.

DE MESTRAL, *Introduction au droit international public,* Toronto, 1982.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de derecho internacional público*, 2 tomos (t. I, 8ª ed.; t. II, 6ª ed.), Madrid, 1988.
FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, 3ª ed., Nápoles, 1992.
GHOSH, *International Law*, Nueva Delhi, 1987.
GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *Diritto internazionale*, 2 tomos (Parte general, 3ª ed.; vol. II, 2ª ed.), Milán, 1983-1991.
VON GLAHN, *Law Among Nations. An Introduction to Public International Law*, 5ª ed., Nueva York, 1986.
GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de derecho internacional público*, 3ª ed., Oviedo, 1983.
HERRERO Y RUBIO, *Derecho internacional público*, 5ª ed., Valladolid, 1979.
IPSEN, *Völkerrecht, Ein Studienbuch*, 3ª ed., Munich, 1990.
JANIS, *An Introduction to International Law*, Boston, 1988.
JANKOVIC, *Public International Law*, Dobbs Ferry, Nueva York, 1984.
JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *Curso de derecho internacional público*, Montevideo, 1981.
KELSEN, *Principles of International Law*, 2ª ed., Revisada y compilada por R.W. Tucker, Nueva York-Londres, 1966.
KIMMINICH, *Einführung in das Völkerrecht*, 4ª ed., Munich, 1990.
KRÖGER, *Völkerrecht, Lehrbuch*, 2ª ed., Berlín-Ost, 1982.
MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al derecho internacional público*, Madrid, 1979.
MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2ª ed., Torino, 1971.
MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho internacional público*, 2ª ed., Buenos Aires, 1985.
MONROY CABRA, *Manual de derecho internacional público*, 2ª ed., Bogotá, 1986.
MOREIRA, *Direito internacional publico*, Lisboa, 1983.
MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, 7ª ed., Padua, 1967.
VON MÜNCH, KUNIG, *Völkerrecht*, 2ª ed., Berlín-Nueva York, 1982.
NEUHOLD, HUMMER, SCHREUER, *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, 2 tomos, Viena, 1983.
O'CONNELL, *International Law*, 2ª ed., 2 tomos, Londres, 1970.
PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 3ª ed., Madrid, 1989.
PELLET, *Droit international public*, París, 1981.
PODESTÁ COSTA, *Derecho internacional público*, 5ª ed., Buenos Aires, 1985.

QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 5ª ed., Nápoles, 1968.
QUADRI, *Corso, Corso di diritto internazionale pubblico*, Nápoles, 1966.
QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, *Droit international public*, 3ª ed., París, 1987.
REMIRO BROTONS, *Derecho internacional público*, 2 tomos, Madrid, 1982-1987.
REUTER, *Droit international public*, 6ª ed., París, 1983.
RODRÍGUEZ CARRION, *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, 1987.
ROUSSEAU, *Droit international public*, 2ª ed., 5 tomos, París, 1970-1983.
RUZIÉ, *Droit international public*, 8ª ed., París, 1989.
SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 4 tomos, Londres, 1957-1986.
SEARA VÁZQUEZ, *Derecho internacional público*, 9ª ed., México, 1983.
SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrecht*, 6ª ed., Colonia, 1987.
SEPÚLVEDA, *Curso de derecho internacional público*, 15ª ed., México, 1988.
SERENI, *Diritto internazionale*, 4 tomos, Milán, 1956-1965.
SHAW, *International Law*, 2ª ed., Cambridge, 1986.
SOARES, *Liçoes de direito internacional publico*, 4ª ed., Coimbra, 1988.
SOLARI TUDELA, *Derecho internacional público*, 3ª ed., Lima, 1986.
STARKE, *An Introduction to International Law*, 10ª ed., Londres, 1989.
THIERRY, COMBACAU, SUR, VALLÉE, *Droit international public*, 5ª ed., París, 1986.
VERDROSS, SIMMA, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3ª ed., Berlín, 1984.
WENGLER, *Völkerrecht*, 2 tomos, Berlín, Göttingen, Heidelberg, 1964.
WESTON, *International Law and World Order*, 2ª ed., St. Paul, Minn., 1990.
WILLIAMS, *An Introduction to International Law*, 2ª ed., Toronto, 1987.

PROBST, *"Good Offices" in International Relations in the Light of Swiss Practice and Experience,* RC, 1987, I, p. 211 ss.; VILLANI, *La conciliazione nelle controversie internazionali,* Nápoles, 1989; RABOW, *Peace Through Agreement. Replacing War With Non-Violent Dispute-Resolution Methods,* Nueva York, 1990.

Índice analítico

Act of State
doctrina del –: 304 y ss.
Acta Única Europea: 210, 212
Acuerdo: v. Tratados
Acuerdos de codificación: v. Codificación
Acuerdos de devolución: v. Sucesión de Estados
Acuerdos de Helsinki sobre Cooperación y Seguridad en Europa: v. Conferencia sobre la Cooperación y la Seguridad en Europa (CSCE)
Acuerdos en forma simplificada
actos comunitarios atípicos como –: 224
– y acuerdos no jurídicos: 99
competencia para concluir los –: 105 y ss.
Declaración de principios de la Asamblea General de la ONU como –: 83
cartas de intención solicitadas por el Fondo Monetario Internacional como –: 205
procedimientos de formación de los –: 101 y ss.
Adaptación:
– del derecho italiano a los actos de las organizaciones internacionales: 410 y ss.
– del derecho italiano a los tratados
– – a valor de terceros: 389 y ss.
– – y relaciones entre tratados y Constitución: 409 y ss.
– – y relaciones entre tratados y leyes ordinarias: 402 y ss.
– – mediante orden de ejecución: 399 y ss.
– – no *self executing:* 383 y ss.
– – sobre el tratamiento a extranjeros: 403
– del derecho italiano al derecho internacional consuetudinario: 391 y ss.
– – y relaciones entre costumbre y Constitución: 394 y ss.
– – y relaciones entre costumbre y leyes ordinarias: 393 y ss.
– a las sentencias internacionales: 507 y ss.
procedimientos de – al derecho internacional: 379 y ss.

– – y esfera de aplicación del derecho internacional introducido en el derecho interno: 387 y ss.
– – y valor del derecho internacional introducido en el derecho interno: 383 y ss.
Adhesión: v. Tratados
Agencia para la Garantía de las Inversiones Multilaterales (MIGA): 283
Agentes diplomáticos
inmunidad de los –: 287 y ss.
– – y Constitución italiana: 396
extensión de la – – al personal técnico de las embajadas: 51
– – y contramedidas: 451
inmunidad de los familiares de los –: 291
poderes de los – en materia de negociación de tratados:
Agresión: v. Uso de la fuerza internacional.
Alta mar: v. Mar internacional
Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR): 191
Ambiente
protección del –: v. Contaminación, Responsabilidad internacional
Analogía
– y derecho consuetudinario: 53 y ss.
principios generales de derechos como – *iuris:* 60 y ss.
recurso a la – en la interpretación de los tratados: 142 y ss.
Antártida
régimen jurídico de la –: 371 y ss.
recursos de la – como patrimonio común de la humanidad: 371 y ss.
Tratado de Washington sobre –: 372 y ss.
partes consultivas del – –: 373
A.NZ. US: 491
Apartheid
– y *ius cogens:* 247
la prohibición del – como principio general de derecho: 63
personalidad de los Estados practicantes del –: 33
práctica del – como crimen internacional: 456
Arbitraje internacional
características del –: 19, 493
evolución del –: 496 y ss.
v. también Adaptación, Cláusula compromisoria, Compromiso arbitral, Controversia internacional, Corte Americana de Derechos Humanos, Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia, Corte Permanente de Arbitraje, Corte Permanente de Justicia Internacional, Tratado general de arbitraje.
Archivo consular
inmunidad del –: 291
Asamblea General de la ONU: v. ONU
Asociación a la CE: v. Comunidad Europea
Asociación para el Desarrollo Internacional (ADI): 204
Autodefensa
– colectiva: 455 y ss.
– – y retorsión: 459
– como causa de exclusión del ilícito: 429
– y derecho interno: 461 y ss.

límites a la – en los tratados institutivos de organizaciones internacionales: 460 y ss.
límites a la – en el tratado institutivo de la CECA: 461
medidas no violentas de –: 449 y ss.
noción de –: 19 y ss, 443
reciprocidad como forma de –: 462 y ss.
v. también Contramedida, Guerras de liberación nacional, Ilícito internacional, Legítima defensa, Responsabilidad internacional, Retorsión, Tratados, Uso de la fuerza internacional.
Autodeterminación de los pueblos
adquisición del territorio en violación al principio de –: 40 y ss.
– y descolonización: 39 y ss.
– e integridad territorial: 40 y ss.
– y principio de la no intervención: 40, 294
contenido del principio de –: 38 y ss
irretroactividad del principio de –: 41
carácter de *ius cogens* del principio de –: 250
violación del principio de – como crimen internacional: 455
v. Descolonización, Gobierno, Guerras de liberación nacional, Movimientos de liberación nacional, Estado.
Autolimitación
teoría de la –: 21 y ss.

Bahías
– históricas: 334
– vitales: 335
líneas de base del mar territorial en presencia de –: 334 y ss.
Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF): 204
Bases militares
sucesión en los tratados que prevén la instalación de – extranjeras: 155
valor de los acuerdos concluidos por Italia sobre la concesión de –: 107 y ss., 111
Boicot económico: 294
Buenos oficios: 509

Camp David
acuerdo de –: 251
Capitulaciones
régimen de las –: 263
Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos: 239
Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados: 79, 264, 274, 315
Caso fortuito
– como causa de exclusión de ilicitud: 429, 433
Centro Internacional para el Arreglo de las Controversias Relativas a Inversiones (ICSID): 283
Ciudadanía: v. Nacionalidad
Cláusula Calvo: 281
Cláusula compromisoria: 497 y ss.
Cláusula de la nación más favorecida: 128, 316
Cláusula *rebus sic stantibus*
– como causa de extinción de los tratados: 176 y ss
– e incompatibilidad entre tratados: 178
– y sucesión en los tratados que tengan una prevaleciente caracterización política: 155

–y sucesión en los tratados por efecto de un cambio radical de gobierno: 167
–y efectos de la guerra sobre los tratados: 179
inderogabilidad de la –: 253
Codificación
acuerdos de – y costumbres sobrevinientes: 76 y ss.
acuerdos de – y terceros Estados: 73 y ss.
–del derecho de guerra: 71
–del derecho internacional marítimo: 323 y ss.
–de las normas internacionales en materia de inmunidad de los Estados extranjeros de la jurisdicción civil: 297 y ss.
–de las normas en materia de responsabilidad internacional: 418 y ss., 440
cambio de los acuerdos de –: 76 y ss.
obra de – de las Naciones Unidas: 71 y ss.
Comisión Americana de Derechos Humanos: 235 y ss.
Comisión Europea de Derechos Humanos: 233
Comités de liberación nacional: v. Movimientos de liberación nacional
Competencia interna: v. Dominio reservado
Compromiso arbitral: 496 y ss.
Comunidad Europea
acuerdos comerciales de la –: 226
acuerdos de asociación de la –: 226 y ss.
actos atípicos de la –: 224
actos de la –: 218 y ss.
competencia para estipular de la –: 225 y ss.
cooperación política entre los Estados miembros de la –: 211
inmunidad de los funcionarios de la –: 307
naturaleza jurídica de la –: 212
órganos de la –: 213 y ss.
poderes implícitos de la –: 145, 229 y ss.
fines de la –: 211 y ss.
v. también Acta Única Europea, Consejo de Europa, Convención de Lomé, Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, Directivas comunitarias, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Cumbres europeas.
Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)
actos de la –: 218 y ss.
límites de la autodefensa en el tratado institutivo de la –: 461
órganos de la –: 213 y ss.
fines de la –: 211
v. también Acta Única Europea, Consejo de Europa, Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, Parlamento Europeo, Recomendaciones, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Cumbres europeas.
Conciliación internacional: 509 y ss., 520
v. también ONU.
Confederación de Estados: 28
Conferencia sobre la Cooperación y la Seguridad en Europa: 99, 110, 312, 510
Consejo de Europa: 231 y ss.

Consejo de Seguridad: v. ONU
Consejo Económico y Social: v. ONU
Consejo Europeo: 215
Consenso
–como causa de exclusión de la ilicitud: 427 y ss.
Consensus
adopción del texto de un tratado mediante –: 92
práctica del – en las votaciones en el seno de organizaciones internacionales: 188
Cónsules: 291 y ss.
v. también Archivo consular
Contaminación
– atmosférica a distancia: 322
convenciones internacionales en materia de –: 322 y ss., 362 y ss.
– y obligación de informar: 322
– marina: 362 y ss.
–– e intervención del Estado costero sobre naves extranjeras en alta mar: 363
obligación del Estado costero de impedir la ––: 361
poderes del Estado costero para impedir la ––: 363
–masiva como crimen internacional: 456
responsabilidad por daños de la –: 320
v. también Dominio reservado, Responsabilidad internacional.
Contramedida
límites de la –: 450 y ss.
noción de la –: 449 y ss.
v. también Agentes diplomáticos, Autodefensa, Legítima defensa, Reparación, Retorsión, Uso de la fuerza internacional.
Controversia internacional
– política y jurídica: 494 y ss.
medios diplomáticos de solución de la –: 508 y ss.
medios jurisdiccionales de solución de la –: 493 y ss.
obligación de solución pacífica de la –: 511 y ss.
solución de la – y organizaciones internacionales regionales: 520
v. también Arbitraje internacional, Buenos oficios, Cláusula compromisoria, Compromiso arbitral, Conciliación internacional, Corte Internacional de Justicia, Corte Permanente de Arbitraje, Corte Permanente de Justicia Internacional, Investigación, Mediación, Negociación, ONU, Tratado general de arbitraje.
Convención Americana de Derechos Humanos: 234 y ss.
Convención de Lomé: 227
Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
–y derecho consuetudinario: 86 y ss.
–y principio *si omnes:* 88 y ss.
esfera de aplicación de la –: 87 y ss.
Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en Materia de Tratados: 151 y ss.
Convención Europea de Derechos Humanos: 232 y ss.
Cooperación para el Desarrollo: 315 y ss.
Corporación Financiera Internacional (CFI): 204
Corte Americana de Derechos Humanos: 507

Corte de Justicia de las Comunidades Europeas
competencia de la –: 503 y ss.
Corte Europea de Derechos Humanos
competencia de la –: 506
normativa de las reservas según la jurisprudencia de la –: 130, 134
Corte Internacional de Justicia
cláusula de aceptación de la jurisdicción de la –: 501
composición de la –: 499
función arbitral de la –: 499 y ss.
función consultiva de la –: 499 y ss.
Corte Permanente de Arbitraje: 498
Corte Permanente de Justicia Internacional: 499
Costumbre
aplicación analógica de la –: 59
–como fuente de normas internacionales generales: 16, 49 y ss.
–y derecho espontáneo: 58
–y normas de cortesía: 50 y ss.
–y principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas: 62 y ss.
–y resoluciones de las Naciones Unidas: 57 y ss., 81 y ss.
–y Estados de nueva independencia: 55
–particular: 58 y ss.
elementos de la –: 49 y ss.
flexibilidad de la –: 76 y ss., 245 y ss.
formación de la – y praxis convencional: 52 y ss.
formación de la – y recurso a la equidad: 70
relaciones entre – y tratados: 58, 76 y ss. 223, 244 y ss.
papel de los jueces nacionales en la formación de la –: 54 y ss., 292 y ss., 298 y ss.
tiempo de formación de la –: 53 y ss.
transformación y extinción de la –: 53
v. también Adaptación, Codificación, ius cogens, *ONU, Tratados.*
Crímenes individuales contra la paz y la seguridad de la humanidad: v. *Crimina iuris gentium*
Crímenes internacionales del Estado
responsabilidad de –: 455 y ss.
Crimina iuris gentium
–y ejercicio de la jurisdicción penal sobre los extranjeros y sobre los órganos extranjeros: 270
–y personalidad internacional de los individuos: 35
Culpa: v. Ilícito internacional, Responsabilidad internacional
Cumbres europeas: 215

Daño: v. Ilícito internacional, Contaminación, Responsabilidad internacional, Reparación
Decisiones comunitarias
características de las –: 219 y ss.
Declaración de principios de la Asamblea General de la ONU: 38, 78 y ss.
–como acuerdos entre Estados: 82 y s.
–y derecho consuetudinario: 81 y ss.
valor de las –: 80
Declaración Universal de los Derechos Humanos
valor de la –: 80, 312
Declaraciones interpretativas: v. Reservas en los tratados

Denegación de justicia: 273
Denuncia: v. Tratados
Derecho de conservación: 430
Derecho de persecución: 360
Derecho espontáneo: v. Costumbre
Derecho humanitario: 71, 446
Derecho internacional de la economía: 314 y ss.
Derecho internacional privado
– y derecho internacional: 15
interpretación de las convenciones de – uniforme: 147 y ss.
Derechos del Hombre
acuerdos colectivos sobre – que vinculen a Italia: 232, 312 y ss.
– y competencia interna: 62, 312 y ss.
– y principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas: 62
gross violations de los –: 62, 313
órganos internacionales para la tutela de los –: 231 y ss., 234 y ss., 506 y ss.
tutela de los – y *ius cogens:* 250
movimiento convencional a favor de los –: 312 y ss.
tutela de los – en el derecho internacional general: 313 y ss.
violación de los – como crímenes internacionales: 455
v. también Comisión Americana de Derechos Humanos, Comisión europea de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Dominio reservado, Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Derechos especiales de giro: v. Fondo Monetario Internacional
Descolonización
poderes de la Asamblea General de la ONU en el tema de –: 40, 193
v. también Autodeterminación, Guerras de liberación nacional, Movimientos de liberación nacional, Sucesión de Estados.
Diplomáticos: v. Agentes diplomáticos
Directivas comunitarias
características de las –: 220
– detalladas: 220 y ss.
Distress
–como causa de exclusión de la ilicitud: 429
Domestic jurisdiction: v. Dominio reservado
Dominio reservado
–y derechos del hombre: 312 y ss.
–y jurisdicción internacional: 498
–y contaminación del ambiente: 318 y ss.
–y relaciones económicas: 314 y ss.
–en el ámbito de la ONU: 191
objeto del –: 311 y ss.

Equidad
–como fuente de normas internaciones: 69 y ss.
–y delimitación de la plataforma continental: 341 y ss.
–y régimen de la zona económica exclusiva: 348
–y sentencias de la Corte Internacional de Justicia: 499

Espacio atmosférico
navegación del – y responsabilidad del vector: 365
régimen del – sobre el territorio: 367 y ss.
Régimen del – sobre altamar y territorios *res nullius:* 367
–y zonas de identificación: 367
recursos del : 366 y ss.
Espacio extra-atmosférico
convenciones multilaterales sobre el –: 368 y ss.
libertad del –: 368 y ss.
–– y satélites geoestacionarios: 369
régimen de los recursos del –: 368 y ss.
Estado
formación del – por separación: 157 y ss.
formación del – por fusión: 163 y ss.
identidad del – y cambios revolucionarios de gobierno: 166 y ss.
incorporación del –: 163 y ss.
noción de órgano del – según el derecho internacional: 25 y ss., 53, 105 y ss., 302, 420 y ss.
personalidad internacional del –: 24 y ss.
desmembramiento del –: 160 y ss.
–federal: 28
–comunidad: 25
–miembro de un Estado federal: 28, 163
–organización: 25 y ss.
–satélite: 28
v. también Autodeterminación, Jefes de Estado, Fronteras, Gobierno, Responsabilidad internacional, Sucesión de Estados, Territorio.
Estado de necesidad
–como causa de exclusión del ilícito: 430 y ss.
Estados extranjeros: v. Dominio reservado, No intervención, Inmunidad de la jurisdicción
Euratom
actos del –: 218 y ss.
órganos del –: 213 y ss.
v. también Consejo de Europa, Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, Decisiones comunitarias Directivas comunitarias, Parlamento Europeo, Reglamentos comunitarios, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.
Extradición: 270 y 22
Extranjeros
adaptación del derecho italiano a las convenciones sobre el tratamiento de –: 403
admisión y expulsión de los –: 279
límites a la jurisdicción penal sobre –: 270 y ss.
límites a la potestad del Gobierno sobre –: 269 y ss.
nacionalización de los bienes de los –: 274 y ss.
obligación de indemnización en caso de ––: 275 y ss.
protección de las inversiones de los –: 273 y ss.
protección de los –: 273
respeto de las deudas públicas contraídas con –: 278 y ss.
v. también Agencia para la Garantía de las Inversiones Multinacionales, Centro Internacional para el Arreglo de las Controversias Relativas a Inversiones, Denegación de justicia, Protección diplomática, Responsabilidad internacional.

FAO: 199
Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola (FIDA): 206
Fondo Monetario Internacional (FMI)
derechos especiales de giro creados por el –: 205
enmiendas al Estatuto del –: 205
cartas de intención solicitadas por – como acuerdos en forma simplificada: 205
estructuras y función del –: 204 y ss.
Fondo y subsuelo marino más allá de los límites de las jurisdicciones nacionales
autoridad internacional para la explotación de los recursos del –: 351 y ss.
recursos del – como patrimonio común de la humanidad: 351 y ss.
explotación unilateral de los recursos del –: 353 y ss.
Fronteras
respeto de las –: 153
Fuerza mayor
como causa de exclusión de la ilicitud: 429, 433 y ss.
Funcionarios internaciones
inmunidad de los – de la jurisdicción: 309
protección de los –: 307 y ss.
GATT
cláusula de la nación más favorecida en el ámbito del –: 316
relaciones entre – y Tratados CE: 128
valor en el derecho italiano de la cláusula del tratamiento nacional previsto por el –: 385 y ss.
Gobierno
–fantoche: 29, 39
–insurreccional: 33
–en exilio: 26 y ss.
–*de facto:* 420
cambios revolucionarios de – y sucesión de Estados: 166 y ss.
Guerra
derecho de –: 446
v. También Autodefensa, Derecho humanitario, Guerras de liberación nacional, Tratados, uso de la fuerza internacional.
Guerras de liberación nacional
aplicabilidad del derecho internacional humanitario a las –:42 y ss.
Iglesia Católica: 47
Ilícito internacional
causas de exclusión del –: 427 y ss.
caso fortuito y fuerza mayor como ––: 429, 433 y ss.
consecuencias del –: 439 y ss.
consenso del Estado damnificado como causa de exclusión del –: 427 y ss.
distress como causa de exclusión del –: 429
elementos constitutivos del –: 417 y ss.
elemento objetivo del –: 424 y ss.
elemento subjetivo del –: 417 y ss.
el daño en el –: 438, 465 y ss., 472 y ss.
–por acción: 419 y ss.
–constituido por la violación de

obligaciones "de resultado" o por la violación de obligaciones "de medios": 425
– de duración e – instantáneo: 426 y ss.
– por omisión: 419 y ss.
la culpa en el –: 319, 433 y ss., 472 y ss.
observancia de los principios fundamentales de la Constitución como causa de exclusión del –: 431 y ss.
reacción al – por parte de terceros Estados: 455 y ss.
estado de necesidad como causa de exclusión del –: 429 y ss.
tiempo de comisión del –: 426
v. también Autodefensa, Contramedida, Denegación de justicia, Legítima defensa, Responsabilidad internacional, Reparación, Retorsión, Uso de la fuerza internacional.
Individuos
personalidad internacional de los –: 34 y ss.
v. también Derechos del hombre, Responsabilidad internacional
Inmunidad de jurisdicción
– de los agentes diplomáticos: 289 y ss.
– de los funcionarios internacionales: 306 y ss.
– y Constitución italiana: 395 y ss.
– de los Estados extranjeros: 295 y ss.
– – absoluta y relativa: 295 y ss.
– – Convención Europea sobre – –: 299
– – codificación de las normas sobre – –: 297 y ss., 301
– de los órganos extranjeros: 291 y ss.
– de los miembros de misiones especiales: 292
– de las organizaciones internacionales: 309 y ss.
– de la Orden de Malta: 47 y ss.
– de los representantes de los Estados en el seno de las organizaciones internacionales: 307
– y medidas cautelares y ejecutivas obre los bienes de Estados extranjeros: 302 y ss.
– en materia de controversias de trabajo: 298 y ss.
v. también Archivo consular, Jefes de Gobierno, Jefes de Estado, Ministros de Relaciones Exteriores, Misiones diplomáticas.
Insurrectos: v. Gobierno
Interpretación:
– de los estatutos de las organizaciones internacionales: 143 y ss.
– – y teoría de los poderes implícitos: 143 y ss.
– de los tratados: 140 y ss.
– – de cooperación con países en vías de desarrollo: 142
– – de derecho uniforme: 147 y ss.
– – de paz: 143, 176
método objetivo de –: 141 y ss.
método subjetivo de –: 141 y ss.
v. también Analogía.
Intervención: v. Dominio reservado, Contaminación, Legislación *antitrust*, No intervención, Uso de la fuerza interna, Uso de la fuerza internacional
Inversiones
protección de las –: v. Extranjeros
Investigación internacional: 509, 513 y ss.

Ius cogens: 246 y ss
– y consenso del Estado víctima de un ilícito internacional: 427 y ss.
prohibición del uso de la fuerza como norma de –: 247, 249, 444 y ss.
Jefes de Estado
inmunidad de los –: 291
poderes de los – en materia de negociación de tratados: 91
Jefes de Gobierno
inmunidad de los –: 291
poderes de los – en materia de negociación de tratados: 91
Jerarquía de las normas internacionales: 244 y ss.
Jurisdicción internacional: v. Arbitraje, Corte Internacional de Justicia
Jurisdicción penal
límites internacionales al ejercicio de la –: 270 y ss., 337
Jurisdiction to enforce: v. Uso de la fuerza interna
Jurisdiction to prescribe: v. Uso de la fuerza interna

Legislación *antitrust*
acuerdos de cooperación en materia de –: 100
aplicación extraterritorial de la –: 317 y ss.
Legítima defensa
– colectiva: 456 y ss.
– individual: 452
noción de –: 452 y ss.
Libertad de los mares: 326 y ss, 349 y ss.
Liga Árabe: 490

Maastricht
tratado de –: 210 y ss.
Mar internacional
libertad de navegación en el –: 350 y ss., 356 y ss.
libertad de pesca en el –: 350 y ss.
libertad de tender tuberías y cables en el –: 350 y ss.
libertad de sobrevuelo del –: 350 y ss., 366
v. también Fondo y subsuelo marino más allá del límite de las jurisdicciones nacionales, Contaminación, Nave.
Mar territorial
ejercicio de la jurisdicción penal en el –: 337 y ss., 359
límite externo del –: 330 y ss.
línea de base del –: 333 y ss.
– – italiano: 335
paso inofensivo en el –: 336, 359
poder del Estado costero en el –: 329 y ss.
v. también Bahía, Derecho de persecución, Contaminación.
Mediación: 509, 520
Mercado Común del Sur (Mercosur): 18, 209
Ministros de Relaciones Exteriores
inmunidad de los –: 291
poderes de los – en materia de negociación de tratados: 91
Minorías
tutela de las –: 37
v. también Autodeterminación, Derechos del hombre.
Misiones diplomáticas
inmunidad de las –: 289
Misiones especiales: 292
Movilidad de las fronteras de los tratados: 157, 163

Movimientos de liberación nacional: 26 y ss., 42 y ss.
v. también Autodeterminación, Derecho humanitario, Guerras de liberación nacional
Nacionalidad
– de las personas físicas: 269 y ss.
– de la sociedad comercial: 285 y ss.
– de la nave: 355. 360 y ss.
Nacionalización: v. Extranjeros
Namibia: 266 y ss.
Nave
genuine link de la – con el Estado de bandera: 360 y ss.
– de pabellón fantasma: 360
– como territorio del Estado: 355
nacionalidad de la – 355, 360 y ss.
visita y captura de la – en la zona económica exclusiva: 358 y ss.
visita y captura de la – en el mar internacional: 356 y ss.
v. también Derecho de persecución, Piratería.
Navegación aérea: 366 y ss.
Navegación cósmica: 368 y ss.
Navegación marítima: 355 y ss.
Negociación
– como medio de solución de las controversias internacionales: 508
No intervención
– y actos terroristas contra Estados extranjeros: 295
– y autodeterminación de los pueblos: 294
– y medidas de presión económica: 294
– y uso de la fuerza internacional: 293, 444 y ss.
principio de – en los asuntos internos de otro Estado: 292 y ss.
v. también Dominio reservado, Soberanía territorial, Uso de la fuerza interna, Uso de la fuerza internacional.
Notificación de la sucesión: v. Sucesión de Estados
Nuevo orden económico mundial: 79, 264, 314 y ss.

Obligaciones *erga omnes*: v. Autodeterminación, Responsabilidad internacional
Ondas de radio: 369
ONU
Asamblea General de la –: 189, 193 y ss, 488, 519
Declaración de principios de la – –: 78 y ss.
función conciliadora de la – –: 519
órganos subsidiarios de la – –: 190
poder vinculante de la – –: 40, 193
Consejo de Administración Fiduciaria de la –: 189
Consejo de Seguridad de la –: 189
discrecionalidad del – – en la declaración de amenaza o violación de la paz: 478
función conciliadora del – –: 513 y ss.
medidas del – – que implican el uso de la fuerza: 482 y ss.
medidas del – – que no implican el uso de la fuerza: 194 y ss., 248, 454, 482
medidas provisorias del – – para la tutela de la paz: 480
Consejo Económico y Social de la –: 189

órganos subsidiarios del – –: 190
inmunidad de los funcionarios de la: 306 y ss.
poderes implícitos de los órganos de la –: 144 y ss.
fines de la –: 191 y ss., 247 y ss.
Secretario General de la –: 190
mediación del – – para la solución de controversias internacionales: 520
sistema de seguridad de la –: 194 y ss., 476 y ss.
– – y las organizaciones regionales: 490y ss.
v. también Corte Internacional de Justicia, Descolonización, Dominio reservado, Organismos especializados de las Naciones Unidas, PNUD, Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, UNCTAD, Uso de la fuerza internacional.
ONUDI: 207
Órbita geoestacionaria: 369 y ss.
Orden de Malta: 47
Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA): 208
Organismos especializados de las Naciones Unidas: 197 y ss.
acuerdos de vinculación entre – y ONU: 197 y ss.
funciones normativas de los –: 199
funciones operativas de los –: 199
Organización de Estados Americanos (OEA): 235, 490
Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI): 202
Organización de Liberación Palestina (OLP): 27, 259, 407
Organización Internacional de la Propiedad Intelectual (OIPI): 207
Organización internacional del Trabajo (OIT): 200 y ss.
Organización Marítima Internacional (OMI): 203
Organización Mundial de la Salud (OMS): 202 y ss.
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE): 231
Organización para la Unidad Africana (OUA): 491, 520
Organizaciones internacionales
acuerdos concluidos por las –: 44, 116 y ss., 197, 225 y ss.
adaptación del derecho italiano a los actos de las –: 410 y ss.
actos de las – como fuente de tercer grado: 18, 193 y ss., 197 y ss., 218 y ss.
capacidad jurídica de las –: 45 y ss.
competencia para celebrar acuerdos de los órganos de las –: 117, 197, 225
democratización de las –: 217 y ss.
inmunidad de los funcionarios de las –: 306
inmunidad de las – de la jurisdicción civil: 309 y ss.
interpretación de los estatutos de las –: 143 y ss.
negociación de tratados en el seno de las –: 72, 91, 199 y ss.
personalidad internacional de las –: 44 y ss.
protección de los funcionarios de las –: 307 y ss.
relaciones de trabajo con las –: 309
relaciones de los actos de las – con el derecho consuetudinario: 254

relaciones de los actos de las – con sus tratados constitutivos: 253
v. también Autodefensa, Interpretación, Recomendaciones, Responsabilidad internacional.
Organizaciones internacionales: 208 y ss., 490 y ss., 520
v. también Controversia internacional
Órganos extranjeros
ejercicio de la jurisdicción penal en los –: 270 y ss.
inmunidad de la jurisdicción civil de los –: 289 y ss., 306 y ss.
tratamiento de los –: 287 y ss., 306 y ss.
v. también Agentes diplomáticos, Jefes de Gobierno, Jefes de Estado, Cónsules, Ministros de Relaciones Exteriores.
OTAN: 107 y ss., 491, 520

Pabellón fantasma: v. Nave
Pacto Andino: 208
Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos
Comité de los Derechos del Hombres instituido por el –: 137, 239 y ss.
contenido del –: 239
reservas italianas del –: 135 y ss.
Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 239
Pacto de Varsovia: 491
Parlamento Europeo: 215 y ss.
Patrimonio común de la humanidad: v. Antártida, Fondo y subsuelo marino más allá de los límites de la jurisdicción nacional
Persistent objector: 56
Pesca: v. Zona económica exclusiva, Mar Internacional
Piratería: 356
Plataforma continental
delimitación de la – entre Estados enfrentados o adyacentes: 341 y ss.
extensión de la –: 340
poderes del Estado costero sobre la –: 339 y ss.
PNUD: 191
Poder del gobierno: v. Uso de la fuerza interna
Poderes implícitos: v. Comunidad Europea, Interpretación, ONU
Previo agotamiento de las instancias internas: v. Protección diplomática
Principios generales
–como normas primarias de derecho internacional: 66 y ss.
–de derecho reconocidos por las naciones civilizadas: 60 y ss.
derogabilidad de los –: 245
y jueces internos: 64 y ss.
Productos de base
contenido de los acuerdos sobre–: 316
participación de la CE en los acuerdos sobre –: 227
Protección diplomática
–de funcionarios internacionales: 307 y ss.
–de las sociedades comerciales: 285 y ss.
–de las sociedades multinacionales: 283
–y la Cláusula Calvo: 282
–y regla del previo agotamiento de las instancias internas: 280 y ss.
–en caso de nacionalización de bienes extranjeras: 274 y ss.

Radio y telecomunicaciones
– y no intervención en los asuntos internos de otros Estados: 295
utilización de los espacios aéreos y cósmicos a los fines de las –: 369 y ss.
Rebus sic stantibus: v. Cláusula *rebus sic stantibus*
Reciprocidad
–como forma de autodefensa: 462 y ss.
–y actos de cortesía: 464
y derecho consuetudinario en evolución: 463 y ss.
–respecto de los actos de ejecución de los bienes de un Estado extranjero: 303, 463
Recomendaciones
valor de las – a los fines de la reconstrucción del derecho internacional general: 57
efecto de la ilicitud de las –: 241 y ss.
–– como causa de exclusión del ilícito internacional: 431
–– de los órganos internacionales: 57, 78 y ss., 241 y ss.
–– como *soft law*: 57
– de la CECA: 219
Reconocimiento: 29 y ss.
Regiones
incompetencia de las – y de otros entes públicos para concluir acuerdos internacionales: 112 y ss.
Regiones polares: 371 y ss.
v. también Antártida
Reglamentos comunitarios
características de los –: 219
Reparación
restitutio in integrum como forma de –: 466
–como consecuencia del ilícito internacional: 465 y ss.
resarcimiento del daño como forma de –: 469 y ss.
satisfacción como forma de –: 467
Represalia: v. Autodefensa, Contramedida, Legítima defensa, Retorsión
Resarcimiento de daños: v. Reparaciones
Reservas en los tratados: 129 y ss.
competencia de los órganos internos para formular –: 136 y ss.
– y declaración interpretativa: 130
v. también Corte Europea de Derecho Humanos
Responsabilidad internacional
–absoluta: 319, 434, 473
–de hechos lícitos: 319 y ss., 472 y ss.
–de las organizaciones internacionales: 419
–del Estado por actos de sus órganos: 419 y ss.
–– cometidos fuera de su competencia: 422
–objetivas y – por culpa: 318 y ss., 433 y ss., 472 y ss.
–por actos legislativos: 256 y ss., 421
–por crímenes internacionales: 455 y ss.
–por daños sufridos por extranjeros: 280 y ss., 434 y ss.
–por daños producidos por la contaminación o por el ejercicio de una actividad peligrosa: 318 y ss., 362 y ss., 435 y ss., 472 y ss.
–por hechos del individuo: 423 y ss.

– por violación de obligaciones *erga omnes:* 455
– por violaciones cometidas por individuos encargados de órganos estatales: 420 y ss.
v. también Autodefensa, Contramedidas, Ilícito internacional, Contaminación, Legítima defensa, Protección diplomática, Reparaciones, Retorsión.
Restitutio in integrum: v. Reparaciones
Retorsión
autodefensa colectiva y –: 459
– como forma de autodefensa: 453, 464
Revolución: v. Estado

Sahara Occidental: 38, 40
Satisfacción: v. Reparación
Secretario General de la ONU: v. ONU
Seguridad colectiva: v. ONU, Uso de la fuerza internacional
Sentencia internacional
ejecución de la –: 507
– y derecho interno: 507 y ss.
– de acuerdo a equidad: 499
Soberanía permanente sobre recursos naturales: 83, 264 y ss., 274 y ss.
Soberanía territorial
adquisición de la –: 265 y ss.
– y cuestiones de Estado: 157 y ss., 268
contenido de la –: 261 y ss.
– prohibición del uso de la fuerza internacional: 265
cambios de – y sucesión de Estados: 157 y ss.
v. también Dominio reservado, No intervención, Uso de la fuerza interna, Uso de la fuerza internacional.
Sociedades comerciales: v. Protección diplomática
Sociedades multinacionales: v. Protección diplomática
Soft law: v. Recomendaciones
Subjetividad internacional: 24 y ss.
v. también Iglesia católica, Gobierno, Individuos, Insurrectos, Movimientos de liberación nacional, Orden de Malta, Organizaciones internacionales, Estado.
Sucesión de Estados
– y acuerdos de devolución: 158
– y descolonización: 151 y ss.
– y regla de la *tabula rasa:* 155 y ss.
– en caso de separación de territorios: 157 y ss.
– en caso de fusión: 163 y ss.
– en caso de incorporaciones: 163 y ss.
– en caso de cambio radical de gobierno: 166 y ss.
– en caso de desmembramiento: 161 y ss.
– en materia de bienes, archivos y otras situaciones jurídicas de derecho interno: 151, 268
– en tratados localizados: 152 y ss.
– en tratados sobre delimitación de las fronteras: 153
– en el débito público: 168 y ss.
– por efecto de la notificación de la sucesión: 160
v. también Movilidad de las fronteras de los tratados.

Tabula rasa
regla de –: v. Sucesión de Estados
Territorio
adquisición y pérdida de la soberanía sobre el –: 265 y ss.

naturaleza del derecho del Estado sobre el –: 261 y ss.
– internacionalizado: 372 y ss.
uso nocivo del –: 318 y ss.
– – y obligación de informar: 321 y ss.
v. también Autodeterminación, Fronteras, Nave, Soberanía permanente sobre las reservas naturales, Soberanía territorial, Sucesión de Estados, Uso de la fuerza internacional.
Terrorismo: 272, 295
Tratado general de arbitraje
– completo: 500
– incompleto: 497
Tratados
aplicación provisoria de los –: 100
causas de invalidez y de extinción de los –: 171 y ss.
cumplimiento de las – –: 180 y ss.
inderogabilidad de las normas internacionales sobre – –: 253
cláusula de adhesión a los –: 95, 119
competencia para estipular –: 92 y ss.
violación de las normas internas sobre – –: 105 y ss.
denuncia sobre –: 182 y ss.
normas internas sobre el poder de – –: 183
derogación de los – por efecto de normas consuetudinarias: 59, 76 y ss., 226, 244 y ss.
– de garantía: 250
firma de los –: 92, 97
la guerra como causa de extinción o suspensión de los –: 178 y ss.
incompatibilidad de los –: 123 y ss.
– – y principio *rebus sic stantibus:* 178
incompetencia de las Regiones y de otros entes públicos para concluir los –: 115 y ss.
ineficacia de los – frente a terceros Estados: 119 y ss.
negociación de los –: 91
procedimiento de formación de los –: 90 y ss.
ratificación de los –: 92 y ss.
relación entre Gobierno y Parlamento en la – –: 93 y ss.
registro de los –: 96
– como fuente de normas internacionales particulares: 17, 84 y ss.
– inequitativos: 176
– ley y – contrato: 84
– localizados: 152 y ss.
– secretos: 100
– *self executing* y no *self executing:* 383 y ss.
casos relativos a fuentes de información interna del Estado: 103, 400
violencia como causa de invalidez de los –: 173 y ss.
v. también Acuerdos en forma simplificada, Adaptación, Analogía, Cláusula rebus sic stantibus, *Codificación, Comunidad Europea, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados,* Ius cogens, *Interpretación, Movilidad de las fronteras de los tratados, Organizaciones internacionales, Regiones, Reservas, Sucesión de Estados, Tratado general de arbitraje.*
Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas: 503
Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas: 505 y ss.

Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos: 52, 275, 284

UNCTAD: 190 y ss.
UNEP: 191
UNESCO: 201
UNICEF: 191
Unión Europea
tratado sobre la –: 210 y ss.
Unión Europea Occidental (UEO): 491
Unión Internacional de Telecomunicaciones (UTI): 203
Unión Postal Internacional (UPU): 203
UNITAR: 191
Uso de la fuerza interna
límites internacionales al –: 255 y ss., 262 y ss.
noción de –: 256 y ss.
– y uso de la fuerza internacional: 255 y ss.
v. también Dominio reservado, No intervención, Soberanía territorial, Uso de la fuerza internacional.
Uso de la fuerza internacional
prohibición del –: 444 y ss.
carácter de *ius cogens* de la – –: 249 y ss., 444
– – y adquisición de territorio: 265 y ss.
violación de la – – como crimen internacional: 455 y ss.
– y agresión indirecta: 293 y ss.
– e intervención humanitaria: 445
– e intervención del Estado para protección de sus propios ciudadanos en el extranjero: 445
– y principio de autodeterminación de los pueblos: 39 y ss.
– y principio de no intervención: 293
– y sistema de seguridad de la ONU: 476 y ss.
– y uso de la fuerza interna: 256 y ss.
v. también Autodeterminación, Autodefensa, Contramedidas, Controversia internacional, Legítima defensa, ONU, Responsabilidad internacional, Retorsión, Territorio, Tratados.
Uti possidetis: 153 y ss.

Vecindad
relaciones de –: 319
Vigilancia aduanera: 331
Violencia: v. Tratados, Uso de la fuerza internacional
Zona contigua: 330 y ss.
Zona económica exclusiva
delimitación de la – entre Estados enfrentados o adyacentes: 345
derechos de los Estados no costeros sobre –: 345 y ss.
normativa de la pesca en la –: 346 y ss.
extensión de la –: 345
poderes del Estado costero en la –: 345 y ss., 358
– – en materia de prevención de la contaminación: 361 y ss.
protección de islas artificiales y de las instalaciones en la –: 347
– y Estados *land locked* o geográficamente desfavorecidos: 349

Índice general

Prefacio 7
Abreviaturas 9

Introducción

I. Definición del derecho internacional. Precisiones terminológicas 13
II. Esquema sintético de las funciones de producción, determinación y aplicación coactiva del derecho internacional 16
III. El Estado como sujeto de derecho internacional. Otros sujetos. Sujetos presuntos 24

Primera parte
La formación de las normas internacionales

IV. El derecho internacional general. La costumbre y sus elementos constitutivos 49
V. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas 60
VI. Otras presuntas normas generales no escritas 66

VII. Inexistencia de normas generales escritas A) El valor de los acuerdos de codificación 71
VIII. Continuación. B) Las declaraciones de principios de la Asamblea General de la ONU 78
IX. Los tratados. Procedimiento de formación y competencia para celebrarlos 84
X. Ineficacia de los tratados respecto de terceros Estados. La "incompatibilidad" entre normas convencionales 119
XI. Las reservas en los tratados 129
XII. La interpretación de los tratados 140
XIII. La sucesión de los Estados en materia de tratados . 149
XIV. Causas de nulidad y de terminación de los tratados 171
XV. Fuentes derivadas de tratados internacionales. El fenómeno de las organizaciones internacionales. A) Las Naciones Unidas 187
XVI. Continuación. B) Los organismos especializados de las Naciones Unidas 197
XVII. Continuación. C) Las Comunidades Europeas 208
XVIII. Continuación. D) El Consejo de Europa y los organismos europeos de protección de los derechos humanos 231
XIX. Continuación. E) Otros órganos para la protección de los derechos humanos 234
XX. Las recomendaciones de los organismos internacionales 241
XXI. La jerarquía de las fuentes internacionales 244

Segunda parte
El contenido de las normas internacionales

XXII. El contenido del derecho internacional entendido como un conjunto de límites al uso de la fuerza internacional e interna por parte de los Estados ... 255

XXIII. La soberanía territorial 261
XXIV. Los límites a la soberanía territorial. A) El tratamiento de los extranjeros 269
XXV. Continuación. B) El tratamiento de los órganos estatales extranjeros, en particular de los agentes diplomáticos 287
XXVI. Continuación. C) El tratamiento de los Estados extranjeros 292
XXVII. Continuación. D) El tratamiento de las organizaciones internacionales 305
XXVIII. Continuación. E) Los límites al llamado "Dominio reservado del Estado" 310
XXIX. El derecho internacional del mar. La libertad de los mares. Control de los estados ribereños sobre los mares adyacentes a sus costas 323
XXX. El mar territorial 328
XXXI. Plataforma continental. Zona económica exclusiva. 338
XXXII. El mar internacional y la zona internacional de los fondos marinos 349
XXXIII. La navegación marítima 355
XXXIV. La protección del ambiente marino 362
XXXV. Los espacios aéreos y cósmicos 366
XXXVI. Las regiones polares 371

Tercera parte
La aplicación de las normas internacionales dentro del Estado

XXXVII. Adaptación del derecho estatal al derecho internacional 377
XXXVIII. La adaptación al derecho internacional consuetudinario 391
XXXIX. La adaptación a los tratados y a las fuentes derivadas de los tratados 397

Cuarta parte
La violación de las normas internacionales y sus consecuencias

XL. El acto ilícito internacional y sus elementos constitutivos. A) El elemento subjetivo 417
XLI. Continuación. B) El elemento objetivo 424
XLII. Continuación. C) Los elementos controvertidos: la culpa y el daño 433
XLIII. Las consecuencias del acto ilícito internacional. A) La autodefensa individual y colectiva 439
XLIV. Continuación. B). La reparación 465
XLV. La llamada responsabilidad por actos lícitos 472
XLVI. El sistema de seguridad colectiva previsto por la carta de las Naciones Unidas 476

Quinta parte
Determinación de las normas internacionales y solución de controversias entre Estados

XLVII. Función jurisdiccional internacional 493
XLVIII. Medios diplomáticos de solución de controversias internacionales 508

Bibliografía general 521
Bibliografía por capítulos 524
Índice analítico 567