

DERECHO INTERNACIONAL

ANTONIO REMIRO BROTONS

*Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Autónoma de Madrid*

ROSA RIQUELME CORTADO

*Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Murcia*

ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD

*Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Murcia*

JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER

*Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Autónoma de Madrid*

LUIS PÉREZ-PRAT DURBAN

*Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

tirant lo blanch

Valencia, 2007

Copyright © 2007

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

COLEGIO DE ABOGADOS LA PLATA
BIBLIOTECA

Nº de Inventario: 17690

Fecha: 26-08-2009



© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

TELF.: 96/361 00 48 - 50

FAX: 96/369 41 51

Email: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

Librería virtual: <http://www.tirant.es>

DEPOSITO LEGAL: V - 725 - 2007

I.S.B.N.: 978 - 84 - 8456 - 798 - 1

IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L. - PMc Media, S.L.

Sumario

Índice general	9
Abreviaturas utilizadas	33
Prólogo	39

PRELIMINARES

Capítulo I. Sociedad y Derecho Internacional	45
----------------------------------------------------	----

PARTE PRIMERA

LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Capítulo II. Los Estados	93
Capítulo III. Soberanía e igualdad soberana de los Estados	127
Capítulo IV. Los Pueblos: libre determinación	165
Capítulo V. Las Organizaciones internacionales	225
Capítulo VI. La sociedad civil internacional	269

PARTE SEGUNDA

LA FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Capítulo VII. Los actos unilaterales como fuente de obligaciones internacionales	293
Capítulo VIII. El acuerdo como fuente de obligaciones. Los tratados	313
Capítulo IX. La formación de los tratados	351
Capítulo X. La fase <i>intermedia</i> en la formación de los tratados	385
Capítulo XI. La participación en los tratados multilaterales	415
Capítulo XII. Patología y revisión de los tratados	459
Capítulo XIII. La formación de las normas generales. Costumbre y Principios generales del Derecho	501
Capítulo XIV. Codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional	523

PARTE TERCERA

EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Capítulo XV. ¿Qué es el cumplimiento del Derecho Internacional?	559
Capítulo XVI. La aplicación de las normas y obligaciones internacionales: problemas comunes	579
Capítulo XVII. La aplicación de las normas y obligaciones internacionales en el orden interno	629
Capítulo XVIII. El arreglo pacífico de las controversias internacionales	671

Capítulo XIX. La responsabilidad internacional	739
Capítulo XX. Invocación de responsabilidad y Aplicación coactiva del Derecho Internacional	791

PARTE CUARTA

LA COEXISTENCIA ENTRE ESTADOS: REPARTO DE COMPETENCIAS Y ACCIÓN EXTERIOR

Capítulo XXI. Las competencias del Estado. La dimensión personal de la soberanía .	819
Capítulo XXII. La protección de los nacionales en el extranjero	845
Capítulo XXIII. La dimensión territorial de la soberanía del Estado: espacio terrestre, espacio aéreo	869
Capítulo XXIV. Los espacios marinos	923
Capítulo XXV. Las relaciones diplomáticas y consulares	999

PARTE QUINTA

EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES

Capítulo XXVI. La prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza	1055
Capítulo XXVII. El sistema de seguridad colectiva	1085
Capítulo XXVIII. La ocupación hegemónica de la seguridad colectiva	1133

PARTE SEXTA

LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS Y GENTES

Capítulo XXIX. La protección internacional de los derechos humanos	1181
Capítulo XXX. El Derecho Internacional Humanitario/ Los crímenes internacionales	1221
Capítulo XXXI. La intervención humanitaria o la <i>Responsabilidad de Proteger</i>	1277

BIBLIOGRAFÍA GENERAL	1313
----------------------------	------

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	1333
----------------------------------------------	------

ÍNDICE ANALÍTICO	1347
------------------------	------

Índice general

Abreviaturas utilizadas	33
Prólogo	39

PRELIMINARES

Capítulo I

SOCIEDAD Y DERECHO INTERNACIONAL

I. ¿EXISTE UN DERECHO INTERNACIONAL?	45
1. Negadores del Derecho Internacional	45
2. Derecho, sí; pero de la sociedad internacional	47
II. ¿ES EFICAZ EL DERECHO INTERNACIONAL?	49
3. La observancia espontánea del Derecho Internacional	50
4. Infracción y provocación del Derecho Internacional	51
5. Adopción y legitimación de decisiones	52
6. Derecho Internacional y Poder	55
III. ¿UN DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL?	56
7. La Universalización como proceso histórico	56
8. La Universalización, ¿proceso irreversible?	60
9. Sociedades y Derechos Regionales y Particulares en nuestro tiempo	63
10. En particular, el Derecho Internacional Americano	65
IV. OBLIGACIONES ERGA OMNES Y NORMAS IMPERATIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL	67
11. ¿Normas imperativas?	67
12. Obligaciones erga omnes y normas imperativas	67
13. La formación e identificación de las normas imperativas	69
14. Las normas imperativas de nuestro tiempo	72
15. Consecuencias de las normas imperativas en el Derecho de los Tratados y de la Responsabilidad internacional	73
16. La apreciación de la violación de las normas imperativas y su represión	74
17. Normas imperativas de Derecho Internacional y Derecho interno	78
V. LA EXPANSION Y DIVERSIFICACION MATERIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL RIESGO DE SU FRAGMENTACIÓN	81
18. Planteamiento	81
19. Principios al servicio de la unidad del sistema	82
20. La proliferación de tribunales internacionales	84
Referencias bibliográficas	86

PARTE PRIMERA LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Capítulo II LOS ESTADOS

VI. INTRODUCCIÓN	93
21. Consideraciones generales sobre la subjetividad internacional	93
22. Los Estados en la actual sociedad internacional	95
VII. ELEMENTOS DEL ESTADO SOBERANO	97
23. Planteamiento	97
24. El territorio	98
25. La población	99
26. El gobierno u organización política	101
VIII. DINÁMICA DEL ESTADO	102
27. Transformaciones del Estado	102
28. Nacimiento y/o extinción de Estados	104
IX. EL RECONOCIMIENTO DE ESTADOS	108
29. Concepto	108
30. Sujetos que realizan el reconocimiento	109
31. Formas	109
32. Caracteres	110
33. Efectos	113
34. ¿Revocación?	114
X. SUCESIÓN DE ESTADOS	116
35. Consideraciones generales	116
36. Sucesión en materia de bienes, archivos y deudas de Estado	119
Referencias bibliográficas	124

Capítulo III SOBERANÍA E IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS

XI. LA SOBERANÍA COMO HAZ DE COMPETENCIAS ATRIBUIDAS AL ESTADO POR EL DERECHO INTERNACIONAL	127
37. Consideraciones generales	127
38. La dimensión territorial de la soberanía	128
39. La dimensión extraterritorial de la soberanía	130
40. El principio de personalidad activa	131
41. Otros principios que justifican el ejercicio de competencias extraterritoriales	133
42. La dimensión exterior de la soberanía	135
43. Órganos de la acción exterior del Estado	137
XII. EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN	138
44. Noción	138
45. Consagración histórica en el Derecho Internacional Americano	138
46. Consagración histórica en el Derecho Internacional General	140
47. Caracterización y alcance del principio	143
48. Los límites del principio	144
XIII. LA DESIGUALDAD REAL DE LOS ESTADOS Y SU INCIDENCIA SOBRE LA IGUALDAD SOBERANA	145
49. La igualdad soberana	145

50. Factores de desigualdad real	146
51. Estatutos jurídicos deducidos de la desigualdad real de los Estados	148
XIV. EL REFLEJO DE DOMINACIÓN DE LAS GRANDES POTENCIAS	152
52. Las esferas de influencia	152
53. Más allá de las esferas de influencia: limitaciones a la soberanía	154
Referencias bibliográficas	161

Capítulo IV

LOS PUEBLOS: LIBRE DETERMINACIÓN

XV. CONSIDERACIONES GENERALES	165
54. La libre determinación, de principio político a principio normativo	165
55. Los titulares del derecho de libre determinación	166
XVI. LOS PUEBLOS COLONIALES	167
56. El régimen de la Carta de las Naciones Unidas	167
57. Las resoluciones canónicas de la Asamblea General: la búsqueda de una síntesis entre soberanía y libre determinación	168
58. Opciones descolonizadoras a la luz de la libre determinación	169
59. El territorio colonial: desvinculación del metropolitano	170
60. El respeto de la integridad del territorio colonial	171
61. La población del territorio colonial, titular del derecho de libre determinación	173
62. Intervención y uso de la fuerza en el territorio colonial	174
63. El carácter total de la lucha contra el colonialismo	175
64. Reclamaciones territoriales y libre determinación de los pueblos: reclamaciones descolonizadoras	177
65. Reclamaciones territoriales... no descolonizadoras	179
66. Situación actual: epílogo del proceso de descolonización	180
67. La cuestión de Palestina	182
XVII. LOS PUEBLOS ÉTNICOS O NACIONALES	185
68. Planteamiento	185
69. Las minorías en el orden internacional	186
70. ¿Un derecho de autogobierno? ¿Un derecho de separación del Estado? El principio	188
71. Y sus excepciones	190
72. La respuesta de los Derechos estatales	192
73. Conflictos secesionistas	193
74. Del pueblo étnico al pueblo territorial	195
75. Política legislativa	197
76. Libre determinación no es bantustanización	199
XVIII. LOS PUEBLOS INDÍGENAS	200
77. Planteamiento	200
78. Reglas internacionales: (proyectos de) declaraciones de derechos en NU y en la OEA	201
79. Los puntos críticos	202
80. ¿Una relación internacional entre el Estado y sus pueblos indígenas?	205
81. Los pueblos indígenas en el Estado	207
XIX. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO	209
82. Consideraciones generales	209
83. La solidaridad democrática	211
84. La intervención por la democracia	213

85. Política legislativa	216
Referencias bibliográficas	219

Capítulo V

LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

XX. CONSIDERACIONES GENERALES	225
86. Perspectiva histórica	225
87. Perspectiva estructural	228
XXI. UNA SUBJETIVIDAD PARTICULAR	229
88. Qué es una Organización Internacional	229
89. El acto constitutivo: un tratado (u otro instrumento regido por el DI)	229
90. El tratado fundacional, constitucional y unitario	231
91. Una subjetividad secundaria... y ¿objetiva?	233
92. Una subjetividad funcional. El principio de competencias de atribución	235
93. Capacidad jurídica de las OI en los ordenamientos	236
XXII. CLASES	237
94. Planteamiento	237
95. Organizaciones abiertas y cerradas	238
96. Organizaciones generales y sectoriales	239
97. Organizaciones de cooperación y de integración	239
XXIII. LOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN	241
98. Quienes pueden ser miembros	241
99. Adquisición del status de miembro	242
100. Derechos y obligaciones de los miembros	245
101. La financiación de las OI	246
102. Pérdida del status de miembro. El derecho de retirada	248
103. Expulsión, suspensión y limitación de derechos	250
104. Sucesión en calidad de miembro de una OI	251
105. Otras modalidades de participación en las OI	254
XXIV. ESTRUCTURA ORGÁNICA	255
106. Planteamiento	255
107. Órganos principales y subsidiarios	255
108. Órganos intergubernamentales	257
109. Órganos no gubernamentales	259
110. Métodos de adopción de decisiones	261
XXV. DINÁMICA Y SUCESIÓN DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	263
111. Cambio y extinción	263
112. La sucesión	264
Referencias bibliográficas	266

Capítulo VI

LÁ SOCIEDAD CIVIL INTERNACIONAL

XXVI. CONSIDERACIONES GENERALES	269
113. Las fuerzas transnacionales	269
114. Importancia actual de la sociedad civil internacional	271
XXVII. DOS ACTORES NO ESTATALES: LAS ONG Y LAS CORPORACIONES TRANSNACIONALES	272

115. Las ONG	272
116. Las Corporaciones transnacionales	279
XXVIII. ACTORES NO ESTATALES Y SISTEMA INTERNACIONAL	282
117. La apertura del sistema internacional a los actores no estatales ...	282
118. La posición de las ONG en Naciones Unidas	284
119. Los actores no estatales y sus relaciones con otras organizaciones internacionales	287
Referencias bibliográficas	289

PARTE SEGUNDA LA FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Capítulo VII

LOS ACTOS UNILATERALES COMO FUENTE DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES

XXIX. INTRODUCCIÓN	293
120. Normas y obligaciones	293
121. Los actos unilaterales	293
XXX. LAS DECLARACIONES UNILATERALES	295
122. Afirmación como fuente de obligaciones internacionales	295
123. Tipología	296
124. Régimen aplicable	296
125. Concurrencia y conflicto con otras obligaciones	300
126. Declaraciones unilaterales y Derecho interno	301
XXXI. COMPORTAMIENTOS (Y OMISIONES)	302
127. Aquiescencia y protesta	302
128. El estoppel	308
Referencias bibliográficas	310

Capítulo VIII

EL ACUERDO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES. LOS TRATADOS

XXXII. INTRODUCCIÓN	313
129. La importancia de los tratados	313
130. El Derecho de los Tratados	314
XXXIII. NOCIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL TRATADO	317
131. ¿Qué es realmente un tratado?	317
132. La forma: un acuerdo por escrito	318
133. Los sujetos	320
134. El número de sujetos	320
135. Los efectos: a) obligaciones jurídicas	321
136. Los efectos: b) obligaciones para las partes	322
137. El régimen jurídico: sujeción al Derecho Internacional	322
138. La denominación: tratado-género, tratado-especie	323
XXXIV. CAPACIDAD DE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	326
139. La capacidad para celebrar tratados	326
140. La capacidad de los Estados: el principio	326
141. Situaciones particulares	326

142. Sujetos en pos del Estado	329
143. La capacidad de las Organizaciones internacionales, en general ...	330
144. Organizaciones de integración	331
145. La capacidad de otros sujetos	332
XXXV. LA MAGIA DE LOS TRATADOS Y LOS ACUERDOS NO JURÍDICOS	334
146. Consideraciones Generales	334
147. La obligación jurídica	335
148. Los Acuerdos no jurídicos: identificación	336
149. Tratados y Acuerdos no jurídicos: consecuencias de la calificación en el orden internacional	338
150. Tratados y Acuerdos no jurídicos: relaciones	339
151. Los Acuerdos no jurídicos y el Derecho interno	340
XXXVI. MÉTODOS DE FORMACIÓN DE OBLIGACIONES CREADOS MEDIANTE TRATADOS: LAS RESOLUCIONES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	342
152. Consideraciones generales	342
153. Tipos de resoluciones	343
Referencias bibliográficas	346

Capítulo IX

LA FORMACION DE LOS TRATADOS

XXXVII. INTRODUCCIÓN	351
154. ¿Qué es la formación de los tratados?	351
155. Las fases en la formación de los tratados	351
XXXVIII. LA FASE INICIAL	352
156. La negociación: la iniciativa	352
157. Las reglas de la negociación	352
158. El proceso de la negociación	353
159. Negociación y Derecho interno	354
160. La adopción del texto	356
161. La autenticación del texto	358
162. Formas de autenticación	358
163. Sujetos participantes en la autenticación del texto del tratado	361
164. La lengua de los tratados	361
165. La participación de la sociedad civil, en particular de las ONG	362
XXXIX. LA FASE FINAL	365
166. Planteamiento	365
167. La manifestación del consentimiento	365
168. Los principios: libertad de elección e igualdad de formas	365
169. Formas de manifestación del consentimiento incorporadas en el tratado	366
170. Formas de manifestación del consentimiento que se materializan en un instrumento ad hoc	367
171. Determinación de la forma de manifestación del consentimiento en el caso concreto	368
172. Libertad de forma y Derecho interno	369
173. El perfeccionamiento del consentimiento	369
174. Principios y formas de perfeccionamiento del consentimiento	370
XL. LA REPRESENTACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO Y DE OTROS SUJETOS	371

175. Planteamiento	371
176. Los plenos poderes	372
177. La acreditación implícita	373
178. Órganos que en virtud de sus funciones representan al Estado	374
179. Efectos de los actos sin representación	374
XLI. LA ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS	375
180. Noción	375
181. Reglas aplicables	375
182. Tratados multilaterales: entrada en vigor general y particular	376
XLII. LA APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS	378
183. Noción e importancia	378
184. Reglas aplicables	378
XLIII. REGISTRO Y PUBLICACIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS	380
185. Registro	380
186. Publicación	381
Referencias bibliográficas	382

Capítulo X

LA FASE INTERMEDIA EN LA FORMACIÓN DE LOS TRATADOS

XLIV. CONSIDERACIONES GENERALES	385
187. ¿Por qué una fase intermedia?	385
XLV. LA INTERVENCIÓN DE LAS CÁMARAS LEGISLATIVAS	387
188. Naturaleza de la intervención	387
189. Tratados sometidos a autorización	388
190. La calificación: el criterio determinante	391
191. La calificación: Gobierno y Cámaras legislativas en la operación calificadoras	392
192. Formación y formalización del acto de autorización	394
193. Tratados sometidos a un procedimiento especial	396
194. Alcance de la autorización	398
XLVI. LOS ENTES TERRITORIALES DEL ESTADO	399
195. Participación indirecta a través de las "Segundas Cámaras"	399
196. Participación directa	400
XLVII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS	401
197. Consideraciones generales	401
198. El control preventivo de constitucionalidad	402
199. El control a posteriori de la constitucionalidad extrínseca	405
XLVIII. LA CONSULTA POPULAR	406
200. El control directo en la conclusión de tratados de particular relevancia	406
XLIX. LA FASE INTERMEDIA EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	409
201. En general	409
202. En Organizaciones de integración	409
Referencias bibliográficas	411

Capítulo XI

LA PARTICIPACIÓN EN LOS TRATADOS MULTILATERALES

L. CONSIDERACIONES GENERALES	415
------------------------------------	-----

203. Planteamiento	415
LI. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN	417
204. Las cláusulas abiertas [Cláusula todos los Estados]	417
205. La participación de otros sujetos	418
LII. CLÁUSULAS PARA FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN A TRAVÉS DE LA MODULACIÓN DEL CONTENIDO DEL TRATADO	420
206. Cláusulas moduladoras en general	420
207. Cláusulas facultativas y de exclusión	421
208. Cláusulas de Opción entre disposiciones o partes del tratado	422
209. Cláusulas de salvaguardia y derogatorias	423
210. La modificación del tratado entre algunas partes	424
LIII. LAS RESERVAS: LA NOCIÓN Y SUS ELEMENTOS	426
211. Planteamiento	426
212. La reserva: una declaración unilateral	426
213. La reserva: Una declaración formal, por escrito	427
214. El momento de su formulación: la manifestación del consentimiento	428
215. Reservas tardías	429
216. Su objeto: excluir o modificar efectos jurídicos	430
217. Reservas de exclusión	431
218. Reservas de modificación	432
219. Su vinculación a los tratados multilaterales	432
220. Su denominación	433
LIV. LAS RESERVAS: RÉGIMEN JURÍDICO	434
221. Origen y evolución histórica	434
222. El régimen de Viena	435
223. Formulación y admisibilidad de reservas previstas: prohibidas y autorizadas	436
224. Reservas no previstas: el criterio de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado	438
225. Dinámica de la reserva: aceptación-objeción	440
226. Efectos jurídicos	442
227. Reservas y entrada en vigor del tratado	443
228. Supuestos especiales	444
229. Retirada y modificación de reservas y objeciones	445
230. Política legislativa	446
LV. LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS	449
231. Declaraciones unilaterales formuladas a un tratado [distintas de las reservas]	449
232. Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas	450
233. Régimen jurídico: declaración interpretativa simple y declaración interpretativa condicional	451
LVI. RESERVAS, DECLARACIONES Y DERECHO INTERNO	453
234. La participación de las Cámaras legislativas	453
235. La participación de las Cámaras: a) En la formulación y retirada de reservas y objeciones	454
236. La participación de las Cámaras: b) frente a las reservas ajenas ...	454
Referencias bibliográficas	455

Capítulo XII
PATOLOGÍA Y REVISIÓN DE LOS TRATADOS

LVII. CONSIDERACIONES GENERALES	459
237. Sobre la nulidad, terminación y suspensión de los tratados	459
238. Sobre la revisión de los tratados	460
LVIII. LA NULIDAD DE LOS TRATADOS	461
239. Las causas de nulidad: planteamiento	461
240. La nulidad por la incompetencia para expresar la voluntad del sujeto	461
241. La nulidad como consecuencia de un vicio del consentimiento	463
242. La nulidad como sanción por el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza para coaccionar a un Estado o a una OI	467
243. La nulidad por la ilicitud del objeto: oposición al <i>ius cogens</i> preexistente	468
LIX. LA TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS TRATADOS	468
244. Planteamiento	468
245. Terminación y suspensión por acuerdo de las partes	469
246. Terminación y suspensión por invocación de causas extrínsecas al tratado	471
247. Causas extrínsecas de terminación o suspensión previstas en la Convención de Viena	472
248. Causas extrínsecas de terminación o suspensión al margen de la Convención de Viena	475
249. Supuestos que no son causas extrínsecas de terminación y suspensión (según la Convención de Viena)	476
250. Terminación o suspensión no motivada	477
LX. VERIFICACIÓN, RÉGIMEN Y EFECTOS DE LA NULIDAD, TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS	479
251. Planteamiento	479
252. Legitimación para invocar las causas de nulidad, terminación y suspensión y posibilidad de sanación	479
253. Procedimiento general para la verificación de la nulidad, terminación y suspensión	481
254. Procedimiento en casos de terminación o suspensión por violación grave de un tratado multilateral	483
255. Efectos de la declaración de nulidad del tratado	484
256. Efectos de la terminación y suspensión de la aplicación del tratado	486
LXI. LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN LOS TRATADOS	488
257. Planteamiento	488
258. Normas generales	488
259. La Convención de Viena de 1978	490
260. La práctica reciente	491
LXII. LA REVISIÓN DE LOS TRATADOS	495
261. Planteamiento	495
262. La enmienda de los tratados	495
263. La revisión total de los tratados: sucesión de tratados	498
Referencias bibliográficas	498

Capítulo XIII

LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS GENERALES: COSTUMBRE Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

LXIII. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL 501

264. Planteamiento 501

265. La costumbre como fuente de producción normativa 501

266. Noción y elementos de la costumbre 502

267. El elemento material de la costumbre: la práctica 504

268. Caracteres de la práctica como elemento material de la costumbre 505

269. El elemento psicológico o espiritual de la costumbre: la “opinio iuris sive necessitatis” 508

270. La prueba de la “opinio iuris” 509

271. La oponibilidad de la costumbre general 511

272. La oponibilidad de la costumbre particular 513

273. Modificación y “desuetudo” de la costumbre internacional 514

LXIV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO 515

274. Una fuente supletoria 515

275. Una fuente en entredicho 516

276. ¿Una fuente actual? 516

LXV. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL 517

277. La evolución del concepto de jurisprudencia internacional 517

278. La función de la jurisprudencia en el Derecho internacional 518

Referencias bibliográficas 520

Capítulo XIV

CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL

LXVI. CONSIDERACIONES GENERALES 523

279. La formulación escrita de las normas 523

280. Codificación y efecto relativo de los tratados 524

281. La interacción entre los métodos de codificación 525

LXVII. CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO MEDIANTE TRATADOS MULTILATERALES GENERALES 526

282. El tratado como instrumento 526

283. Codificación regional. La anticipación de América latina 527

284. El impulso codificador de Naciones Unidas 528

285. La Comisión de Derecho Internacional y los otros órganos subsidiarios de la codificación 529

286. La Asamblea General y su VI Comisión 532

287. La formación del tratado en un foro universal 534

LXVIII. LOS EFECTOS DEL PROCESO 536

288. La interacción tratado/costumbre 536

289. La declaración de la norma consuetudinaria mediante tratado 538

290. La cristalización de la norma consuetudinaria mediante tratado .. 539

291. La generación de la norma consuetudinaria a partir del tratado ... 541

292. Reservas y formación de normas consuetudinarias 543

LXIX. LA ESENCIAL INDEPENDENCIA DEL TRATADO Y DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE OBLIGACIONES 546

293. Los principios 546

294. Sus consecuencias	547
LXX. LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS COMO INSTRUMENTO DE CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO	548
295. Las resoluciones de la Asamblea General	548
296. Factores relevantes en la determinación de su valor jurídico	549
297. La interacción con la costumbre: a) Resoluciones declarativas	551
298. La interacción con la costumbre: b) Resoluciones cristalizadoras	552
299. La interacción con la costumbre: c) Resoluciones generadoras	553
Referencias bibliográficas	555

PARTE TERCERA EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Capítulo XV

¿QUÉ ES EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL?

LXXI. CONSIDERACIONES GENERALES	559
300. ¿Qué es el cumplimiento?	559
301. ¿Se cumple el Derecho Internacional?	560
302. Medidas para favorecer el cumplimiento	561
303. El sistema de cumplimiento	563
LXXII. LAS REGLAS DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL	564
304. La obligación de cumplir de buena fe con las normas y obligaciones internacionales (<i>pacta sunt servanda bona fide</i>)	564
305. Las medidas convencionales sobre el cumplimiento	565
306. Los encargados internacionales del cumplimiento: órganos de OI y regímenes internacionales, Estados, ONG	566
307. Los procedimientos de información sobre el cumplimiento	569
308. La evaluación de la información sobre el cumplimiento	572
309. El control y la verificación del cumplimiento	575
310. La facilitación del cumplimiento	575
Referencias bibliográficas	576

Capítulo XVI

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES: PROBLEMAS COMUNES

LXXIII. CONSIDERACIONES GENERALES	579
311. La aplicación del DI como proceso	579
312. Los órganos de aplicación del DI	579
LXXIV. SELECCIÓN DE LA NORMA U OBLIGACIÓN APLICABLE	580
313. Identificación del DI vigente y selección de las normas y obligaciones internacionales aplicables	580
314. El efecto relativo de las normas y obligaciones internacionales	581
315. Una cuestión particular: la posición de los Estados miembros respecto de los tratados de una OI	583
316. El ámbito de aplicación espacial de las normas y obligaciones internacionales	584

317. El ámbito de aplicación temporal de las normas y obligaciones internacionales	587
LXXV. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LA NORMA U OBLIGACIÓN APLICABLE	589
318. La determinación del contenido concreto de la norma u obligación internacional	589
319. La incorporación por referencia	590
320. Cláusula de la nación más favorecida	591
321. Cláusula de tratamiento nacional	594
322. Cláusula de reciprocidad	595
LXXVI. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES	596
323. Aplicación e interpretación	596
324. La codificación de las reglas de interpretación de los tratados	596
325. La regla general de interpretación de los tratados: texto, contexto y objeto y fin	598
326. El texto: los términos del tratado	599
327. El contexto: el tratado en su conjunto y los instrumentos que lo acompañan	600
328. El objeto y fin del tratado	601
329. El papel de la buena fe y de otros principios	601
330. Un contexto más amplio, sobrevenido y normativo	602
331. El factor tiempo: interpretación estática, interpretación evolutiva	603
332. Medios de interpretación complementarios. Los trabajos preparatorios	605
333. La interpretación de los tratados autenticados en más de una lengua	607
334. La interpretación de las resoluciones de las OI	608
335. Procedimientos para favorecer una interpretación uniforme de los tratados	609
LXXVII. CONCURRENCIA Y CONFLICTO ENTRE NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES	610
336. Reglas generales: concurrencia y conflicto entre normas consuetudinarias y disposiciones convencionales	610
337. Concurrencia y conflicto entre tratados: tratados sucesivos sobre la misma materia. Cláusulas expresas	612
338. Concurrencia y conflicto entre tratados: tratados sucesivos sobre la misma materia. Reglas supletorias	614
339. Incompatibilidad de derechos y obligaciones en tratados estipulados con sujetos diferentes	616
340. Conflicto entre las resoluciones de una OI y su tratado constitutivo: planteamiento	618
341. El control de constitucionalidad en las OI de integración: el caso de la Comunidad Europea	619
342. El control de constitucionalidad en el sistema de las Naciones Unidas: la jurisdicción consultiva de la Corte	621
343. El control de constitucionalidad en el sistema de las Naciones Unidas: la jurisdicción contenciosa de la Corte	623
Referencias bibliográficas	625



Capítulo XVII.

**LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y OBLIGACIONES
INTERNACIONALES EN EL ORDEN INTERNO**

LXXVIII.	CONSIDERACIONES GENERALES	629
	344. La incorporación del DI a los ordenamientos estatales	629
	345. Problemas particulares de la aplicación del DI por los órganos internos	629
LXXIX.	LA INCORPORACIÓN DE LAS NORMAS Y OBLIGACIONES INTER- NACIONALES	630
	346. La recepción de las normas consuetudinarias	630
	347. La recepción de los tratados en general	631
	348. La recepción de los tratados en España, América Latina y la CE ..	633
	349. Recepción y publicación interna de los tratados	634
	350. La recepción de las resoluciones de las Organizaciones internacio- nales	637
LXXX.	LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNA- CIONALES	639
	351. La aplicación directa por órganos judiciales y administrativos: dispo- siciones auto-ejecutivas (self-executing)	639
	352. La aplicación de las normas y obligaciones non-self-executing: su desarrollo legal y/o reglamentario	642
	353. Autonomía del Estado en el desarrollo legal y reglamentario de las normas y obligaciones non self-executing	644
	354. La incidencia de la estructura compleja del Estado en el desarrollo legal y reglamentario de normas y obligaciones non self-executing ..	645
	355. El Estado frente a la pasividad de sus entes territoriales en el desarrollo legal y reglamentario de normas y obligaciones non self- executing	647
	356. La reciprocidad como condición para la aplicación de normas y obligaciones internacionales	649
LXXXI.	LA INTERPRETACIÓN DEL DI POR LOS ÓRGANOS INTERNOS	650
	357. Las reglas aplicables	650
	358. La intervención de órganos especializados en la labor interpretativa ..	651
	359. La interpretación del Derecho interno a la luz del DI	653
LXXXII.	CONCURRENCIA Y CONFLICTO ENTRE DERECHO INTERNACIO- NAL Y DERECHO INTERNO	654
	360. Planteamiento	654
	361. Costumbre internacional y Derecho interno	655
	362. Tratados y Constitución	656
	363. El control de la conformidad de los tratados en vigor con la Constitu- ción	657
	364. Tratado y ley	660
	365. Consecuencias de la primacía de los tratados en el orden interno ..	663
	366. Las resoluciones de las Organizaciones internacionales y el Derecho interno	665
	367. El Derecho Comunitario derivado y el Derecho de los Estados miem- bros	666
	Referencias bibliográficas	668

Capítulo XVIII
**EL ARREGLO PACÍFICO DE LAS CONTROVERSIAS
 INTERNACIONALES**

LXXXIII.	CONSIDERACIONES GENERALES	671
	368. Controversias internacionales	671
	369. La obligación de arreglo pacífico	672
	370. La libre elección de medios	674
	371. Medios de arreglo: clases	676
LXXXIV.	MEDIOS POLÍTICOS	677
	372. Las negociaciones diplomáticas	677
	373. Los buenos oficios y la mediación de terceros	681
	374. Encuesta, investigación o determinación de los hechos	684
	375. Conciliación	685
LXXXV.	MEDIOS JURISDICCIONALES	688
	376. La larga marcha en pos de la jurisdicción obligatoria. Instrumentos dirigidos a generalizarla	688
	377. Frenos a la experimentación de la jurisdicción. Controversias justiciables y no justiciables	692
	378. Arbitraje	695
	379. Arreglo judicial	703
	380. La multiplicación de instancias judiciales internacionales	704
	381. El riesgo de fragmentación del Derecho Internacional	706
LXXXVI.	LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA	708
	382. Su importancia	708
	383. Composición	709
	384. Organización	710
	385. Competencias	711
	386. Los fundamentos de la competencia contenciosa: Compromiso y "Forum prorogatum"	713
	387. Los fundamentos...: consentimiento anticipado mediante tratado .	714
	388. Los fundamentos...: la cláusula opcional	716
	389. Los fundamentos...: condiciones y reservas en las declaraciones conforme a la cláusula opcional	717
	390. El Pacto de Bogotá y la cláusula opcional	720
	391. Procedimiento	721
	392. Sus incidentes	723
	393. Derecho aplicable	728
	394. Efectos y ejecución de la sentencia	728
LXXXVII.	EL PAPEL DE LOS ACTORES NO ESTATALES	731
	395. Consideraciones generales	731
	396. Casos de legitimación activa en procedimientos internacionales ...	731
	397. Los actores no estatales como "amicus curiae"	732
	Referencias bibliográficas	734

Capítulo XIX
LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

LXXXVIII.	CONSIDERACIONES GENERALES	739
	398. Las normas reguladoras de la responsabilidad internacional	739
	399. Origen y rasgos esenciales de la responsabilidad internacional	740

	400. ¿Una pluralidad de regímenes de responsabilidad internacional? ..	742
LXXXIX.	EL HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD	745
	401. El hecho internacionalmente ilícito	745
	402. Los perjuicios causados por un hecho no prohibido por el DI	746
XC.	LOS ELEMENTOS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO:	
	EL ELEMENTO SUBJETIVO	748
	403. Hechos debidos a los órganos del Estado	748
	404. Hechos del Estado y actuación de los particulares	752
	405. Hechos del Estado y movimientos insurreccionales	755
	406. Hechos de los órganos de otros Estados y Organizaciones internacio- nales	756
XCI.	LOS ELEMENTOS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO:	
	EL ELEMENTO OBJETIVO	758
	407. La violación de la obligación internacional	758
	408. Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de DI general	759
XCII.	LOS ELEMENTOS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO:	
	EL ELEMENTO TEMPORAL	761
	409. Una obligación internacional en vigor cuando se produce el hecho	761
	410. Hechos instantáneos, de carácter continuo y compuestos	761
XCIII.	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO	
	DE OTRO ESTADO	763
	411. La complicidad	763
	412. El control y la coacción	763
XCIV.	LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD	764
	413. Consideraciones generales	764
	414. El consentimiento del Estado lesionado	765
	415. La legítima defensa	767
	416. Las contramedidas	767
	417. La fuerza mayor	767
	418. El peligro extremo	768
	419. El estado de necesidad	769
XCV.	LAS CONSECUENCIAS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILI- CITO. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR	770
	420. Consideraciones generales	770
	421. La cesación del ilícito	771
	422. La reparación	772
	423. Modalidades de la reparación	773
	424. Las garantías de no repetición	777
	425. Las consecuencias sustantivas derivadas de la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del DI general	777
XCVI.	LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LAS ORGANIZACIO- NES INTERNACIONALES	779
	426. Las normas reguladoras de la responsabilidad internacional de las OI	779
	427. La atribución de un comportamiento a las OI	779
	428. Violación de una obligación internacional por una OI	782
	429. Responsabilidad de la Organización y responsabilidad de los Estados	782
XCVII.	LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y LOS ACTORES NO ESTATALES	784
	430. La responsabilidad social (o accountability)	784

431. La dimensión externa de la responsabilidad social	784
Referencias bibliográficas	786

Capítulo XX

**INVOCACIÓN DE RESPONSABILIDAD Y APLICACIÓN COACTIVA
DEL DERECHO INTERNACIONAL**

XCVIII. LA INVOCACION DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL ..	791
432. Consideraciones generales	791
433. Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado	792
434. Invocación de la responsabilidad por otros Estados	794
435. Requisitos de la reclamación. Su renuncia	794
XCIX. LA APLICACIÓN COACTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL	795
436. ¿Existe un sistema de aplicación coactiva del Derecho Internacional?	795
437. Qué es —y qué no es— la aplicación coactiva del Derecho Internacio- nal	796
438. Las modalidades de la aplicación coactiva del Derecho Internacional	797
C. LAS MEDIDAS DE APLICACIÓN COACTIVA DEL DERECHO INTER- NACIONAL	800
439. Planteamiento	800
440. Las retorsiones	801
441. Las represalias	802
442. Las sanciones	803
443. Las contramedidas	805
CI. REQUISITOS COMUNES A LAS CONTRAMEDIDAS	806
444. Enunciado	806
445. ¿Quién está legitimado para adoptar contramedidas?	807
446. ¿Qué condiciones sustantivas deben cumplir las contramedidas? ..	807
447. ¿Cuáles son las condiciones procesales para la adopción y el mante- nimiento de una contramedida?	809
448. ¿Cuál es la función y la finalidad de las contramedidas?	810
CII. LA NEGACIÓN DE LAS CONTRAMEDIDAS DE TERCEROS ESTA- DOS	811
449. Planteamiento	811
450. Reacciones descentralizadas y sistema de seguridad colectiva	811
451. Terceros Estados frente a violaciones graves de normas imperativas	813
Referencias bibliográficas	815

PARTE CUARTA

**LA COEXISTENCIA ENTRE ESTADOS: REPARTO DE
COMPETENCIAS Y ACCIÓN EXTERIOR**

Capítulo XXI

**LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO. LA DIMENSIÓN PERSONAL DE
LA SOBERANÍA**

CIII. CONSIDERACIONES GENERALES	819
452. Sobre el reparto de competencias entre los Estados	819
453. Sobre la competencia personal del Estado	819
CIV. LOS NACIONALES	821

454. El vínculo de la nacionalidad. Nacionalidad y ciudadanía	821
455. La determinación de la nacionalidad, competencia estatal	822
456. Limitaciones a la competencia estatal: un vínculo “suficiente”	823
457. ¿Otros límites a la competencia estatal?	824
458. La nacionalidad en la sucesión de Estados	825
459. La doble nacionalidad	828
460. La apatridia	829
461. Nacionalidad de las personas jurídicas, navíos, aeronaves y objetos espaciales	830
CV. LOS EXTRANJEROS	831
462. Discriminación en blanco y negro	831
463. Admisión y permanencia	832
464. Régimen de extranjería	835
CVI. LOS MIGRANTES	837
465. Inmigrantes, extranjeros vulnerables	837
466. Las normas internacionales sobre los inmigrantes	839
467. La gestión internacional de la inmigración	840
Referencias bibliográficas	842

Capítulo XXII

LA PROTECCIÓN DE LOS NACIONALES EN EL EXTRANJERO

CVII. CONSIDERACIONES GENERALES	845
468. La protección de los nacionales como función básica del Estado	845
469. Modos de protección: la protección diplomática y la asistencia consu- lar	845
470. La protección de los ciudadanos de la Unión Europea	847
CVIII. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA	848
471. Caracterización	848
472. La protección diplomática como derecho del Estado	849
473. Los requisitos para el ejercicio de la protección diplomática	852
474. El requisito de la nacionalidad del perjudicado. La nacionalidad de las personas físicas	853
475. La nacionalidad de las personas jurídicas	857
476. La continuidad en la nacionalidad	858
477. El requisito del agotamiento de los recursos internos	859
478. Excepciones a la exigencia de agotamiento de los recursos internos	861
479. La renuncia a la protección diplomática por el particular	862
480. Protección diplomática del Estado versus reclamaciones internacio- nales por los particulares	864
CIX. LA PROTECCIÓN POR LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONA- LES DE SUS FUNCIONARIOS	866
481. Una protección de carácter funcional	866
Referencias bibliográficas	867

Capítulo XXIII

**LA DIMENSIÓN TERRITORIAL DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO:
 ESPACIO TERRESTRE, ESPACIO AÉREO**

CX. EL ESPACIO TERRESTRE	869
482. Regímenes territoriales en Derecho Internacional	869

483. Estado y territorio	870
484. El título a la soberanía territorial	872
485. Modos de adquisición del título. Su obsolescencia en el Derecho Internacional contemporáneo	873
486. Los fundamentos del título a la soberanía	875
487. El principio del “uti possidetis iuris”: lo que es	881
488. El principio del “uti possidetis iuris”: lo que no es	883
489. El territorio “polémico”: la sumisión de las controversias territoriales a medios jurisdiccionales	885
CXI. LA FRONTERA TERRESTRE	889
490. Límites y fronteras	889
491. La delimitación de la frontera	890
492. La demarcación de la frontera	893
493. El objetivo: una frontera completa, ininterrumpida, estable y definitiva	894
494. Las fronteras terrestres de España	895
CXII. LA COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA	896
495. Concepto, ámbitos y planos de actuación	896
496. La cooperación interestatal	898
497. La cooperación de los entes regionales y locales	899
CXIII. VIAS DE AGUA INTERNACIONALES	900
498. Planteamiento	900
499. Los ríos como vías de agua de interés internacional para la navegación	901
500. Usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación	904
501. Los canales internacionales	909
CXIV. EL ESPACIO AÉREO	911
502. Noción y régimen jurídico	911
503. La navegación aérea	913
504. La aeronave	915
Referencias bibliográficas	917

Capítulo XXIV **LOS ESPACIOS MARINOS**

CXV. CONSIDERACIONES GENERALES	923
505. El espacio marino: “mare liberum, mare clausum”	923
506. Codificación y desarrollo progresivo del Derecho del Mar	923
507. Soberanía y jurisdicción en los espacios marinos	925
508. Las islas como factor de atribución de espacios marinos	925
509. Mensuración de los espacios marinos: las líneas de base	927
CXVI. ESPACIOS BAJO SOBERANÍA DEL ESTADO RIBERENO	929
510. Las aguas interiores	929
511. El mar territorial	930
512. El derecho de paso inocente por el mar territorial	932
513. Los estrechos internacionales	934
CXVII. ESPACIOS BAJO JURISDICCIÓN DEL ESTADO RIBERENO	938
514. La zona contigua	938
515. La plataforma continental	940
516. La zona económica exclusiva	943

517. Derechos del ribereño en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva	945
518. Derechos de los terceros en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva	950
CXVIII. SITUACIONES GEOGRÁFICAS GENERADORAS DE RÉGIMENES ESPECIALES	952
519. Planteamiento	952
520. Los Estados archipelágicos	952
521. Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa	956
CXIX. LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS MARINOS	959
522. Supuestos de delimitación	959
523. Normas internacionales para la delimitación	962
524. El acuerdo libremente consentido: presunción de solución equitativa	964
525. Obstáculos para el acuerdo	965
526. El acuerdo imposible: la controversia y su solución	969
527. ¿“Uti possidetis iuris” en la delimitación marítima?	971
528. Los trifinios marítimos	972
529. Delimitación de los espacios marinos de España	974
CXX. ESPACIOS MARINOS MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS	975
530. La alta mar	975
531. Libertad de navegación y jurisdicción sobre los buques en alta mar	976
532. La libertad de pesca en la alta mar	981
533. La pesca de las “poblaciones transzonales”	983
534. La Zona internacional de los fondos marinos	986
CXXI. PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO	990
535. La protección del medio marino en la CONVEMAR (1982)	990
Referencias bibliográficas	993

Capítulo XXV

LAS RELACIONES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES

CXXII. LA ACCIÓN EXTERIOR DEL ESTADO Y SUS ÓRGANOS	999
536. Consideraciones generales	999
CXXIII. LA MISIÓN DIPLOMÁTICA	1000
537. Naturaleza y funciones	1000
538. Establecimiento y terminación	1002
539. Miembros de la Misión	1004
540. Inmunidades y privilegios de la Misión: consideraciones generales	1005
541. Cuales son las inmunidades y privilegios de la Misión	1006
542. El asilo diplomático	1009
CXXIV. NUEVAS FORMAS DE LA DIPLOMACIA	1011
543. Planteamiento	1011
544. Las Misiones permanentes de Estados ante Organizaciones internacionales	1012
545. Las Misiones especiales o la diplomacia “ad hoc”	1015
CXXV. LA OFICINA CONSULAR	1016
546. Naturaleza y funciones	1016
547. Establecimiento y terminación	1019
548. Miembros de la Oficina	1020
549. Inmunidades y privilegios de la Oficina Consular	1022

CXXVI.	PROTECCIÓN, INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS DE LOS AGENTES DEL ESTADO EXTRANJERO	1023
550.	Una especial protección	1023
551.	Inmunidades y privilegios de los órganos centrales	1023
552.	Inmunidades y privilegios de los miembros de la Misión: consideraciones generales	1024
553.	Cuales son las inmunidades y privilegios de los miembros de la Misión	1024
554.	Circunstancias modificativas del estatuto diplomático: nacionales, residentes, familiares	1027
555.	Duración de inmunidades y privilegios	1028
556.	Abuso de inmunidades y privilegios	1028
557.	Inmunidades y privilegios de los miembros de Misiones permanentes ante Organizaciones internacionales	1029
558.	Inmunidades y privilegios de los miembros de Misiones especiales y Delegaciones	1030
559.	Inmunidades y privilegios de los miembros de la Oficina Consular	1030
CXXVII.	LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO	1030
560.	Consideraciones generales	1030
561.	Inmunidad del Estado y reglas de competencia judicial internacional	1031
562.	El principio de inmunidad del Estado extranjero: origen y codificación	1032
563.	La inmunidad de jurisdicción: Inmunidad absoluta e inmunidad restringida	1034
564.	Los límites de la inmunidad restringida en la práctica estatal: actos “iure imperii” y actos “iure gestionis”	1035
565.	La inmunidad restringida en los textos normativos: una relación de límites o excepciones	1038
566.	El alcance subjetivo del principio	1040
567.	El alcance procesal del principio	1041
568.	Inmunidad del Estado extranjero y principio de reciprocidad	1042
569.	Inmunidad de jurisdicción e inmunidad respecto de medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso	1042
570.	Alcance de la inmunidad respecto de medidas coercitivas	1043
571.	La doctrina del “Act of State”	1046
572.	Negación de la inmunidad del Estado extranjero en relación con la responsabilidad civil por crímenes de sus agentes	1048
	Referencias bibliográficas	1049

PARTE QUINTA
EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD
INTERNACIONALES

Capítulo XXVI

LA PROHIBICIÓN DE LA AMENAZA Y EL USO DE LA FUERZA

CXXVIII.	CONSIDERACIONES GENERALES	1055
573.	Del “ ius ad bellum” a la prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales	1055
574.	La prohibición de la fuerza en la Carta de las Naciones Unidas	1057

CXXIX.	LA FUERZA PROHIBIDA	1058
	575. Planteamiento	1058
	576. La fuerza armada	1059
	577. ¿La coerción política, económica y diplomática?	1060
	578. El ámbito de la prohibición de la fuerza	1061
	579. Efectos de la prohibición	1062
	580. Excepciones a la prohibición	1063
CXXX.	LA LEGÍTIMA DEFENSA	1063
	581. Un derecho natural, individual y colectivo	1063
	582. El "casus operandi" de la legítima defensa: el ataque armado	1066
	583. ¿Legítima defensa preventiva?	1067
	584. ¿Sólo los Estados pueden ser autores de un ataque armado?	1069
	585. Condiciones de ejercicio de la legítima defensa	1072
CXXXI.	¿OTROS USOS DE LA FUERZA LÍCITOS?	1076
	586. Planteamiento	1076
	587. Uso de la fuerza y reivindicación territorial de naturaleza colonial	1077
	588. Uso de la fuerza versus uso de la fuerza. Protección de nacionales	1079
	589. Algunas consideraciones sobre la guerra cibernética	1080
	Referencias bibliográficas	1082

Capítulo XXVII

EL SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA

CXXXII.	CONSIDERACIONES GENERALES	1085
	590. La reacción institucional: de la Sociedad de Naciones... ..	1085
	591. a la Organización de las Naciones Unidas	1085
CXXXIII.	EL PAPEL DEL CONSEJO DE SEGURIDAD SEGÚN LA CARTA	1086
	592. El Capítulo VI de la Carta	1086
	593. El Capítulo VII de la Carta	1090
CXXXIV.	LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DURANTE LA GUE- RRA FRÍA (1945/1989)	1091
	594. El Capítulo VII hasta cierto punto	1091
	595. El Capítulo VI "y medio": las operaciones de mantenimiento de la paz	1094
CXXXV.	LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA POSGUERRA FRÍA	1099
	596. La acción del Consejo de Seguridad en la Guerra del Golfo (1990/ 1991)	1099
	597. El "nuevo espíritu" del Consejo de Seguridad	1101
	598. Las operaciones de (mantenimiento de la) paz (de segunda genera- ción)	1106
	599. Gloria y deserción del Consejo de Seguridad	1110
CXXXVI.	EL CONSEJO DE SEGURIDAD Y LA RESPONSABILIDAD INTERNA- CIONAL	1113
	600. La asunción de competencia por el Consejo	1113
	601. El papel de la Corte Internacional de Justicia	1116
	602. El Consejo de Seguridad y la responsabilidad penal individual	1119
CXXXVII.	EL PAPEL DE LOS ACUERDOS REGIONALES EN EL MANTENI- MIENTO DE LA PAZ	1122
	603. El Capítulo VIII de la Carta y su práctica hasta 1990	1122
	604. La práctica en la posguerra fría	1125
	Referencias bibliográficas	1128

*Capítulo XXVIII***LA OCUPACIÓN HEGEMÓNICA DE LA SEGURIDAD COLECTIVA**

CXXXVIII.	CONSIDERACIONES GENERALES	1133
605.	Seguridad del “Norte”, amenaza del “Sur”	1133
CXXXIX.	EL TERRORISMO INTERNACIONAL	1134
606.	Una definición problemática	1134
607.	Los tratados en la lucha antiterrorista	1134
608.	El terrorismo como amenaza a la paz y seguridad internacionales	1136
609.	La situación del Afganistán	1138
610.	Los crímenes del 11-S, ¿legítima defensa?	1140
611.	El “nuevo” papel del Consejo de Seguridad	1142
CXL.	LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA	1145
612.	Sobre el desarme	1145
613.	La no proliferación nuclear	1146
614.	La proliferación como amenaza a la paz y seguridad internacionales: el caso de Corea del Norte	1151
615.	El caso de Irán... y la inconsecuencia	1153
CXLI.	LA INVASIÓN Y OCUPACIÓN DE IRAK (2003)	1156
616.	Una acción armada no autorizada	1156
617.	Acusaciones falsas para ejecutar una política de fuerza	1157
618.	Después de la agresión, la coonestación: Las “nuevas” resoluciones del Consejo	1160
CXLII.	EL CONFLICTO DE ORIENTE PRÓXIMO	1162
619.	Los territorios palestinos ocupados	1162
620.	El Líbano	1166
CXLIII.	POLÍTICA LEGISLATIVA	1169
621.	La reforma del Consejo, el cuento de nunca acabar	1169
622.	El control de la validez de las decisiones del Consejo de Seguridad	1174
	Referencias bibliográficas	1176

PARTE SEXTA**LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS Y GENTES***Capítulo XXIX***LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

CXLIV.	CONSIDERACIONES GENERALES	1181
623.	Universalidad (e imperatividad)	1181
624.	Indivisibilidad e interdependencia	1183
CXLV.	LA PROTECCIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	1185
625.	Preludios	1185
626.	La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal	1185
627.	Protección convencional. Instrumentos a su servicio	1188
628.	Órganos de control creados por tratados de derechos humanos	1191
629.	Mecanismos (autónomos) de protección	1192
630.	La obligación de informar	1193
631.	Comunicaciones interestatales	1196
632.	Denuncias de particulares	1197
633.	Protección extraconvencional	1198

634. De la Comisión al Consejo de Derechos Humanos	1199
635. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	1202
CXLVI. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS SISTEMAS REGIONALES	1203
636. El sistema europeo de protección, obra del Consejo de Europa	1203
637. El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales	1205
638. Mecanismos de garantía y control del Convenio de Roma	1207
639. El sistema interamericano de protección, obra de la OEA	1209
640. El Pacto de San José de Costa Rica	1210
641. Mecanismos de control interamericanos de carácter contencioso	1211
642. La jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	1213
643. La acción de la Comisión Interamericana frente a violaciones masivas de derechos humanos	1214
Referencias bibliográficas	1216

Capítulo XXX

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO/LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

CXLVII. CONSIDERACIONES GENERALES	1221
644. Derecho internacional humanitario, Derecho de los Derechos Humanos	1221
645. Codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional Humanitario	1222
646. ¿Un Derecho Internacional Humanitario general?	1227
CXLVIII. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL	1228
647. La normativa aplicable	1228
648. La obligación de cumplimiento y sus consecuencias	1229
649. El control del cumplimiento	1231
CXLIX. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS	1235
650. La normativa aplicable	1235
651. El control del cumplimiento	1236
CL. TERRORISMO Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	1237
652. Los “combatientes enemigos ilegales”: aplicación del art. 3 común de los Convenios de Ginebra	1237
653. ¿Prisioneros de guerra?	1238
CLI. LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES: LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES	1239
654. La responsabilidad penal internacional del individuo	1239
655. Los Tribunales Penales Internacionales “ad hoc” subsidiarios del Consejo de Seguridad	1240
656. La Corte Penal Internacional	1242
657. Limitaciones impuestas a la capacidad de actuación de la Corte Penal Internacional	1243
658. La hostilidad activa de los Estados Unidos	1246
659. Los tribunales penales mixtos	1249

CLII. LOS TRIBUNALES ESTATALES: EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD	1253
660. Los crímenes frente a los jueces estatales	1253
661. La regla “aut dedere aut iudicare”	1254
662. La competencia universal, un principio facultativo	1255
663. El principio de jurisdicción universal ¿es incompatible con la soberanía territorial y la igualdad soberana de los Estados?	1257
664. La concurrencia de la competencia fundada en el principio de universalidad con la competencia fundada en los principios de territorialidad y de personalidad	1259
665. La reconsideración del principio de jurisdicción universal	1260
666. Inmunidad de los agentes del Estado extranjero en relación con los crímenes internacionales	1264
667. La responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes: la inmunidad del Estado extranjero	1266
668. Coda sobre los crímenes internacionales y el Estado democrático ..	1270
Referencias bibliográficas	1272

Capítulo XXXI

LA INTERVENCION HUMANITARIA O LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

CLIII. DE LA ASISTENCIA A LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA	1277
669. Consideraciones generales	1277
670. La asistencia humanitaria	1278
671. Medios lícitos de los Estados para poner fin a una violación masiva de derechos humanos	1280
672. La violación masiva de derechos humanos, amenaza a la paz internacional	1281
673. Operaciones de paz y recurso a la fuerza armada	1282
674. La imposición de la paz por Naciones Unidas	1284
675. Uso de la fuerza al margen de Naciones Unidas	1287
676. Kosovo, la intervención grupal contra la Carta	1288
677. ¿Circunstancias que excluyen la ilicitud de una intervención armada individual o grupal por motivos humanitarios?	1291
678. La consolidación de la paz: El Estado fallido	1293
679. Política legislativa: la responsabilidad (colectiva) de proteger	1295
CLIV. REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS	1301
680. Consideraciones generales	1301
681. El Derecho de los refugiados	1301
682. El concepto de refugiado	1302
683. Estatuto del refugiado: el derecho de asilo	1303
684. Del asilo a la repatriación	1306
685. Las personas desplazadas	1307
Referencias bibliográficas	1309
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	1313
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	1333
ÍNDICE ANALÍTICO	1347

*Abreviaturas utilizadas*¹

A.	Anuario/Annuaire
a.	Auto
AAVV	Autores varios
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ACP	África, Caribe y Pacífico (países)
ADI	Academia de Derecho Internacional, Académie de Droit International
AG	Asamblea General
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
AID	Asociación Internacional de Desarrollo
AIEA	Agencia Internacional de la Energía Atómica
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
AMGI	Agencia Multilateral de Garantía de las Inversiones
AN	Audiencia Nacional
ANZUS	Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos (Tratado de Seguridad)
AOD	Ayuda Oficial al Desarrollo
ARABSAT	Organización Árabe de Comunicaciones por Satélite
Art(s).	Artículo(s)
ASEAN	Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
Biblio	Bibliografía
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BIRD	Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (Banco Mundial)
BOE	Boletín Oficial del Estado
bol.	Boletín
c.	Con, contra
CAJI	Cooperación en los Ámbitos de la Justicia e Interior (Unión Europea)
Cap.	Capítulo
CARICOM	Comunidad del Caribe
Cc.	Código civil
CCEE	Comunidades Europeas
C. de S.	Consejo de Seguridad
CDI	Comisión de Derecho Internacional (de Naciones Unidas)
CDH	Comisión de Derechos Humanos (Consejo de Derechos Humanos)
CE	Comunidad Europea

¹ Para las abreviaturas de revistas y otras publicaciones periódicas, v. biblio. general (III.3).

CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos (tb. TEDH)
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CEI	Comunidad de Estados Independientes
CE. y S	Consejo Económico y Social
CFI	Corporación Financiera Internacional
CGPM	Consejo General de Pesca para el Mediterráneo
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CICA	Comisión Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Cit.	Citado(a)
CJI	Comité Jurídico Interamericano
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COMECON	Consejo de Ayuda Económica Mutua
CONVEMAR	Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (1982)
CPA	Corte Permanente de Arbitraje (tb. TPA)
CPANE	Comisión para las Pesquerías del Atlántico Nordeste
CPI	Corte Penal Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CPJP	Cooperación Policial y Judicial en materia Penal (de la Unión Europea)
CSCE	Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa
CtDH	Comité de Derechos Humanos
CV	Convención de Viena
DI(P)	Derecho Internacional (Público), Diritto Internazionale (Pubblico), Droit International (Public)
Dict.	Dictamen
(e.)	Editor
EC	European Community(ies)
Ed.	Edición
EEC	Economic European Community
EEZ	Exclusive Economic Zone
EFTA	Asociación Europea de Libre Comercio
Est.	Estudios
EU	European Union
EUTELSAT	Organización Europea de Satélites de Telecomunicaciones
exc. prel.	Excepciones Preliminares
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
FED	Fondo Europeo de Desarrollo

FIDA	Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio
Hom.	Homenaje, Hommage
ICJ	International Court of Justice
IDI	Instituto de Derecho Internacional
IHEI	Institut des Hautes Etudes Internationales
IL	International Law
ILA	International Law Association
INMARSAT	Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas por Satélite
INTELSAT	Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite
INTERSPUTNIK	Organización Internacional de Comunicaciones Espaciales
IO	International Organization(s)
IR	International Relations
LCE	Ley de Contratos del Estado
LNA	Ley de Navegación Aérea
LO	Ley Orgánica
LOAPA	Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico
LOCE	Ley Orgánica del Consejo de Estado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
MAE	Ministerio de Asuntos Exteriores
Mel.	Mélanges
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
NOEI	Nuevo Orden Económico Internacional
NPI	Nuevos Países Industrializados
NU	Naciones Unidas
O.	Orden o ordenanza
OACI	Organización de la Aviación Civil Internacional
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico
OEA	Organización de Estados Americanos
OECE	Organización Europea para la Cooperación Económica
OI	Organización(es) Internacional(es)
OIEA	Organismo Internacional de la Energía Atómica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OLP	Organización para la Liberación de Palestina
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMI	Organización Marítima Internacional
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización Mundial de la Salud
OMT	Organización Mundial del Turismo
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas

ONUDI	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
OPAN	Organización de Pesquerías del Atlántico Noroeste
OPANAL	Organismo para la Proscripción de Armas Nucleares de América Latina
op. cons.	Opinión consultiva
OPEP	Organización de Países Exportadores de Petróleo
OSCE	Organización de Seguridad y Cooperación en Europa
OSD	Órgano de Solución de Diferencias (de la OMC)
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
OUA	Organización para la Unidad Africana
par.	Parágrafo, párrafo
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PE	Parlamento Europeo (Unión Europea)
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PIL	Public International Law
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente
R.	Revista, Revue, Review, Rivista
RASD	República Árabe Saharaui Democrática
RAU	República Árabe Unida
RD.	Real Decreto, República Democrática
RF.	República Federal
Res.	Resolución(es)
s.	Sentencia(s)
SALT	Tratado sobre Limitación de Armas Estratégicas (<i>Strategic Arms Limitation Talks</i>)
S. de N.	Sociedad de Naciones
SELA	Sistema Económico Latinoamericano
SFDI	Société Française pour le Droit International
ss.	Siguiente(s)/Sentencias
START	Tratado sobre Reducción y Limitación de Armas Estratégicas (<i>Strategic Arms Reduction Talks</i>)
t.	Tomo
TAC	Total Admisible de Capturas (pesca)
TANU	Tribunal Administrativo de Naciones Unidas
TAOIT	Tribunal Administrativo de la OIT
Tb.	también
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEEA	Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TIDM	Tribunal Internacional de Derecho del Mar
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TNP	Tratado de No Proliferación (de armas nucleares)

TPA	Tribunal Permanente de Arbitraje
TPI	Tribunal de Primera Instancia (de la Unión Europea)
	Tribunal Penal Internacional
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
U.	Universidad, Universitá, Université, University
UA	Unión Africana
UE	Unión Europea, Unión Européenne
UEM	Unión Económica y Monetaria
UEO	Unión Europea Occidental
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UNCTAD	Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNPROFOR	Operación de Mantenimiento de la Paz en la Antigua Yugoslavia
UPU	Unión Postal Universal
v.	Véase
vl.	Volumen
VR	Völkerrecht(s)
ZEE	Zona Económica Exclusiva
ZIFMO	Zona Internacional de Fondos Marinos

Prólogo

1. Han transcurrido diez años desde la publicación de la anterior edición del *Derecho Internacional*. Eso se refleja en el texto, que ha sido reescrito de punta a cabo, incluso cuando ha sido para repetir lo ya dicho. Quien posea un ejemplar de 1997 podrá comprobar por sí mismo el valor añadido. La estructura de la obra no se ha alterado sustancialmente, pero sí la atribución de espacios y muchos contenidos. De haber mantenido la distribución anterior la obra, ya de por sí extensa, habría requerido dos volúmenes y habría comprometido su vocación generalista.
2. En el prólogo a la anterior edición sostuve que un prólogo de autor suele ser el tabernáculo de la palabra más fresca. Pero ¿acaso no es palabra fresca la que se refresca? Si corregimos el cuerpo en un intento, a menudo vano, de ser lo que fuimos, ¿por qué no reiterar lo que se dijo si es lo que se quiere seguir diciendo? Ahí puede que tengamos más suerte. De la misma forma que el autor revisa el texto de la obra para, a menudo, confirmarlo, también puede revisar el de su prólogo para *refrescarlo* a los lectores.
3. Hace diez años sostenía, y ahora sostengo, que escribir y publicar una exposición sistemática y (más o menos) completa del Derecho Internacional no es una obligación impuesta por ley divina, natural o positiva; lo que no ha sido siempre suficiente para salvaguardar la compostura de la comunidad científica de los asaltos de la vanidad (o de la microcodicia). Y añadía: “Cuando, con cierta perspectiva temporal, se advierte el irrespeto de la letra impresa y la naturaleza clónica de algunas obras generales, se percibe mejor la función purificadora del fuego”. Espero que la obra que ahora prologo no merezca este destino para el lector, especialmente si ha adquirido *bonos mores* un ejemplar.
4. Dediqué el grueso del prólogo anterior a justificar el título de la obra, *Derecho Internacional*. Como ya indicaba entonces cualquiera que haga un relato sistemático completo de los temas que ocupan un área científica es un *tratadista*, porque—añado ahora—*de eso trata*. Ser *tratadista* no es en sí mismo un oficio respetable, pues también quien *maltrata*, *trata*. Por consiguiente, nada se agrega a un título por llamarlo *tratado* y nada exime al que trata mal aquello de que se ocupa calificándolo de *lecciones*, *nociones*, *compendios*, *elementos* o cualquier otro término que encubre la falsa modestia de quien, a pesar de todo, insiste en ser autor.

5. En cuanto al objeto específico de la obra, hice en el prólogo anterior un recorrido histórico sobre la denominación desde que se abandonó el latín por las lenguas vernáculas. Algunas de las cabeceras que prosperaron en la segunda mitad del siglo XIX, como *Derecho Público Europeo* o *Derecho Internacional de los Países Civilizados*, transmitían una carga ideológica inquietante. *Derecho Internacional* sin más, según la propuesta bicentenaria de Jeremy Bentham, es una expresión abierta, flexible, asequible a la opinión pública, que permite una rápida identificación de aquello de lo que se escribe, a saber, el actual orden normativo de la sociedad internacional. Añadir que el *Derecho Internacional es Público* me parece ahora un lastre de la terminología burocrática curricular de algunos países.
6. Si hace diez años todo el discurso sobre la denominación podía considerarse sólo erudito, el *Nuevo Orden* intentado en los pocos años transcurridos del presente milenio por los neoconservadores y los fundamentalistas cristianos, la extrema derecha republicana, primero en el Congreso y luego, también, en la Presidencia de los Estados Unidos, con el doble mandato de Georges W. Bush, ha puesto en peligro la supervivencia del orden normativo conocido como *Derecho Internacional*.
7. Los predicadores del *Nuevo Orden* han propugnado un *Derecho* de corte *imperial* y, en todo caso, fuertemente hegemónico, en el que Estados Unidos, primera potencia sobre la Tierra, estaría legitimado para velar por su seguridad e intereses y realizar su modelo de sociedad global unilateralmente, incluso mediante las armas, sin dejarse mediatizar por normas jurídicas e instituciones multilaterales. Los crímenes del 11-S abonaron el campo que social y políticamente favoreció la ejecución de los proyectos de este grupo de fanáticos distinguidos. La intervención armada en Irak a partir de marzo de 2003, planificada antes del 11-S, marcó seguramente el punto culminante de este designio en su versión más dura.
8. El desaliento que genera la clase de cambios pretendidos fue creciendo a medida que crecía la conciencia de los horribles cataclismos que en el pasado han ido unidos a transformaciones de semejante calado. Estados Unidos bajo la Administración de Georges W. Bush se ha convertido en *Mr. No*: no a la casi totalidad de instrumentos de cooperación multilateral vocacionalmente universales que incluso sus aliados europeos apoyan y patrocinan, de la Corte Penal Internacional al Protocolo de Kyoto sobre control de emisión de gases de efecto invernadero. Esto no impide a su Presidente hablar en nombre del *mundo* o de la *comunidad internacional*. Ya lo hizo Nerón mientras ardía Roma.

9. Entre los síntomas de la transición hacia un cambio total de la naturaleza del orden normativo para implantar un Derecho *imperial* o el vaciamiento y la manipulación de las normas *internacionales* gracias a prácticas hegemónicas, cabe mencionar la acusada inclinación a reemplazar normas e instituciones jurídicas por compromisos exclusivamente políticos; la negación de la Carta de las Naciones Unidas como fundamento exclusivo de legitimación de la fuerza armada (salvo la legítima defensa); la sustitución de la diplomacia por el recurso ordinario a las medidas de retorsión y a las represalias, incluso armadas; la afirmación de que no hay órgano de Naciones Unidas competente para juzgar las decisiones de política exterior y de seguridad nacional de los Estados Unidos; una visión desorbitada de la extraterritorialidad legislativa y judicial para encausar a gobernantes y países *enemigos*, combinada con la exigencia de sofocar toda jurisdicción criminal extranjera sobre sus agentes, civiles y militares...
10. En lugar de este aventurerismo arrogante, ¿por qué no profundizar en el Derecho Internacional cuyos principios proclamó la Carta de las Naciones Unidas? Urge volver a ella para reconstruir el consenso sobre las instituciones que han de servirlos y para ampliar y complementar esos principios. Hay que reforzar las instituciones internacionales haciéndolas más representativas y plurales, sin perjuicio de ser sensibles a la realidad —y a la responsabilidad— del poder. Pero los más poderosos no deberían conspirar para mantenerse por encima de la legalidad internacional ni para imponer sus pretensiones a los demás.
11. Cuando despegue un nuevo siglo debería entenderse que el universalismo de la sociedad y del Derecho Internacional es irreversible, que el acortamiento del espacio y del tiempo por el avance de las (tele)comunicaciones y la interdependencia creciente de sujetos y actores internacionales hacen inviables las sociedades particulares o regionales estancas, relacionadas sólo episódicamente, y muy desestabilizadoras las concepciones, imperiales o hegemónicas, que niegan a *los otros* los derechos dimanantes de la soberanía y la igualdad formal.
12. Aquí y allá las políticas de fuerza presuntamente legitimadas por interpretaciones exclusivas y excluyentes de valores universales, a pesar de su incompatibilidad con normas fundamentales del Derecho Internacional, han ido acompañadas de graves atentados legislativos, judiciales y ejecutivos a derechos y libertades individuales y garantías procesales básicas, consustanciales con el estado de derecho, el *rule of law*, lo que sugiere una erosión del Estado democrático entregado a grupos gobernantes de orientación mesiánica, integrista y fascistoide,

- aupados al poder por poblaciones mentalmente socavadas por la obsesión de una seguridad alimentada por el trauma del terrorismo y la alargada sombra de una amenaza que oscurece el buen juicio.
13. Este *Derecho Internacional*, lejos de alimentar el maniqueísmo de cualquier signo, lo fustiga. En ese sentido no es en absoluto ambiguo. Al igual que la anterior edición cabe destacar en ésta el realismo crítico, la reivindicación del cosmopolitismo y la contextualización política y sociológica de los análisis en la medida, variable, requerida por los diferentes temas abordados. El riesgo de equivocarse o de ir contra corriente no ha impedido las tomas de posición, las respuestas sistemáticas, metodológicas y, especialmente, sustantivas.
 14. Los autores de este libro son profesores de un país europeo cuyos vínculos con América latina son evidentes. Tener en cuenta los problemas, intereses y actitudes latinoamericanas ha sido una directriz expresa en la elaboración de sus diferentes capítulos. Esperamos que su repercusión en los medios académicos y profesionales de la región iguale por lo menos la que tuvo la anterior edición.
 15. También como entonces hemos contado con la asistencia de algunos profesores más jóvenes, siempre con la mejor disposición a cooperar en la actualización y reordenación de las referencias bibliográficas que acompañan a los capítulos y de la bibliografía general. Las primeras han sido facilitadas por Soledad Torrecuadrada, Carmen Martínez Capdevila, Irene Blázquez, Rosa María Fernández y Alfonso Iglesias, todos de la Universidad Autónoma de Madrid; la segunda, por Eva Rubio, de la Universidad de Murcia. A ellas y a él (apréciese el lenguaje no sexista/o) mi reconocimiento más sincero.
 16. Puse en manos de *Tirant lo Blanc* esta nueva edición del *Derecho Internacional*, una vez que Mc Graw Hill, que editó la obra en 1997, decidió abandonar en España las publicaciones en Ciencias Jurídicas. En su momento quedé muy satisfecho de una edición pronta y cuidada y de una distribución en América Latina amplia y eficiente. Esperando que la nueva edición depare satisfacciones parejas, decidí publicar con *Tirant*, entre otras razones, al advertir su compromiso editorial en el ámbito del Derecho y el crecimiento rápido y sostenido de un fondo editorial en el que, sin embargo, aún escaseaban las obras generales de Derecho Internacional.

Cantoblanco-Madrid, 18 de enero de 2007

ANTONIO REMIRO BROTONS

PRELIMINARES

Capítulo I

Sociedad y Derecho Internacional

I. ¿EXISTE UN DERECHO INTERNACIONAL?

Podemos definir el *Derecho Internacional* como el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones (derechos y obligaciones) de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden.

1. Negadores del Derecho Internacional

El *Derecho Internacional* parece condenado a justificar, una y otra vez, su fundamentación y validez *jurídica*. La *razón de Estado* como único principio de la acción política (Maquiavelo), el *estado de naturaleza salvaje* en que se mueven las naciones (Hobbes), la adoración del *poder* (Spinoza) o la exaltación de la *majestad del Estado* (Hegel) han alimentado la saga de los negadores de unas relaciones sometidas a cualesquiera clase de reglas.

La mayoría de ellos, sin embargo, consciente o intuitivamente, más que negar las reglas, niega su carácter *jurídico*, congregándose alrededor de una concepción *unitaria* del Derecho, identificado por las características del que es propio de las sociedades estatales, entre las que destacan la *coercibilidad*, esto es la posibilidad de su imposición coactiva y la sanción de quienes infringen mandatos y prohibiciones.

Unos de sus principales abanderados, J. Austin (*The province of jurisprudence determined*, 1832; *Lectures on Jurisprudence*, 1861) presenta, en efecto, el Derecho positivo como un orden de subordinación al que es inmanente la coercibilidad, de lo que deduce su exclusiva localización en el Estado, única entidad con poder político soberano para dirigir mandatos; el Derecho internacional (*law of nations*), compuesto de opiniones y sentimientos comunes de los Estados que imponen deberes respaldados por meras sanciones éticas, no sería auténtico Derecho, sino una rama de la *moral* o de la *cortesía* internacional; de hecho, Austin compara sus reglas con las del *honor* o la *moda*. De fácil vulgarización y aparente confirmación por el curso de unos acontecimientos servidos hoy, en los hogares del mundo (desarrollado), entre plato y plato, por los medios de comunicación de masas, la doctrina ha sido —y es— *popular*.

Sin embargo, la *coercibilidad* de la norma tiene que ver con su *eficacia*, no con su *naturaleza*. ¿Acaso los límites de velocidad o las prohibiciones de manejar un vehículo cuando se supera un determinado índice de alcohol en sangre son ley sólo

cuando se cuenta con la proximidad de un radar activo o con aparatos de medición de alcoholemia en manos de agentes acreditados? La *coercibilidad* favorece la observancia *voluntaria* de la norma y, en caso de infracción, puede conducir a su aplicación forzosa y/o a la sanción por el incumplimiento; pero esto tiene que ver con la validez sociológica del Derecho, no con la definición de lo jurídico. Por otro lado, no debe exagerarse el papel de la *coercibilidad* para servir el cumplimiento del Derecho. El interés por seguir participando en un determinado régimen cooperativo e interactivo es, a menudo, más solvente, cuando la participación retribuye el cumplimiento.

El mundo del deporte ofrece inmejorables ejemplos de semejante modelo. La observancia de las decisiones de organizaciones como la FIFA o la UEFA que, a la postre, son únicamente sociedades de Derecho privado registradas en un cantón helvético, por sus destinatarios, en todo el mundo o en Europa, se debe sustancialmente al interés de éstos en seguir participando, en no ser excluidos. Particularmente significativa es la renuncia a derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva, impuesta por tales organizaciones para salvaguardar la exclusividad de las instancias deportivas, so pena de exclusión. En septiembre de 2006 se vivió, por ej., una situación *curiosa* cuando, ante la demanda de un club portugués de *football* ante los jueces ordinarios recurriendo la decisión de la federación local de sancionarlo con el descenso a segunda división, con la *consecuente paralización parcial de la competición*, la FIFA advirtió que de no zanjarse rápidamente la cuestión excluiría a la selección nacional y a los clubes portugueses de todas las competiciones internacionales. Es revelador que en su ansiedad por evitar una medida así, las autoridades federativas portuguesas apelarán al *interés público* para forzar al club litigante a retirar su demanda...

Si la coercibilidad no es, pues, un componente de la validez jurídica de la norma, tampoco ésta ha de confundirse con su expresión histórica en los Derechos estatales. El Derecho es una necesidad social, expresada por los juristas romanos bajo el célebre e inmortal adagio *ubi societas, ibi ius*. Pero si toda sociedad ha de contar con un ordenamiento jurídico, no es menos cierto que sus características son determinadas por las sociales, cuyas relaciones pretende regir, en un momento dado: *sic societas, sicut ius*. El Derecho de las sociedades estatales y el Derecho de la sociedad internacional no tienen por qué vaciarse del mismo molde.

Tampoco tiene el Derecho de la sociedad internacional de nuestro tiempo por qué identificarse con el de la sociedad internacional de un tiempo pretérito.

La negación del DI sólo cabe rechazando previamente el presupuesto del que es consecuencia inevitable: la existencia de una sociedad internacional. En el pasado, la exclusión de esta sociedad, en nombre del progreso, de una parte considerable de los pueblos que componen la humanidad sirvió para justificar su exterminio, ocupación y dominación.

Así, el 6 de diciembre de 1830, al anunciar al Congreso la próxima *feliz consumación* de la remoción de los *Indios* de los asentamientos blancos, el Presidente A. Jackson, declaraba muy naturalmente: "... una tras otra, muchas tribus poderosas han desaparecido de la faz de la tierra. Acompañar a la tumba al último de una raza y caminar entre las sepulturas de extintas naciones excita melancólicas reflexiones... Nada de esto, sin embargo, ha de lamentarse dentro de una visión comprensiva de los intereses generales del género humano... ¿Qué buen hombre preferiría un país cubierto de bosques y recorrido por unos cuantos miles de salvajes a nuestra dilatada República, tachonada de ciudades, pueblos y prósperas granjas...?"

La ocupación de América o de África por potencias europeas y la esclavitud de sus gentes requerían la negación de su personalidad en el marco de una sociedad internacional cuyos miembros, de acuerdo con sus normas, podían hacer suyas tierras y criaturas *de nadie*. Aun hoy caben políticas orientadas a la exclusión de ciertos Estados de la sociedad internacional, con el consiguiente abandono de un marco jurídico para las relaciones que los demás guardan con ellos; pero, con independencia de lo equivocadas que estas políticas resultan, son la prueba irrefutable de la importancia que tiene para la supervivencia humana políticamente organizada la afirmación de una sociedad regida por normas jurídicas.

2. Derecho, sí; pero de la sociedad internacional

La existencia de un orden jurídico es —como señaló R. Ago— una realidad objetiva cuya existencia se verifica en la historia. La virtualidad del DI está confirmada por la experiencia, la práctica de los Estados y la jurisprudencia; pero, respondiendo a las características de la sociedad internacional, se trata de un Derecho *distinto* de los Derechos estatales y hasta, por comparación, más *imperfecto*, tanto por su menor institucionalización, consecuencia de la estructura social, como por la inadecuación de sus medios en relación con sus objetivos y las necesidades presentes de dicha sociedad.

Las sociedades estatales, grupos humanos que se autogobiernan en un territorio determinado, responden a una elevada concentración del poder, una jerarquización que permite actuaciones por vía de autoridad y una distinción formal entre los agentes del sistema jurídico y sus destinatarios. En estas sociedades, muy institucionalizadas, la fuerza es un monopolio del Estado, como lo son las prerrogativas de dictar las leyes, administrar la justicia, ante la que cualquier sujeto puede acudir unilateralmente en amparo de sus derechos, e imponer coactivamente el respeto del orden jurídico. Dentro de un sistema democrático la subordinación de los sujetos a los poderes del Estado se encuentra humanizada por su ejercicio a través de la representación popular, su articulación territorial en unidades cuyas competencias se inspiran en el principio de subsidiariedad, la aceptación del arbitraje de los conflictos de intereses privados y la salvaguardia de un bloque de normas constitucionales para la conservación del Estado, la separación de poderes y el control de los mismos y los derechos fundamentales de las personas, en particular de los ciudadanos.

La sociedad internacional es original y básicamente la sociedad de los Estados soberanos e independientes en situación de yuxtaposición. Los cambios sociales unidos al proceso de la *globalización* han atraído a un buen número de *actores*, pero ni hay una *gobernación sin Estados* ni éstos han sido superados como unidades básicas de la sociedad internacional, al punto que, en las palabras del Grupo de Alto Nivel que, a petición del Secretario General de NU redactó el informe sobre *las amenazas, el desafío y el cambio* (diciembre de 2004), cualquier

suceso o proceso que socave ese papel “constituye una amenaza a la seguridad”. De lo que hoy se trata, pues, es de reforzar al Estado, mejorando la calidad de sus instituciones, legitimando su soberanía como un haz de competencias y servicios que ha de prestar a los individuos, recalcando su responsabilidad principal en la satisfacción de los fines sociales. (v. cap. II, IV, VI, XXXI).

Es, pues, la sociedad internacional una sociedad horizontal, escasamente institucionalizada, con un número limitado de sujetos que partiendo del principio de su igualdad formal —la igualdad soberana— persigue su coexistencia y, eventualmente, articula una cooperación para satisfacer intereses comunes mediante organizaciones internacionales que reciben de la cabeza jupiterina de los Estados una cierta subjetividad. El poder de los Estados está en la realidad muy desigualmente repartido —lo son China y Andorra, Rusia y Nauru, Estados Unidos y Santa Lucía— pero, poco o mucho, cada cual conserva como punto de partida el suyo. La distinción entre, de una parte, legislador, juez y gendarme y, de otra, el destinatario de las normas, no se produce. Así, la ley, acto normativo primordial de los Derechos estatales, se ve sustituida en el orden internacional por las obligaciones consentidas —activa o pasivamente— por sujetos *civitates superiores non recognoscentes*, la demanda judicial por el compromiso, el auxilio policial por la autotutela.

Norma y obligación tienden, pues, a confundirse en el orden internacional. Aquélla, con las salvedades que se harán oportunamente (v. *infra*), existe en la medida en que un sujeto ha aceptado —o, bajo determinadas circunstancias, no ha rechazado— obligarse, someterse. En la teoría de los métodos de formación de las normas-obligaciones internacionales la distinta expresión e intensidad del consentimiento del Estado, que puede resultar, incluso, embebido en un estado de conciencia colectivo, desemboca en la articulación de diferentes fuentes formales (actos unilaterales, acuerdos orales y escritos, procesos de naturaleza consuetudinaria); pero su unidad esencial es puesta de relieve por el hecho de que, frecuentemente, una misma manifestación o comportamiento puede ser simultáneamente incardinada en más de un tipo normativo u obligacional, según la predilección ideológica del calificador. Por otro lado, no sólo en el momento de la creación jurídica, también al decidir las reglas aplicables en el caso concreto, forzar su revisión o buscar la solución pacífica de las diferencias que por una u otra causa puedan originarse, el consentimiento de los sujetos interesados es inexcusable. Lo es, desde luego, para atribuir a un tercero, árbitro o juez, la competencia sobre un litigio, y ha de contarse con la cooperación *bona fide* de las partes para la observancia de una decisión, obligatoria pero sólo declarativa, que de no ser acatada quedará a expensas, como en general, la exigencia de toda responsabilidad y sanción por el incumplimiento de las reglas, de las fuerzas en presencia, de las relaciones de *poder*.

Buscando una interpretación de por qué los Estados cumplen por sí, directamente, las tres funciones indispensables de creación, verificación jurisdiccional y ejecución del Derecho, se ha dicho (G. Scelle) que las carencias institucionales de

la sociedad internacional fuerzan el *desdoblamiento funcional* de sus miembros que, al actuar por su cuenta, también lo hacen por la sociedad internacional.

La imagen es tan atractiva como peligrosa. Al defender sus intereses legítimos los Estados defienden también los societarios; eso es atractivo. Pero también es peligroso.

Cuando en 1983 el presidente de los Estados Unidos decidió el desembarco de sus célebres *marines* en la isla de Grenada o, en 1989, el bombardeo y ocupación de la ciudad de Panamá, mejor era alegar el interés de la humanidad en el respeto de derechos fundamentales violados por los gobernantes locales que reconocer la intolerancia estadounidense de cualesquiera gobiernos hostiles en el área centroamericana.

En realidad los intereses generales de la sociedad internacional suelen aparecer al servicio de posiciones encontradas.

Cuando, por ej., Estados Unidos, Rusia o Gran Bretaña sostienen el *paso en tránsito* por los estrechos esenciales para la navegación internacional prefieren buscar apoyos aduciendo los *intereses generales del comercio*, antes que confesar su interés estratégico en el despliegue irrestricto de sus poderosas fuerzas aeronavales. Enfrentados a las grandes potencias marítimas, los ribereños de los estrechos más importantes, buscando sostén para su causa, han podido denunciar los riesgos de un despliegue incondicionado de flotas aeronavales y armamento nuclear por mares y océanos y advertir que basta el reconocimiento del derecho de *paso inocente* para acomodar los intereses del comercio internacional con los del ribereño a su seguridad física, política y militar (V. Cap. XXIV).

Lo mejor que cabe hacer para proteger los intereses generales de la sociedad internacional y, con ellos, los de los miembros más débiles, es favorecer su institucionalización con un sentido pluralista, participativo y no discriminatorio. De no ser así, los intereses generales acaban siendo mostrencos, al alcance de cualquiera con el poder necesario para satisfacer sus propósitos, legítimos o no, escamoteados tras apariencias respetables.

II. ¿ES EFICAZ EL DERECHO INTERNACIONAL?

Si tuviéramos que apreciar el respeto del Código penal por las páginas de sucesos de los periódicos la conclusión que sacaríamos de su lectura sería muy deprimente. Lo mismo ocurre con las normas internacionales: una sensación de irrespeto invade a una opinión pública machacada por las innumerables violaciones de que dan cuenta los medios de comunicación, sin reparar que son noticia justamente porque siguen siendo extraordinarias. Es entonces cuando más se agita el dedo acusador de su falta de coercibilidad, aunque en una consideración más detenida no se trata tanto de que el DI no sea coercible sino de que, en principio, sólo lo sea a partir de la apreciación subjetiva, oportunista y discriminatoria de quienes en cada caso se encuentran en una posición de superioridad.

3. La observancia espontánea del Derecho Internacional

Profundizando en el *porqué* y en el *cuándo* los Estados cumplen o infringen el DI, se ha observado (L. Henkin) que la impresión de ilegalidad en que se debate la sociedad internacional puede ser producto de la tendencia a imaginar su Derecho a la luz de grandes acontecimientos dramáticos, a pesar de que en su mayor parte es la herramienta rutinaria e incontrovertida del tráfico ordinario de las naciones.

En la práctica habitual el DI ofrece un índice elevado de observancia *espontánea*, mayor incluso que la del estándar medio de los Derechos estatales; lo que es lógico, pues siendo el consentimiento del destinatario fundamento de sus obligaciones ha de suponerse que la regla consentida responde a sus intereses. A menudo, la causa principal del incumplimiento no tiene que ver (A. y A.H. Chayes) con la (mala) voluntad del sujeto obligado, sino con su falta de recursos humanos, técnicos y económicos para ejecutar lo acordado, algo que puede solucionarse con una buena asistencia. La consideración ética de muchas obligaciones, el valor que se concede al *pacta sunt servanda* en las relaciones sociales y la proyección positiva de la imagen que ofrecen quienes respetan sus compromisos apuntalan esa observancia, sea cual sea el fundamento que reconozcamos a la *obligación de obedecer*.

Según uno de los exponentes de la teoría del *juego limpio* (Hart) cuando un número de personas lleva a cabo una empresa de acuerdo con reglas, restringiendo así su libertad, quienes se han sometido a esas restricciones tienen derecho a un sometimiento parejo de los demás. En términos similares, otro de los exponentes (Rawls) invoca los principios de imparcialidad y reciprocidad para fundamentar la adhesión a las reglas de quienes se comprometen voluntariamente en una empresa de cooperación ventajosa para todos, cuando simultáneamente limitan su libertad en la medida necesaria para la consecución de sus fines. Tanto Hart como Rawls se refieren a sociedades políticas, y política es la sociedad internacional. La pertenencia a la misma implica ese tipo de renunciaciones voluntarias para el logro cooperativo de las finalidades ínsitas en la mera existencia de la sociedad internacional.

La historia nos cuenta que Venecia, la República Serenísima, mantuvo siempre la observancia formal de sus tratados, no por una consideración moral, sino mercantil, extrapolada a la política: la importancia de la reputación (la *riputazione*) para la mejor defensa de los intereses permanentes de la República. Los Estados son conscientes que las infracciones del orden internacional dañan uno de sus principales activos: su imagen exterior, y se disponen en todo caso para dotar de cobertura legal a sus decisiones y actos, por temeraria que parezca. No es nada nuevo. Ya Hugo Grocio advertía en 1625 (*De iure belli ac pacis*) que nadie podía escapar al juicio de su *conciencia* y al de la *opinión pública*: "a ellos apelan los débiles; en ellos son vencidos aquéllos que quieren vencer solamente por la fuerza...".

Los problemas graves comienzan, precisamente, cuando es la voluntad, el consentimiento, lo que falla: 1) por no haber existido (caso de las normas generales preexistentes a los *nuevos* Estados, v. *infra*); 2) por haber sido *arrancado* por sujetos más poderosos decididos a quedarse con el santo y la peana; ó 3) por un cambio de circunstancias que ha roto la compensación de intereses que la regla reflejaba.

4. *Infracción y provocación del Derecho Internacional*

Más allá de la observancia *espontánea* de las normas conviene tener presente que, a menudo, las infracciones cargadas unilateralmente por un sujeto en la cuenta de otro originan *diferencias* que no versan propiamente, o sólo, sobre los hechos imputados, su subsunción por los conceptos y categorías jurídicas utilizadas o la pertinencia de la alegación de una causa excluyente de la ilicitud o de la responsabilidad, sino sobre la *existencia* misma, el *contenido* o la *oponibilidad* de la norma al presunto infractor.

Así, la diferencia sobre el apresamiento de un buque de pesca extranjero fuera de la *zona económica exclusiva* (v. Cap. XXIV) puede versar sobre la *existencia* o no de una norma que habilite al efecto a los ribereños cuando se trata de proteger a una población de peces *transzonales*; el incidente originado por la expulsión de un barco de guerra del mar territorial de otro Estado ha podido centrarse en si el *contenido* del derecho de *paso inocente* abarca o no a tales buques; la contestación nacida de la imposición a un gran petrolero de los reglamentos dictados unilateralmente por el ribereño de un estrecho importante puede desplazarse a la *oponibilidad* o no del régimen de *paso en tránsito* a quien lo ha venido rechazando de forma sistemática y continuada.

Los Estados, como ya hemos dicho, no son —en términos generales— obligados por reglas que no han consentido. El *relativismo* resultante de este principio trata de ser atajado con otro, el de *no formalismo* en la expresión del consentimiento, que facilita la aceptación y, como consecuencia, la ampliación y generalización del ámbito de aplicación de las reglas. Los Estados no están encadenados, en principio, a formas determinadas de manifestación de su voluntad y, como consecuencia, sus actos —y, atendiendo a las circunstancias del caso, sus omisiones— tienen relevancia jurídica. El *mimo* es un arte que se desempeña en las relaciones internacionales no menos que en la escena o en el juego del mus.

El esfuerzo por superar el relativismo a través del no formalismo tiene, sin embargo, un precio de *incertidumbre*, aumentado por la importancia de la *provocación* y la *jactancia* en el proceso de cambio y evolución jurídica y la dificultad de asentar la jurisdicción de un tercero para que, imparcialmente, determine el punto en que, en un momento dado, estamos parados. Y aun esto, de conseguirse, es un remedio limitado por la constatación de las discrepancias que, como revela un somero repaso de la jurisprudencia internacional, sustenta un colegio de hombres igualmente capaces y justos al estimar los comportamientos estatales en relación con las formas de producción normativa.

Tómese como ejemplo la Corte Internacional de Justicia (CIJ): menos de la mitad de las sentencias y opiniones consultivas dictadas entre 1948 y 2006 han sido adoptadas por unanimidad o con un solo voto en contra, rebasan ampliamente el centenar las opiniones disidentes que las han acompañado y todavía es mayor el número de las opiniones individuales de jueces que participando del dispositivo de la decisión creen en argumentaciones omitidas o insuficientemente recogidas en sus consideraciones. En algunos casos, ha sido decisivo el voto del Presidente para dirimir un empate (*Sudoeste africano, segunda fase*, 1966; *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, 1996). Ha habido ocasión en que siete de los catorce jueces que han votado a favor del dispositivo han manifestado su “profundo desacuerdo” con la motivación (*Licitud del empleo de la fuerza*, 2004).

Si esto sucede con un colegio de hombres honorables cuya misión es pronunciarse en Derecho —a menos que las partes acuerden someterse a una decisión de pura equidad, rara y hasta ignota *avis* (art. 38.2 del Estatuto de la CIJ)— ¿cómo no suponer la explotación de la *incertidumbre* del Derecho *dado* por sujetos con intereses contradictorios? Los alegatos de infracción constituyen, máxime cuando los interesados no han de deferirlos al juez o al árbitro internacional, un *leit-motiv* dialéctico de ida y vuelta porque nadie comete la torpeza de conceder al adversario la ventaja de la *lex lata*; detrás, lo que subyace es un debate legiferante, dos o más *políticas* enfrentadas acerca de la norma en un proceso siempre inacabado de transformación más próximo a los jardines de Bomarzo, recreados por Mugica Láinez, que a los de Versalles.

Cuando Canadá decidió aplicar coactivamente sus reglamentos pesqueros a barcos que faenaban fuera de su zona económica exclusiva, modificó su declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte para hurtarse a las eventuales demandas de los Estados del pabellón de los barcos que fueran apresados. En 1995 el barco español *Estai* vivió esta experiencia y Canadá, demandada por España ante la Corte, invocó con éxito su reserva (*Competencia en materia de pesquerías*, 1998). Canadá era consciente que, de haber entrado la Corte en el fondo del asunto, sus posibilidades de evitar la declaración de su infracción y consecuente responsabilidad hubieran sido muy reducidas. Sin embargo, es obvio que, lejos de reconocerlo, habría sostenido ante la Corte la licitud de su comportamiento alegando, *inter alia*, la *existencia* de una norma general facultando a los ribereños a actuar en defensa de la conservación de las pesquerías transzonales, más allá de las zonas bajo su jurisdicción...

La confusión deliberada de los aspectos jurídicos y políticos de la controversia o, directamente, el aprovechamiento de los primeros para servir a los segundos, oscurece sobremanera la apreciación de la eficacia, de la validez sociológica del DI, cuando el observador no está dispuesto a dar como buenas las denuncias de incumplimiento con que unos pretenden servir un *status quo* que otros afirman periclitado. Puede, en definitiva, ocurrir que las infracciones que se achacan a otros no sean tales, sino reflejos críticos de un Derecho cuyo contenido es tan incierto como el círculo de los sujetos obligados y cuyo proceso de revisión aún no ha cristalizado.

5. Adopción y legitimación de decisiones

Finalmente el Derecho, cualquier Derecho, es sólo un factor en el proceso de toma de decisiones de los sujetos, que siempre conservan la libertad para conformarse con él o quebrantarlo. El respeto de la norma jurídica puede ser —es— uno de los intereses interiorizados por destinatarios conscientes de la ganancia global que supone, aunque en el caso concreto la observancia de una determinada disposición cause algún perjuicio material. Por lo que hace al orden internacional ese respeto mejora a medida que la sociedad se institucionaliza, dotándose de medios de incitación y seguimiento de la aplicación de las reglas, de solución pacífica de las diferencias obligatorios en su experimentación y, eventualmente, vinculantes en su decisión, y previendo sanciones para los declarados

infractores conforme a un procedimiento imparcial. Asimismo, cabe mencionar la significación que pueden tener medidas internas, como la recepción constitucional de las normas generales del DI y su salvaguardia mediante el ejercicio de los controles parlamentarios y judiciales, para evitar que se desboque la acción exterior encomendada al Poder Ejecutivo. En el modelo propuesto por Harold Koh se enfatiza que el DI transpira en los ordenamientos internos, que las normas de ese ordenamiento se internalizan, en un proceso de *domesticación vertical*, lo que es una mayor garantía para su cumplimiento, o una razón más poderosa para hacer lo que dicta el Derecho.

Nada asegura que, después de todo, las normas sean observadas. Pero, ¿podría ser de otra manera? Si incluso la pena de muerte es ineficaz para dejar a cero la estadística de homicidios (y los abolicionistas la estiman no más disuasoria del delito que otras penas), ¿que esperar de los Estados en sus relaciones con los demás cuando respetar las normas choca con la satisfacción de intereses que se califican *vitales, esenciales o muy importantes*?

La supervivencia de los Estados no es materia de Derecho, dijo el antiguo Secretario de Estado D. Acheson para justificar la *cuarentena* impuesta por los Estados Unidos alrededor de Cuba en 1962, al tener constancia del transporte y almacenamiento en la isla de cohetes soviéticos dotados con cabezas nucleares. Entre la gama de medidas consideradas se prefirió la cuarentena a otras acciones, como el desembarco o el bombardeo de las instalaciones, porque ofrecía la mayor eficacia con el mínimo riesgo, no por consideraciones jurídicas, secundarias en el proceso decisorio según el relato de la crisis hecho por algunos de sus protagonistas, como Robert F. Kennedy (*Thirteen Days. A Memoir of the Cuban Missile Crisis* (1968) o Abram Chayes (*The Cuban Missile Crisis*, 1974) y traducido al lenguaje cinematográfico por Roger Donaldson (*Thirteen Days*, 2000).

Recientemente la misma CIJ, dando respuesta a una cuestión jurídica planteada por la AGNU se ha dejado seducir por lo que G. Jellinek llamó la *exigencia imperiosa* de la *conservación del Estado* (*Lhere von den Staaten verbindungen*, 1882) para confesar su perplejidad acerca de la legalidad o no de la amenaza o del empleo de armas nucleares en una circunstancia extrema de legítima defensa en que la supervivencia misma de un Estado estuviese en juego (*Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, 1996). Cabe temer la desmesura en la interpretación unilateral de esos conceptos por los sujetos dotados de tal clase de armamento... (V. Caps. XXVI y XXVIII).

Reconozcamos, en todo caso, que el DI desfallece como factor en la toma de decisiones a medida que su observancia se aleja de —o perjudica— la satisfacción de estos intereses (*vitales, esenciales o muy importantes*), sobre todo cuando son los de grandes potencias o de Estados en situación de superioridad relativa, siempre inclinados a promover dogmáticamente las propias concepciones del mundo o de la región. Esos intereses suelen vincularse a la conservación de la independencia y del territorio, pero también a la noción —hoy expansiva— de la propia *seguridad* o incluso, en ocasiones, a sentimientos colectivos, como el *honor nacional*, particularmente peligrosos por la irracional emotividad que hace presa en las masas.

Cuenta Richard A. Clarke, *zar antiterrorista* bajo las presidencias de Bill Clinton y George W. Bush, que la primera vez que propuso la captura en el extranjero de un presunto terrorista, en 1993, Lloyd Cutler, asesor de la Casa Blanca, solicitó una reunión con el Presidente para explicar que eso suponía violar el Derecho Internacional. Al parecer, Clinton estaba del lado de Cutler hasta que el Vicepresidente Al Gore, incorporado a la reunión, se rió y dijo: “Es una decisión fácil. Por supuesto que es una violación del Derecho Internacional; por eso tiene que ser una operación encubierta. Ese tipo es un terrorista. Id y traedlo de los huevos” (R.A. Clarke, *Against All Enemies. Inside America's War on Terror*, 2004). Gore era un demócrata moderado, amante de la naturaleza. Su consejo puntual se hizo regla con las sucesivas administraciones de George W. Bush.

La demostración naval y el levantamiento de minas en las aguas albanesas del estrecho de Corfú por la armada británica —actos internacionalmente ilícitos según la CIJ (1949)— tres semanas después de que dos de sus torpederas sufrieran pérdidas humanas y materiales al chocar con tales artefactos, puede contemplarse desde la perspectiva de la defensa del *honor*. Lo mismo cabe decir, en parte, de la decisión de Gran Bretaña de echar a la mar, rumbo a las Malvinas, en 1982 la flota de guerra más importante desde la última conflagración mundial, sobre todo si se tiene en cuenta la facilidad con la que Argentina se hizo, de la noche al día, con el control, a la postre efímero, del archipiélago.

Reducir el *núcleo* de estos intereses, *dominantes* (M. Bos) porque, lejos de ser dominados, dominan al Derecho, es una política que requiere, para prosperar, procesos de producción normativa capaces de integrar el más amplio abanico de intereses en juego. Hace ya años Ch. de Visscher señalaba la *extraña paradoja* de que las partes más sólidas del DI, cuya observancia regular en la práctica de los Estados se halla asegurada, se referían a cuestiones sin influencia real sobre los problemas verdaderamente vitales, siendo en cambio las partes más débiles las que colocan a los pueblos en la disyuntiva de la paz o de la guerra.

Ahora bien, incluso en los casos que la opinión pública identifica como violaciones escandalosas del orden internacional, se advierte el deliberado esfuerzo de los Estados por justificar su conducta en términos jurídicos.

El mismo Kant, que no creía en la fuerza *legal* del Derecho de Gentes, advertía (*Zum ewigen Frieden*, 1795) el homenaje que todo Estado rendía al concepto del Derecho: ha de admirarse mucho, decía el filósofo alemán, “que la palabra *Derecho* aún no ha podido ser completamente desterrada como pedante de la política bélica, y aún no se ha atrevido ningún Estado a declararse públicamente por esta opinión...”; los padres del DI eran siempre citados para la *justificación* de un ataque bélico, sin que, por el contrario, se conociera ejemplo alguno —añadía con ironía— en que su testimonio hubiera movido a desistir de tal designio.

Todo Kant era desde luego ajeno a la Administración de R. Reagan, pero a nadie pudo extrañar que ésta tratase de justificar la intervención de Estados Unidos en Nicaragua, finalmente condenada por la CIJ (1986), como expresión, *inter alia*, de legítima defensa colectiva de El Salvador, aduciendo —y judicialmente no probando— que el gobierno sandinista abastecía de armas a la guerrilla salvadoreña (FSLN). Igualmente, en 2003 George W. Bush trató de presentar el recurso unilateral y masivo a la fuerza armada en Iraq como una operación conforme con las normas internacionales. Una y otra vez Estados Unidos insistió en que él y sus satélites (las “naciones dispuestas”) eran los garantes de la legalidad internacional y del respeto de las resoluciones del C. de S. (v. Cap. XXVIII).

Desde esta perspectiva el DI manifiesta su eficacia incluso en los casos en que podría entenderse objetivamente infringido por lo que un día se llamó la *razón de Estado*, ese *monstrum horrendum, informe, ingens*, al decir de Bynkershoek, que con tanta brillantez supo presentar Maquiavelo. Aun desestimado en la toma de una decisión, renace con vigor en las manos de los asesores iusinternacionales de

las cancillerías, una de cuyas misiones primordiales estriba en justificar en términos legales la acción exterior del Estado dentro —ciertamente— de un proceso dialéctico sin fin.

Algunos se ganan bien, sólo por esto, su salario. “Las disquisiciones legales son cosa suya” cuentan que dijo Federico de Prusia al ministro Podewils cuando, disponiéndose a tomar en mano la Silesia, se le advertía que por tratado solemne había renunciado a sus antiguos derechos. No en vano se llamaba a Federico el *rey filósofo*.

Diríase que, en último término, los Estados buscan en el DI el tono de respetabilidad y decencia de que carecen, examinadas al desnudo, decisiones inspiradas en meras consideraciones políticas.

6. Derecho Internacional y Poder

Se ha dicho que un orden internacional no podía basarse sólo en el poder, el *naked power*, porque siempre, a la larga, la humanidad se revolverá contra él (E. H. Carr). Esta observación, sin embargo, puede tanto servir de aliento en la lucha por el imperio del Derecho como de invitación para emboscar el poder en el Derecho, es decir, para buscar el imperio *con* el Derecho.

Derecho y Poder se mueven por los mismos espacios. Quienes beben en el *estanque dorado* de B. de Spinoza llegan a confundirlos. En párrafos anteriores ya hemos aludido a la estrecha relación que guardan entre sí: a medida que aumenta el *poder* de un Estado también lo hace su capacidad para tutelar sus intereses legítimos, influir en las políticas acerca de los contenidos y revisión de las normas y presentar adecuadamente sus comportamientos, incluso como el *ángel protector* de los intereses generales de una sociedad pobremente institucionalizada.

El derecho individual de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (C. de S.) de las NU (China, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Unión Soviética, hoy Rusia) es la expresión extrema del formidable privilegio que hubo de reconocerse a los más poderosos al término de la Segunda Guerra Mundial, gracias al cual pueden hurtarse no sólo a las consecuencias de sus infracciones (y las de sus clientes) de la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, sino a la previa calificación de las mismas por el órgano al que se atribuye la responsabilidad primordial de proveer a la seguridad colectiva. La impunidad de que goza Israel, gracias a la cobertura de los Estados Unidos, para ejecutar una política violatoria del principio de libre determinación del pueblo palestino y de las normas fundamentales del DI humanitario y de los derechos humanos en Cisjordania y Gaza es, seguramente, el caso más característico de los últimos quince años (v. Caps. XXVII y XXVIII).

No obstante, también es cierto que los actos de los *grandes* atraen una atención que hace su *imagen* más sensible que las de los demás a las denuncias de los más débiles y numerosos, sobre todo cuando éstos cuentan con instancias de expresión colectiva, como la Asamblea General (AG) de las NU. De ahí el énfasis que los Estados aparentemente más desvalidos ponen en la articulación legal de sus

intereses y la conciencia extendida de que el DI, instrumento de poder, sirve también para combatirlo. La relación Derecho-Poder es innegable, pero no es única ni exclusiva; en nombre del realismo no se puede rechazar la paralela relación Derecho-Justicia. El poder es subterráneo, el Derecho terrenal y la justicia flotan en las alturas; el primero puede apoderarse del segundo a través de las obligaciones más particulares, pero los principios, al reparo de la última, resisten mejor sus embates.

III. ¿UN DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL?

Si las características de un ordenamiento jurídico son condicionadas por las de la sociedad cuyas relaciones pretende regular, los cambios en la estructura y funciones de una sociedad determinada repercutirán en los planos *horizontal* — subjetivo— y *vertical* —material— de su Derecho. Y si la sociedad internacional de *nuestro tiempo* se aleja de la del *tiempo pasado*, en la misma medida el DI se transforma en ambos planos. Se trata de un proceso gradual. El mundo no es *Brigadoon*, la aldea escocesa que emergía de la niebla una vez cada cien años, amorosamente estática, expuesta a desaparecer si una de sus criaturas la abandonaba. El mundo evoluciona.

Hoy podemos afirmar un DI *Universal* porque también lo es la sociedad internacional. Pero se trata de una cualidad relativamente reciente. Y eso, no sólo porque el mundo *habitado* no ha sido siempre el mundo *conocido*, sino también por la resistencia histórica a reconocer como miembros de una misma sociedad, y por ello, iguales en derechos y obligaciones, a aquellos grupos humanos que, aun asentados de manera estable en un territorio y gobernados por sí mismos, no procedían del mismo tronco civilizatorio o no habían sido asimilados por él.

7. La Universalización como proceso histórico

Relaciones internacionales sometidas a normas jurídicas han existido siempre. Sólo en el limitado espacio del Oriente Próximo, arqueólogos y especialistas de la Historia Antigua han descubierto y estudiado numerosos textos que reflejan los lazos de amistad, alianza o vasallaje y los compromisos de paz, defensa, límites, extradición o cooperación consentidos a lo largo de tres milenios por sumerios, egipcios, babilonios, asirios, medos o israelitas. También los hubo en Asia, África o en la América precolombina, entre las ciudades-estado griegas hasta su absorción por el imperio macedónico, o entre las potencias mediterráneas hasta que Roma impuso su ley.

Sin embargo, reconociendo el valor que el estudio de tales relaciones tiene desde un punto de vista histórico, antropológico y, hasta cierto punto, comparado,

para explicar el nacimiento de la sociedad y del DI tal como hoy los conocemos, basta con tomar como punto de partida la aparición y desarrollo en el continente europeo de una sociedad de Estados soberanos e independientes, que arranca a mediados del siglo XV con la desintegración de la llamada *Resública Christiana* (bajo la diarquía en tensión Imperio-Papado) y se asienta dos siglos más tarde con la Paz de Westfalia (1648). La sociedad internacional de nuestro tiempo es el resultado de la expansión y, finalmente, la universalización de esa sociedad, de sus valores, instituciones, reglas y prácticas.

En el período *fundacional* de la sociedad *europea* de Estados cristianos, soberanos e independientes, la Tierra daba asiento a otras sociedades *regionales*. China, bajo la dinastía Ming (1368-1644), era el *Centro* de un imperio —el más avanzado y poderoso a mediados del siglo XVI— a cuyo alrededor giraba una constelación de Estados vasallos y tributarios. El Islam, desbordando los límites del África Subsahariana en el oeste y de Insulindia en el este, contaba con tres centros hegemónicos, no bien avenidos, dispuestos a capitalizar políticamente la *comunidad de los creyentes*: el otomano, que se extendía por todo el sureste de Europa hasta la riberas del mar Negro, Anatolia, Mediterráneo oriental, norte de África y riberas del mar Rojo; el persa de los safavíes, que alcanzaba a gran parte de Iraq y de la Arabia feliz; el tártaro de las estepas eurosiberianas, que se desvaneció en las manos de Rusia para dar paso al imperio mongol establecido, de Beluchistán a Bengala, por el rey de Kabul (1526) y que se expandió hacia el sur a costa de los *marathas* hindúes. Más allá del espacio euroasiático (el mundo entonces *conocido*), en África, América y Oceanía, había también un mundo *habitado* por un millar de grupos humanos diferentes en el que no faltaban los centros de poder como el azteca en el valle de México, el maya, (ese *imperio del Norte* ya desaparecido en el siglo XV, cuya conquista fue el sueño multiseccular de los *caribes*, frustrado por la Cruz), el inca en el Perú, con una red viaria que ha sido comparada con la *gran muralla china*...

Se ha debatido ampliamente sobre por qué fue la sociedad *europea* y no una de las otras sociedades *regionales* del planeta la que protagonizó el proceso de expansión y universalización, habida cuenta de que no era ni la más extensa, ni la más poblada, ni la más rica, ni la más avanzada en artes y conocimientos científicos ni, en suma, la más poderosa. Sin entrar ahora en ese debate, que en nada altera los hechos, cabe destacar la coincidencia de las políticas expansivas de los reinos cristianos, dispuestos a llevar su competencia militar y económica a cualesquiera espacios ultramarinos, con la decisión del Imperio Chino (1436) de prohibir la construcción de naves para la navegación oceánica, por considerar que sólo desde tierra podía ser amenazado (de ahí la construcción de la *gran muralla*).

Esta medida, que también fue adoptada por el Japón de Tokugawa dos siglos después (1636), supuso un error estratégico de dimensiones históricas, pues en aquel tiempo China no sólo contaba con la mayor flota del mundo, sino que, además, su almirante Cheng-Ho había arribado en sus viajes (siete entre 1405 y 1433) a Ormuz, en el golfo Pérsico, y Mogadiscio, en la costa oriental africana e incluso, se dice, más allá.

El *recogimiento* chino entregó la iniciativa del crecimiento económico, el poderio naval y el comercio mundial a los países europeos —en disputa con los mercaderes musulmanes— que bien supieron aprovechar en su beneficio los inventos orientales. Los europeos se adelantaron a otras culturas en la adaptación de la tecnología aplicada a la guerra y a la navegación oceánica (P. O'Brien); contaban, además, con una filosofía que conjugaba la unidad esencial del género humano con la gracia santificante del cristianismo, que justificaba la discrimina-

ción mientras la fe no calara en los recipiendarios de su acción proselitista, lo que siempre era un consuelo para todos. Asimismo, se ha subrayado la circunstancia de que la sociedad europea fue la única cuyos sujetos, coaligándose, combatieron con relativo éxito la perdurabilidad de las pretensiones hegemónicas individuales de los más fuertes entre ellos.

Aún tratándose de sociedades diferentes, con sus propias reglas e instituciones, las relaciones de los miembros de la sociedad *europea* con los de otras sociedades permiten situarlos, en grados, eso sí, muy diferentes, dentro del *sistema* europeo. Ello es particularmente cierto del Imperio otomano, fronterizo de la Cristiandad y ocupando tierras en su día cristianas... Pero hay sociedades —así las de los nuevos mundos descubiertos— cuyos miembros, a pesar de ciertas apariencias iniciales, son considerados irrelevantes, lo que conduce a su liquidación en la vertiginosa espiral de su instrumentación por los miembros más destacados de la sociedad europea de Estados cristianos.

Estados Unidos, el primero de los Estados soberanos nacidos en América por obra de los colonos *europeos* en lucha con la metrópoli (Gran Bretaña), no quería saber nada de los manejos de *Europa*, pero se aplicó acuciosamente al exterminio de los pueblos indígenas en nombre del progreso.

Por breve y simplificadora que sea, una aproximación al sistema, a la sociedad y al DI del *tiempo pasado* siempre facilitará la comprensión de sus transformaciones en un presente que de un siglo a otro ha transitado amagando la apertura de un orden nuevo. Ahora, sin embargo, sólo se trata de enfatizar un determinado curso de los acontecimientos que dio en una sociedad y un DI universales cuando la expansión europea bajo una bandera sedicentemente civilizatoria y de progreso no pudo conformarse con los contactos marginales y periféricos con los miembros de otras sociedades regionales, que parecían satisfechas con el *status quo*. Así, mientras que la emancipación de las colonias europeas en América facilitaba, entre el último tercio del siglo XVIII y el primero del siglo XIX, la incorporación de nuevos sujetos soberanos gobernados por cepas criollas, y la necesidad de controlar el proceso de desintegración del Imperio Otomano, asentado parcialmente en el oriente de Europa, conducía tras la guerra de Crimea a su admisión formal “a participar en las ventajas del Derecho Público y del Concierto europeos” (Congreso de París, 1856), se acuñaban parámetros de semicivilización (barbarie) y salvajismo para propiciar la dominación directa o indirecta sobre el resto de la tierra.

En 1836, cuatro años después de que el caraqueño Andrés Bello diera a la imprenta en Santiago de Chile sus *Principios de Derecho de Gentes*, Henry Wheaton, ministro plenipotenciario de los Estados Unidos en Berlín, firmó la primera obra general escrita en lengua inglesa (*Elements of IL*), que logró amplísima difusión gracias a sus numerosas ediciones y traducciones. En ella Wheaton, beneficiario de la doctrina alemana y, particularmente, de J. L. Klüber, el único autor, por otro lado, cuya obra (1819) había sido publicada (1828) en lengua rusa, estimó, partiendo de la superioridad de la civilización cristiana, que sólo su generalización permitiría ir ensanchando la base subjetiva de la sociedad internacional. La opinión de Wheaton era común. Tal vez por eso el pastor misionero Martín consideró que la traducción al chino de los *Elements* de Wheaton acercaría al lejano pueblo oriental a la Cristiandad y, con ello, a la membresía de la —así llamada— *familia de las naciones*. La versión china se publicó en 1864 y, sobre ella, se realizó la japonesa un año después.

El estándar europeo de *civilización* como criterio determinante de la admisión en la sociedad internacional permitió su extensión más allá del *occidente cristiano*, pero también sirvió las bases y modelos para la expansión imperialista y colonialista en la segunda mitad del XIX en África, Asia y Oceanía, urgida por la necesidad de materias primas y apertura de mercados de los países capitalistas en un espectacular proceso de crecimiento industrial y comercial.

Sin entrar ahora en la desalentadora relación histórica que ha mantenido el capitalismo de los *civilizados* y su arrogante moral de conversión y alienación con los pueblos *inferiores*, cabe constatar que la dominación colonial e imperialista se articuló jurídicamente con formas diferenciadas que respondían al sentido práctico de ciertos criterios de clasificación.

A este respecto la clasificación de James Lorimer (*The Instituts of the Law of Nations* 1883-1884, traducida al francés por E. Nys, en 1885, y de ahí al español en 1888; que complementan sus *Instituts of Law*, 1872), que distingue entre una humanidad *civilizada*, una humanidad *bárbara* (compuesta por los grupos humanos con un grado de organización superior al tribal fuera de la civilización cristiana) y una humanidad *salvaje* (compuesta por los grupos tribales), es particularmente ilustrativa.

Las consecuencias que saca Lorimer de su clasificación de los grupos humanos son reveladoras. A la humanidad *civilizada* correspondía un reconocimiento político completo, lo que suponía la aplicación íntegra del DI *racional y positivo*. A la humanidad *bárbara* correspondía un reconocimiento político parcial, lo que suponía la aplicación íntegra del DI *racional* y una aplicación restringida y variable del DI *positivo*. A la humanidad *salvaje* correspondía, por último, un reconocimiento puramente natural o humano, lo que suponía el respeto, tan sólo, de los principios humanitarios del Derecho *racional*.

Con un utillaje terminológico más neutro (*civilizados*, *semicivilizados* y *no civilizados*) otros autores (Hall, Oppenheim, F. de Martens, Von Liszt...) cuya obra fue muy difundida, hacen propuestas similares: los países *civilizados* podían mantener relaciones convencionales con los *semicivilizados*, pero en lo no pactado podían prevalerse de su *potencia de hecho* para imponer sus políticas dentro de los principios de orden moral dictados por los sentimientos cristianos y de humanidad, los únicos, por otra parte, que podían amparar a los *no civilizados*. Es así como el DI, al que a mediados del XIX aún era del gusto germánico llamar *Derecho Público Europeo* (por ej., A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht...*, 1844, la obra de mayor éxito en lengua alemana en su época), pasa a ser un DI *de los pueblos civilizados*, como titula su tratado el ruso Federico de Martens (1881). Por aquel entonces había gentes dispuestas a protestar por los abusos a los que podía conducir esta discriminación, pero muy pocos se atrevieron a rebatir sus premisas, en general con poco o ningún eco (así, el también ruso V. P. Danevskii, desdeñado por el establecimiento académico europeo, que celebraba a Martens).

La sociedad y el DI se hacen propiamente universales sólo desde el momento en que se renunció a los estándares civilizatorios para justificar la negación a los pueblos autóctonos de los derechos de soberanía y, por lo tanto, de igualdad. Eso ocurrió sólo a mediados del siglo XX, cuando el principio de la libre determinación, que se había venido incubando tanto en el pensamiento liberal como en el socialista, animó la acción política que dio al traste con el colonialismo (v. Cap. IV).

Cabe recordar que aún el Estatuto de la primera Corte de La Haya (CPJI) —en una formulación que ha permanecido como una incómoda evidencia en el de la CIJ— se refería a los principios generales de derecho *reconocidos por las naciones civilizadas* como fuente del DI aplicable por la Corte (art. 38.1.c). Ahora ya no se trata de *ganarse* la estatalidad tras pasar el *test* civilizatorio; la falta de preparación no debe servir de pretexto para retrasar la independencia (res. 1514-XV, 1960, de la AGNU) y todo Estado, por el hecho de serlo, se presume civilizado *iuris et de iure*.

8. La Universalización, ¿proceso irreversible?

Con la *Declaración relativa a los Principios del DI referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las NU* (res. 2625-XXV, 1970, de la AG), los miembros de la ONU creyeron contribuir a la promoción del imperio del DI en las relaciones interestatales y, en particular, a la aplicación *universal* de los principios de la Carta, desarrollados por la Declaración al cumplirse los 25 años de su entrada en vigor.

La universalidad de la sociedad y del DI no ha sido impugnada seriamente desde entonces, a pesar de la fuerte influencia que ha podido ejercer sobre sus contenidos la aparición, primero, del *Estado revolucionario* en el solar de la *Rusia de los zares* y, más adelante, de los *nuevos Estados*, fruto de la descolonización. Los llamados conflictos *Este-Oeste* y *Norte-Sur* han animado las *políticas* sobre el DI, pero no han supuesto una quiebra de su unidad —y universalidad— esencial. Las visiones de algunos doctrinarios de todos los bandos transportados por el celo militante, una excesiva consideración del papel de la ideología en las relaciones internacionales o la valoración pesimista de una época marcada por la *guerra fría*, anunciando la desintegración de la sociedad y del DI en un conjunto de órdenes regionales o particulares cuyas relaciones responderían ordinariamente a estados intermedios entre la paz y la guerra, fueron consideradas desestabilizadoras y peligrosas, amén de expresamente desautorizadas allí donde, como acontecía en la Unión Soviética, la opinión doctrinal servía obligadamente las consignas de la autoridad política.

Acomodando la ideología a la geopolítica, la Unión Soviética hizo lo posible para que sus intereses, como Estado marxista-leninista y, sobre todo, como Gran Potencia, se vieran reflejados en las normas legales. Fue así que los principios e instituciones del DI se clasificaron como *democráticos* (si eran preexistentes y aceptables para el Estado soviético), *reaccionarios* (si siendo preexistentes, eran inaceptables) y *nuevos* (si el Estado soviético los consideraba una aportación propia). Las normas del DI contemporáneo eran, en definitiva, la expresión de las voluntades concordantes de Estados pertenecientes a sistemas sociales opuestos, reflejaban su lucha y colaboración y pretendían regular las relaciones internacionales en interés de la coexistencia pacífica, aunque naturalmente desde su punto de vista era la Unión Soviética, a la cabeza del socialismo, la que marcaba un ritmo que los imperialistas no tenían más remedio que seguir (lo que, de ser cierto, permitiría hoy decir que la Unión Soviética fue víctima de su ritmo). El designio de salvar la coexistencia por encima de todo, creyendo que el tiempo jugaba a su favor (lo que no resultó finalmente cierto), permitió la supervivencia del DI.

En cuanto a los *nuevos Estados*, no manifestaron una hostilidad sistemática y global al DI preexistente, en cuya formación no habían participado. En medio de la atmósfera caliente de la descolonización, hubo quienes (así, A. V. Freeman, 1964) afirmaban que era una *indigna compulsión* admitir como miembros de la sociedad internacional a entidades recién independientes cuya primera contribución consistía en reemplazar normas que servían el interés común de la humanidad por otras que les permitían liberarse de inhibiciones por una conducta irresponsable. Naturalmente estos opinantes confundían los intereses de la humanidad con los de las antiguas metrópolis. A decir verdad, los nuevos Estados aceptaban la generalidad de las normas que, por ser neutras en relación con la previa situación colonial, respondían a intereses generales; su actitud reivindicativa se circunscribía a las normas que, en su opinión, ignoraban o, directamente, lesionaban sus intereses. Desde este punto de vista, la descolonización estaba en contradicción con la conservación de normas que reflejaban la desigualdad jurídica y fáctica de la situación colonial.

B. V. A. Röling (1960), que se ocupó brillantemente de esta cuestión, observó con agudeza que la pretensión de imponer a los *nuevos Estados* un conjunto de normas de extracción europea con las que no

estaban de acuerdo, no tenía otro sentido que el de mantener gracias a ellas un *status* que ya no podía ser garantizado por el poder. No cabía inmovilizar el DI justo en el momento en que los nuevos Estados accedían a la sociedad internacional. Había en su actitud un anhelo evidente por proceder a lo que P. Reuter llamó un nuevo *bautismo* del DI, un nuevo *compromiso* que responda a los intereses ahora relevantes en la formación de las normas.

Desde que en noviembre de 1979 unos *estudiantes* islámicos ocuparon la embajada de los Estados Unidos en Teherán y tomaron como rehenes, con la aprobación de las autoridades locales, a miembros de su personal diplomático y consular, la tentación de defender el *establecimiento* mediante la ocupación represiva de la *revolución* por los agentes del orden establecido o de fijar un cordón sanitario mediante el retorno a sociedades regionales separadas (*intra muros*, la ley; *extra muros*, la fuerza) se ha hecho visible cada vez que se ha producido una violación espectacular del orden internacional, generalmente mediante la comisión de actos terroristas, sobre todo después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 cometidos en Nueva York y Washington por *Al Qaeda* (v. Cap. XXVIII).

En la última década del siglo XX un conocido politólogo, S. P. Huntington, obtuvo un gran éxito editorial y mediático al afirmar como paradigma del futuro una *lucha de civilizaciones* cuyo eje giraría en torno al conflicto de *Occidente* con la coalición *islámico-confuciana*. Esta clase de pronósticos, desmesurados, que pasan por alto la observancia cotidiana de las normas internacionales en numerosas áreas, echan leña en el fuego de las políticas de fuerza y propician en el ámbito del Derecho, cuando son aceptados, los enfoques más retrógrados. En la medida en que la *globalización* implica pasar el hecho de la *mundialización* por el cedazo ideológico del *neoliberalismo*, el componente *civilizatorio* hace de aquélla un mero instrumento de ocupación del mundo útil, estrangulando las posibilidades abiertas por una sociedad realmente universal. La *globalización*, lejos de servir la causa de la universalidad, la arruina. La sociedad *globalizada* no es la sociedad *universal*.

La llamada *lucha de civilizaciones* no es una representación exclusiva de la sociedad internacional; ni siquiera su primer escenario. De ser, esa *lucha* lo será también en el Estado, en la provincia, el municipio de los países capitalistas desarrollados como consecuencia de los imparable flujos migratorios procedentes de la vecindad más deprimida. De esta manera el pluralismo cultural estalla de la peor manera, jerarquizado por la extranjería, la irregularidad de ingreso y la pobreza, acorralado en los *guetos* urbanos, los barrios marginales... De aplicarse al paradigma *huntingtoniano* todo *Occidente* acabaría aplicando políticas de *limpieza étnica* bajo regímenes legitimados por la voluntad popular. Los valores consagrados por la Constitución, aquí y allá, serán puestos a prueba; las libertades reducidas, en su sustancia y en la calidad de los beneficiarios. Algunas de las fórmulas legales aplicables a los *extranjeros* en la línea de la *Patriot Act* de los Estados Unidos, concebidas para reforzar la *seguridad* de los *buenos ciudadanos*, esto es, de los *patriotas*, después de los crímenes del 11-S, son brotes venenosos para un auténtico *estado de derecho*. Un día podríamos sorprendernos de la capacidad del pensamiento neoliberal, ocupado por integristas cristianos, para producir no sólo tiburones de mercado, sino criaturas fascistas, perros de presa y torturadores sufragados por los contribuyentes.

Las diferencias de civilización y de cultura influyen, desde luego, en las relaciones humanas y en las relaciones entre colectividades y entre Estados, pero no son decisivas por sí solas. Allí donde el desigual reparto de la riqueza y del poder origina graves conflictos sociales cabe preguntarse en qué se diferencian, en modelos como el de Huntington, la *teología de la liberación* y el *fundamentalismo islámico*, ambos radicales en sus

reivindicaciones. Reducir el tuétano de los conflictos al componente civilizatorio no sólo empobrece el concepto de civilización, sino que es una coartada para emboscar las razones reales —e inconfesables— de muchos conflictos. Decir que el Zar de todas las Rusias llegó al Mar Negro para proteger a las comunidades ortodoxas de la tiranía otomana es una bella manipulación para escamotear un designio de expansión territorial... También era más respetable para el Papado, España y Venecia hacer la guerra contra *el Turco* en nombre de la Cristiandad (obviando que el Rey de Francia —rey *cristianísimo* conforme a sus títulos— era un tradicional aliado del Imperio Otomano)... Y ¿no se explicó, como acabamos de ver, la expansión colonial como misión de (sagrada) *civilización* (una *civilización* que no permitía compartir las ventajas del DI con los *bárbaros* y *salvajes*?).

El universalismo de la sociedad internacional y de su Derecho son irrenunciables. En la medida en que las NU han catalizado ese proceso, sus 192 miembros actuales —en 1945 sus fundadores fueron 51— ilustran el aserto. La transformación del planeta en *aldea global* y la interdependencia de sus componentes hacen inviables las sociedades estancas, relacionadas sólo episódicamente, y altamente peligrosas las concepciones que niegan al adversario un estatuto de derechos y obligaciones dimanante de la condición soberana y de la igualdad formal.

En una sociedad que cambia y se transforma sería ilusorio concebir el DI como un orden pacífico y compacto. Siempre habrá quienes quieran romper —y lo quieran radicalmente— el *status quo*, dada la frustración de sus intereses y aspiraciones. No se impugna la idea del Derecho ni la condición de parte en la sociedad internacional que, por el contrario, se reclama; se lucha alrededor y por la *sustancia* de las normas. No podemos analizar la realidad jurídica sólo desde las normas heredadas, sin entrar en el incierto e inestable proceso de su transformación, ni debemos aislar las violaciones del DI del contexto histórico en que se producen. Se ataca una embajada o se toma su personal como rehén, no porque se rechace el principio de inviolabilidad de la misión y de sus agentes, sino por su carácter simbólico, igual que se quema una bandera o la efigie de un jefe de estado al que se acusa de infringir otros principios no menos importantes, sin excluir el recurso a la fuerza armada.

La idea de que los tradicionalmente denominados *delitos contra el Derecho de Gentes* (*delicta iuris gentium*) puedan ser imputados al Estado, sea porque éstos los ejecutan a través de sus agentes, controlan a los grupos y bandas que los practican o han puesto las instituciones y poderes estatales a su servicio, permite hoy hablar, por ej., de Estados *hampones* (aunque la adjudicación de la etiqueta podría no ser pacífica). Pero justamente porque esos Estados forman parte de la sociedad y están obligados por sus normas cabe imponerles *sanciones*, incluida la suspensión de derechos fundamentales dimanantes de la soberanía. Ahora bien, antes de colgar sambenitos y promover el linchamiento de los *malos*, gracias a una autoidentificación con los *buenos*, debe recordarse que los avances normativos pueden ser incluso negativos cuando no van acompañados de avances institucionales, que permitan la aplicación imparcial y, en lo posible, objetiva de las normas. Las falsas imágenes de una realidad deformada por la superioridad del *Primer Mundo* pueden ser atractivas para quienes le pertenecen; pero

explosionar un avión civil segando centenares de vidas humanas es igualmente criminal en Lockerbie, en la península de Kamchatka o en el golfo Pérsico; también lo es lanzar bombas, de mortero, de piezas de artillería o de B-52, sea en el mercado de Sarajevo o en Grozni, como en el sur del Líbano, en Trípoli, Bengasi o Panamá, ciudades abiertas.

9. *Sociedades y Derechos Regionales y Particulares en nuestro tiempo*

Dentro de la amplia libertad de disposición que el DI universal y general deja a sus sujetos, éstos pueden constituir en ámbitos regionales o particulares regímenes jurídicos del mismo carácter, regional o particular. Con ello, sea por confluir en un espacio geopolítico continuo con problemas propios, sea por su homogeneidad política, económica, social o cultural, estos sujetos, o bien adaptan las normas generales a su especificidad, o bien van más allá de esas normas, estrechando su cooperación o anticipando soluciones que, luego, pueden convertirse en universales.

Región en el ámbito internacional implica la continuidad de un espacio físico dividido políticamente entre dos o más Estados, aunque permite enclaves y espacios internacionales interpuestos. La dimensión de la región para que ésta se proyecte benéficamente sobre sus partes componentes depende de una identidad e intereses comunes, de una distribución del poder equilibrada (compatible con el liderazgo de uno o más Estados, pero no con su *hegemonía*) y de una voluntad compartida de generar y aplicar un orden normativo e institucional autónomo (que no independiente de las normas generales o universales).

Este planteamiento permite situar mejor las relaciones con potencias con intereses en la región, pero que no forman parte de ella. También permite acuñar una concepción del regionalismo más restrictiva que la comúnmente admitida, que se conforma con la continuidad territorial, y más aún con la que ha prevalecido en la práctica de la ONU o del GATT (OMC) que ni siquiera exige este requisito y prácticamente confunde *regionalismo* y *particularismo* (v. Cap. XXVII). El regionalismo es un hecho histórico que sigue proyectándose con fuerza hacia el futuro, siendo a menudo las organizaciones de integración comercial, aduanera y económica y los mecanismos de cooperación política el mascarón de proa de un proyecto más complejo de vida en común de países que comparten un ideario, una cultura, un territorio.

Desde el punto de vista que aquí se sostiene cabe hablar, por ejemplo, de América latina como región (v. *infra*), pero no del continente americano. Las consecuencias estratégicas son muy importantes. El *panamericanismo*, hijo del *monroísmo*, era un modelo de subordinación regional a la política e intereses de una gran potencia hegemónica, hemisférica, pero extrarregional.

El genuino *regionalismo* supone la voluntad de producir y aplicar normas generales en la región y cuando asume procesos de integración plantea problemas

y ofrece formas de participación en el sistema multilateral o universal alternativas o concurrentes a las del Estado soberano (siendo al respecto paradigmática la experiencia de la Unión Europea). Estas características distinguen el *regionalismo* del *particularismo* o, por lo menos, hacen de él una especie más sofisticada.

El límite de un *DI regional* —que comparte con los *DI particulares*— está en el respeto de los principios estructurales de la sociedad internacional universal —lo que podríamos llamar, recuperando una vieja expresión, los *derechos fundamentales* de sus miembros, y en primer término la soberanía e igualdad de los Estados— y en las normas imperativas (*ius cogens*) que limitan materialmente el comportamiento de éstos (v. *infra*). El *regionalismo* no ha de concebirse como una forma de autoexclusión de una sociedad más amplia. El *regionalismo*, obviamente, asume los problemas propios de la región; pero es compatible, más aún, se propone como plataforma para expresar más eficazmente una posición sobre problemas universales, imprimiendo fuerza a las propias doctrinas. La *región* defiende su identidad e intereses comunes en un *medio universal* cuyo cosmopolitismo refuerza. Al igual que el *particularismo*, el *regionalismo* puede ser beneficioso para el *multilateralismo* si responde a actitudes cooperativas; pero no lo será si se concibe como una alternativa animada por un espíritu autárquico o de confrontación.

No cabe, pues, un *DI regional* o *particular* como un orden paralelo.

Esta es la crítica que se hizo en su día al denominado *DI socialista*, una construcción fundamentalmente de la doctrina soviética, que respondía a los intereses hegemónicos de la URSS en el campo social-comunista. Si este Derecho *socialista* no hubiera insistido en la calificación de *internacional* y se hubiera ubicado en el marco de un proceso ya federativo, las objeciones hubieran provenido, en su caso, del respeto de los derechos humanos. Dentro de una federación de Estados la autoridad federal puede, por ejemplo, usar la fuerza armada para prevenir y reprimir la violencia separatista con las limitaciones que imponen las normas del *DI humanitario*, aplicables en los conflictos armados, y las normas protectoras de los derechos humanos irrenunciables. Pero los propagandistas del *DI socialista* insistieron, una y otra vez, en que las relaciones intersocialistas eran entre Estados soberanos e iguales, es decir, *internacionales*, por más que se recrearan complacidos en el carácter nuevo y superior de este tipo de relaciones.

El *DI socialista*, en realidad, fue el engendro que, después de muchas vacilaciones (por miedo a estropear los propósitos de la coexistencia y cooperación con los países capitalistas adoptados por la política exterior soviética), puso en marcha el PCUS para salvar el respeto formal de la soberanía de países incorporados a la zona de influencia soviética en el centro y este de Europa como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, a los que (a diferencia de los países bálticos y de la Moldova, ocupados en 1940) no incluyó en la URSS, y simultáneamente eliminar los obstáculos que el *DI universal* podía suponer para el ejercicio de su hegemonía. La intervención directa del *ejército rojo* en Hungría (1956) para reponer el régimen socialista dio luz verde a un proyecto que se consolidó cuando las fuerzas del Pacto de Varsovia aplastaron la vía checoslovaca al socialismo (1968).

El *DI socialista* podía profundizar lo que quisiera para exhibir todos los dones predicados del árbol fecundo del energético internacionalismo fraterno, solidario e inseminador, pero siempre respetando los límites naturales de cualquier *DI regional*, ya mencionados, que obligan a *todos* frente a *todos*. De no ser así, sólo podía ser considerado como una racionalización en términos legales del *imperialismo soviético*.

Las normas imperativas de la sociedad internacional protegen a los miembros más débiles en los falsos regionalismos hegemónicos y a la *región* como tal frente a los asaltos de potencias o grupos de potencias extrarregionales.

10. En particular, el Derecho Internacional Americano

El *DI Americano* ha sido definido por uno de sus mejores conocedores contemporáneos, J. Barberis, como “el conjunto de normas jurídicas internacionales que poseen un ámbito de validez personal limitado a los países americanos, un ámbito de validez espacial limitado al territorio de esos países y un ámbito material diferente, en cierta medida, al de las normas del orden jurídico universal”.

Admitida a formar parte de la sociedad internacional, la América emancipada y *reconocida* vivió, no obstante, *recogida*, replegada sobre sí misma durante el XIX, no sólo por su localización periférica, sino por una deliberada voluntad aislacionista. Aunque Europa seguía vivamente interesada en América, América no lo estaba tanto en Europa. De hecho, sólo en 1907, con ocasión de la Segunda Conferencia de Paz de La Haya, se produce la primera reunión internacional con agenda política en que participan masivamente los Estados de ambos continentes.

Para entonces, desde el célebre y malogrado Congreso *anfictiónico* de Panamá (1826) son muchos los Congresos y Conferencias celebrados en el solar americano (Lima, 1848, 1877; Montevideo, 1889), pronto en la compañía y, luego, bajo los auspicios de los Estados Unidos. Ya en los últimos años del siglo (Washington, 1889-1890) la primera de las llamadas Conferencias interamericanas constituyó la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, embrión de la Unión Panamericana, pionera de las organizaciones internacionales regionales, muy atenta a la evolución y codificación del DI en el continente.

La comunidad de origen de las Repúblicas latinoamericanas, la percepción de que había problemas que les eran propios y la convicción de que las normas internacionales gestadas en Europa no se acomodaban en todo caso a sus intereses explican la aparición de un *Derecho Internacional Americano* (propia-mente latinoamericano) ha sido un arquetipo de Derecho Internacional Regional.

Fue el chileno Alejandro Álvarez, el tercer gran hombre cronológicamente del DI en América Latina, después de Andrés Bello y de Carlos Calvo, un latinoamericano universal, pero consciente de sus raíces, imaginativo, crítico y nada conforme con el *status quo*, quien lo racionalizó y propuso en los términos más amplios con ocasión del primer Congreso Científico Panamericano (Santiago de Chile, 1908-1909), encontrando una réplica inmediata en la que destacó el brasileño Sa Vianna. En realidad la polémica, conceptual y existencial venía de atrás. En 1882 V. G. Quesada había publicado un par de artículos en la Nueva Revista de Buenos Aires bajo el título *Derecho internacional latinoamericano* y al año siguiente Amancio Alcorta y Carlos Calvo habían intercambiado opiniones. Este último, a pesar de ser el impulsor de muchas de las políticas latinoamericanas acerca del DI, recelaba de un Derecho regional que pudiera sustraer a las Repúblicas del nuevo Continente las ventajas formales del Derecho de las *naciones civilizadas*. Los hechos que se iban prendiendo de la historia podían alimentar su inquietud.

No obstante, prescindiendo de la fallida visión bolivariana de una gran confederación americana servida por principios jurídicos específicos, la afirmación de normas *americanas* —por la limitación de su validez subjetiva y espacial y su contenido diferenciado de las normas *generales*— se ha visto urgida por

circunstancias propias del medio político y social: así, la exacerbada y crónica inestabilidad de los países latinoamericanos desde su mismo nacimiento, que dio en la acuñación del *cuartelazo*, también dio lugar a las normas particulares del *asilo diplomático* como una costumbre *regional*, avalada y precisada por numerosos y yuxtapuestos tratados.

La acción regional ha sido, en ocasiones, anticipadora: la abolición del *corso* y la protección de los neutrales en la guerra naval fueron objeto de un tratado en el Congreso de Lima (1848), ocho años antes de que el de París emanase su declaración sobre la guerra marítima. La anticipación de una solución urgida por los propios problemas, como la del *uti possidetis* (esto es, la conservación de los límites administrativos de las unidades territoriales que conformaron el Imperio español como fronteras internacionales de las repúblicas en que se han convertido), ampliamente presente en la secular práctica americana, parece haberse generalizado al presentarse esos mismos problemas en otras regiones (la misma CIJ, en el asunto de la *Controversia fronteriza entre Burkina Fasso y Malí*, 1986, se refiere al *uti possidetis* como una regla o *principio* de alcance u orden *general* muy importante, y los órganos políticos de la ONU, de la CSCE y de la UE, se han entregado a él —alterando su sentido— en su afán por detener la reacción en cadena de la descomposición de la Unión Soviética y de Yugoslavia, v. Caps. IV y XXIII).

Pero mayor interés que estas normas regionales han tenido las *doctrinas*, es decir, las políticas *americanas* sobre las normas generales. En algunos casos —como el de la consagración de la *no intervención* en los asuntos internos— se trataba de reforzar las más naturales consecuencias del principio de soberanía, una norma general, que en la desigual relación con las grandes potencias saltaba frecuentemente en pedazos (v. Cap. III). En otros —como la responsabilidad internacional del Estado, el trato de los extranjeros o las condiciones de ejercicio de la protección diplomática— las repúblicas latinoamericanas trataban de frenar los abusos cometidos por Estados Unidos y los grandes países europeos invocando aquellas instituciones en beneficio de sus nacionales, inversores o inmigrantes, además de recurrir en ocasiones, como ya hemos indicado, al uso de la fuerza armada para exigir el pago de reparaciones no siempre bien fundadas (v. Caps. XIX, XXI y XXII).

El estatuto de *beligerancia* para precisar la responsabilidad internacional del Estado, la exclusión de ésta cuando los daños son imputables a particulares, o el *agotamiento de los recursos internos* como requisito de la ilicitud sin la cual no procede la protección diplomática, hoy objeto de normas generales, se debieron a prácticas originadas, no sin esfuerzo, en América. También allí se sostuvo frente al *estándar mínimo* del extranjero su *igualdad de trato* con el nacional (una polémica viciada entonces por la irrelevancia internacional de los derechos humanos) y la renunciabilidad contractual por los particulares del beneficio de la protección diplomática (*cláusula Calvo*), lo que chocaba con la concepción de ésta como un derecho soberano del Estado. La forma en que se trató de superar este conflicto, condicionando la suspensión (que no renuncia) del ejercicio de la protección diplomática de los inversores a la aceptación por el Estado local de un arbitraje bajo los auspicios del Banco Mundial cuya decisión sería vinculante y ejecutiva (Convenio de Washington, 1965), incorporada en decenas de tratados de protección de inversiones suscritos por la mayoría de los países latinoamericanos, arruinó la *doctrina* regional.

IV. OBLIGACIONES ERGA OMNES Y NORMAS IMPERATIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL

11. *¿Normas imperativas?*

Se ha dicho con agudeza que allí donde la práctica es menos ética, la teoría se hace más utópica (E. H. Carr). Ojeando simplemente las memorias anuales del Secretario General de las NU, parecería que la afirmación de normas imperativas en esta sociedad universal y heterogénea sólo puede sustentarse en una fe —que mueve montañas— o en la conspiración de los truhanes que se aprovechan de ella para santificar con los principios más elevados sus comportamientos políticos. Entre unos y otros, las gentes corrientes pueden ser devoradas por un escepticismo alimentado por la sombría realidad que se desprende de la crónica diaria de los hechos internacionales.

Sin embargo, aunque sería fácil, no respondería a una actitud realista apoyada en fundamentos morales azuzar el descreimiento y sus corolarios pesimistas sobre la existencia de normas generales necesarias, absolutamente obligatorias, de DI y ello por, al menos, dos razones: 1) porque conduciría a la desintegración del DI en un conjunto de sistemas regionales o particulares separados cuyas relaciones responderían a estados intermedios entre la paz y la guerra (v. *supra*) y 2) porque su sentido involutivo se produciría a expensas de los más débiles. No en balde los países en desarrollo —sin hacer profesión de *iusnaturalismo*— vieron en esas normas —*ius cogens*— un escudo frente a las realidades del poder y, a pesar de ser un límite al *relativismo* predicado del DI (v. *supra*), no lo han considerado incompatible con la celosa defensa de su soberanía.

La idea de un *ius cogens* internacional (del *ius preceptivum*, al que se refería Francisco Suárez a principios del siglo XVII) ha despegado del debate doctrinal para aterrizar en la práctica de los Estados, que lo invocan reiteradamente, en los procesos de codificación y desarrollo progresivo de los sectores vertebrales del DI y en la jurisprudencia. La cuestión fundamental, una vez que hemos descubierto la cáscara, está en verificar su sustancia. Se trata de un proceso en el que partiendo de una base *societaria* se pretende llegar a una meta *comunitaria*; el camino será largo, apenas se están colocando las primeras marcas, y azaroso, el éxito no está garantizado.

12. *Obligaciones erga omnes y normas imperativas*

Literalmente, el carácter *erga omnes* de una obligación precisa su ámbito personal de aplicación, no su jerarquía. Son *erga omnes* las obligaciones que se tienen frente a *todos* los demás sujetos y, en este sentido, lo son todas las del DI general, de formación consuetudinaria, pero no pueden serlo las de los tratados, *inter partes*, circunscritas al círculo de sujetos que las han consentido. La

invocación de una regla convencional para ilustrar una obligación *erga omnes* sólo se justifica cuando un tratado se ha inmiscuido en la formación de una norma consuetudinaria, codificándola o facilitando un proceso luego consumado. En definitiva, no sería el tratado, sino la costumbre que el tratado declara, cristaliza o ha impulsado, la que originaría tales efectos (v. Cap. XIV).

Así, por ej., el derecho de paso inocente por el mar territorial de los barcos mercantes extranjeros es una obligación que el ribereño ha de respetar *erga omnes*, en virtud de una norma consuetudinaria codificada por la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (1958) y por la CONVEMAR (1982). (V. Cap. XXIV).

En la práctica no parece, sin embargo, que el carácter *erga omnes* de una obligación se satisfaga con la mera constatación de un mero ámbito de aplicación personal que permite su distinción de las obligaciones *inter partes*, propias de los tratados. Abstracción hecha de otras acepciones, es frecuente observar el enlace entre las obligaciones *erga omnes* y las obligaciones *no recíprocas*, que los sujetos han de cumplir, sea cual sea el comportamiento de los demás sujetos obligados. Desde este punto de vista un tratado también podría incorporar obligaciones *erga omnes*, entendidas como obligaciones cuya observancia no está sujeta a condición de reciprocidad (obligaciones *erga omnes partes*).

Esta aproximación nos conduce directamente al núcleo del concepto subyacente al carácter *erga omnes* de una obligación. Si una obligación se tiene frente a *todos* y ha de cumplirse en *todo caso*, la causa ha de ser su gran importancia para el común, su vinculación con valores y objetivos fundamentales de la sociedad internacional. De ahí su estrecha relación con las normas imperativas, el *ius cogens* internacional. Este planteamiento es asumido por el IDI (Cracovia, 2005) cuando encuentra en el mantenimiento de valores fundamentales de la comunidad internacional la razón de ser de obligaciones a cargo de todos los sujetos (cuando su fuente es el DI general) o de todas las partes (cuando su fuente es un tratado multilateral), tomando como ejemplos de obligaciones que reflejan tales valores la prohibición de la agresión y del genocidio, la protección de los derechos humanos esenciales, de la libre determinación y del medio ambiente de los espacios comunes.

Si bien no puede decirse que todas las obligaciones *erga omnes* respondan a normas imperativas, sí puede afirmarse que todas las normas imperativas comportan por definición obligaciones *erga omnes*.

El hecho de que a menudo se hayan traído a colación supuestos de normas imperativas (a las que no se quería aún calificar de tales) para afirmar su condición de obligaciones *erga omnes*, ha podido ser en el pasado fuente de la confusión de ambos conceptos, tanto monta, monta tanto. En el asunto de la *Barcelona Traction* (1970), donde en un *obiter dictum* que se hizo célebre la CIJ consideró que todos los Estados tienen un interés jurídico en la observancia de las obligaciones hacia la *comunidad internacional en su conjunto*, que por lo tanto son obligaciones *erga omnes*, la Corte utilizó como ejemplos significativos de tales

obligaciones “el hecho de haber sido puestos fuera de la ley los actos de agresión y el genocidio, pero también los principios y normas que conciernen a los derechos fundamentales de la persona humana, en especial la práctica de la esclavitud y la discriminación racial”. Estaba calentita entonces, además, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) que se había referido expresamente a las normas imperativas como las aceptadas y reconocidas como tales por la *comunidad internacional de los Estados en su conjunto*. En el asunto de *Timor Oriental* (1995) la Corte consideró “irreprochable” el carácter *erga omnes* del derecho de libre determinación de los pueblos, carácter que fue reiterado por la Corte para la prohibición del genocidio en el asunto de la *Aplicación para la prevención y sanción del delito de genocidio* (competencia y admisibilidad, 1996).

Aunque en estos casos la Corte se abstiene de etiquetar como imperativas las normas que incorporan tales obligaciones, *todos* los ejemplos se refieren, según observó la CDI en el informe que acompaña al proyecto final de arts. sobre la *responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos* (2001), a “obligaciones que, según se acepta generalmente, dimanar de normas imperativas de DI general”.

Una referencia implícita a estas normas podía encontrarse, además, en la importante sentencia de la Corte en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) donde se califican de *fundamentales* o *esenciales* para las relaciones internacionales toda una serie de principios, en particular el que prohíbe la agresión, cuya violación se atribuye a los Estados Unidos.

Asimismo, en la opinión consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares* (1996), la Corte afirmó que las normas fundamentales del DI Humanitario se imponen a todos los Estados como *principios inquebrantables* del DI consuetudinario. De ahí que la misma CDI, en el informe citado, estime justificada su consideración como imperativas, calificación que extiende a la prohibición de la tortura, propuesta esta confortada por las decisiones del TPIY (*Furundzija*, 1998; *Kunarac, Kovaz y Vukovic*, 2002).

13. La formación e identificación de las normas imperativas

En el curso de los trabajos preparatorios de la codificación del Derecho de los Tratados los miembros de la CDI se refirieron numerosas veces a la *conciencia universal o general* y a la *conciencia jurídica de los Estados* cuando se preguntó por el proceso de formación e identificación de las normas imperativas; pero, a la postre, la Comisión no quiso pronunciarse, como tampoco quiso (o no pudo) ofrecer ejemplo alguno de norma imperativa en el texto articulado (porque, como observó M. Bartos, dos tercios de los miembros se opusieron a todas las formulaciones propuestas), aunque sí lo hizo en sus comentarios, al considerar que serían tratados incompatibles con el *ius cogens* aquellos cuyo objeto fuera el uso ilícito de

la fuerza con violación de los principios de la Carta de las NU, la trata de esclavos, la piratería, el genocidio, la violación de derechos humanos, de la igualdad de los Estados y de la libre determinación, así como la ejecución de cualquier otro acto delictivo en DI (proyecto de arts., 1966).

Posteriormente, al prepara la codificación de las normas aplicables a la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, la CDI vivió una experiencia similar.

En un primer momento, cuando proponía calificar como *crimen* el hecho reconocido como tal por la comunidad internacional en su conjunto por implicar la violación de una obligación esencial para la salvaguardia de intereses de dicha comunidad, la CDI incorporó al texto articulado una relación abierta de violaciones constitutivas de tales crímenes, que incluía obligaciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la libre determinación de los pueblos, la salvaguardia del ser humano (como las prohibitivas del genocidio, la esclavitud o la discriminación racial) y la protección del medio natural (como las prohibitivas de la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares) (proyecto de arts., 1976, art. 19.3). Finalmente, aunque el concepto fue conservado, se prescindió del *crimen eo nomine* y, desde luego, de toda mención ejemplificativa del mismo en el texto articulado, aunque no faltaron los ejemplos en los comentarios de la Comisión en la línea anteriormente expuesta (proyecto de arts. 2001, arts. 26, 40).

La indeterminación material del *ius cogens* permitió alzar la voz a quienes protestaban porque se propusiese la nulidad del tratado sacrosanto con base en un concepto fácilmente manipulable. En la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1968-1969) los beneficiarios del *status quo*, con Gran Bretaña a la cabeza, temiendo que esta indeterminación hiciera del *ius cogens* un arma arrojadiza contra el *establecimiento*, abanderaron la tesis que podríamos llamar de la *proclamación*, según la cual son imperativas sólo las normas reconocidas como tales por la propia Convención o por protocolos anejos.

La tesis ofrecía muchos flancos a la crítica: 1) exigiendo una codificación solemne, propiamente constitutiva, con todo lo que comporta (el aparato de una conferencia intergubernamental, los avatares de la adopción de un texto y las dilaciones de su entrada en vigor), cláusulas convencionales *realmente* en conflicto con el *ius cogens* tenían asegurada la supervivencia por largo tiempo, y 2) podía incurrirse en graves omisiones y en la *petrificación* de una materia esencialmente dinámica.

Sin llegar al voluntarismo reforzado de la tesis de la *proclamación*, hubo quienes trataron de asentar la formación e identificación de las normas imperativas en el *acuerdo*, es decir en el consentimiento prestado por cada Estado, según los procedimientos propios de la formación e identificación de las normas generales (v. Caps. XIII y XIV). La diferencia en uno y otro caso estribaría en que tratándose de normas imperativas el consentimiento, una vez dado, sería irrevocable.

En esta línea cabe situar la iniciativa francesa en la Conferencia para salvar la concepción voluntarista, proponiendo que las normas imperativas no fuesen oponibles a los Estados que probasen que no las habían aceptado expresamente como tales. Viéndola derrotada, Francia retiró su propuesta (pero con otros siete países votó en contra del texto aprobado).

Es comprensible el apego a las posiciones voluntaristas. Pero si el *ius cogens* es precisamente un límite a la voluntad de los Estados es ilógico pretender que cada uno de ellos puede decidir que no es imperativo para él lo que para los demás sí lo es. Esta fue la idea que se abrió camino en la Conferencia con una formulación (España, Finlandia, Grecia) que el Comité de redacción hizo más contundente. En su virtud —así ha quedado escrito en el artículo 53 de la Convención— son imperativas las normas aceptadas y reconocidas por la *comunidad internacional de los Estados en su conjunto* como normas que no admiten acuerdo en contrario (y sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de DI general que tenga el mismo carácter).

Lo decisivo, pues, para la formación e identificación de una norma imperativa es la percepción de un hecho psicológico, una *opinio iuris cogentis* que se aprecia en función de un juicio de valor ampliamente compartido por los miembros de la sociedad internacional, aunque no necesariamente unánime, y que puede expresarse a través de los procesos ordinarios de formación de normas generales (así, por ej., en un tratado de vocación universal o en una declaración de la AGNU, v. Cap. XIV).

El *ius cogens* no sólo impone un límite a la libertad de los Estados en la concertación de sus obligaciones jurídicas, sino que además escapa a la voluntad de cada Estado en singular la calificación de una norma como imperativa. El efecto *relativo* de los tratados (que la misma Convención enuncia, art. 34) y la inoponibilidad de la costumbre general al *objeto persistente* (v. Cap. XIII) chirrían. Normas y obligaciones de las que un Estado pretendía zafarse pasarían a obligarlo de ser consideradas imperativas por la comunidad internacional *en su conjunto*, aunque ese Estado, opuesto a la norma como tal, no lo fuera menos a su carácter imperativo.

Esta asunción reciclada de la *auctoritas totius orbis* a la que se refería Francisco de Vitoria en el siglo XVI es un paso adelante en un territorio todavía mal cartografiado. La *comunidad internacional en su conjunto* no está aún debidamente institucionalizada y ninguna Organización, ni siquiera la ONU, posee la competencia necesaria para, en su nombre, decidir según reglas de formación de la voluntad de sus órganos (¿cuáles?) qué normas son imperativas. En estas circunstancias, la comunidad internacional encarna directamente en sus miembros.

Aplicando a la comunidad internacional la razonable ordenación de las criaturas de la granja *orwelliana*, donde todos los animales eran iguales, pero unos —los cerdos— más iguales que otros, cabe proponer el protagonismo, a los efectos que aquí se persiguen, de las grandes potencias (los más *poderosos*) y las grandes mayorías (los más *numerosos*) dentro de los grupos geográfico-políticos que componen los Estados, en especial los que se han hecho con su liderazgo. A la postre se llega al reconocimiento de la norma imperativa a través del *consenso*, con su sofocado tufo oligárquico, a costa eventualmente de Estados medianos y pequeños desplazados. La estructura de la sociedad internacional, de momento, no da más de sí.

14. Las normas imperativas de nuestro tiempo

¿Cuáles son en un momento dado las normas imperativas del DI? El esfuerzo, como ya hemos apuntado, ha sido afrontado durante años en diferentes planos, interactivos, que han permitido llegar —a partir de enfoques diversos— a conclusiones razonablemente coincidentes en los niveles que podemos denominar *constitucionales*, allí donde la importancia de las normas se conjuga con su irreductible generalidad. La doctrina, la jurisprudencia, la misma CDI al afrontar los trabajos de codificación han hecho su papel. Pero, probablemente, es aún más representativo el papel asumido por esa *comunidad internacional en su conjunto*, compuesta por esa gran mayoría de Estados (los más *poderosos* y los más *numerosos*), al consensuar en diferentes y sucesivas declaraciones solemnes sobre los propósitos y principios de la Carta de las NU un listado de *principios fundamentales* del DI que han de regir sus relaciones.

La primera y más analítica de estas manifestaciones fue la *Declaración relativa a los principios de DI referentes a las relaciones de amistad y la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta* (res. 2625-XXV, 1970), adoptada después de una larga preparación de seis años en el seno de un Comité especial de naturaleza intergubernamental dependiente de la VI Comisión (Jurídica) de la AGNU. Ciertamente que la Declaración se guardó de afirmar literalmente el carácter imperativo de los principios que enuncia, pero los califica de *básicos*, insta a todos los Estados a que se guíen por ellos, considera que su observancia es *de la mayor importancia* para la realización de los propósitos de las NU. Luego, adjetiva a unos de *esenciales*, a otros de *indispensables*, a algunos de *importante contribución*. Veinticinco años después la AGNU conmemoró esta Declaración (res. 50/6, de 24 de octubre de 1995), treinta años después la Declaración del Milenio (res. 55/2, 2000) ha proclamado sintéticamente los mismos principios, treinta y cinco años después el documento final de la *Cumbre Mundial 2005* (res. 60/1) los ha reiterado...

No está de más que ahora enumeremos los principios *básicos, fundamentales*, del DI enunciados una y otra vez en estas resoluciones solemnes, pues sobre ellos se asienta la columna vertebral de los capítulos en que se articula esta obra: 1) igualdad soberana de los Estados, respeto de su integridad territorial e independencia política; 2) prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza de manera incompatible con los propósitos y principios de las NU; 3) solución pacífica de las diferencias de conformidad con los principios de justicia y del DI; 4) libre determinación de los pueblos bajo dominación colonial u ocupación extranjera; 5) no intervención en los asuntos internos de los Estados; 6) respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin discriminación por razón de raza, sexo, lengua o religión; 7) cooperación internacional para solucionar los problemas internacionales de naturaleza económica, social, cultural o humanitaria, y, 8) cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas de conformidad con la Carta.

Se trata, en definitiva, en los términos empleados por la CDI, de “aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a conside-

rarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales” (proyecto de arts. sobre *la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, comentario art. 40).

15. Consecuencias de las normas imperativas en el Derecho de los Tratados y de la Responsabilidad internacional

Este impulso que trasciende de lo *societario* a la *comunitario* tuvo su primera expresión positivada en un texto convencional de vocación universal gracias a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), cuyos artículos 53 y 64 han hecho de la oposición entre un tratado y una *norma imperativa de DI general* causa de nulidad del tratado —si la norma imperativa es anterior al momento de su celebración— y de terminación del mismo —si la norma imperativa es posterior (v. Cap. XII)—. El conocido eslogan del positivismo radical proponiendo que cualquier acto, incluso el más inmoral, podía ser elevado al rango del Derecho si se le hacía objeto de un tratado, es desmentido y la vieja polémica sobre la validez de los tratados *contra bonos mores* puede darse por resuelta. La voluntad de los Estados no es libérrima al fijar el contenido de sus obligaciones jurídicas.

Los trabajos de la CDI para la codificación de las normas sobre *la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos* han seguido el mismo derrotero cuando en su proyecto final de arts. (2001) se distingue la *violación grave de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de DI General* (art. 40) de la violación de otras normas, sacando las oportunas consecuencias y precisando que, de darse el caso, no hay circunstancia alguna que permita excluir la ilicitud de un comportamiento contrario a esas obligaciones (art. 26). (V. Cap. XIX).

Al tomar este rumbo, la Comisión actuaba confortada, no sólo por su previa tarea en la codificación del Derecho de los Tratados, sino por la jurisprudencia, especialmente la de la CIJ, antes mencionada.

La identidad que se establece en ocasiones entre las obligaciones *erga omnes* y las deducidas de normas imperativas conduce a la afirmación de que la violación grave de una obligación *erga omnes* faculta a cualquier Estado a exigir la responsabilidad correspondiente del infractor aún en el caso de no haber visto afectados sus intereses. En realidad esta facultad, como ha quedado reflejado en el proyecto de arts. de la CDI (2001), se circunscribe a las obligaciones *erga omnes* deducidas de normas imperativas (v. Cap. XIX).

En el mismo sentido el IDI (Cracovia, 2005), que identifica las obligaciones *erga omnes* con el mantenimiento de valores fundamentales de la comunidad internacional, propone que cualquier sujeto de DI (tratándose de una norma de DI general) o cualquier parte (en un tratado multilateral) pueda reclamar del infractor de una de estas obligaciones, aunque no se haya visto afectado en sus intereses particulares, la cesación del ilícito y la

reparación debida al Estado, entidad o individuo especialmente afectado. Este derecho incluiría, de existir una base de jurisdicción, la legitimación para una acción judicial internacional (*ius standi*) y, si las reglas estatutarias lo permiten, la posibilidad de intervenir en los procedimientos abiertos. En caso de violación grave ampliamente reconocida de una obligación *erga omnes* todos los Estados a los que es debida —sostiene el IDI— han de esforzarse por ponerle fin por medios lícitos de conformidad con la Carta de las NU, no reconociendo como legal la situación creada y pudiendo tomar contramedidas no coercitivas bajo las mismas condiciones aplicables a los Estados especialmente afectados por la violación.

16. La apreciación de la violación de las normas imperativas y su represión

Hay normas imperativas y brillan en las alturas. Conocemos sus consecuencias más elementales en el ordenamiento jurídico: las disposiciones contrarias al *ius cogens* son nulas o terminan; los actos que las infringen agravan la responsabilidad internacional del Estado al que se atribuyen. Lo que falla hasta ahora es el camino entre los enunciados normativos abstractos y su explotación en el caso concreto: hay que *descender*, en primer lugar, de los principios *primarios* a los *secundarios*, limando los riesgos de las dobles lecturas y los usos alternativos; hay que resolver las contradicciones en la aplicación de los principios fundamentales; hay que articular, en fin, mecanismos capaces de determinar —no ya el carácter imperativo de una norma— sino la medida en que un acto está en oposición con ella. Estas tareas reclaman un esfuerzo en orden a la progresiva institucionalización de la sociedad internacional para encauzar y afinar la cascada reguladora que fluye de lo alto y, en particular, el establecimiento de métodos jurisdiccionales para la solución de las controversias en torno a la oposición de los actos estatales —y de otros sujetos internacionales— con normas imperativas.

El principio general del Derecho que anula los tratados *inmorales*, decía H. L. Lauterpacht (1937), es un correctivo necesario y salutífero cuando se aplica por un órgano imparcial, pero puede convertirse en un abuso cuando se pone en juego unilateralmente por gobiernos que sólo buscan un ropaje que adecente sus cínicas violaciones del Derecho. De ahí que en la Conferencia de Viena los países occidentales en particular hicieran condición *sine qua non* de su aceptación del *ius cogens* como causa de nulidad y terminación de los tratados el sometimiento obligatorio a un método jurisdiccional de las controversias que originara su invocación. Así quedó reflejado en los arts. 65 y 66 de la Convención: un Estado parte que objete la oposición de un tratado a una norma imperativa, pretendida por otra, podrá someter unilateralmente el asunto a la CIJ una vez transcurridos doce meses desde que planteó la objeción sin que se haya alcanzado una solución por otra vía (y a menos que las partes decidan de común acuerdo acudir a un arbitraje). (V. Cap. XII).

Este progreso indudable de la Convención sobre el Derecho de los Tratados se ha visto empañado, sin embargo, no sólo por limitarse a los Estados partes en la Convención, ciento siete en octubre de 2006 (y la jurisdicción obligatoria puede haber funcionado como disuasoria del consentimiento), sino también por las

reservas hechas al respecto por algunos Estados (por ej., Argelia, Arabia Saudita, Armenia, Bielorrusia, China, Cuba, Guatemala, Rusia, Túnez, Ucrania, Vietnam), dudosamente compatibles con el objeto y fin de una regulación que pretendió ligar indisolublemente las disposiciones sobre arreglo de controversias y las sustantivas con que estaban relacionadas (v. Caps. XI y XII).

Estas *reservas* se han encontrado con declaraciones genéricas en que se advierte a sus autores que los declarantes (Dinamarca, Finlandia, Portugal...) no se considerarán vinculados con ellos por las disposiciones relativas a las consecuencias de la nulidad y terminación de los tratados, y con objeciones de países que no aceptan respecto de los *reservantes* la obligatoriedad de los artículos concernientes al *ius cogens* (Bélgica, Nueva Zelanda, Suecia...) o, incluso, la entrada en vigor de la Convención (Gran Bretaña).

En 1967 E. Schwelb, queriendo servir la tesis de la preceptiva *proclamación* del *ius cogens*, adujo que pedir a la CIJ la determinación de si una norma tiene —y desde cuando— carácter imperativo sería lo mismo que pedir a un juez que sancione los delitos improvisando un Código penal. Otros (Sinclair, Fleischauer) también se han servido de esta imagen, que creyeron feliz, para acusar de insuficiente la solución jurisdiccional. Explicable políticamente, este planteamiento es desacertado. Aparte de que quepa —y se recomienda— una determinación incidental del *ius cogens* cuando brinde la ocasión el proceso ordinario de formación de las normas internacionales (tratados, costumbre y todo lo que revolotea a su alrededor), el manejo judicial de las normas imperativas en el orden internacional puede asemejarse al del *orden público* como excepción a la aplicación de la ley y a la eficacia de la decisión extranjera que aprecia discrecionalmente el juez estatal. En el Derecho interno nadie discute la facultad —y el deber— de los jueces de defender los principios inspiradores del orden político, jurídico, social y económico del Estado frente a leyes y decisiones de otros Estados en conflicto con ellos, cuando su aplicación y ejecución se solicita. La opinión judicial puede ser discutible; aun así es imprescindible.

El *ius cogens* internacional, como el *orden público*, ha de apreciarse en un caso concreto, en un momento dado, por un juez determinado. Es sin duda posible reducir la indeterminación de los conceptos jurídicos, pero es ilusorio pretender una objetivación tal que automatice la función judicial y parece exagerado ir rasgándose las vestiduras por eso. La función de interpretación y de calificación son típicamente judiciales y no hay por qué sorprender a los espíritus más cándidos agitando el espantajo del juez-legislador. Los problemas del juez internacional no nacen de su amplia discrecionalidad, sino de la perplejidad que puede adueñarse de él cuando tiene la oportunidad de explotarla. Si volvemos al paralelismo con el orden público, advertiremos que éste se aprecia por un órgano inserto en la estructura jurisdiccional de una sociedad relativamente homogénea; sus principios inspiradores puede que sean combatidos por determinados grupos sobre bases ideológicas o territoriales, pero en términos generales no es difícil deslindar los principios que *son* y los principios que *podrían ser*. El *ius cogens* internacional trata, por el contrario, de sobrenadar por las aguas turbulentas de una sociedad quebrada por la ideología y los intereses en conflicto de sus

miembros, formalmente iguales. Esto dificulta la aprehensión de la mencionada distinción entre los principios y hace de todos ellos permanentes *políticas en acción*. Así, la operatividad del *ius cogens* puede resultar bloqueada por las antinomias entre principios de los que se predica un carácter imperativo. Es inevitable, como ya advirtió CH. Chaumont hace años, que unos principios abstractos, planeando en una zona de supremacía conceptual, choquen con las contradicciones de la realidad a partir del momento en que se quiera sacar de ellos consecuencias concretas. El juez que esté allí tendrá que enseñar su plumero.

Los jueces suelen acudir a toda clase de remedios procesales para evitar en lo posible lo que, dentro de sus limitaciones, pueden considerar un inconveniente exhibicionismo. Probablemente a eso se debe su apego por mantener dentro de los límites más estrictos la legitimación para la acción y su insistencia, que puede parecer exagerada, en las bases voluntarias de su jurisdicción; en ocasiones recientes Estados demandantes han podido tener la sensación de que la misma Corte de La Haya percibe como una desconsideración que se le pida la administración de justicia sin la previa confirmación del consentimiento del demandado. Naturalmente, cuando está en juego el *ius cogens* internacional esta actitud judicial es particularmente nociva para su causa.

Del *obiter dictum*, ya citado, de la Corte en el asunto *Barcelona Traction* (1970) sobre las obligaciones *erga omnes*, la CDI quiso deducir que el Estado que infringe una de esas obligaciones compromete su responsabilidad internacional, no sólo frente al Estado que la sufre directamente, sino también frente a los otros miembros de la comunidad internacional, lo que legitimaría a cualquiera de ellos para exigirla (proyecto de arts. sobre *la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, art. 48); en el orden judicial supondría reconocer la *actio popularis*, es decir el título de cualquier sujeto para interponer una acción en defensa de un interés público o general (siempre que se cuente con una base o fundamento de jurisdicción para ello). Ese título había sido negado por la misma Corte unos años antes (1966) a Etiopía y Liberia, demandantes de África del Sur por su gestión como potencia mandataria del África del Sudoeste (Namibia), en una sentencia que, también, dividió a los jueces por mitad y se zanjó por el voto de calidad del presidente, el australiano Percy Spender. Pero las circunstancias, que en aquel momento se confabularon contra los demandantes, parecían haber cambiado.

No obstante, los estándares rigurosos que la Corte viene aplicando al examen de las bases o fundamentos de la jurisdicción son una piedra en el camino, incluso cuando las demandas sobre diferencias que implican un pronunciamiento sobre normas imperativas son planteadas por Estados con un interés directo.

En el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo* (R.D. del Congo c. Ruanda, 2006) la Corte ha reiterado su conocida doctrina de separación entre la cuestión de la competencia, que exige el consentimiento de los Estados, y las cuestiones de fondo (la compatibilidad o no de los actos estatales con el DI),

que sólo pueden ser apreciadas por la Corte una vez que su competencia ha sido establecida, sin que la oponibilidad *erga omnes* de una obligación o la naturaleza imperativa (*ius cogens*) de las norma de cuya violación se trata deban alterar un ápice esta conclusión. La Corte, al rechazar su competencia sobre el objeto de la demanda, ha hecho una interpretación especialmente rigurosa de las bases sobre las que podía haber fundado el ejercicio de su jurisdicción.

En el caso concreto la R.D. del Congo acusaba a Ruanda, *inter alia*, de violación de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio (1948) y de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1966). Ambas Convenciones incluían una cláusula compromisoria (arts. IX y 22, respectivamente) de sumisión de las diferencias sobre su interpretación y aplicación a la CIJ, pero Ruanda había formulado una reserva de exclusión que no había sido objetada en su momento. La Corte rechazó las alegaciones congoleñas de que dicha reserva debía entenderse retirada y que, en todo caso, era contraria al objeto y fin de una y otra Convención. La Corte también rechazó la sutil propuesta según la cual las reservas ruandesas a las cláusulas compromisorias mencionadas debían ser consideradas nulas y sin efecto porque su propósito era impedir a la Corte cumplir con su deber de proteger la observancia de las normas imperativas. De ser así la competencia de la Corte podría haberse fundado en la misma Convención sobre el Derecho de los Tratados (art. 66); pero la Corte se escapa por la tangente que le abre el art. 4 de esta Convención, aplicable sólo a los tratados celebrados después de su entrada en vigor (1980), sin que la invocación de una retroactividad alentada por el *interés supremo de la humanidad* haya conmovido a los jueces.

Como sabíamos desde que la Corte dictó sentencia (rechazando también su competencia) en el asunto de *Timor oriental* (1995), aunque esté en juego la violación de obligaciones *erga omnes*, no basta el consentimiento de las partes para fundar la competencia cuando el objeto de la demanda obliga a decidir sobre intereses de un tercero, ausente del litigio, que no ha consentido dicha competencia.

En este caso, que responde a una demanda planteada por Portugal (1991), potencia administradora del territorio no autónomo de Timor oriental, contra Australia, parte con Indonesia, que había ocupado por la fuerza dicho territorio (1975), en un tratado estableciendo una zona de cooperación en el llamado *Timor Gap* (1989), no procede según la Corte el ejercicio de la jurisdicción porque ésta no ha sido consentida por Indonesia y el objeto del litigio—la violación de obligaciones de Australia frente a Portugal como consecuencia de la conclusión del tratado—obligaría a pronunciarse sobre la legalidad de su conducta, que constituye el núcleo material de su decisión. Naturalmente la Corte, antes del volapié, recita el credo en el *ius cogens* y en la libre determinación de los pueblos como “uno de los principios esenciales del DI contemporáneo”; pero para la Corte el carácter *erga omnes* de una norma es una cosa y la regla del consentimiento de su jurisdicción, otra. Así la doctrina del *tercero indispensable* sepulta el pronunciamiento judicial sobre las consecuencias de un principio imperativo: “sea cual sea la naturaleza de las obligaciones invocadas”, se dice en la sentencia, “la Corte no puede decidir sobre la licitud del comportamiento de un Estado cuando la decisión a tomar implica una apreciación de la licitud del comportamiento de otro Estado que no es parte en el litigio..., incluso si el derecho en causa es oponible *erga omnes*”.

En el ejercicio de su función consultiva la Corte, liberada de la camisa de fuerza del consentimiento de las partes que en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa se ha empeñado en apretar, se ha expresado en términos muy constructivos. En la opinión sobre las *Consecuencias de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004) la Corte ha expresado a cabalidad como deben comportarse todos los Estados frente a la situación creada por Israel en violación del principio de libre

determinación del pueblo palestino y de las normas del DI humanitario, en particular de la Convención IV de Ginebra, sobre protección de la población civil, obligaciones todas ellas *erga omnes* y que no se deben transgredir: no han de reconocer dicha situación, no han de prestar asistencia a Israel en su mantenimiento, deben vigilar para que se ponga fin a los obstáculos al ejercicio de la libre determinación del pueblo palestino y han de hacer respetar a Israel la Convención IV de Ginebra (v. Caps. IV y XXX).

Las decisiones jurisdiccionales en asuntos controvertidos alrededor del *ius cogens* son imprescindibles para avanzar en la vía represiva —o sancionadora— no meramente reparadora, de la violación de normas imperativas (v. Cap. XIX). Pero sin avances institucionales ha de temerse la aparición de *llaneros solitarios*, ocultando en la silla, con la envoltura de principios superiores, intereses particulares. Arrogándose los Estados más fuertes el derecho a exigir el respeto de sus valores (y de sus intereses) por los demás, la *comunidad* internacional sería la tapadera para la instauración de un Derecho *ideológico*, negador del pluralismo inherente a la sociedad de Estados. Repárese en esos comunicados, de la *Casa Blanca* o del Departamento de Estado, informando que Estados Unidos y la *comunidad internacional*, Estados Unidos y *el mundo*, han decidido estas o aquellas *sanciones* contra sujetos devenidos parias.

17. Normas imperativas de Derecho Internacional y Derecho interno

Las relaciones entre el DI y los Derechos estatales suelen ocupar un lugar destacado en el debate teórico entre *monistas* y *dualistas*. Los primeros, los *monistas*, no son precisamente los que creen que el hombre descende del mono, sino los partidarios de la unidad del orden jurídico y de la necesaria conformidad de los Derechos estatales con el DI, lo que se traduce en recepción automática, aplicación y efecto directo de sus normas en el orden interno; los segundos, los *dualistas*, consideran que DI y Derechos estatales son ordenes diferentes, cada cual con su propio fundamento, lo que se traduce en la exigencia de *transformación* de las normas internacionales en normas internas para que sea posible su aplicación doméstica.

En términos generales la audiencia cautiva de las aulas ha seguido este debate como una representación más del calendario universitario; nada que tuviera trascendencia para su vida como profesionales, mucho menos como ciudadanos. Sin embargo, la asunción de criterios *monistas* o *dualistas* en los ordenamientos estatales —y el papel que, por consiguiente, asumen sus órganos, en particular los judiciales— favorece/perjudica la *eficacia* del DI y la satisfacción de sus objetivos (paz, seguridad, justicia).

Por lo que concierne en particular a las normas imperativas no cabe duda que su eficacia se verá fortalecida allí donde se advierta una recepción automática y global del DI general, una aplicabilidad directa del mismo y su prevalencia sobre

las leyes estatales bajo garantía judicial y, en su caso, de los tribunales constitucionales.

No se trata, pues, de recordar lo obvio, a saber, que el Estado debe respetar las normas internacionales; se trata de arbitrar los instrumentos técnico-jurídicos internos para que así sea. Apenas es necesario subrayar la trascendencia que puede tener para la validez sociológica del DI que los ilícitos internacionales más graves se consideren también, simultáneamente, infracciones constitucionales. De no ser así, la prerrogativa del Gobierno en la dirección y ejecución de la acción exterior del Estado resulta exagerada: una expresión del Poder Ejecutivo exenta de los controles que se ejercen sobre su demás acciones.

Una mención expresa y, más aún, enunciativa, de los principios (imperativos) del DI que han de regir las relaciones internacionales del Estado ha sido habitualmente rechazada por la doctrina —y las Constituciones— de los países occidentales estimándola *superflua* —por proclamar lo evidente en el orden internacional sin reforzar en ese plano su valor normativo— *equivoca* —por sembrar la incertidumbre acerca del fundamento y de la extensión de esa obligación— y *perturbadora* —al complicar la adaptación inmediata de la Constitución a una normativa que, entre ambigüedades y contradicciones, se mueve rápido, y dar pie a argumentaciones a contrario respecto de los principios omitidos.

Técnicamente estas críticas son acertadas. Pero la técnica no lo es todo. Las afirmaciones, incluso programáticas, de los principios que han de regir el comportamiento internacional del Estado son un factor de moralización de la vida pública y de educación de su opinión, coadyuvando a la germinación de una conciencia popular solidaria con los intereses de la humanidad. Y no sólo eso. La incorporación a una Constitución de tales principios, al encuadrar en un explícito marco normativo al más alto nivel interno la acción del Gobierno, ha de reforzar las posibilidades del control político parlamentario y, en su caso, del control judicial de los guardianes de la Constitución, en la medida en que facilita los parámetros, por genéricos que sean, para su ejercicio.

Esta observación enlaza el carácter *internacionalista* que auspiciamos para los Derechos estatales con la índole *democrática* que se reclama para la articulación de sus poderes. En un país democrático no hay razón que justifique la impermeabilidad de la dimensión exterior de la acción del Estado a los controles políticos y jurídicos que se aplican en general a los actos gubernamentales y de la Administración. La interdependencia entre lo internacional y lo doméstico es hoy un lugar común. Los problemas internacionales se han *internalizado* y los problemas internos se han *internacionalizado* (C. del Arenal). El *internacionalismo* de que pueda hacer gala una Constitución es mera palabrería cuando esos controles decaen.

Democratizar la acción exterior del Estado no implica, sin embargo, la sustitución del Gobierno en su papel central por las Cámaras legislativas ni, por supuesto, por los tribunales. Pero los datos más recientes sugieren un deslizamiento hacia posturas muy permisivas de la libertad de los gobiernos en su acción exterior y hasta cohonestadoras de sus ilícitos más aparentes. La vieja teoría del *poder exterior*, entregado incondicionalmente al Ejecutivo, sostenida incluso por los padres del Estado de Derecho (J. Locke, J. J. Rousseau) y siempre mantenida por los regímenes autoritarios, parece dispuesta a vampirizar nuestro más caros principios, estigmatizando a quienes pretenden defender la observancia de las normas internacionales,

en el marco constitucional, de los asaltos del propio gobierno, eventualmente apoyado o hasta incitado por las Cámaras legislativas.

Una proyección de esta teoría del *poder exterior* se advierte cuando, asumiendo o no una concepción dualista, los guardianes de la Constitución restringen sus competencias de control del respeto de las normas internacionales por los otros poderes, en particular el Ejecutivo, a los actos que producen sus efectos en el *territorio* del Estado, liberando de cualquier control los actos *extraterritoriales* (v. Caps. III, XXI)

En este sentido, siendo Estados Unidos la primera potencia del mundo, ha sido de lamentar la tendencia de su Tribunal Supremo a desentenderse de todas las acciones gubernamentales presuntamente infractoras del DI cometidas fuera de su territorio. Así, para el Tribunal Supremo no era de su incumbencia que agentes federales sacasen de México por la fuerza a un individuo de nacionalidad mexicana para someterlo a la jurisdicción penal de los Estados Unidos (1992); tampoco lo era la interceptación de balseros haitianos en alta mar por patrulleras estadounidenses para impedir que alcanzasen las costas de Florida y su posterior reconducción a Haití, de donde huían con el fin de solicitar asilo en los Estados Unidos, infringiendo así el principio de *no devolución* (Convención de Ginebra sobre Refugiados, 1951, art. 33); ni siquiera lo era que el Gobierno estabulase en Guantánamo a varios centenares de presuntos *terroristas* capturados en Afganistán, Paquistán y otros países, despojados de todos los derechos que reconocen los Pactos de Derechos Humanos y los Convenios de Ginebra codificadores de DI humanitario. En este último caso, el mismo Tribunal Supremo ha corregido, afortunadamente (*Rasul v. Georges Bush, Hamdi v. Rumsfeld*, 2004) su extravagante justificación de que Guantánamo *está bajo la jurisdicción exclusiva* de los Estados Unidos, pero *no es territorio* de los Estados Unidos, sino un territorio de Cuba arrendado a perpetuidad a los Estados Unidos... Rostros pálidos.

Esta clase de tesis (*monstruosa* según la calificó en una ocasión uno de los jueces de la admirable minoría) no hace sino servir las políticas coercitivas de los más fuertes. Dejar a las víctimas a expensas de una inverosímil *protección diplomática* (de gobiernos débiles, clientes, homófobos) es perverso cuando están en juego derechos humanos fundamentales que los jueces estatales bien podrían proteger en su propio foro (v. Caps. XXII, XXIX)

Es sugerente que quienes simpatizan con las *tinieblas exteriores* no tienen la menor aprensión en utilizar a los jueces para combatir presuntos ilícitos internacionales de otros países, negándoles a éstos el resguardo de su inmunidad, deducida del principio de igualdad soberana (v. Cap. XXV).

Para colmo, la *razón de estado*, unida a la invocación de la sacralizada *seguridad*, ha hecho presa en el principio de publicidad, propio del orden democrático, imponiendo por cauces legales una expansión del *secreto* y, yendo más lejos, financiando con dinero público la generación de noticias falsas y/o manipuladas, difundidas a través de canales de información adecuadamente lubricados, para intoxicar a la opinión pública y atraer a la ciudadanía a posiciones que pueden ser abominables. Son los mimbres de la *vieja teoría*, que consideraba la naturaleza de la política exterior tan especial que sólo podía prosperar gracias a la reserva con que sabían manejarla los iniciados.

El *secreto* no es incompatible con la fiscalización parlamentaria, pero su adecuación a la condición de la información, puede hacer de ésta un fin en sí misma, bloqueando toda capacidad de reacción de quienes

estatutariamente están comprometidos por la reserva. Esta circunstancia, unida a la discrecionalidad gubernamental en el manejo de la calificación y clasificación de las materias y en la dosificación, manipulación y falsificación de la información, no es del mejor agüero: la realización de crímenes internacionales llama por su propia naturaleza al secreto y a la mentira. El secreto no legaliza los crímenes, pero los facilita al obstaculizar su persecución. Se entiende que algunos parlamentarios renuncien a formar parte de órganos que pueden satisfacer su curiosidad a cambio de una cierta complicidad política. Se ha dado incluso el caso de agentes de Estados demandados ante la CIJ que han sustentado la improcedencia de admitir a trámite una demanda porque para ellos sería muy inconveniente exhibir las pruebas y desvelar sus fuentes... Pero ninguno se ha ofrecido a correr con los pies desnudos sobre un lecho de brasas incandescentes (v. Cap. XXX).

En definitiva, la primera barrera contra la violación del DI (imperativo) debería encontrarse en la cooperación que los Derechos estatales y sus órganos de control de la acción del Gobierno habrían de prestar respondiendo a sus propios mandatos constitucionales. Los Estados que se jactan de ser *democráticos* y de *derecho* lo son menos cuando no cubren adecuadamente esta misión.

V. LA EXPANSIÓN Y DIVERSIFICACIÓN MATERIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL RIESGO DE SU FRAGMENTACIÓN

18. Planteamiento

El ámbito material del DI se ha expandido espectacular y rápidamente. Los *dominios reservados* del Estado han desaparecido. No hay campo de actividad social que no cuente con alguna clase de regulación jurídica internacional. La vitalidad y la versatilidad del DI han conducido a una proliferación de *regímenes normativos* sectoriales, a escala universal, regional o particular, bien visibles hoy en ámbitos como los derechos humanos, la mar, el medio ambiente o el comercio internacional. Se trata de regímenes que suelen girar en torno de uno o más tratados-marco, dotados de una cierta —y en ocasiones intensa— institucionalización, capaces de generar normas y principios por vía consuetudinaria, con mecanismos de seguimiento de su aplicación, medios de solución de diferencias y reglas sobre la responsabilidad deducida de las infracciones. Su fuerza actual o potencial puede ser invocada como prueba de la buena salud del DI, pero también hay quienes temen por su unidad y hablan del riesgo de *fragmentación* que ha de afrontarse, tratándose de un proceso no planificado. ¿Qué ocurrirá, se dice, si los órganos que han de solventar las controversias y conflictos dentro de estos regímenes autónomos son incapaces de elevarse por encima de los principios específicos de su sector, si ignoran las reglas de otros sectores con los que se solapan, si interpretan y aplican normas generales de manera contradictoria?

Muy justificadamente, haciéndose eco de la inquietud doctrinal y de la oportunidad de ofrecer pautas de comportamiento a los operadores jurídicos, la CDI introdujo el punto en su agenda (2002). Un grupo de estudio

establecido al efecto concluyó sus tareas en el verano de 2006 con un informe que incluía cuarenta y dos conclusiones que debían entenderse en el marco de un estudio analítico hecho por su presidente (M. Koskeniemi). La CDI tomó nota de las conclusiones y las *señaló* a la atención de la AGNU.

La causa fundamental del riesgo de fragmentación tiene su origen, como bien se ha advertido (G. Hafner), en la naturaleza preeminente del DI como un Derecho de coordinación, carente de instituciones centralizadas que aseguren la homogeneidad de los distintos subsistemas o regímenes. Puede producirse así una suerte de “competencia entre regímenes materiales” (por ej. comercio internacional y medio ambiente), que a su vez puede cruzarse con una competencia dentro del mismo régimen material (por ej., derechos humanos), según su escala universal, regional o particular, todo ello sin entrar en el laberinto de relaciones entre tratados sucesivos sobre una misma materia, entre las mismas o diferentes partes... Asimismo, cabe interrogarse por la medida en que los órganos de aplicación de un determinado régimen estarán dispuestos a considerarlo como parte de un sistema general con obligaciones *erga omnes*, algunas de ellas de naturaleza *imperativa* (*ius cogens*), y no como un *absoluto* fuera del cual nada es jurídicamente relevante (v. Caps. XV y XVI).

19. Principios al servicio de la unidad del sistema

La afirmación tradicional de que entre las fuentes de las obligaciones internacionales no hay jerarquía, debiendo solucionarse los conflictos atendiendo a la voluntad o intención de los sujetos obligados según los principios de *posterioridad* y de *especialidad*, alientan las decisiones en cada régimen *pro domo sua*, instalando en él un suerte de —siquiera tácito— *dualismo*, que hace extrañas las reglas extramuros del régimen, a menos que sean objeto de una especial recepción. Esta clase de conflictos entre *regímenes* internacionales o autónomos, cuya solución es ciertamente difícil, será considerada oportunamente, cuando examinemos la *aplicación del DI* (v. Cap. XVI). No obstante, es necesario puntualizar ya en este momento:

1) que la igualdad entre las fuentes del DI está sometida en la actualidad a importantes correcciones, en la medida en que: a) las normas imperativas, consolidadas consuetudinariamente, son normas generales que prevalecen sobre cualesquiera otras reglas y obligaciones, que han de considerarse nulas; y, b) que las obligaciones de la Carta de las NU prevalecen sobre cualesquiera otras obligaciones de sus miembros, que devienen inaplicables al caso (art. 103);

2) que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), que en gran parte codifica normas consuetudinarias, contiene reglas para ordenar la concurrencia y el conflicto entre tratados, en las que cabe profundizar, pues no en vano los *regímenes* internacionales o autónomos se configuran a partir de tratados fundacionales o constitucionales.

Estos principios han de ser de indudable utilidad para resolver la validez y aplicación de reglas y obligaciones internacionales dentro, fuera y entre regímenes internacionales, pero habrá de pasar un tiempo hasta que el espíritu de la mayoría de los operadores jurídicos esté preparado para sacar de ellos las necesarias consecuencias. Así, la CIJ, que ha consumido no menos de dos décadas antes de atreverse a reconocer al *ius cogens* por su nombre, permanece aún encastillada en la estanqueidad de las normas que determinan su competencia (v. *supra*) para rehusar su conocimiento de violaciones muy graves de normas imperativas.

Los principios recién mencionados no resuelven, por otro lado, los conflictos entre normas imperativas, que no son ya una hipótesis de laboratorio. El principio de *armonización* o de *interpretación compatible* que ha de iluminar la solución de éste como, de ser posible, cualesquiera otros conflictos normativos, puede no ser suficiente. Así, la práctica reciente ofrece bastantes casos en que la persecución judicial de torturas imputadas a un Estado extranjero y/o a sus agentes choca con la inmunidad que les es tradicionalmente reconocida por el DI como corolario del principio fundamental de la igualdad soberana. Hasta ahora (CIJ, *Orden de arresto de 11 de abril de 2000*, 2002; CEDH, *Al-Adsani v. United Kingdom*, 2001) la inmunidad ha prevalecido. No obstante, jueces en minoría han manifestado su discrepancia (v. Cap. XXV).

La prevalencia de las normas imperativas sobre las obligaciones de la Carta plantea, a su vez, los problemas deducidos de la competencia para proceder a su evaluación. Esos problemas son especialmente agudos cuando las obligaciones resultan de resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas en el marco del Capítulo VII (mantenimiento de la paz y seguridad internacionales) sobre las que no cabe ningún control de conformidad con la Carta ni con las normas imperativas. Cabe proponer, no obstante, que un órgano competente para decidir una diferencia de conformidad con el DI, debería estimar inaplicables tales resoluciones (u otras obligaciones de la Carta) si las considera incompatibles con normas imperativas. El desistimiento con el que se cerraron los asuntos *Lockerbie* (2003) impidieron a la CIJ pronunciarse sobre un supuesto de estas características; pero el TPIY (*Tadic*, 1999) ha sido más atrevido (v. Caps. XVI, XXVIII).

En todo caso, ha de descartarse que los regímenes internacionales sean autosuficientes. Los recientes trabajos de la CDI sobre el riesgo de fragmentación del DI han permitido llamar la atención sobre una regla del Derecho de los Tratados codificado (el art. 31.3,c de la Convención de Viena) según la cual los tratados han de interpretarse “a la luz de toda norma pertinente de DI aplicable en las relaciones entre las partes”, pertinencia que se predica no sólo de las obligaciones convencionales conexas con el tratado en cuestión, sino también de cualesquiera otras, incluidas las deducidas de las normas consuetudinarias o de los principios generales del derecho. Como señaló la CDI, el DI general, el DI como sistema, está omnipresente detrás de las normas y regímenes especiales, ilustra su interpretación y colma sus lagunas.

Este principio cuenta con algún antecedente ilustre (por ej., Comisión mixta franco-mexicana de reclamaciones, asunto *Georges Pinson*, n° 50, 1927), pero en general ha pasado casi desapercibido en la práctica arbitral y judicial hasta que en los años más recientes ha aflorado en decisiones de diferentes tribunales internacionales. La CDI menciona, por ejemplo, al Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (*Esphahanian v. Bank Tejarat*, 1983; *Case n° A/18*, 1984), a la CEDH (*Golder v. United Kingdom*, 1975; *Loizidou v. Turkey*, 1996; *Al Adsani v. United Kingdom*, 2001; *Bankovic v. Belgium et al.*, 2001...), al OSD de la OMC (EEUU-camarón, 1998; *CE-hormonas*, 1998, *Korea-Measures Affecting Government Procurement*, 2000), al Tribunal Internacional de Derecho del Mar (*Mox Plant*, 2001), a tribunales constituidos en el marco del TPA (*Dispute concerning access to information under article 9 of the OSPAR Convention*, 2003), al tribunal del TLCAN (*Pope and Talbot Inc. c. Canada*, 2001 y 2002).

La misma CIJ ha tenido la ocasión de aplicar este principio de *integración sistémica* en el asunto de las *Plataformas petrolíferas*, entre Irán y Estados Unidos (2003).

Interpretando el art. XX.1, d, del tratado de amistad, comercio y relaciones consulares, suscrito por las partes el 15 de agosto de 1955, según el cual el tratado no sería obstáculo para la aplicación de medidas necesarias para la ejecución de sus obligaciones "relativas al mantenimiento o al restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales o a la protección de intereses vitales en orden a la seguridad", la Corte afirmó que la licitud de tales medidas debía ser evaluada en todo caso a la luz del DI relativo al uso de la fuerza en legítima defensa (v. Cap. XXVI).

Unos años antes la Corte no había seguido esta aproximación cuando hubo de interpretar la reserva canadiense por la que excluía de su jurisdicción las diferencias originadas por medidas de gestión y conservación pesquera y la de ejecución de las mismas en una zona de la alta mar contigua a su zona económica exclusiva, a pesar de que España, que había demandado a Canadá por el apresamiento de un barco de pesca español (el *Estai*), reclamó —sin éxito— la interpretación de la reserva canadiense a la luz de las normas de DI aplicables (*Competencia en materia de pesquerías*, 1998).

Este principio de integración sistémica puede expresarse, como señala la CDI, tanto en forma de presunción *negativa* (considerando que las partes, al concertar obligaciones convencionales, no tienen la intención de actuar de manera no conforme con las normas consuetudinarias y los principios generales de derecho) y *positiva* (considerando que las partes se remiten a tales normas y principios en todas las cuestiones que el tratado no resuelve por sí mismo explícitamente o de otra manera). Cabe así suponer que los términos utilizados por un tratado tienen el significado que les reconoce el DI general, a menos que las partes convengan otra cosa y cabe, no sólo suponer, sino exigir que su interpretación y aplicación sea conforme en todo caso con las normas y principios de naturaleza imperativa.

20. La proliferación de tribunales internacionales

Actualmente se habla de una proliferación de tribunales internacionales, consecuencia de la expansión y diversificación material del DI y de los *regímenes* o subsistemas internacionales a que ha dado lugar. La CIJ, órgano judicial principal de las NU, de vocación universal y competencia general sobre las diferencias interestatales (amén de órgano jurídico consultivo sobre cualesquiera cuestiones jurídicas que quieran plantearle el C. de S., la AG y otros órganos de

la familia de NU debidamente autorizados en asuntos de su competencia) ha encontrado la compañía de numerosos *tribunales* especializados, universales, regionales o particulares, abiertos en algunos casos a sujetos no estatales.

Entre ellos, cabe mencionar el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (1996), los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, la Corte Penal Internacional (2002), la Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1998), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia del MERCOSUR (2002)... A ellos cabe añadir mecanismos cuasijudiciales, como el OSD de la OMC (1994) y los numerosos tribunales arbitrales cobijados por la CPA o por el CIADI del Banco Mundial (v. Cap. XVIII)

Esta proliferación, tal como se predica de la misma expansión y diversificación material del DI, es un signo de madurez, al ofrecer vías para la solución definitiva y vinculante de diferencias y/o abrir paso a la persecución de crímenes internacionales, pero es también una nueva dificultad para la unidad y coherencia del sistema jurídico internacional, un riesgo de fragmentación, por la falta de jerarquía formal entre unos y otros tribunales y la posibilidad de decisiones contradictorias, especialmente cuando sus respectivos ámbitos materiales de competencia son tangentes o secantes.

El supuesto de que los diferentes aspectos de una diferencia sean sometidos a diferentes jurisdicciones ya no es una hipótesis de laboratorio.

Así, por ej., la diferencia entre Chile y la CE sobre el *pez espada* fue sometida al OSD de la OMC en relación con la restricción de las libertades de tránsito (art. 5 GATT, 1994), afectadas por las medidas chilenas de conservación y gestión, y al TIDM en relación con las disposiciones de la CONVEMAR 1982 sobre poblaciones de peces transzonales.

Asimismo, antes de plantear ante la CIJ (2003) el caso *Avena y otros nacionales mexicanos*, México solicitó de la CIDH una opinión consultiva en relación con *el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión que —estando ya *sub iudice* ante la CIJ el asunto *La Grand* (1999), consecuencia de una demanda de Alemania contra Estados Unidos, que interesaba la misma materia— la CIDH emanó considerando que el ejercicio de su función consultiva no podía estar limitado por los contenciosos interpuestos ante la CIJ. Finalmente, las conclusiones a las que llegaron, de un lado, la CIDH (1999) y, de otro, la CIJ (2001) en la interpretación del art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) fueron similares.

Muy recientemente, en mayo de 2006, Argentina ha demandado a Uruguay ante la CIJ por la construcción de dos fábricas de pasta de papel en la ribera uruguaya del río Uruguay que, según Argentina, es incompatible, procesal y sustantivamente, con el estatuto binacional del río, mientras que Uruguay ha demandado a Argentina en el marco del Mercosur (Protocolo de Olivos) por su omisión en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales sobre el río protagonizado por piquetes locales.

El eventual conflicto de interpretación de normas de DI general entre unos y otros tribunales preocupa, sobre todo si son los tribunales especializados los que entran en colisión con la CIJ. Así, en 1999 el TPIY (asunto *Tadic*) fue más allá del precedente de la Corte en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), del que decidió apartarse deliberadamente al adoptar el criterio del *control general* —y no del *control efectivo* sostenido por la CIJ— para determinar cuando podía considerarse que un grupo armado militar

o paramilitar en un conflicto presuntamente interno actuaba por cuenta de una potencia extranjera.

Sin embargo, no hay que ser alarmista. En el caso citado el giro interpretativo puede explicarse por el hecho de que el TPIY, a diferencia de la CIJ, trataba de establecer la aplicación de las normas del DI humanitario en un supuesto de responsabilidad penal individual; además, cabe sugerir que las decisiones de un tribunal especializado pueden incentivar posteriores cambios progresivos de la CIJ, siendo en ese sentido muy constructivas. La unidad del sistema jurídico internacional debería bastar para impedir contradicciones flagrantes, a menos que topemos con tribunales (arbitrales o judiciales) de composición muy sesgada y/o con miembros manifiestamente ignorantes del DI general (lo que tampoco ha de descartarse).

Más preocupante resulta que los tribunales consagrados a la persecución de crímenes internacionales adopten decisiones concernientes a la responsabilidad penal individual en contradicción con las de la CIJ sobre la responsabilidad de un Estado por los mismos hechos. La sentencia que ha de dictar la Corte en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio*, actualmente (septiembre de 2006) en fase de deliberación, será muy instructiva, sea cual sea su derrotero.

Entre las medidas de política judicial internacional ha habido propuestas, inspiradas en los sistemas de Derecho interno, para hacer de la CIJ una suerte de Corte suprema, de casación, para salvaguardar la unidad de doctrina, y la instauración de un procedimiento prejudicial que podrían experimentar otros tribunales que sustentaran dudas sobre la existencia, contenido u oponibilidad de una norma de DI general, amén de su apertura a sujetos no estatales, como demandantes y demandados (Orrego/Pinto, 1999); pero estas propuestas parecen tan sensatas en su planteamiento como poco realistas en las posibilidades de realización. Así que lo más que cabe, por ahora, es: 1) recomendar a los órganos judiciales, cuasijudiciales y arbitrales presentes, continencia, prudencia y la debida toma en consideración de las decisiones de los demás que afectan al núcleo del DI general (lo que P. M. Dupuy llama el *diálogo interjudicial*), particularmente las de la CIJ, por la *auctoritas* del órgano y el valor de sus precedentes (Buerghenthal); y, 2) recomendar a los sujetos de DI, tal como hacía el antiguo Presidente de la CIJ, Gillaume, que antes de crear un nuevo tribunal verifiquen si acaso las funciones que pretenden atribuirle no pueden ser desempeñadas adecuadamente por otro ya existente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre la historia de la sociedad y el DI (así como de las relaciones *internacionales*), en **lengua española**: A. Truyol, *La sociedad internacional*, Madrid, 1974 (14ª imp., 2004); *id.*, *Historia del DI Público*, Madrid, 1998; *id.*, “De una sociedad internacional fragmentada a una sociedad mundial en gestación (A propósito de la globalización)”, *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. VI, 2002, 23;

M. Medina, *Teoría y formación de la sociedad internacional*, Madrid, 1983; J. A. Carrillo, *El DI en perspectiva histórica*, Madrid, 1991. V. tb. algunos de los *Estudios de Historia y Doctrina del DI*, de L. García Arias, Madrid, 1964. En los años cincuenta se tradujeron al español, entre otras: A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, Nueva York, 1947 (*Historia del DI*, Madrid, 1950, con unas *Adiciones sobre la historia de la doctrina hispánica del DI*, de L. García Arias, de gran riqueza bibliográfica); G. Stadtmüller, *Geschichte des Völkerrechts*, Hannover, 1951 (*Historia del DIP*, Madrid, 1961, revisada y anotada por A. Truyol); R. Mesa, *La nueva Sociedad Internacional*, Madrid, 1992; *id.*, *Teoría y Práctica de las Relaciones Internacionales*, Madrid, 1980 (2ª ed.); *id.*, "De la ciudad de Dios al caos universal", *REDI*, 2002-2, 703; S. Salinas, *El DI y algunos de sus contrastes en el cambio de milenio*, Zaragoza, 2001; C. García Segura y E. Vilariño Pintos (eds.), *Comunidad internacional y sociedad internacional después del 11 de septiembre de 2001*, Bilbao, 2005; G. Palomares, *Relaciones Internacionales en el siglo XXI*, Madrid, 2006; J.A. Carrillo, "Influencia de la noción de comunidad internacional en la naturaleza del DIP", *Hom. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, v. I, 175; C. del Arenal, "La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política", *Cur. DI Vitoria* 2001, 17; *id.*, "En torno al concepto de sociedad internacional", *Hom. J.A. Carrillo*, Sevilla, 2005, v. I, 453; R. Zafra, "Los enigmas del DI", *ibid.*, v. II, 1357; F. Orrego Vicuña, "DI y sociedad global: ¿ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional?", *Hom. J.D. González Campos*, cit., v. I, 441. **En otras lenguas:** II. Bull y A. Watson (eds.), *The Expansion of International Society*, Oxford, 1984 (reimp., 1992); G.W. Gong, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford, 1984; K.J. Holsti, *Peace and War: Armed Conflict and International Order, 1648-1989*, Cambridge, 1991; A. Watson, *The Evolution of International Society*, 1992; A. Truyol, *Histoire du DIP*, París, 1995; W.G. Grewe, *The Epochs of IL*, Berlín, 2000; U. Leanza, "Le DI: d'un droit pour les Etats à un droit pour les individus. Une vision de la théorie et de la pratique des relations internationales contemporaines", *Cur. Euromediterráneos Banca de DI*, v. IV, 2000, 27; E. McWhinney, "Shifting Paradigms of IL and World Order in an Era of Historical Transition", *Essays L. Haopei*, Londres, 2001, 3. Tb. son de interés las voces de AA.VV. sobre *History of the Law of Nations*, recogidas en la *EPIL*, v. II, 1995 (2ª ed.), 716. Para una historia documental del DI hasta 1943 v. W.G. Grewe (ed.), *Fontes Historiae Iuris Gentium: Quellen zur Geschichte des Völkerrechts*, 3 v., Berlín-Nueva York, 1988-1995, donde se recogen los documentos en triple columna (en lengua original, alemán e inglés).

2. Sobre el concepto y validez del DI, en lengua española: A. Truyol, *Fundamentos del DI*, Barcelona, 1950 (4ª ed., Madrid, 1977); J. Roldán, *Ensayo sobre el DIP*, Almería, 1996; A. Remiro, *¿Un nuevo orden contra el DI?* Washington, 2000; M.A. Orench, *El DI como ordenamiento jurídico objetivo*, Madrid, 2004; J.A. Pastor, "La fundamentación del Derecho de Gentes y la jurisprudencia internacional", *AHLADI*, 1973, 87; E. Ruiloba, "La concepción tridimensional del Derecho y el DI", *Hom. J. Corts*, Valencia, 1977, 409; M. Pérez González, "Derecho de Gentes, ¿concepción formal?", *Hom. A. Miaja*, Madrid, 1979, v. I, 275; O. Casanovas, "La vuelta a la teoría", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 179; J. Peirano, "Naturaleza y fundamento del DIP", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 181; E. Vargas Carreño, "¿Dónde encontrar el fundamento de la obligatoriedad del DI?", *ibid.*, 99; R. Paniagua, "Aproximación conceptual al DIP", *ADI*, n° 14, 1998, 321; J.A. Carrillo, "El fundamento del DI: algunas reflexiones sobre un problema clásico", *REDI*, 1998-1, 13; I. Forcada Barona "El concepto de DIP en el Umbral del Siglo XXI: La 'Nueva Corriente'", *AADI*, 1999, 181; A. Remiro, "DI y Nuevo Orden", *Marcha (Segunda Época)*, 2000, 1; *id.*, "Un nuevo Orden contra el DI: el caso de Kosovo", *RJUAM*, 2001, 89; D. Kennedy, "El DI: un vocabulario disciplinar para la crítica y la reforma", *REEI*, n° 4, 2002; V. Abellán, "Sobre el método y los conceptos en DIP", *Hom. J.A. Carrillo*, cit., v. I, 55; J.M. Peláez, "De nuevo sobre el concepto del DIP en la doctrina española", *ibid.*, v. II, 1011; E.W. Petit, "El DIP: ¿necesidad o utopía?", *ibid.*, v. II, 1037; L. Pérez-Prat, "DI, ¿obediencia debida?", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 591. **En otras lenguas:** I. Detter, *The Concept of IL*, Estocolmo, 1987 (2ª ed. 1993); T. Nardin y D.R. Mapel (ed.), *Traditions of International Ethics*, Cambridge, 1992; V. Rittberger (ed.), *Regime Theory and IR*, Oxford, 1993; E. Cannizaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milán, 2000; R. Kolb, *La bonne foi en DI public*, París, 2000; P. Weil, *Écrits de DI*, París, 2000; *id.*, "Vers une normativité relative en DI?", *RGDIP*, 1982, 5; O. Casanovas, *Unity and Pluralism in Public IL*, La

Haya, 2001; F. Simson, *The Nature of IL*, Dordrecht, 2001; F. Amerasinghe, "IL and the Concept of Law: Why IL is Law", en J. Makarczyk (ed.), *Theory of IL at the Threshold of the 21st Century*, La Haya, 1996, 79; P. Allot, "The Concept of IL", *EJIL*, 1999, 31; E. B. Weiss, "The Rise or the Fall of IL?", *Fordham Law Review*, 2000, 345; la biblio. cit. en A. Remiro, *DIP. I. Principios fundamentales*, Madrid, 1982, 48, tratados y manuales (1.1) y las obras generales pertinentes (1.2) de la biblio. general (A).

3. Sobre el principio de la efectividad en particular, en lengua española: A. Miaja, *El principio de la efectividad en DI*, Valladolid, 1958; *id.*, "Nuevas realidades y teorías sobre la efectividad en DI", *ADI*, 1976, 3; **en otras lenguas:** J. Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, París, 1964; Ch. de Visscher, *Les effectivités du DIP*, París, 1967; G. Simpson, *The Nature of IL*, Dordrecht, 2002; F. Münch, "La force normative des faits", *Hom. A. Miaja*, cit., v. I, 251; J.J. Salmon, "Les contradictions entre le fait et le Droit en DI", *ibid.*, 337.

4. Sobre la universalidad del DI, en lengua española: como análisis crítico de las consecuencias de la universalización y de los cambios experimentados por la sociedad internacional, v. A. Remiro, *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, Madrid, 1996; *id.*, "Derivación del DI en la sociedad globalizada", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. V, 2001, 45; tb. C. Díaz Barrado, "La Sociedad Internacional. En busca de un orden constitucional", *AADI*, 1994-1995, 13; J. Coderch, "Cambios en la sociedad internacional y su reflejo en NU", en C. Fernández Casadevante y J. Quel (eds.), *Las NU y el DI*, Barcelona, 1997, 9. Sobre sus consecuencias metodológicas, v. C. Jiménez Piernas, "Reflexiones sobre el método del DIP", *Hom. M. Díez de Velasco*, cit., 377. **En otras lenguas:** SFDI, *Regionalisme et Universalisme dans le DI contemporain*, París, 1977; R. Wolfrum (ed.), *Strengthening the World Order. Universalism versus Regionalism*, 1990; L.A.N.M. Barnhoorn y K.C. Wellens (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of IL*, La Haya, 1995; J. Barberis, "Les règles spécifiques du DI en Amérique latine", *R. des C.*, 1992, t. 235, 81; J.I. Charney, "Universal IL", *AJIL*, 1993, 529. Asimismo, la biblio. (hasta 1981) en A. Remiro, *DIP. I...*, cit., 76, y R. Mesa, "Los nuevos Estados ante el DI", *Hom. A. Miaja*, cit., 235.

5. Sobre las obligaciones erga omnes y las normas imperativas del DI, en lengua española: A. Gómez Robledo, *El ius cogens internacional*, Méjico, 1982 (tb. *R. des C.* 1981, t. 172, 9); R. Casado, *Notas sobre el ius cogens internacional*, Córdoba, 1991; R. Pucciro, "Desarrollos actuales del ius cogens: el fantasma rompe su hechizo", *RUDI*, 1974, 49; J. Juste, "Las obligaciones erga omnes en el DIP", *Hom. A. Miaja*, cit., v. I, 227; R. Casado, "Las obligaciones erga omnes en el DI contemporáneo", *La Ley*, 1985, 1033; J. Acosta, "Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la doctrina de los círculos concéntricos", *ADI*, 1995, 3; A. Cebada Romero, "Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens, y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", *REEL*, n° 4, 2002; C. Gutiérrez Espada, "Sobre las normas imperativas del DI", *Hom. J.D. González Campos*, cit., v. I, 273; J. Alcaide, "Orden público y DI: desarrollo normativo y déficit institucional", *Hom. J.A. Carrillo*, cit., v. I, 91; R. Casado y E.Mª Vázquez, "La impronta del ius cogens en el proyecto de artículos de la Comisión de DI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", *ibid.*, 343; A. Fernández Tomás, "El ius cogens y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad", *ibid.*, 619; F.M. Mariño, "Los límites de la noción de orden público internacional", *ibid.*, v. II, 825; F.J. Quel, "La violación de obligaciones erga omnes y su incidencia en el ejercicio de la protección diplomática", *ibid.*, v. II, 1183. **En otras lenguas:** E. Correia, *Ius cogens em DI*, Lisboa, 1997; L. Hannikainen, *Peremptory Norms (ius cogens) in IL: Historical Development Criteria, Present Status*, Helsinki, 1998; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations "erga omnes"*, Oxford, 2000; L.A. Alexidze, "Legal Nature of Ius Cogens in Contemporary IL", *R. des C.*, 1981, t. 172, 219; G. Gaja, "Ius cogens beyond the Viena Convention", *ibid.*, 271; J.A. Frowein, "Jus Cogens", *EPIL*, v. III, 1997 (2ª ed.), 65; G. Jaenicke, "International Public Order", *ibid.*, 314; P. Fois, "La funzione degli accordi di codificazione nella formazione dello ius cogens", *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. I, 287; G.M. Danilenko, "International Ius cogens: Issues of Law-Making", *EJIL*, 1991, 42; C. Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", *R. des C.*, 1993, t. 241, 197; B. Simma,

"From bilateralism and Community Interest in IL", *R. des C.*, 1994, t. 250, 219; tb. el *Symposium: The Changing Structure of IL Revisited (parte 2)*, *EJIL*, 1997, con contribuciones de J.H.H. Weiler y A.L. Paulus, "The Structure of Change in IL or Is There a Hierarchy of Norms in IL?", 545; M. Koskeniemi, "Hierarchy in IL: A Sketch", 566; y J.A. Carrillo, "Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in IL", 583; K. Zemanek, "New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations", *Max Planck Yearbook of UN Law*, 2000, 1; M. Ragazzi, "International Obligations Erga Omnes: Their Moral Foundation and Criteria of Identification in the Light of Two Japanese Contributions", *Essays I. Brownlie*, Oxford, 1999, 455; S. Forlati, "Azioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazioni di obblighi erga omnes", *RDI*, 2001, 69; K. Teraya, "Emerging Hierarchy in International HR and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights", *EJIL*, 2001, 917; F. Vismara, "Norme cogenti e struttura dell'ordinamento internazionale", *LCI*, 2002, 19; R. Kolb, "Théorie du ius cogens international", *RBDI*, 2003, 5; P. Picone, *Comunità Internazionale e Obblighi "erga omnes"*, Nápoles, 2006. V. tb. biblio. cit. Cap. XIX (crimen internacional).

6. Acerca de la Declaración sobre los Principios, en lengua española: A. Linares, *Los principios y normas internacionales que rigen las relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados*, Caracas, 1969; E. Pérez Vera, *Las NU y los principios de la coexistencia pacífica*, Madrid, 1973; J.D. González Campos, "La Sexta Comisión de la AGNU y el DI de la coexistencia pacífica", *RFDUC*, 1963, 395; M.L. Espada, "El Comité especial de los Principios de amistad y cooperación entre los Estados: sus trabajos y resultados", *REDI*, 1971, 125; y tb. J. A. Carrillo, "La noción de Estados amantes de la paz, cincuenta años después de la entrada en vigor de la Carta de las UN", *XIX Congreso IHLADI* (Lisboa), Madrid, 1996. **En otras lenguas:** R.J. Akkerman, P.J. van Kierke y Ch. O. Pannenberg (eds.), *Declarations on Principles. A Quest for Universal Peace*, Leiden, 1977; G. Abi-Saab, "La reformulation des principes de la Charte et la transformation des structures juridiques de la communauté internationale", *Mél. M. Virally*, 1991, 1; J. Salmon, "Introduction to the Law of Friendly Relations between States", en M. Bedjaoui (ed.), *IL: Achievements and Prospects*, París, 1991, 415; D.V. Jones, "The Declaratory Tradition in Modern IL", en *Traditions...*, cit., 42; I. Sinclair, "The Significance of the Friendly Relations Declaration", *Essays M. Akehurst*, Londres, 1994, 1; R. Ben Achour, "Actualité des principes de DI touchant les relations amicales et la coopération entre Etats conformément à la Charte des NU", en R. Benachour y S. Laghmani (eds.), *Les nouveaux aspects du DI*, París, 1994, 31.

7. En relación con el tratamiento de las cuestiones internacionales por los órganos internos, en lengua española: A. Remiro, *La acción exterior del Estado*, Madrid, 1984; *id.*, *Política exterior de defensa y control parlamentario*, Madrid, 1988; J.D. González Campos, "Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Liber amicorum J.A. Pastor*, cit., 507. **En otras lenguas:** T.M. Franck, *Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law Applies to Foreign Affairs?*, New Jersey, 1992; B. Conforti, *IL and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, 1993 (versión revisada del curso de la ADI: v. biblio. A.1.3); T.M. Franck y G.M. Fox (ed.), *IL Decisions in National Courts*, Irvington-on-Hudson, 1996.

8. Sobre la expansión y diversificación material del DI y el riesgo de su fragmentación, en lengua española: R. Riquelme, *DI entre un orden global y fragmentado*, Madrid, 2005, así como la biblio. citada; S. Salinas y C. Tirado, *Adaptabilidad y fragmentación del DI: la crisis de la sectorialización*, Zaragoza, 1999; O. Casanovas, "Unidad y Pluralismo en DIP", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. II, 1998, 35; A. Remiro, "Desvertebración del DI en la sociedad globalizada", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. V, 2001, 45. **En otras lenguas:** O. Casanovas, *Unity and Pluralism in PIL*, La Haya, 2001; P. Shiff Berman, *The Globalization of IL*, Aldershot, 2005; R. Huesa y K. Wellens (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du DI*, Bruselas, 2006; A. Zimmermann y R. Hoffmann, con la colaboración de H. Goeters, *Unity and Diversity of IL*, Berlín, 2006; I. Brownlie, "Problems concerning the Unity of IL", *Etudes R. Ago*, cit., v. I, 153; M. Sorensen, "Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of IO in the World Legal Order", *ICLQ*, 1983, 559; E. Roucouas, "Engagements parallèles et contradictoires", *R. des C.*, 1987, t. 206, 9; P.

Weil, "Le DI en quête de son identité", *R. des C.*, 1992, t. 237, 9; K. Wellens, "Diversity in Secondary Rules and the Unity of IL: Some Reflections on Current Trends", *NYIL*, 1994, 3; N. Valticos, "Pluralité des ordres internationaux et unité du DI", *Essays K. Skubiszewski*, La Haya-Londres, 1996, 301; A. Marschik, "Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International System", *EJIL*, 1998, 210; P.M. Dupuy, "The Danger of Fragmentation or Unification of International Legal System and the International Court of Justice", *New York UJILP*, 1999, 791; *id.*, "L'unité de l'ordre juridique international", *R. des C.*, 2002, t. 297, 9; M. Koskeniemi y P. Leino, "Fragmentation of IL. Postmodern Anxieties?", *Leiden JIL*, 2002, 553.

9. En particular, sobre la proliferación de tribunales internacionales y el riesgo de fragmentación de la unidad del DI, en lengua española: A. G. López Martín, "Judicialización y sectorialización del DI", *AADI*, 2001-2002, 145. **En otras lenguas:** H.G. Schermers y N.M. Blokker, *International Institutional Law. Unity within diversity*, La Haya (3ª ed., 1995); SFDI, *La multiplication des juridictions internationales*, Lille, 2002; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2004; tb. sobre esta cuestión se han desarrollado diversos coloquios: ASIL, "Implications of the Proliferation of International Adjudication Bodies for Dispute Resolution", Boletín nº 9, 1995; y en *New York UJILP*, sobre "The Proliferation of International Courts and Tribunals: Piecing Together the Puzzle", 1999, 679, sobre todo las colaboraciones de B. Kingsbury, J. Charney, C. Romano, T. Treves, J.H. Jackson, M. Pinto y G. Abi-Saab; y además, S. Oda, "The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)", *R. des C.*, 1993, t. 244, 144; R.Y. Jennings, "New Problems at the International Court of Justice", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., v. II, 1061; L. Condorelli, "La Cour internationale de justice: 50 ans et (pour l'heure) pas une ride", *EJIL*, 1995, 388; *id.*, "Jurisdictio et (dés)ordre judiciaire en DI: quelques remarques au sujet de l'arrêt du 2 octobre 1995 de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie dans l'affaire Tadić", *Mél. N. Valticos*, 1999, 97; D.W. Bowett, J. Crawford, I. Sinclair y A.D. Watts, "The International Court of Justice. Efficiency of procedures and working methods. Report of the Study Group established by the British Institute of International and Comparative Law as a contribution to the Decade of IL", *ICLQ*, 1996, 1; P.M. Dupuy, "Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international", en R. Ben Achour et S. Laghmani (eds.), *Harmonie et contradictions en DI*, Paris, 1996, 17; G. Guillaume, "La Cour Internationale de Justice. Quelques propositions concrètes à l'occasion du Cinquantenaire", *RGDIP*, 1996, 323; G. Schermers, "The International Court of Justice in Relation to Others Courts", en A.S. Muller, D. Raic y J.M. Thuránszky (eds.), *The International Court of Justice. Its Future Role after Fifty Years*, La Haya, 1997; T. Treves, "Recent Trend in the Settlement of International Disputes", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. I, 1997, 395; N. Valticos, "Pluralité des ordres internationaux et unite de DI", *Essays K. Skubiszewski*, cit., 301; J.I. Charney, "Is IL Threatened by Multiple International Tribunals?", *R. des C.*, 1998, t. 271, 101; G. Hafner, "Should One Fear Proliferation of Mechanisms for the Peaceful Settlement of Disputes?", en L. Caflisch (ed.), *The Peaceful Settlement of Disputes between States: Universal and European Perspectives*, La Haya, 1998, 25; P.M. Dupuy, "Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. III, 1999, 259; F. Orrego Vicuña y C. Pinto, "The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century", en *Centennial of the First International Peace Conference*, La Haya, 1999; R.P. Alford, "The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendence", *Proceedings ASIL*, 2000, 160; T. Buergenthal, "IL and the Proliferation of International Courts", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. V, 2001, 29; E. Decaux, "Concurrence et complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des droits de l'homme", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. V, 2001, 719; K. Oellers-Frahm, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdictions - Problems and Solutions", *Max Planck Yearbook of UN Law*, v. V, 2001, 67; P. Szasz, "The Proliferation of Administrative Tribunals", en N. Blokker y H. Schermers (eds.), *Proliferation of IO*, 2001, 241; H. Thirlway, "The ICJ and Other International Courts", *ibíd.*, 251; H. Fujita, "Chevauchements juridictionnels et tribunaux internationaux", *Liber amicorum S. Oda*, Dordrecht, 2002, 575; M. Shahabuddeen, "Consistency in Holdings by International Tribunals", *ibíd.*, 633.

PARTE PRIMERA

**LOS SUJETOS DEL DERECHO
INTERNACIONAL**

Capítulo II

Los Estados

VI. INTRODUCCIÓN

21. Consideraciones generales sobre la subjetividad internacional

A principios de siglo L. Oppenheim aún podía afirmar, en la primera edición de su tratado, que el DI era un *Derecho entre Estados única y exclusivamente*, y en 1927 todavía la CPJI se refería a este Derecho en el asunto *Lotus* como el que rige las relaciones entre *Estados independientes*. Estas definiciones serían hoy inadecuadas para reflejar una realidad social y legal plural y más compleja. En particular, después de la Segunda Guerra Mundial no sólo se ha multiplicado el número de Estados, en virtud de procesos históricos como la descolonización y, más recientemente, la desintegración de países del llamado *bloque socialista*, sino que se ha ido acentuando el *polimorfismo* de la subjetividad internacional.

En efecto, en la medida en que la subjetividad internacional ha ido dejando de ser considerada como una *pertenencia* de la soberanía para ser concebida como un procedimiento de atribución de derechos y obligaciones dentro de un ordenamiento jurídico determinado, la sociedad internacional se ha abierto a otros sujetos que, como advirtió la CIJ en su opinión relativa a las *Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las NU* (1949), no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza y estatuto.

Entre los *nuevos* sujetos han de mencionarse, en primer lugar, las OI, cuyo florecimiento y consolidación son característicos de la sociedad internacional contemporánea, aunque deba llamarse la atención sobre la creciente inclinación de los gobiernos estatales, dentro de una tendencia generalizada al *informalismo*, a establecer entes *de facto*, sin personalidad (como el G-7, el G-8, el *Grupo de Río* o la misma UE), por razones políticas.

Las OI —que a diferencia de los Estados, sujetos *primarios* y *plenos*, son sujetos *secundarios* de naturaleza *funcional* (que por voluntad de los Estados se mueven dentro de competencias atribuidas para el logro de objetivos determinados, más o menos generales)— responden a la conciencia extendida de la imposibilidad de hacer frente a los problemas que plantea la coexistencia y, más aún, la cooperación para servir objetivos comunes, en el marco de un sistema de simple yuxtaposición interestatal. De ahí que a los dos centenares de Estados existentes al finalizar el siglo, se haya sumado un número incluso mayor de Organizaciones universales

y regionales de relativa importancia, de la ONU y su familia de *organismos especializados* para abajo.

La OI, según verificó la CIJ en su opinión sobre la *Interpretación del acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto* (1980), no puede ser apreciada como un *super-Estado*. Ningún dato posterior permite imaginar a la sociedad internacional en esa dirección por el puente de la OI universal. Antes al contrario, la actitud del Estado militarmente más poderoso sobre el planeta de utilizar las OI sólo en la medida en que sean sus instrumentos obliga a las mayorías a rezar una y otra vez el credo del *multilateralismo representativo y responsable*.

Existen, por otra parte, Organizaciones regionales, como la CE, en que se producen transferencias de competencias soberanas de los Estados miembros a la Organización; pero el impacto estructural de estos procesos de *integración*, lentos y, a veces, contradictorios, es —desde una perspectiva universal— limitado. De tener éxito conducirá a un nuevo sujeto —un ente federal— que absorberá, al menos en parte, la personalidad de sus miembros, modificando el *status quo* político internacional según el *poder* acumulado; ahora bien, estructuralmente la sociedad internacional continuará igual, una sociedad cuyos sujetos de base son los Estados.

Así pues la OI, imprescindible para comprender la sociedad internacional de nuestro tiempo, introduce en ella ingredientes de institucionalización, haciendo más rica y diversa su tradicional estructura interestatal, pero no la supera. Las Organizaciones enriquecen la fauna, pero no la transforman radicalmente y, tal como se han manifestado históricamente, no sólo son compatibles con la división de la sociedad internacional en Estados, sino que la presuponen y, hasta cierto punto, la salvaguardan. Las Organizaciones, como expresó con su conocida brillantez R. J. Dupuy, son sus *cautivas*.

El sistema de Estados nacionales, según observó hace unos años M. Virally, está hoy reforzado tanto por la consolidación de lo que él llamó *Estados-mamuts*, impulsados a una posición predominante por su dimensión y recursos, como por el acceso a la vida estatal de numerosos pueblos que no habían conocido —o habían sido privados de— esta forma de organización política. Nunca hubo tantos Estados como ahora.

Ha pasado, sin embargo, la época del mero Estado *existencial*, aquél cuya subjetividad es síntesis mecánica de la conjunción de los elementos tradicionales de la estatalidad (población, territorio y gobierno propio), para alborear la era del Estado *legitimado* atraído por el viento de la *libre determinación* de los pueblos. Si los conflictos civiles del pasado habían aconsejado reconocer ciertas subjetividades transitorias vinculadas a tales patologías (*beligerantes, insurrectos*), el proceso de la descolonización trajo nuevas *efectividades en acción*, según la expresión de P. De Visscher, como los *movimientos de liberación nacional* o colonial, que reclamaban un *status* anticipatorio hasta cierto punto de la estatalidad a la que aspiraban. Detrás, se suponía, estaban los *pueblos* como genuinos titulares del derecho a determinar libremente su destino.

La relación entre *Estados y pueblos* es ambivalente, hecha de síntesis y antítesis, como la que guarda, en el plano de los principios, la libre determinación con la soberanía, y ha rebasado con mucho el ámbito de la descolonización. Hay grupos humanos dentro del Estado que, autoidentificándose como pueblo *diferenciado*, reclaman para sí una subjetividad internacional que potencialmente podría conducirlos a la realización de un destino separado. La superación, por otra parte, de los derechos humanos como una competencia reservada de los Estados y la contemplación de su respeto como la culminación de la libre determinación de su población, ha remozado las teorías acerca de su legitimidad.

En el ámbito económico y social se detectan, además, *fuerzas transnacionales*, incluso *globales*, que tienden a escapar al control de los Derechos internos sin penetrar aún decididamente en el DI: partidos políticos, asociaciones y fundaciones, grupos de presión de todas clases, sociedades internacionales, empresas multinacionales y la gama variadisima de organizaciones no gubernamentales (ONG) que permiten el alistamiento de hombres y recursos por encima o al margen de los Estados. Hace ya años C. W. Jenks, clarividente, advirtió que la norma jurídica no podría ser efectiva en prácticamente ninguno de los sectores contemplados por el DI si no sometía a su imperio a estas fuerzas de importancia creciente en las relaciones internacionales. El Derecho, decía Jenks, será efectivo sólo en el caso de que se aplique realmente a las formas de organización social que en la práctica controlan los objetivos y misiones que se marca el Estado moderno. La conversión de estos *actores* sociales —que componen la llamada *sociedad civil*— en *sujetos* de DI, con un estatuto adaptado a sus características, es una etapa abierta de la teoría de la subjetividad internacional. Para algunos la *democratización* del sistema internacional depende, entre otros factores, de que dicha conversión se produzca. Pero siendo *primmundistas* la mayoría de los *actores*, conviene una cierta cautela.

El *ser humano*, en el extremo de la individualidad, y la *humanidad*, en el de la globalidad, son las referencias esenciales de valoración de las normas internacionales, de sus objetivos y misiones. La *humanización* del Derecho Internacional, con independencia de la valoración que se haga de sus aplicaciones, no exige sin embargo recurrir a la atribución de personalidad internacional a los *seres humanos* y a la *humanidad*, un símbolo propio de un auto sacramental, para la satisfacción de tales misiones y objetivos.

En éste y en los próximos capítulos (III-VI) analizaremos diferentes aspectos de la subjetividad internacional de los Estados, de los Pueblos y de las OI y trataremos de ahondar en la subjetividad limitada o *in fieri* de los actores de la heteróclita *sociedad civil*.

22. Los Estados en la actual sociedad internacional

Los Estados siempre han sido identificados como los sujetos *primarios* y *plenarios* del DI, ya que sólo ellos disponen *per se* de una subjetividad internacio-

nal sin condiciones. Cualquier otro sujeto lo es —o será— en función de que aquellos le confieran —con grados diversos— personalidad jurídica. Pero, si hay algo que caracteriza a los Estados de la sociedad internacional de nuestros días es su creciente interdependencia que fuerza a la cooperación internacional y al *multilateralismo* como única forma de afrontar los retos de un mundo globalizado e interconectado —paz, hambre, miseria, explosión demográfica, agotamiento de los recursos, degradación del medio ambiente, delincuencia organizada, terrorismo...—. Es esta una realidad que suscita dudas sobre la capacidad de los Estados para responder a las necesidades de la sociedad internacional, permite hacer valoraciones sobre su salud o la pervivencia de los rasgos que caracterizan su subjetividad internacional y pronósticos sobre su defunción o la posible aparición de una etapa de superación del Estado y que, en definitiva, advierte la posible *crisis del Estado soberano*.

A esta situación han contribuido factores de muy variado signo. Por un lado, se encuentran los cambios en la perspectiva de la soberanía estatal como consecuencia de la trascendencia e importancia que han cobrado en el DI otros principios fundamentales —como la *libre determinación de los pueblos* y la *protección de los derechos humanos* (v. Caps. IV y XXIX). Por otro, vivimos una época en la que la vulnerabilidad del Estado y su pérdida de poder se han hecho patentes como consecuencia de la *globalización* y la *desagregación ad intra* que, junto a la *integración ad extra* suponen una reubicación de la autoridad o de los centros de decisión.

El Estado ve como disminuyen sus capacidades de control y regulación de las actividades económicas y experimenta una pérdida de su capacidad política como consecuencia de los condicionamientos que les imponen las instituciones financieras de carácter internacional (*Estado minimalista*).

La adopción de decisiones sobre política o estrategia económica está cada vez más alejada del Estado. Su bienestar ya no depende de sus recursos y su iniciativa sino en gran medida de los flujos económicos y del capital que pueda provenir del mercado mundial. Las empresas transnacionales y las instituciones económicas internacionales son las que dirigen la política económica de los Estados y lo hacen al margen de cualquier control democrático (*parapolítica*).

Esta situación resulta especialmente negativa para los Estados afectados por la deuda externa. Sus políticas económicas se encuentran tan condicionadas por las instituciones financieras que han perdido autonomía en la toma de decisiones soberanas. Además, el intervencionismo de estas instituciones sobrepasa los aspectos económicos para adentrarse en cuestiones relacionadas con el buen gobierno con la excusa o la intención de atajar las situaciones de corrupción que se imputan a los países endeudados. Ello influye decisivamente en las políticas sociales a las que se exigen recortes que afectan y son soportados por las poblaciones de estos Estados.

Junto al Estado *minimalista*, el *Estado desagregado* viene a ser consecuencia de su vulnerabilidad frente a las tendencias *centrífugas* internas, de un lado, y el auge del *transgubernamentalismo*, de otro. Algunos Estados que han optado por la descentralización del poder político se ven involucrados en el aumento de los entes que con mayor o menor intensidad actúan en el ámbito internacional.

El Estado soberano como actor de las relaciones internacionales se desdibuja al comprobar cómo los entes territoriales menores actúan allende sus fronteras y participan en instituciones y conferencias internacionales o entran en contacto con otros entes desagregados de otros Estados. Estas actuaciones crean una red de contactos transgubernamentales que superan o se desarrollan más allá de los interestatales.

Las consecuencias de estos procesos son tales que hay quienes han considerado que el Estado está *sobrepasado* para hacer frente a la avalancha de amenazas que para su soberanía y subjetividad plenaria provienen de fuerzas nacionales, internacionales y transnacionales, interrelacionadas y, a menudo, imprevisibles, llegando incluso a plantearse si las consecuencias acabarán traducándose en una sociedad sin Estado soberano. Sin embargo, la superación del Estado o la posibilidad de una sociedad internacional sin Estados no se atisba en el horizonte. La sociedad internacional sigue necesitando al Estado, aunque quizá ahora posea menos autonomía, poder o capacidad de decisión en algunos aspectos, se encuentre más condicionado por la participación de otros actores en las relaciones internacionales y necesitado de una aclimatación a las circunstancias del momento.

El Estado soberano, como *unidad básica e indispensable del sistema internacional*, es el principal protagonista de la lucha contra todas las amenazas, nuevas y antiguas, con las que nos enfrentamos, ha señalado el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, en su informe sobre la aplicación de la *Declaración del Milenio* (*Un concepto más amplio de la libertad...*, marzo de 2005). A ellos corresponde garantizar los derechos de sus ciudadanos... Se trata, pues, de fortalecerlos para que puedan ofrecer un mejor servicio a sus pueblos. Si los Estados son frágiles, los pueblos del mundo no gozarán de la seguridad, el desarrollo y la justicia. Necesitamos Estados capaces y responsables.

En definitiva, la sociedad internacional es y seguirá siendo una sociedad de —aunque no sólo— Estados soberanos.

VII. ELEMENTOS DEL ESTADO SOBERANO

23. Planteamiento

¿Cómo y cuándo nace un Estado? Tradicionalmente se considera que la existencia del Estado es una cuestión de hecho dependiente de la concurrencia de tres elementos, que son constitutivos, según los principios del DI: un *territorio*, una *población* y un *gobierno o poder público* ejercido sobre esa población y en ese territorio.

Esta concepción se refleja, por ej., en la sentencia arbitral dictada el 1 de agosto de 1929 en el asunto *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. el Estado polaco*, y más recientemente en los dictámenes nº 1, de 29 de noviembre de 1991, y nº 8, de 4 de julio de 1992 de la *Comisión Badinter*, órgano asesor de la Conferencia sobre el establecimiento de la paz en Yugoslavia (1991-1995), donde se define al estado como una comunidad compuesta por un territorio y una población sometidos a un poder político organizado y cuya nota característica es la de su *soberanía*.

Con alguna matización, la misma concepción fue asumida en el art. 1 de la Convención de Montevideo, de 26 de diciembre de 1933, sobre los derechos y deberes de los Estados, que advertía que el Estado como sujeto

del DI debe reunir las siguientes condiciones: población permanente, territorio determinado, gobierno y capacidad de entrar en relación con los demás Estados, cuádruple exigencia reconducible al trinomio antes enunciado, pues la capacidad de entablar relaciones con otros sujetos constituye la vertiente externa del gobierno.

Ahora bien, la práctica revela que la conjunción de estos elementos no siempre conduce al Estado según el DI. Primero, porque es al efecto relevante la actitud que el ente en cuestión adopta frente a la sociedad y el DI. Una comunidad políticamente organizada y asentada en un territorio no puede ser *Estado* para el DI si lo rechaza frontalmente como marco normativo de sus relaciones con los demás sujetos internacionales. La piratería no alumbró Estados. En segundo lugar, no cabe admitir un Estado que toma origen en actos contrarios a normas de *ius cogens* (caso, por ej., de la República Turca del Norte de Chipre, o de los antiguos *bantustanes* concebidos en Africa del Sur por el régimen segregacionista que terminó en 1994). Partiendo de estas observaciones el Estado es *algo más* que un hecho. El DI no es, pues, absolutamente neutral. Añádase a ello la incidencia que el reconocimiento de otros Estados y OI tiene para hacer real, efectiva, la estatalidad (v. *infra*).

24. El territorio

El territorio es el *espacio físico* —terrestre, marino y aéreo— *sobre el que se proyecta la soberanía o jurisdicción del Estado* y en el que se ostenta, como dijo el árbitro M. Huber en el asunto de la *Isla de Palmas* (1928) el derecho exclusivo a ejercer sus funciones. El territorio es un elemento característico del Estado. Otros sujetos, como las OI, no poseen territorio propio, sino única y exclusivamente locales situados en el territorio de un Estado con el que han concertado su sede, o cuentan, en el mejor de los casos, con un territorio *funcional* —el de los Estados miembros generalmente— sobre el que ejercen sus competencias. Piénsese, por ejemplo, en la UE.

No obstante, la configuración del territorio del Estado como el ámbito sobre el que éste proyecta su soberanía o jurisdicción pone de manifiesto que la idea del territorio *funcional* tampoco es ajena a los Estados. La existencia de espacios en los que las competencias del Estado se reducen a determinados poderes definidos según su naturaleza jurídica —*zona contigua, zona económica exclusiva, plataforma continental*.. (v. Cap. XXIV).— lo atestigua.

La *dimensión* del territorio es, en principio, indiferente para que el DI atribuya la condición de Estado. No son más Estados Rusia, Canadá, China, Estados Unidos, Brasil, Australia, India y Argentina, que acumulan la mitad de las tierras emergidas del planeta, que los cien Estados más pequeños que ocupan menos del uno por ciento de éstas.

En cuanto a su *fisonomía*, todo Estado ha de contar con un espacio *terrestre* y —como complemento necesario— con un espacio *aéreo*. No todos los Estados cuentan, en cambio, con un espacio marino. Estados submarinos, subterráneos o navegantes son, hasta ahora, propuestas literarias y cinematográficas.

La peculiaridad de los Estados *sin litoral* o *mediterráneos*, como en general las características del territorio terrestre respecto de la mar (continental, insular, archipelágico...) no afectan a la estatalidad, pero sí influyen en su estatuto jurídico y en las posiciones que mantienen sus gobiernos en los procesos legislativos internacionales que pueden afectar al reparto y contenido de sus competencias. La incorporación a la CONVEMAR (1982) de ciertos regímenes jurídicos especiales con los que los Estados carentes de litoral o con un espacio terrestre singular han intentado hacer efectivas sus reivindicaciones ante la ampliación de la soberanía o jurisdicción de los ribereños continentales frente al mar constituye un buen reflejo de esta situación (v. Caps. III y XXIV)

Lo esencial radica en la existencia de un territorio cierto, aunque sea reducido, y básicamente estable, aunque pueda ser controvertido o no esté completamente delimitado ni demarcado.

A propósito de la delimitación de la frontera entre Polonia y la, entonces, Checoslovaquia, la Corte de la Haya afirmó, tiempo atrás, que "las cláusulas concernientes al reconocimiento inmediato de la soberanía de los Estados interesados sobre los territorios... suponen la existencia de un territorio enteramente circunscrito y delimitado, particularmente frente al otro Estado" (CPJI, asunto *Jaworzina*, 1923). Sin embargo, esta formulación radical, explicable en su contexto, no debe ser generalizada. Así, en la sentencia arbitral dictada en el asunto *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft contra el Estado polaco* (1929), ya citada, se observó que "para que un Estado exista y pueda ser reconocido como tal con un territorio sin el cual no podría ni existir..., es suficiente que este territorio tenga una constancia suficientemente cierta".

La pervivencia de conflictos sobre límites o controversias territoriales, siempre que no se discuta la existencia misma del otro, como ocurre, por ejemplo entre China y Taiwán, no ha de ser un obstáculo, pues, al apreciar la satisfacción de este elemento. Así, por ejemplo, la reivindicación de Venezuela sobre dos tercios del territorio de Guyana, no supuso negación de su estatalidad. Contar con un territorio definido no comporta inexcusablemente un territorio reconocido, delimitado y, menos aún, demarcado (v. Cap. XXIII).

25. La población

No hay Estado sin población, pero el número o la densidad de habitantes son indiferentes. En los seis Estados más populosos de la tierra —China, India, Estados Unidos, Indonesia, Brasil y Rusia— vive la mitad de la población mundial; el centenar menos poblado apenas supera el dos por ciento. No obstante, tan Estado es China con sus más de mil trescientos millones de habitantes como Nauru y Tuvalu con sus poco más de trece y once mil. Lo mismo cabe decir de la densidad. En Mónaco es muy elevada (más de dieciocho mil habitantes por km²); en Canadá o Australia, mínima (tres y dos).

Tampoco parece ser relevante para el DI que la población se caracterice por su *nomadismo*, pero los inconvenientes que ello puede provocar en relación con la organización política del Estado determinan la puesta en marcha de *políticas*

sedentaristas, contra las que nada hay que objetar siempre que respeten los derechos fundamentales de los individuos que la componen y las peculiaridades de los pueblos nómadas.

Sin embargo la práctica internacional pone de relieve como las políticas estatales tendentes al asentamiento de su población suelen ir acompañadas de la discriminación de quienes por tradición pretenden mantener su movilidad estructural, de prejuicios generalmente infundados (como la consideración de éstos como amenaza para las poblaciones sedentarias), de negación de derechos (como la indiferencia frente a su idiosincrasia), lo que provoca que el sentimiento de acoso permanente anide en estas colectividades. Malasia, por ej., niega el reconocimiento de ciertos derechos a los *Penan* nómadas de la Isla de Borneo.

Esta población está compuesta esencialmente por *nacionales* del Estado. Pero ni siquiera esto es un requisito *sine qua non*. De hecho hay países (piénsese en las petromonarquías árabes o en algunos microestados, paradisíacos también por la legislación fiscal) donde la nacionalidad es un estatuto privilegiado que se sustenta, *inter alia*, sobre la actividad laboral de mayorías extranjeras.

Como tendremos ocasión de comprobar (v. Cap. XXI) la nacionalidad constituye un vínculo jurídico de los individuos con un Estado (por lo menos). Su adquisición y pérdida son, en principio, como puso de relieve la Corte de la Haya (CPJI, asunto de *los Decretos de Nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, 1923) cuestiones de la competencia exclusiva del Estado que hoy, como muestra de ciertas tendencias intervencionistas del DI, se encuentran condicionadas, aunque levemente, por la normativa sobre derechos humanos.

La *población* puede ser homogénea o heterogénea en función de múltiples rasgos que acompañan a los individuos que la componen. Se habla por eso de *minorías* dentro del Estado que, a su vez, pueden influir en su organización política. Las más importantes son las que tienen una base étnica o nacional, siendo esencial, como puso de relieve la *Comisión Badinter* (dictamen nº. 2, de 11 de enero de 1992), el reconocimiento de la identidad de esos grupos y el respeto de sus derechos, lo que desde luego no es un camino sembrado de pétalos de rosa (v. Cap. IV).

El Estado ejerce competencias en su territorio sobre todos los individuos, *nacionales* y *extranjeros*, con algunas limitaciones, en este último caso, derivadas del régimen de *extranjería* y de la *protección diplomática* (v. Caps. XXI y XXII). El ejercicio de competencia sobre los *extranjeros* revela que la competencia territorial prevalece sobre la personal, pero ésta cuenta con un ámbito de acción propio. En efecto, las competencias que el Estado ejerce sobre sus *nacionales* trascienden las fronteras del Estado para manifestarse fuera, bien en el territorio de otro Estado, bien en espacios internacionales (alta mar) o tratados como tales (Antártida). Y todo ello porque la nacionalidad, como la definió la CIJ en el asunto *Nottebohm* (1955), “constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo a quien se le ha conferido... está de hecho más estrechamente vinculado a la población de (ese) Estado que (a)... la de cualquier otro Estado”.

26. El gobierno u organización política

La existencia de un *gobierno* constituye una presunción a favor de la existencia del Estado. Por *gobierno* ha de entenderse la existencia de una organización política capaz de establecer y mantener el orden interno y apta para participar en las relaciones internacionales de forma independiente. Se impone así la exigencia de que, sea cual sea su forma, el sistema permita la realización de las actividades propias del Estado (poderes públicos) y, entre ellas, su participación en la sociedad internacional a través de lo que ha venido a denominarse la *acción exterior del Estado*. Nos encontramos, en su doble vertiente —*ad intra* y *ad extra*—, ante el elemento definidor por excelencia del Estado como sujeto de DI. Así lo entendió la CIJ en el asunto del *Sahara Occidental* (1975) al considerar que éste, habitado por tribus nómadas, si bien no era *terra nullius* en el momento de la colonización española, tampoco era un Estado.

El DI clásico, como se puso de manifiesto en el asunto de las *Islas Aaland* (1920), condicionaba la existencia de este elemento a su *efectividad*. No obstante, la consideración de que “la falta de preparación en el orden político.... no deberá servir nunca de pretexto para retrasar la independencia”, que hizo suya la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (res. 1514-XV de la AGNU), obligó a ser notoriamente laxo en la apreciación de este elemento en el marco de la descolonización (v. Cap. IV).

Dicho esto, las características del *gobierno* son, como punto de partida, una cuestión interna (principio de *autoorganización*). La res. 2625 (XXV) establece en este sentido que *todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político...*, y la CIJ tuvo ocasión de reiterarlo en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986). Será, por tanto, cada Estado el que en el ejercicio de este derecho determinará su estructura y régimen político y nombrará a sus gobernantes (v. Caps. III y IV).

Atendiendo al *Gobierno* es posible establecer una clasificación según el régimen constitucional o la organización administrativa establecida, siendo muy útil la distinción entre Estados *unitarios* y aquellos que cuentan con una estructura *compleja* (federales, autonómicos, regionales...). Respecto de estos últimos, se plantea la cuestión de si los entes que los componen tienen subjetividad internacional, ya que sus Derechos internos les atribuyen competencias sobre materias que pueden tener una proyección exterior. Que éstos sean quienes gestionen la vertiente externa de sus competencias es algo que el DI acepta, pero que deciden los Derechos internos. Ahora bien, de cara a la sociedad internacional, sean cuales sean las manifestaciones de la acción exterior de los entes que componen el Estado de estructura compleja y a las que se hará referencia oportuna (v. Caps. VIII, IX), el sujeto es el Estado soberano y él será el responsable del cumplimiento de las obligaciones que como miembro de la sociedad internacional le incumben.

Un ejemplo extremo de la elasticidad de este elemento lo ofrece en la práctica contemporánea Bosnia y Herzegovina, cuya Constitución fue *endosada* por las Repúblicas vecinas de Croacia y Yugoslavia en uno de los anexos del Acuerdo Marco General para la Paz (conocido como Acuerdo de Dayton-París 1995), lo que, ciertamente, no es normal, pero se explica por las circunstancias dramáticas vividas en la región balcánica. Bosnia y Herzegovina se define como un Estado compuesto de dos *entidades* —una de las cuales se califica de federación, adoptando el mismo nombre del Estado, y la otra de república, la República Srpska (Serbia)— depositarias de todas las competencias no atribuidas expresamente al Estado, facultadas a establecer relaciones paralelas especiales con los Estados vecinos siempre que sean compatibles con la soberanía e integridad territorial de Bosnia y Herzegovina, presentes proporcionalmente en todas las instituciones y órganos y capacitadas para bloquear la toma de decisiones invocando un interés *vital*. Eso entre otras características de una singular Constitución, que ahora se pretende *normalizar* mediante su (complicada) reforma.

VIII. DINÁMICA DEL ESTADO

27. *Transformaciones del Estado*

La historia y la práctica internacional demuestran que los Estados no permanecen inalterables a lo largo del tiempo, sino que experimentan cambios tanto en sus elementos constitutivos como en su propia existencia. En este sentido cabe una transformación:

a) En el *territorio*, bien porque disminuya al perder su soberanía sobre una porción del mismo, bien porque se acrecienta gracias a la incorporación de espacios que antes escapaban a su control.

En la historia latinoamericana cabría recordar, a título de ejemplo, la *guerra del Pacífico* (1879-1883), que causó la mediterraneidad de Bolivia (tratado de 20 de octubre de 1904) e hizo perder al Perú sus provincias del sur en beneficio de Chile (tratado de 3 de junio de 1929).

b) En la *población*, como consecuencia de pérdidas brutales resultantes de un cataclismo o de una guerra o de la redistribución humana que suele seguir a las modificaciones de la soberanía territorial o es consecuencia de los flujos migratorios y las tasas de natalidad.

En la misma historia latinoamericana un ejemplo particularmente sangrante fue el del bravo Paraguay, derrotado y amputado por la alianza tripartita (Argentina, Brasil, Uruguay) en la guerra de 1865-1870; Paraguay, que contaba con cerca de millón y medio de habitantes antes del conflicto, se vio reducido a sólo doscientos mil cuando éste terminó, de los cuales menos de un quince por ciento eran hombres, lo que justificó socialmente la poligamia en los años siguientes.

Aunque se predique de un territorio no autónomo administrado por Gran Bretaña, cabe también recordar como en agosto de 1997 fue preciso evacuar a Guadalupe y Antigua a toda la población de la isla Montserrat ante el peligro de una erupción *cataclísmica* del volcán de *La Soufrière*.

c) En el *Gobierno* o forma de organización política, en cualquiera de sus abigarradas manifestaciones: porque se cambie de estructura (por ej., de Estado unitario a federal o viceversa) de régimen político (por ej., de monarquía a

república o viceversa) o de gobernantes por cauces no constitucionales (en la misma historia latinoamericana la práctica hizo del *cuartelazo* un término universal) o, incluso, contrarios a normas imperativas de DI (como el derrocamiento del régimen de Sadam Hussein en Iraq, como consecuencia de la agresión de Estados Unidos y Gran Bretaña en marzo de 2003)

También, por supuesto, se puede cambiar de nombre. En unos casos se trata de recuperar una denominación histórica o de afirmarse frente a las antiguas potencias coloniales. En otros, de distanciarse de un régimen al que se asocia el nombre anterior o de declarar una determinada paternidad ideológica.

Así Siam pasó (o volvió) a ser Tailandia; Alto Volta, Burkina Fasso; Dahomey, Benin; Ceylán, Sri Lanka; Birmania, Myanmar; Camboya, Kampuchea, en un viaje de ida y vuelta; Zaire, República Democrática del Congo; Venezuela es ahora la República *bolivariana* de... *Cote d'Ivoire* se siente víctima de las traducciones, y ordena taxativamente que se le llame siempre así...

Se trata, sin duda, de un derecho soberano, al que renunció, en principio, la *antigua república yugoslava de Macedonia*, urgida de obtener el reconocimiento de Grecia y sus socios de la UE. El nombre de un Estado puede ser un índice revelador de sus reivindicaciones (de ahí el mosqueo griego), de su forma de organización política o de su integración territorial. En este sentido es sugerente que Estados constituidos por islas o grupos de islas utilicen un nombre compuesto unido por la conjunción y (por ej., Trinidad y Tobago). Esta conjunción copulativa es, tal vez por eso, volátil, sobre todo cuando se aplica a territorios continentales. En unos casos su desaparición consuma el deseo de integración que anima la posesión amorosa. Tanganica y Zanzíbar se convirtieron en Tanzania. En otros, por el contrario, puede ser un presagio de divorcio, aun civilizado. Checoslovaquia sacrificó su diptongo para convertirse en República Checa y Eslovaca antes de disolverse. El Reino caravana de Serbios, Croatas y Eslovenos, que quiso trascenderse en Yugoslavia no ha sabido sobrevivir. La más ensangrentada de sus criaturas, Bosnia y Herzegovina, es apenas un conjunto de islas secas y el último de sus reductos, la República Federativa de Yugoslavia se transformó en 2003 en Serbia y Montenegro, preludio de un divorcio civilizado en 2006.

Sólo mediando una pérdida absoluta e irremediable de uno de sus elementos constitutivos cabría considerar que el Estado desaparece. De no ser así el Estado continúa, con un territorio y una población acrecidos o menguados y/o bajo un gobierno y/o un nombre diferentes.

Aunque no han faltado los predicadores revolucionarios que colman su éxito pretendiendo que el derrocamiento del *ancien régime* supone el nacimiento de un nuevo Estado sobre el solar y la población del viejo, esta concepción de la discontinuidad suele encontrar pocas simpatías entre sus acreedores, más atentos a sus créditos que a los escrúpulos ideológicos. Recordemos, a título de ejemplo, como la Unión Soviética rechazaba ser la continuadora de la Rusia zarista, sobre todo a efecto de sus obligaciones pecuniarias...

La sociedad y el DI manifiestan una viva resistencia a apreciar la desaparición de un Estado en supuestos en que es evidente la situación de ingobernabilidad o se ha producido una ocupación y una anexión por otro.

En el primer caso la inercia, alimentada por el afán de estabilidad y seguridad, hace que se siga reconociendo al gobierno preexistente, por ficticio que sea su poder, como representante del Estado. La sociedad y el DI actual no toleran la existencia de *vacíos de soberanía* en espacios terrestres y su apuesta por la superación de las situaciones caóticas en Estados reconocidos es tal que suelen rechazarse las

pretensiones de estatalidad surgidas del caos en una u otra de sus regiones. Así, por ejemplo, no se reconoció la *Somaliland* que en el norte de Somalia proclamaron en los años noventa los jefes de clanes locales en el *totum revolutum* del país.

En estas circunstancias de fracaso del Estado, NU —y, en concreto, el C. de S.— puede arbitrar mecanismos de asistencia y operaciones de mantenimiento, imposición y consolidación de la paz y reconstrucción, contando en su caso con el consentimiento y cooperación de los actores locales, y —excepcionalmente— puede considerar la asunción temporal de la administración del Estado o de una parte del mismo (Kosovo), en términos similares a los aplicados en algunos supuestos de descolonización (Irián Oriental, Timor Oriental) (v. Caps. IV y XXXI).

En los casos de ocupación y anexión, son las propias normas imperativas del DI las que en la actualidad exigen mantener el reconocimiento del Estado ocupado o anexionado y de su gobierno, eventualmente *en el exilio*. Esto es consecuencia de la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, salvo legítima defensa, y la exclusión de la conquista como título legítimo de adquisición de dominio (v. Caps. XXIII y XXVI). Pero incluso antes de que esta prohibición se incorporara al DI, la prudencia y el cálculo político empujaban a ignorar formalmente *efectividades* que perjudicaban intereses propios, con la esperanza siempre en una restauración, por lejana que fuese, del *status quo ante*. El territorio permanece por naturaleza y sólo una parte de la población busca refugio... La conservación de su estatalidad soberana por los países bálticos, ocupados por la URSS en 1940 y parte de la misma hasta 1990, puede considerarse desde una u otra perspectiva.

La *Comisión Badinter* introdujo un factor de perturbación cuando, buscando justificar sus rotundas opiniones sobre la disolución de Yugoslavia, sostuvo que “en el caso de un Estado de tipo federal, que abarca comunidades con cierta autonomía y, más aún, participan en el ejercicio del poder político en el marco de las instituciones comunes de la Federación, la existencia del Estado implica que los órganos federales representan a los componentes de la Federación y ejercen un poder efectivo” (dictamen nº 1, de 29 de noviembre de 1991). Esto es una novedad en DI, deslizada tal vez sin demasiada meditación para servir la coyuntura. De aplicarse esta doctrina, los mismos Estados Unidos habrían sido dados por muertos al estallar la guerra de Secesión en 1861... y, por supuesto, Bosnia y Herzegovina, no habría llegado a nacer.

28. Nacimiento y/o extinción de Estados

Al analizar las vías de nacimiento y/o extinción de Estados cabe distinguir tres supuestos: a) *Nacimiento* de Estados con *extinción* de otros; b) *Nacimiento* de Estados *sin extinción* de ningún Estado existente, y c) *Extinción* de Estados *sin nacimiento* de un Estado nuevo. Veámoslos.

a) *Nacimiento con extinción*

En este supuesto el nacimiento del nuevo Estado puede ser el resultado de un proceso de *unificación* de dos o más Estados o de la *disolución* o *desmembramiento* de un Estado preexistente.

La *unificación*, por la cual dos o más Estados se fusionan, fue la vía por la que se produjo el nacimiento de la República Árabe Unida (1958-1961) constituida por Egipto y Siria, que duró poco y se disolvió pacíficamente, *resucitando* las partes y, más recientemente, de Yemen, efectiva tras la entrada en vigor, el 22 de mayo de 1990, del Acuerdo suscrito en San'a el 22 de abril del mismo año entre Yemen del Norte y Yemen del Sur, sujeto luego a convulsiones internas que obligaron a mantener la unidad mediante el empleo de la fuerza armada.

La *disolución* o *desmembramiento* de un Estado existente para formar dos o más fue la vía que provocó el nacimiento de las Repúblicas Checa y Eslovaca (Ley Constitucional de 25 de noviembre de 1992). Hay quienes reservan el término *disolución* para las Uniones reales y Confederaciones, pero estos casos (por ej., disolución de la Gran Colombia, 1830; de la unión entre Suecia y Noruega, 1905; de la unión entre Dinamarca e Islandia, 1944) no son, propiamente, de *disolución* de Estados, pues los sujetos que se *disuelven* sólo disponían de competencias transferidas por los Estados que los componen, los cuales conservaban en todo caso su propia personalidad internacional.

b) *Nacimiento sin extinción*

El nacimiento de uno o más Estados sin la correlativa extinción de otro u otros, más allá de los supuestos de descolonización (v. Cap. IV), se concreta en la *separación* (pacífica) o *secesión* (violenta) de una parte del territorio estatal con este fin.

Caso de *separación* ha sido el de Singapur respecto de Malasia, en 1965, y más recientemente el de Eritrea, independiente desde 1993, una vez que, como colofón de una larga guerra, las fuerzas nacionalistas aliadas con otras etíopes derribaron el régimen militar de Addis-Abeba y se hizo efectivo, mediante un arreglo constitucional, el reconocimiento de la separación de Eritrea (aunque la fijación de sus límites esté resultando muy problemática); caso de *secesión* fue el de Panamá respecto de Colombia (1903) y el de Bangladesh, escindido de Paquistán en 1971.

Un caso especial se plantea cuando los Estados separados o secesionistas rechazan su condición de Estado nuevo, reclamando la recuperación de una identidad que había sido sofocada por la fuerza. Así, los países bálticos (Estonia, Letonia y Lituania), anexionados por la URSS en 1940, pretenden en 1990 ser la continuación de Estados que nunca desaparecieron *de iure*. Recuperar el hilo de la legitimidad histórica con cincuenta años de retraso es admirable como símbolo, pero produce consecuencias disparatadas e injustas cuando inspira la regulación de situaciones creadas durante un largo período por un poder efectivo y no contestado.

c) *Extinción sin nacimiento*

Por último, la extinción de un Estado sin que se produzca el nacimiento de un Estado nuevo es consecuencia de la *absorción* de un Estado por otro.

Fue el caso realmente de Alemania el 3 de octubre de 1990, aunque formalmente, por consideración a la igualdad soberana y dignidad de las partes, se presentara como una unificación producto de los tratados suscritos entre la República Federal —que da nombre al Estado unificado— y la República Democrática

Alemana, sobre unión monetaria, económica y social (18 de mayo) y sobre el establecimiento de la unidad alemana (31 de agosto). Advuértase que en el orden constitucional interno se recurrió al artículo 23 de la Ley Fundamental de la RFA, que permitía su extensión a las otras partes de Alemania que así lo decidieran libremente; una disposición en la que se percibía el proceso como una *reintegración* de una parte del pueblo alemán en el Estado del que había sido separado contra su voluntad. En la actualidad el art. 146 de la Ley Fundamental proclama consumada la unidad de Alemania.

Cuando la absorción se produce por la fuerza (caso de Kuwait por Iraq, en 1990) se denomina *anexión* y carece hoy de efectos jurídicos internacionales dada la ilegitimidad del título en que se basa.

La calificación de un caso concreto dentro de una de las categorías mencionadas no será pacífica cuando no lo haya sido el proceso que ha conducido a él. Esto es particularmente cierto cuando lo que está en juego es la terminación de un Estado por disolución.

Podría traerse a colación lo ocurrido con los imperios austro-húngaro y otomano. De su descomposición surgieron, desde luego, nuevos Estados como Grecia, Serbia, Rumanía, Checoslovaquia... Pero al término de la *Gran Guerra*, ¿eran también nuevos Estados Austria, Hungría o la República de Turquía? Esta última, por ejemplo, se presentó, al efecto de evitar la imputación de la deuda otomana, como una criatura desmembrada del Imperio; pero el árbitro Borel, que tenía que pronunciarse sobre el asunto, entendió que conforme al Tratado de Lausana (1923) la República de Turquía debía ser considerada como continuadora de la personalidad del Imperio (*Arbitraje de la Deuda Otomana*, 1925).

La continuidad o no de la identidad del Estado *viejo* tiene importantes consecuencias sobre la sucesión, lo que explicaría las posturas contradictorias de los secesionistas, que quieren explotar su éxito reclamando la disolución del Estado y aumentando así sus expectativas sucesorias (abstracción hecha de las deudas), y de los que, fracasados en el intento de conservar íntegro el Estado, aspiran a conservarlo aun menguado. El acuerdo de los interesados es esencial para hacer frente con eficacia a estas situaciones; en su defecto, el reconocimiento de los terceros —Estados y OI— inclinará la razón práctica de un lado o de otro, atendiendo no sólo a consideraciones objetivas (por ej., el porcentaje de población, territorio y recursos conservado por el Estado que pretende la continuidad o su relación histórica con el viejo Estado), sino también de interés y oportunidad política. Los casos de la URSS y de Yugoslavia ilustran el punto.

Mientras las Repúblicas que formaban a finales de 1991 la Unión Soviética —de la que ya se habían desenganchado los países bálticos— acordaron darla por extinta y crear una denominada Comunidad de Estados Independientes (CEI) cuya subjetividad internacional, de darse, se sitúa en el rango de las Organizaciones internacionales (acuerdos de Minsk, 8 de diciembre de 1991, entre Bielorrusia, Rusia y Ucrania, y de Alma Ata, 21 de diciembre, entre los ya citados y, además, Armenia, Azerbaiyán, Kazajistán, Kirguistán, Moldavia, Tayikistán, Turkmenistán y Uzbekistán; Carta de Minsk de 22 de enero de 1993), también consintieron reconocer a Rusia como sucesora universal, o poco menos, de la URSS como Gran Potencia, incluida su condición atómica y la membresía permanente del C. de S., lo que fue aceptado por NU y sus miembros para evitar los riesgos del aventurerismo y la inestabilidad, buscando objetivarlo con la consideración de Rusia como el núcleo esencial, por dimensión, población e historia, de la URSS.

En el caso de Yugoslavia, la pretensión de la República Federativa del mismo nombre compuesta por Serbia y Montenegro a partir de la declaración de 17 de abril de 1992, de mantener la identidad de la vieja Federación,

se dio de bruces con la afirmación de su disolución por las repúblicas secesionistas de Eslovenia, Croacia y Bosnia y Herzegovina, que componían con Macedonia, separada pacíficamente, la antigua Yugoslavia. Según su punto de vista, sobrevenido con posterioridad a sus declaraciones unilaterales de independencia, Yugoslavia habría sido reemplazada por nuevos Estados ninguno de los cuales puede arrogarse la continuación en los derechos del extinto.

Paradójicamente, quienes más han insistido en el excesivo peso de Serbia en la antigua Yugoslavia para justificar el separatismo, han tratado luego de deslegitimar la continuación del Estado aduciendo que su cualidad para nuclear Yugoslavia es insuficiente, sobre todo comparada con la de Rusia en relación con la URSS. Éstas fueron, por ej., algunas de las consideraciones hechas por la *Comisión Badinter*, que si en su dictamen n° 1, de 29 de noviembre de 1991, contemplaba a Yugoslavia “en proceso de disolución”, pocos meses después consideraba el proceso finalizado. En opinión de la Comisión, “la existencia de un Estado federal compuesto de varias unidades federadas diferentes está seriamente comprometida cuando la mayoría de esas entidades, englobando el grueso del territorio y de la población de la Federación, devienen Estados soberanos, de manera que el poder federal ya no puede ser ejercido”. Serbia y Montenegro eran libres de asociarse, pero en todo caso como un Estado nuevo, que no podía reclamar la continuación de la identidad de Yugoslavia (dictámenes núms. 8, 9 y 10, de 4 de julio de 1992; n° 11 de 16 de julio de 1993).

Existían datos que podrían haber conducido a conclusiones diametralmente opuestas a las de la Comisión, ya que los porcentajes de población y territorio de la República Federativa respecto de la antigua Yugoslavia (45 y 40 por 100 respectivamente) eran inferiores a los de Rusia respecto de la Unión Soviética (51 y 76 por 100), pero no por eso despreciables. Únase a eso el papel históricamente representado por Serbia en la constitución de la antigua Yugoslavia. Serbia y Montenegro eran los únicos Estados soberanos cuando en 1918 se constituyó el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos, que pasó a denominarse Yugoslavia en 1929. La continuidad entre la Serbia independiente de 1878 y la Federación socialista fundada por Tito en 1946, que llega hasta 1991, no ha tenido solución y así ha sido reconocida (v., por ej., Court of Appeals, 9th Circuit, *Ivancevic v. Artukovic*, 1954, en que se aplicó —siguiendo el criterio del Departamento de Estado— el tratado de extradición de 1901 entre Estados Unidos y Serbia al Ministro de Policía de Croacia durante la Segunda Guerra Mundial, reclamado por Yugoslavia; o el canje de notas de 18/24 de abril de 1958, entre Estados Unidos y Yugoslavia, sobre continuidad en la aplicación del tratado de comercio y navegación serbo-estadounidense de 1881). Considérese, además, la conservación de la capitalidad y de las instituciones comunes en Serbia, la irrelevancia desde el punto de vista internacional del número de unidades federadas y el silencio al respecto de la Ley Fundamental de la Federación.

En NU el C. de S. (res. 757 y 777, de 1992), adoptó el mismo criterio de la *Comisión Badinter* y recomendó a la AGNU la suspensión de la participación de la República Federativa (Serbia y Montenegro) en sus trabajos por no poder representar a un miembro que había dejado de existir. La AGNU siguió la recomendación (res. 47/1). Sin embargo, unos días más tarde, un informe del Consejero Jurídico de la Organización advirtió que la resolución no ponía fin ni suspendía la pertenencia a la ONU de Yugoslavia, cuya bandera, placa y escaños seguían donde solían. La misión de la RFY ocupaba las oficinas de Yugoslavia, recibía documentación y la circulaba y, de hecho, desarrollaba las actividades propias de cualquier misión, salvo su participación en los trabajos de la AG y sus órganos subsidiarios, así como en los del C. E. y S. (res. del C. de S. 821, de 1993, y res. de la AGNU, 47/229, de 1993). Además, la Comisión de Cuotas y la propia AG siguieron fijando su contribución, incluyendo al *inexistente* Estado como moroso de la Organización durante los años 1998-2000 (un asunto, el de las deudas de Yugoslavia, que ha seguido coleando hasta nuestros días).

Asimismo, entre 1992 y 2000 las manifestaciones de terceros (Estados y OI) fueron por un lado —afirmar que la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) era un Estado nuevo— y muchos de sus actos, sobre todo en las relaciones bilaterales, por otro —tratar a la República Federativa como continuadora de la antigua Yugoslavia.

La RFY (Serbia y Montenegro) claudicó en sus pretensiones de continuidad en el otoño de 2000, una vez que accedió al poder V. Kostunica en las elecciones celebradas el 24 de septiembre. La RFY solicitó la admisión como nuevo miembro de las NU y la AG la aceptó (res. 55/12, de 1 de noviembre) siguiendo la recomendación del C. de S. (res. 1326, de 31 de octubre).

Las incoherencias originadas por la utilización política de la continuidad o no de Yugoslavia acabaron por envolver incluso a la CIJ, ante la que se presentaron durante ese período varias demandas en las que Yugoslavia era, en unas, demandada y, en otras, demandante. Si en un primer momento la Corte afirmó su competencia para conocer de la demanda interpuesta por Bosnia y Herzegovina (1993) contra Yugoslavia tomando como premisa la continuidad de este Estado (*Aplicación de la Convención sobre la prevención y represión del crimen del genocidio*, 1996), después calificó la situación de Yugoslavia entre septiembre de 1992 y noviembre de 2000 como *compleja o sui generis*, rechazando (2003) la *demand a de revisión de la sentencia de 11 de julio de 1996* solicitada por el nuevo Estado de Serbia y Montenegro que antes se creyó Yugoslavia, para finalmente (*Licitud del empleo de la fuerza*, 2004) declararse incompetente para conocer de las demandas interpuestas (1999) por Yugoslavia contra los Estados miembros de la OTAN que la bombardearon en primavera, ahora sobre la base, *inter alia*, de que Yugoslavia no existía en el momento de la interposición de la demanda y la RFY (Serbia y Montenegro) no era miembro entonces de NU ni parte en el Estatuto de la Corte

Cuando en junio de 2006 Montenegro se separó a su vez de Serbia no ha habido objeción en considerar a ésta continuadora de la personalidad internacional del Estado y tratar a Montenegro como un Estado nuevo.

IX. EL RECONOCIMIENTO DE ESTADOS

29. Concepto

Hace años el IDI, en su sesión de Bruselas (1936), definió el reconocimiento de Estados como el *acto libre* por el cual *uno o varios Estados constatan la existencia sobre un territorio determinado de una sociedad humana políticamente organizada, independiente de cualquier otro Estado existente, capaz de observar las prescripciones del DI, y manifiestan consiguientemente su voluntad de considerarlo como miembro de la Comunidad Internacional*. La hipótesis que se planteaba el Instituto y sobre la que ha discurrido generalmente, antes y después, la doctrina, es la del *nuevo Estado* resultante de uno de los procesos mencionados en el epígrafe anterior. Aunque, como veremos, mayoritariamente se rechazaba que el *reconocimiento* fuera un requisito constitutivo de su subjetividad internacional, era indiscutible la trascendencia del mismo a efectos de oponibilidad del hecho y como premisa de las relaciones que el recién llegado estaba en disposición de entablar con los demás miembros de la sociedad internacional.

La estrecha vinculación del reconocimiento de Estados con la aparición de un Estado nuevo ha llevado a algunos autores a distinguir esta figura de los supuestos en que el Estado más que nuevo es, para sus patrocinadores, *renovado*, por recuperación de una independencia perdida, o incluso *resurrecto*, por invocación de una personalidad desvanecida en la historia más o menos remota.

De hecho, la Declaración de los miembros de la CE sobre los países bálticos (27 de agosto de 1991), anterior al reconocimiento de la separación por la URSS (que se extinguió en diciembre), no *reconoce*, sino que *acoge calurosamente la restauración* de su soberanía e independencia y confirma su decisión de establecer sin demora relaciones diplomáticas.

Esta distinción, que tanto placer ha de dar a los propagandistas de la aglutinante épica oficial de los sujetos en cuestión, puede tener efectos jurídicos;

pero ha de advertirse que desde este punto de vista —el de los efectos jurídicos— el *reconocimiento* opera siempre, aunque no se haga aparente, en relación con todas las modificaciones de la estatalidad; tratándose, por ej., de la pretensión de *identidad y continuidad* del Estado sostenida por una de las unidades estatales resultantes de lo que otras consideran un *desmembramiento* que ha terminado con él, apenas es preciso subrayar su importancia. En todos los casos el reconocimiento guarda una estrecha relación con la sucesión de Estados, modulada según el ámbito sucesorio de que se trate y la posición que corresponda a los interesados (v. *infra*).

30. Sujetos que realizan el reconocimiento

Aunque el IDI en su definición sólo mencionaba a los Estados, en la actualidad el reconocimiento también puede ser realizado por una OI. En el primer caso, el reconocimiento es competencia del poder ejecutivo a través de los órganos encargados de la acción exterior. En el segundo, nos encontramos ante el denominado reconocimiento *colectivo*. Ahora bien, el reconocimiento de un Estado por una Organización que se produce, por ej., cuando decide su admisión como miembro, no implica necesariamente el reconocimiento por todos y cada uno de los demás miembros.

31. Formas

El principio del *no formalismo* que rige la creación de obligaciones en DI (v. Caps. I y VII) se manifiesta también en el reconocimiento de Estados, que puede ser *expreso* o *implícito*.

El reconocimiento *expreso* puede ser *unilateral*, de un Estado respecto de otro, o *mutuo* cuando dos o más Estados proceden a su reconocimiento recíproco. También puede ser *individual* o *conjunto*.

Ejemplos de reconocimiento *mutuo* o *recíproco* los encontramos en los ya mencionados de Israel con Egipto, la OLP y otros países árabes, o los más recientes entre la RFY (Serbia y Montenegro) con Bosnia y Herzegovina (1995), Croacia y Macedonia (1996). Un ejemplo de reconocimiento *conjunto* nos lo brinda el Tratado tripartito de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación (1993) con el que España y Francia reconocieron al Principado de Andorra como Estado soberano.

No ha de darse por supuesto que un reconocimiento *unilateral* se formalizará en una declaración gubernamental y un reconocimiento *mutuo* o *recíproco* en un tratado, normalmente un canje de notas. Todas las combinaciones son posibles.

El reconocimiento *implícito* es consecuencia inexcusable de determinados actos. El principal problema que plantea este tipo de reconocimiento es la constatación de la voluntad de reconocer por parte del sujeto al que son imputables los actos de que se trate. Existen determinadas conductas que no plantean

dudas sobre la voluntad de reconocimiento que las acompañan como, por ej., el establecimiento de relaciones diplomáticas con el nuevo Estado, o el voto favorable a la admisión en una OI sin manifestación en contrario. Así, España reconoció a Corea del Norte en septiembre de 1991 cuando, junto con otros países europeos, votó favorablemente su petición de ingreso en la ONU. Pero existen otros actos de significación más incierta. Habrá que concretar, caso por caso, si existe o no voluntad de reconocer.

Un documento que sirve en bandeja la distinción entre el reconocimiento expreso y el reconocimiento implícito es el Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia y Herzegovina (1995). Su artículo X dispone que "la R. F. de Yugoslavia y la R. de Bosnia y Herzegovina se reconocen mutuamente como Estados soberanos independientes dentro de sus fronteras internacionales", dejando para una negociación posterior otros aspectos de su "mutuo reconocimiento". He ahí un reconocimiento *expreso*. En el artículo I del mismo acuerdo se afirma que las Partes (Bosnia y Herzegovina, Croacia y la R. F. de Yugoslavia) "conducirán sus relaciones de acuerdo con los principios establecidos por la Carta de las NU, así como por el Acta Final de Helsinki y otros documentos de la OSCE", añadiéndose que "en particular, las Partes respetarán totalmente la igualdad soberana de las demás, arreglarán sus diferencias por medios pacíficos y se abstendrán de toda acción, por amenaza o uso de la fuerza o de cualquier otro modo, contra la integridad territorial o la independencia política de Bosnia y Herzegovina o de cualquier otro Estado". Aunque la RFY y Croacia formalizaron expresamente su mutuo reconocimiento en 1996, es difícil encontrar un ejemplo de reconocimiento implícito más claro que el que ofrece esta disposición.

32. Caracteres

El reconocimiento de Estados se caracteriza por ser un acto *libre y discrecional*.

Es una prerrogativa de cada sujeto internacional decidir si y cuando va a reconocer a un nuevo Estado. El DI general no impone una obligación de reconocer y, en consecuencia, el retraso o la negativa de reconocimiento no generan responsabilidad internacional. Son muchas las circunstancias que pueden motivar las actitudes negativas y retardatarias pero, sin duda, las de carácter político son las que más influyen.

La actitud de los países árabes frente a Israel puede ser considerada desde esta perspectiva. El reconocimiento de Israel por Egipto, como consecuencia de la llamada paz del Sinaí (1979), hizo perder a Egipto, no sólo su liderazgo, sino la misma sede de la Liga Árabe (que más tarde recuperó), y provocó la interrupción de relaciones diplomáticas con países hermanos. Sólo cuando en 1993 Israel y la OLP se reconocieron mutuamente, comenzó a desbloquearse parcialmente una anómala situación.

Ahora bien, si la libertad de reconocimiento del Estado —a menos que medie una obligación convencional— es prácticamente absoluta mientras no se ejerce, es decir, mientras no se reconoce, encuentra límites cuando de reconocer se trata. La discrecionalidad del Estado está constreñida al respecto por:

a) La observancia de las normas imperativas de DI

Así, el reconocimiento de un Estado nacido gracias a la intervención o el uso de la fuerza de un tercero sería en sí mismo un ilícito internacional. Si no cabe

reconocer las adquisiciones territoriales de un Estado mediante uso de la fuerza (v. Caps. XXIII y XXVI) tampoco ha de caber el reconocimiento de un nuevo Estado internacionalmente ilegítimo.

Ya en la época de la S. de N. se negó el reconocimiento al Manchukúo, nacido (1932) gracias a la ocupación japonesa de Manchuria para sobrevivir efímeramente como Estado fantoche bajo la patética jefatura formal del último eslabón de la dinastía imperial manchú, expulsada veinte años antes de la Ciudad Sagrada de Pekín. La práctica de NU ofrece otros ejemplos en los que el C. de S. ha recomendado o impuesto la obligación de no reconocer a Estados cuyo nacimiento se había producido en contravención del *ius cogens*. Así ocurrió, por ej., en 1983, cuando el C. de S. (res. 541) invitó a los Estados a no reconocer a la República Turca de Chipre, proclamada ese año por la administración turco-chipriota instalada en el norte de la isla desde 1974, invitación que por el momento sólo ha sido desoída por el gobierno de Ankara, sobre cuyas armas no en balde reposa la mencionada República. La *Comisión Badinter* (dictamen nº 10, de 4 de julio de 1992) endosa este planteamiento e, incluso, lo desborda, al mencionar expresamente entre las normas imperativas de DI cuyo respeto condiciona el reconocimiento las que “garantizan los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”, afirmación voluntarista en absoluto conforme con los datos que ofrece el DI en vigor (v. Cap. IV).

b) La verificación de los elementos del Estado en el sujeto reconocido

Un reconocimiento sin que se den los elementos constitutivos del Estado en el ente como tal reconocido es un acto de *intervención* en los asuntos internos de otro, envuelto en las turbulencias propias del tornado existencial que arriesga su integridad. Cuando en 1776 Francia reconoció la independencia de los Estados Unidos, Gran Bretaña le declaró la guerra.

Se constata, sin embargo, que en la medida en que el reconocimiento se basa en una apreciación de los hechos fuertemente impregnada de consideraciones políticas la verificación de los elementos del Estado puede abarataarse o encarecerse, según los casos.

Hablamos de un reconocimiento *prematureo* cuando la estatalidad está *in fieri* o, en el mejor de los casos, *in statu nascendi*. Un reconocimiento así, motivado políticamente, puede ayudar a adelantar y afianzar el nacimiento del nuevo sujeto y facilitar su plena participación en las relaciones internacionales, pero en absoluto está demostrado que sea siempre un factor estabilizador.

En el ámbito de la descolonización el reconocimiento de Estados fue utilizado para apoyar la lucha de los movimientos de liberación frente a las potencias coloniales reacias a sacar las consecuencias de la libre determinación (v. Cap. IV). La misma ONU se dejó llevar por esta actitud militante al apreciar determinadas candidaturas a la membresía, reservada a Estados. Un ejemplo bien notorio fue el de Guinea-Bissau, admitida como miembro cuando Portugal aún controlaba una buena parte del territorio africano. La admisión de la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) —reconocida además por varias decenas de Estados— por la OUA, a pesar de su exclusión del territorio útil del Sahara debido a la ocupación marroquí, es otro ejemplo pertinente.

Hablamos de un *encarecimiento* del reconocimiento cuando, también por motivos políticos, un Estado o grupo de Estados, o una OI, hace depender el reconocimiento de la satisfacción de condiciones adicionales.

Así, cuando los Estados miembros de la UE se plantearon una posición común frente a los nuevos Estados surgidos de la descomposición del *bloque socialista*, incluida muy especialmente la misma Unión Soviética y, también, Yugoslavia, que se consideraba *fait accompli*, acordaron no conformarse con la mera verificación de los elementos constitutivos del Estado (a decir verdad, su juicio fue en algún caso bastante desenvuelto), insistiendo en la satisfacción de otras condiciones para proceder al reconocimiento formal de quienes lo solicitaran (*Declaración relativa a las líneas directrices sobre el reconocimiento de nuevos Estados en Europa oriental y en la Unión Soviética y Declaración sobre Yugoslavia*, de 16 de diciembre de 1991). Se pidió, en efecto, a los nuevos Estados contar con una base democrática y aceptar una serie de obligaciones internacionales, derivadas de la Carta de las NU, el Acta de Helsinki (1975) y la Carta de París (1990), así como ciertos compromisos asumidos en el marco de la CSCE (OSCE) en materia de derechos humanos, derechos de las minorías, inviolabilidad de las fronteras, desarme y no proliferación, arreglo pacífico de las controversias, en particular sobre sucesión (negociación o arbitraje) y no reconocimiento de las entidades nacidas de la agresión.

A estas condiciones se añadieron, tratándose de las antiguas repúblicas yugoslavas, otras, tanto *formales* (informe previo de la *Comisión Badinter* sobre el cumplimiento de las condiciones), como *materiales* (tendientes a evitar conflictos con algún Estado miembro de la UE: así, la prestación de garantías constitucionales y políticas de renuncia a reivindicaciones territoriales, actividades hostiles de propaganda o incluso la utilización de una *denominación* susceptible de esconder una reivindicación territorial). Eran, sobre todo, los intereses de Grecia frente a la antigua república yugoslava de Macedonia los que motivaron estas últimas condiciones. En la práctica, mientras las conveniencias políticas de Grecia retrasaron sobremedida el reconocimiento de Macedonia (a pesar del dictamen favorable de la *Comisión Badinter*) las de otros miembros de la UE, particularmente Alemania, impusieron el reconocimiento apresurado de Eslovenia, Croacia y Bosnia y Herzegovina con el alegato, que se reveló equivocado, de que así se favorecía la paz (sin que las reservas formuladas en los dos últimos casos por la *Comisión Badinter* fueran tratadas con el debido rigor: v. dictámenes núms. 4-7 de 11 de enero de 1992). Más recientemente, cuando en 2006 se planteó en Montenegro la separación de Serbia, la UE condicionó su reconocimiento a que dicha opción fuera respaldada por la mayoría absoluta de los electores. De hecho en el referéndum del 21 de mayo se pronunció por la independencia el 55,5% de los inscritos en el censo electoral.

Ha de distinguirse entre la apreciación del *Gobierno* como elemento del Estado a efectos de su reconocimiento y el llamado *reconocimiento de gobiernos* que acontece cuando en un Estado se produce una asunción inconstitucional del poder (gobiernos *de facto*) o en medio de un conflicto civil distintas facciones lo disputan. En estos casos el problema es, esencialmente, de representación del Estado. Si una de las partes cuenta con una legitimidad constitucional de origen, lo que procede es mantener su reconocimiento como representante del Estado, reconociendo a la otra u otras, en su caso, según la efectividad de su control territorial, el estatuto de *insurrectos* o *beligerantes*. Pero si los beligerantes o insurrectos se hacen con la práctica totalidad del territorio y el gobierno constitucional deviene una ficción, cabe esperar que se reconozca a aquéllos la representación del Estado. Hay no obstante, inercias, intereses políticos y doctrinas legitimistas que pueden retrasar esa decisión.

Así, por ej., fue el gobierno nacionalista recluido en Taiwán —y no el comunista bajo cuyo control se encontraba todo el territorio continental— el que representó a China en NU hasta 1973. Tratándose de Afganistán, el Emirato Islámico —los *talibanes*— aun ocupando la mayor parte del territorio afgano, sólo eran reconocidos en 2001 por tres países (Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos y Paquistán), mientras que el resto del mundo —y la ONU— reconocían al gobierno de Burhanuddin Rabbani, precario y asfixiado en las provincias montañosas del norte.

Ahora bien, un problema de reconocimiento de gobiernos puede transformarse en otro de reconocimiento de Estados cuando el conflicto civil es, o se transforma, en separatista (v. *infra* y Cap. IV).

33. Efectos

Dos posturas han aparecido tradicionalmente enfrentadas sobre los *efectos* del reconocimiento. Para los partidarios de la tesis *constitutiva*, como H. Lauterpacht, el Estado no existe mientras no es reconocido; los partidarios de la tesis *declarativa*, mayoritaria, sostienen por el contrario que el Estado existe con independencia de que haya sido o no reconocido y que el reconocimiento sólo constata este hecho, haciéndolo oponible con todas sus consecuencias al Estado que reconoce y permitiendo, a partir de ahí, el establecimiento de las relaciones que son propias entre sujetos internacionales.

En este sentido se pronunciaba en el ámbito panamericano la Convención de Montevideo en 1933 (arts. 3, 6) con el beneplácito de la doctrina científica (IDI, Bruselas, 1936). La *Comisión Badinter* ha desposado la misma tesis (dictamen nº 1, de 29 de noviembre de 1991). Desde este punto de vista, los efectos del reconocimiento son esencialmente retroactivos y se trasladan al momento en que el Estado comenzó, de hecho, a existir como tal.

Si bien es cierto que el reconocimiento tiene efectos esencialmente declarativos y que el Estado existe con independencia de que haya sido o no reconocido, ha de admitirse que la relevancia de sus consecuencias, al poner fin a una situación de hecho políticamente incierta para sustituirla por una situación jurídica definida, puede darle en ocasiones un cierto aire constitutivo. El reconocimiento influye en la incorporación práctica del Estado a la sociedad internacional, constituye una garantía de respeto de los derechos que le son atribuidos por el DI y determina sus relaciones. El sujeto que reconoce está admitiendo la existencia del Estado y, al tiempo, asumiendo las obligaciones que para con él le conciernen como miembro de la sociedad internacional —aceptación de su soberanía, de su igualdad, obligación de no intervención en sus asuntos internos, cooperación, arreglo pacífico de las diferencias, no uso o amenaza de la fuerza...

El reconocimiento provoca en todo caso giros copernicanos en la calificación de las situaciones y en el estatuto de los implicados. Así, por ej., el reconocimiento de las antiguas repúblicas de la Federación Yugoslava como Estados soberanos convirtió su crisis de conflicto interno en conflicto internacional, hizo de la defensa del orden constitucional de la Federación un acto de *agresión* y transformó la injerencia de terceros en ejercicio de derechos.

El reconocimiento, por último, da paso a la aplicación de los tratados bilaterales (y multilaterales cerrados) celebrados por el Estado que reconoce con aquél del que se reclama continuador o sucesor el Estado reconocido, y zanja las dudas que pudiera haber sobre la aplicación de los tratados multilaterales abiertos (v. Cap. XI) en esa misma circunstancia.

Además de los efectos de carácter internacional, el reconocimiento de un Estado produce efectos que se sustentan en el orden interno, en la medida que comporta la homologación de decisiones resultantes del ejercicio de sus competencias ejecutivas, legislativas y judiciales. La falta de reconocimiento no parece influir en el respeto a la inmunidad de jurisdicción y ejecución (v. Cap. XXV), pero sí afecta a la capacidad del Estado extranjero para litigar ante los tribunales estatales y a la admisión de su titularidad sobre los bienes, amén de otros aspectos en los que el reconocimiento puede considerarse esencial, como por ej. en materia de *exequatur* y ejecución de las sentencias judiciales o en materia de extradición...

Apenas es preciso llamar la atención sobre la particular trascendencia del reconocimiento —o no— de la estatalidad *del otro* por Estados que reclaman su territorio. Desde el punto de vista del reclamante, mientras no hay reconocimiento no cabe invocar el DI para deslegitimar los recursos, incluido el uso de la fuerza, a su disposición para solventar un conflicto *doméstico*.

En este sentido cabe aventurar que la consideración de la ocupación y anexión de Kuwait por Iraq en agosto de 1990 podría haber sido distinta en el caso de que el Emirato, miembro de las NU, no hubiera sido reconocido como Estado soberano por Iraq. Pero, seguramente, en el momento actual los supuestos más interesantes son los que plantean Tibet y Taiwán en relación con China. Ni uno ni otro han sido reconocidos por la República Popular, que los considera territorio chino, y no son miembros de NU. Tibet fue ocupado militarmente por China, que negó siempre su previa estatalidad. En cuanto a Taiwán, sólo cuando en la isla han accedido al poder, a finales del siglo. XX, políticos *independentistas* el problema se ha exacerbado. Durante decenios los nacionalistas del *Kuomintang*, que controlaban Taiwán, habían coincidido con los comunistas en *ser China*. De hecho hasta 1973 fueron ellos sus representantes en NU. Perdida esta representación, sus relaciones internacionales se resintieron por la política de Pekín de no mantener relaciones con quienes las mantuvieran con el gobierno de Taiwán. Desde el punto de vista de la República Popular, si Taiwán pretende ahora ser reconocida como Estado soberano, alterando el *status quo*, será reo de un acto secesionista, amenazante de la integridad territorial china. Para combatirlo, la República Popular aprobó el 14 de marzo de 2005 una ley dirigida a lograr la reunificación del país por medios pacíficos, permitiendo a Taiwán la práctica de un sistema diferente y una amplia autonomía, pero advirtiendo que empleará “medios no pacíficos” para proteger la soberanía e integridad territorial del país, caso de que las fuerzas secesionistas traten de llevar adelante la independencia de Taiwán.

Asimismo, por lo que hace a la membresía de las NU, en la que los nuevos Estados suelen manifestar un vivo interés, salta a la vista la importancia del reconocimiento de los miembros permanentes del C. de S., habida cuenta del procedimiento de admisión, que exige la recomendación del Consejo para que la AG se pronuncie por dos tercios de presentes y votantes (arts. 4.2 y 18.2 de la Carta). El rechazo de la solicitud de admisión de Bangladesh entre 1971 y 1974, o de Vietnam entre 1975 y 1976, así como la paralización de la admisión de nuevos miembros en la época de mayor antagonismo entre los bloques, ilustran el supuesto (v. Cap. V).

34. ¿Revocación?

¿Es el reconocimiento revocable? Se trata de una cuestión debatida en la que el IDI quiso terciar en su día (Bruselas, 1936) recogiendo la distinción entre el

reconocimiento *de iure* o definitivo —irrevocable, incluso en el caso de incumplimiento de las condiciones eventualmente pactadas— y el reconocimiento *de facto* o provisional.

El problema es más teórico que real, pues en la práctica es difícil detectar actos expresos de revocación de reconocimiento y los presuntamente implícitos se explicarían más cómodamente dentro de un proceso de terminación de la estatalidad como consecuencia de la pérdida de sus elementos constitutivos. Dada la resistencia a constatar la desaparición del Estado cuando responde a un vacío de poder territorial organizado, a la espera de que el tiempo reconduzca la situación (v. *supra*), esta misma explicación estaría subordinada a la absorción del Estado por otro o a su desmembramiento, sin que se reconozca su continuidad.

De esta manera podrían abordarse, por ejemplo, por Gran Bretaña sus relaciones con Tibet, cuya subjetividad internacional ahora niega, durante los años en que para proteger su Imperio de la India celebró tratados con las autoridades budistas tibetanas que le permitieron obtener territorios en el noreste a cambio de una protección que, finalmente, no prestó. Para que esta explicación sea honorable es preciso, sin embargo, sostener que Tibet no era un protectorado chino en la fecha de los tratados y que, después, la ocupación china se produjo cuando la adquisición de territorios mediante uso de la fuerza aún no estaba prohibida por el DI.

Asimismo, aunque la extinción de Yugoslavia fue expresamente declarada por el C. de S. y la AGNU, a nadie se le ocurrió presentar la situación como una *revocación del reconocimiento* del Estado que encabezó señeramente el movimiento de los países no alineados en los años de la *guerra fría*.

Por lo demás, hablar de la revocación del reconocimiento del Estado cuando sus elementos no han cambiado sustancialmente es ir contra los actos propios sin que puedan sugerirse, de otro lado, consecuencias jurídicas más allá de la ruptura de relaciones, siempre posible sin acudir a semejante expediente.

Cabe reflexionar, no obstante, acerca de una eventual revocación del reconocimiento al Estado *hampón, terrorista o pirata* y de sus consecuencias. Ya en la segunda mitad del siglo. XVI Alberico Gentili excluía de la *societas gentium* a los pueblos que no practicaban ninguna religión, admitiendo contra ellos la guerra sin cuartel (*quasi contra feras*), equiparando al parecer el ateísmo a la antropofagia, la práctica de sacrificios humanos y la piratería como delitos contra el común de las gentes. Ahora podría reconsiderarse el carácter meramente declarativo del reconocimiento, siempre que su revocación no se conciba como una prerrogativa descentralizada, individual o grupal, que permita trocar el DI por la *ley del más fuerte*. Los Estados a los que se imputa una condición criminal podrían ser despojados de su estatuto soberano por instituciones multilaterales representativas de la comunidad internacional en su conjunto y después de un debate contradictorio.

X. SUCESIÓN DE ESTADOS

35. Consideraciones generales

La práctica suele asumir una concepción amplia de la sucesión de Estados al considerar como tal “la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio” (arts 2.1 *b*) del Convenio sobre sucesión de Estados en materia de tratados, 1978; 2.1 *a*) del Convenio sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, 1983; 2 *a*) del Proyecto de la CDI sobre Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, 1999; s. arbitral, de 31 de julio de 1989 en el asunto de la *delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau y Senegal*; *Comisión Badinter*: dictamen nº 1, de 29 de noviembre de 1991). Así, la sucesión abarca cualquier mutación de la soberanía territorial, incluidas las que se concretan en el acrecimiento del territorio de un Estado preexistente con la mengua correlativa del territorio de otro que no desaparece y no sólo los procesos vinculados al nacimiento y/o extinción de Estados.

Esta situación se produjo, por ej., con Alsacia y Lorena, anexionadas por Alemania tras la guerra franco-prusiana de 1870 y, luego, reintegradas a la soberanía francesa en virtud del art. 51 del Tratado de Versalles de 1919. Otro ejemplo, mucho más modesto, pero también más reciente, es el de la transferencia pactada de Walvis Bay y de las islas Pingüino de África del Sur a Namibia (1994).

Conviene, sin embargo, hacer notar que en nuestro tiempo ha de negarse carácter sucesorio a una relación cuando el control sobre un territorio determinado es fruto del recurso a una fuerza prohibida por el DI. En estas circunstancias, un Estado podrá tener la condición de *ocupante*, pero no la de *sucesor*, como ha sido el caso, por ej., de Israel en los territorios palestinos de Gaza, Cisjordania y Jerusalén este y en el territorio sirio de los altos del Golán desde la llamada *guerra de los seis días* (1967). El hecho determinante de la sucesión ha de ser legal (arts. 6 y 40 del Convenio de 1978 y 3 del Convenio de 1983 cit.).

Asimismo, la sucesión no ha de confundirse con la situación que se produce en los casos de adjudicación de un territorio en disputa al Estado que no lo ocupa efectivamente, que plantea problemas similares a los sucesorios. Así, por ejemplo, una vez que la CIJ declaró (1960) que la sentencia arbitral del Rey de España de 23 de diciembre de 1906 en la cuestión de límites entre Honduras y Nicaragua era válida, las autoridades nicaragüenses hubieron de retirarse del territorio adjudicado a Honduras que ocupaban, ofreciéndose a los residentes una opción de nacionalidad y la posibilidad de trasladarse a territorio nicaragüense. Más recientemente, la ejecución de la sentencia de la Corte en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002) en que la Corte decidió que Camerún era soberano de la península de Bakassi, ocupada por Nigeria, ha resultado problemática.

La sucesión de Estados es —y seguirá siendo— un fenómeno siempre presente en las relaciones internacionales por la movilidad histórica de la soberanía territorial. Los pronósticos de que, una vez agotada la descolonización, la sucesión de Estados sería en la práctica marginal, ha sido desmentida por los hechos. La aparición de nuevos Estados en el solar euroasiático ha permitido comprobar no

sólo su actualidad, sino también la variedad de sus problemas y la dificultad de su solución.

Todo supuesto de sucesión origina, en efecto, una problemática tan rica como compleja. ¿Obligan al nuevo soberano los tratados concluidos por el anterior? ¿Se le transfiere la titularidad de los bienes públicos y de los registros y archivos judiciales o policiales? ¿Pasan a él las deudas contraídas? ¿Qué ocurre con la condición de miembro de una OI? ¿Es el sucesor heredero de las relaciones de responsabilidad en las que por activa o pasiva pudiera encontrarse inmerso el predecesor? ¿Cuál será la nacionalidad de los habitantes del territorio que ha cambiado de soberanía? ¿Se van a respetar tras la sucesión los derechos adquiridos por los particulares?...

En principio, la voluntad de los interesados será determinante. Los principios y reglas de DI sobre sucesión de Estados son, en general, como ha recordado la *Comisión Badinter* (dictamen nº 11, de 16 de julio de 1993), supletorios. Las cuestiones que plantea la sucesión han de ser solventadas mediante el acuerdo de los interesados, lo que —según los casos— incluye, junto a los herederos directos, los Estados que son partes en tratados celebrados con el predecesor, las OI de las que éste era miembro, incluso los acreedores privados. En materia de sucesión de Estados, al igual que ocurre con la delimitación de espacios marinos (v. Cap. XXIV), puede hablarse incluso de un *pacto de contrahendo* cuyo objetivo es llegar, directamente o recurriendo a terceros, a un *acuerdo equitativo*. Esto es particularmente cierto cuando el objeto de la sucesión son bienes, archivos o deudas (*Comisión Badinter*, dictámenes núms. 9, de 4 de julio de 1992, y 11, de 16 de julio de 1993). La alternativa es sólo la controversia, más o menos cocida, como la carne de res.

De ahí que los miembros de la UE condicionaran el reconocimiento de las antiguas repúblicas yugoslavas a su disposición para negociar la sucesión de la Federación y someter eventualmente a arbitraje sus diferencias. La negociación de la paz tras el conflicto suele ser una ocasión aprovechada para regular los diferentes aspectos de una sucesión. Bastaría llevar los ojos a los tratados (Versalles, Saint-Germain, Trianon, Sévres) con que se cerró la *Gran Guerra*. La obtención gracias a ellos de un resultado equitativo es, sin embargo, dadas las circunstancias, más difícil de apreciar.

En términos generales puede decirse que el acuerdo sucesorio es relativamente fácil de alcanzar en los casos de absorción de un Estado por otro (por ej., reunificación de Alemania), de creación de un Estado nuevo por unificación de dos Estados preexistentes (por ej. Yemen) o, incluso, de mera cesión por un Estado a otro de una parte de su territorio. Las dificultades aumentan en los casos de secesión y de disolución de un Estado y cuanto mayor sea el número de Estados nuevos más serán las dificultades, sobre todo cuando el desacuerdo comienza en la cuestión previa de la continuidad del Estado predecesor, dada la ventaja relativa que se deduce de esta condición.

Mientras el acuerdo no se alcanza los Estados implicados deben tener en cuenta *bona fide* y con espíritu equitativo los intereses de los demás. A tal efecto

la identificación de normas generales que incorporan principios o criterios sucesorios es útil, no sólo para inspirar la negociación (o, en su caso, la adjudicación por terceros), sino la conducta de los sucesores durante la transición, siempre que las autoridades locales sepan aislar la sucesión de las actitudes viscerales que acompañan a menudo procesos de separación traumáticos.

La CDI ha tratado de identificar —y precisar en proyectos de codificación y desarrollo progresivo sectoriales— esas normas, de origen consuetudinario. Resultado de sus trabajos fueron dos proyectos de artículos que, tras sendas conferencias internacionales, se tradujeron en los convenios de Viena, de 23 de agosto de 1978, sobre sucesión de Estados en materia de tratados, y de 8 de abril de 1983, sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, ya mencionados.

Más recientemente, en las postrimerías del siglo XX (1999), la CDI aprobó un proyecto de artículos sobre *Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados*, del que tomó cuenta la AGNU incorporándolo como Anexo de la Resolución 55/153, sin que por el momento se haya tomado ninguna decisión sobre su destino, reenviada en principio al 2008. Hay quienes consideran que en lugar de preparar un tercer convenio es preferible —siguiendo el ejemplo del Consejo de Europa (1996) — aprobar unas *Directrices* para guiar la práctica de los Estados.

Atendiendo a la insistencia de los nuevos Estados nacidos de la descolonización, los convenios de Viena establecen una distinción entre la sucesión *descolonizadora* —que ofrece al sucesor un *cielo protector* basado en el principio de la *desigualdad compensadora* (v. Cap. III)— y los demás supuestos de sucesión (sucesión *tradicional*). Carente de base objetiva, la distinción bien puede ser la causa del retraso de su entrada en vigor y de su frustración como motor de nuevas normas generales (v. Cap. XIV). Ni siquiera fue, finalmente, un acicate para atraer a los nuevos Estados procedentes de la descolonización, pues sólo tres de ellos (Dominica, San Vicente y las Granadinas y las Islas Seychelles) han consentido el Convenio de 1978 y ninguno el de 1983. Es explicable que la distinción haya sido abandonada por el IDI en la resolución sobre la sucesión en materia de bienes y deudas (sesión de Vancouver, 2001), inspirada en la práctica más reciente.

El Convenio sobre sucesión de Estados en materia de tratados entró en vigor treinta días después de alcanzar la cifra de quince Estados contratantes (art. 49.1), esto es, el 6 de noviembre de 1996. El Convenio sobre sucesión en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, que fijaba unas condiciones idénticas para su entrada en vigor, sólo ha concitado el compromiso de siete Estados (en octubre de 2006) y, por ello, aún no ha conseguido ese objetivo. Esta limitadísima aceptación (veinte partes en el Convenio de 1978 y siete contratantes en el de 1983) corresponde mayoritariamente a los Estados surgidos en la Europa Central y del Este (seis en la de 1983 y nueve en la de 1978).

Cabe no obstante hacer una observación. Aunque el reducido número de Estados partes —y la aplicación de los Convenios sólo a procesos sucesorios posteriores a su entrada en vigor (arts. 7.1 del Convenio de 1978 y 4.1 del Convenio de 1983)— limitan considerablemente su repercusión a escala universal, el hecho de que entre las partes

en el Convenio de 1978 —y entre los contratantes del de 1983— se encuentren todas las antiguas repúblicas yugoslavas implica su aplicación general en un ámbito regional, el de la vieja Yugoslavia. Adviértase, además, que tanto el Convenio de 1978 (art. 7.2 y 3) como el de 1983 (art. 4.2 y 3) han previsto que un Estado sucesor podría, al firmar el Convenio o expresar su consentimiento, obligarse mediante declaración a aplicar sus disposiciones a su propia sucesión respecto de cualquier otro Estado signatario o contratante que la acepte, incluso antes de la entrada en vigor del Convenio.

Pero los problemas de la relación sucesoria no se agotan en los bienes, archivos y deudas, tratados, o cuestiones relacionadas con la nacionalidad de los particulares. La sucesión origina otros cuyas reglas generales, si las hay, no han sido objeto de codificación. Es el caso, por ejemplo, de la sucesión de Estados en la calidad de miembro de una OI, condicionada por las reglas de la propia Organización, o de la sucesión de Estados en las relaciones de responsabilidad que por activa o pasiva tenga entabladas el predecesor.

En las páginas que siguen consideraremos más detenidamente la sucesión en materia de bienes, archivos y deudas del Estado, sin duda el ítem más complicado. Las otras situaciones sucesorias (en materia de membresía de OI, tratados, responsabilidad, nacionalidad y derechos adquiridos por particulares) serán atendidas cuando se examinen estas cuestiones (v. Caps. V, XII, XIX y XXI).

36. Sucesión en materia de bienes, archivos y deudas de Estado

Una sucesión de Estados exige determinar el destino de bienes, archivos y deudas estatales. La distinción entre *bienes* y *archivos* que a primera vista se percibe superflua, pues también los archivos son bienes, se justifica porque el acervo documental, a diferencia de otros bienes, es reproducible, lo que permite imaginar soluciones distintas que, en todo caso, habrán de negociarse y plasmar en un acuerdo.

La afirmación de una norma de DI general imponiendo un *pacto de contrahendo* a los interesados con vistas a llegar a un reparto equitativo de bienes, archivos y deudas del Estado, cuenta con muchos partidarios y ha sido enfáticamente proclamada por la *Comisión Badinter* (dictamen nº 12, de 16 de julio de 1993). La Comisión llega al punto de declarar expresamente que el sujeto que se niega a cooperar infringe una obligación fundamental y es responsable internacionalmente con todas sus consecuencias, especialmente la posibilidad de los Estados perjudicados de adoptar *contramedidas* conforme al DI (v. Cap. XX) así como de llegar a un acuerdo por separado con reserva de derechos del Estado o Estados no cooperantes. La apreciación de una situación así podría dar lugar, evidentemente, a una nueva controversia sobre la controversia. El IDI (Vancouver, 2001) ha tratado de perfilar la significación de una negociación de buena fe, al referirse al deber de los Estados concernidos a facilitarse los documentos e informaciones

necesarias, establecer inventarios, proceder a la debida conservación de los bienes sometidos a reparto y estar dispuestos a acudir a expertos independientes cuando su desacuerdo empantana la negociación.

El Convenio de 1983 contiene un conjunto de reglas dispositivas, siempre a expensas del acuerdo de los interesados o de un órgano internacional con competencia para decidir (normalmente por acuerdo de las mismas partes), animadas por el afán de inspirar la negociación, que cabe resumir en los siguientes puntos:

1) El traspaso es global (bienes, archivos y deudas), salvo en el caso de Estados surgidos de la descolonización en que se circunscribe a bienes y archivos (arts. 15 y 28), no traspasándose las deudas de no mediar acuerdo (art. 38).

2) El traspaso de los bienes, archivos y deudas retrotrae sus efectos a la fecha de la sucesión (arts. 10, 22 y 35).

3) Aunque se parte de la base de que el traspaso de bienes y archivos se hace sin compensación (arts. 11 y 23), la salvedad de las cuestiones de compensación que pueden surgir como consecuencia de la sucesión en relación con los bienes (arts. 17.3, 18.2) neutraliza en gran medida el punto de partida.

4) La especificidad de los distintos supuestos de sucesión provoca reglas particulares según se trate de unificación de Estados, en que opera un principio de *acumulación* de bienes, archivos y deudas, de aplicación relativamente simple (arts. 16, 29, 39), y todos los demás.

Haciendo abstracción de la sucesión descolonizadora (o Estados de *reciente independencia*, según la torpe terminología que adopta el Convenio, arts. 15, 28 y 38) podemos señalar al respecto que:

a) Por lo que se refiere a los bienes inmuebles

La regla dominante es la atribución a cada Estado de los bienes localizados en su territorio (14.2,a, 17.1,a y 18.1,a). Esta es una regla (*locus in quo*) que la *Comisión Badinter* estimó *bien establecida* (dictamen nº 14, de 13 de agosto de 1993).

Tratándose de inmuebles situados en terceros países (piénsese, por ej., en sedes de misiones diplomáticas, oficinas consulares y otros bienes raíces) han de pasar a los sucesores en una *proporción equitativa* en los casos de disolución del Estado predecesor, pero de no ser así éste seguirá siendo el titular de los mismos, sin perjuicio de que pueda plantearse una cuestión de *compensación equitativa* en los casos de separación (arts. 17.3 y 18.1.,b).).

En relación con estos bienes, la *Comisión Badinter* apuntó la posibilidad de que los terceros Estados adopten "medidas provisionales de protección si las estiman necesarias para salvaguardar los intereses de los Estados sucesores conforme a los principios aplicables a la sucesión" (dictamen núm. 12, cit.). De esta manera

los terceros pueden contar con que al actuar dentro de la mayor libertad, atendiendo a su prudencia e intereses políticos, siempre podrán componer una explicación de sus actos en términos jurídicos. Sólo en el caso de que un *organismo internacional con competencias en la materia*, según lo expresa la *Comisión Badinter*, adoptara decisiones vinculantes sobre los bienes, el Estado en que se encuentran estaría obligado a cumplirlas.

b) Por lo que se refiere a los bienes muebles

Los bienes muebles vinculados a la actividad del Estado en un territorio determinado corresponden al titular de éste (arts. 14.2,*b*, 17.1,*b* y 18.1,*c*); los demás han de repartirse en *proporción equitativa* entre los Estados concernidos por la sucesión, tanto en los supuestos de separación como en los de disolución (arts. 17.1,*c*, y 2, y 18.1,*d*).

c) Por lo que se refiere a los archivos

Corresponden a cada Estado los archivos necesarios para la administración normal del territorio o concernientes directamente al mismo (arts. 27.2, 30.1, y 31.1). Todos los demás quedan en poder del Estado predecesor (art. 25), a menos que éste desaparezca, en cuyo caso serán objeto de un *reparto equitativo* entre los sucesores, en el que se tendrán en cuenta “todas las circunstancias pertinentes” (art. 31.2).

El Estado predecesor —y, en su caso, los sucesores— están obligados a suministrar “la mejor prueba disponible” en sus archivos que guarde relación con títulos territoriales o las fronteras del territorio transferido o del nuevo Estado, o que sea necesaria para aclarar el sentido de los documentos que han pasado al sucesor (arts. 27.3, 30.2 y 31.3).

Existe además la obligación de todos los implicados de facilitarse copias o reproducciones apropiadas de sus archivos, a expensas del solicitante o a título de intercambio, al menos por lo que hace a los documentos vinculados a los intereses del territorio transferido (arts. 27.4 y 5, 30.4 y 31.5).

El Convenio puntualiza que los acuerdos no pueden menoscabar el derecho de los pueblos a la información sobre su historia y a su patrimonio cultural (arts. 30.3 y 31.4).

La atribución del patrimonio histórico y artístico mobiliario (una mala sucesión encenderá agravios y reclamaciones por expolio, como los que alumbran en los países de origen de obras que brillan en los museos occidentales) es un grave problema remanente. El *origen* territorial de los bienes de importancia mayor para la herencia cultural debe determinar su atribución, según el IDI (Vancouver, 2001). Cabe suponer que el Convenio se vio abocado a mantener una puerta siempre entreabierta a la revisión, al menos parcial, de los acuerdos celebrados con este objeto.

d) *Por lo que se refiere a las deudas*

El Convenio afronta la cuestión de las deudas sirviéndose una vez más del principio de *proporción equitativa*, “habida cuenta en particular de los bienes, derechos e intereses” traspasados al sucesor (arts. 37.2, 40.1 y 41). No debe haber un *grave desequilibrio*, una *diferencia sustancial* en un reparto de bienes y deudas cuyo resultado debe preservar en todo caso, ha subrayado el IDI (Vancouver, 2001), la viabilidad de los Estados implicados.

La sucesión no ha de afectar por sí misma los derechos y obligaciones de los acreedores (art. 36 del Convenio) y en consecuencia el acuerdo de los Estados implicados directamente en la sucesión no obliga (*res inter alios acta*) a terceros, trátase de Estados, OI, particularmente los Bancos universales, como el BIRD, y regionales, como el BID, y los acreedores privados, a menos que lo consientan. Por lo que les toca, todos ellos suelen ejercer una considerable presión para lograr un acuerdo que tranquilice sus conciencias (contables). A nadie le es indiferente la personalidad del deudor.

La consideración de que la obligación de aceptar una cuota de la deuda se conjuga con el derecho de recibir una parte del patrimonio yacente es lógica, aunque su traducción equitativa puede ser endiablada (pues no sólo las armas las carga el diablo, también los balances). Los bancos —y los acreedores, en general— temen, primero, que algunos Estados nuevos discutan el mismo principio obligacional, sobre todo si el viejo Estado permanece; y, segundo, que no haya forma de *cuadrar los porcentajes* de cada cual. A finales de 1992 un documento del BIRD se inquietaba al apreciar que no había cristalizado todavía como norma consuetudinaria la imputación automática de una parte equitativa de la deuda del predecesor a cada uno de los sucesores. Hay que tener en cuenta que en principio no existe una *responsabilidad conjunta y solidaria* de los Estados concernidos por la sucesión. Sin embargo, dado que esta norma parece razonable, en un documento de NU sobre las contribuciones impagadas de la antigua Yugoslavia se afirma paladinamente que “de conformidad con las normas del DI general la proporción de la deuda de un Estado predecesor que pasa a un Estado sucesor es una proporción equitativa de la deuda que tenía el Estado predecesor en la fecha en que tuvo lugar la sucesión” (A/60/140, de 16 de septiembre de 2005).

El problema puede encauzarse sobre la base de que un Estado, de la misma manera que se atribuye el patrimonio inmobiliario, se atribuye también la deuda *localizada*, es decir, la que ha servido para financiar proyectos allí ejecutados. La práctica del BIRD se ha ajustado en el pasado a este criterio.

Otro tanto cabe decir de la llamada deuda *local*, propia de las instituciones públicas de esta naturaleza, que pasan al Estado sobre cuyo territorio se asientan, si bien éste sólo será responsable en la medida en que ya lo fuera el predecesor o él mismo haya aceptado dicha responsabilidad.

Aún restaría, sin embargo, el reparto de la llamada deuda *general*. A este respecto ha de acudirse a la fijación de cuotas para las que pueden tenerse en cuenta índices tales como el porcentaje respectivo del PNB, sea en el momento de la sucesión o en un momento posterior.

Nada se dice en el Convenio, por lo demás, sobre las cantidades debidas por daños de guerra (*deudas odiosas o indignas*), debido sobre todo al desacuerdo sobre su definición.

Planteadas la cuestión en el caso yugoslavo, la *Comisión Badinter* señaló (dictamen n° 13, de 16 de julio de 1993) que las cantidades debidas por daños de guerra no han de interferir en el reparto equitativo de los bienes y cargas dentro del proceso sucesorio, pero no excluye la posibilidad de su compensación.

La práctica internacional seguida por los Estados surgidos en Europa Central y del Este constituye un ejemplo muy ilustrativo de la eficacia de los acuerdos sobre sucesión.

En el caso de la extinta *Unión Soviética*, Rusia y otras ocho repúblicas firmaron, el 8 de diciembre de 1991, un tratado sobre la sucesión de bienes y deudas del Estado soviético y tres semanas más tarde (30 de diciembre) un acuerdo de los miembros de la CEI sobre la propiedad y la deuda de la URSS en el extranjero, que fue seguido de otros, de fecha 6 de julio de 1992. Poco antes, el 20 de marzo, una resolución del Consejo de la CEI había creado una comisión para ocuparse de estas cuestiones.

En materia de bienes se aplicó como regla general el *locus rei sitae* dentro de la antigua URSS. Las principales dificultades vinieron de la mano del reparto de las Fuerzas Armadas, sobre todo por las discrepancias entre Ucrania y Rusia respecto de la flota del mar Negro, no ajenas a su localización en puertos de Crimea hoy pertenecientes a Ucrania, pero históricamente rusos (con permiso de los tártaros). El acuerdo suscrito por Rusia y Ucrania el 31 de mayo de 1997 ha zanjado la cuestión.

En cuanto a los archivos, se aplica el criterio del *locus rei sitae* por lo que se refiere a los fondos generados por las estructuras superiores del Imperio zarista y de la URSS, pero se reconoce el derecho de las partes a la restitución de los documentos que han sido constituidos sobre su territorio o que se encontraron en él en el pasado, así como el libre acceso y obtención de copias de los que no sean susceptibles de reparto.

En materia de propiedad situada en el extranjero y de deuda exterior, se convino una tabla de cuotas que oscila entre el 61,34 por 100 de Rusia y el 0,70 por 100 de Turkmenistán. Una Organización internacional se encargaría de auditar el valor de los bienes, dándose prioridad al reparto de la propiedad afectada al servicio de las representaciones diplomáticas. La cuestión de la evaluación y reparto del fondo de diamantes de la URSS se remitió a un Acuerdo especial. Las diferencias entre las partes se someterían a arbitraje.

Las *Repúblicas Checa y Eslovaca* resolvieron estos problemas a través de una Ley, de 13 de noviembre de 1992, sobre división de propiedades federales. En ella el reparto de bienes y deudas se obtiene aplicando un *criterio territorial en la medida en que son localizables* y un *criterio proporcional*, basado en la población, para el resto (2 para la República Checa, 1 para Eslovaquia). Esta proporción rige también la división de las Fuerzas Armadas.

En el *caso yugoslavo* el mismo C. de S., al suspender la aplicación de sanciones a la RFY con la entrada en vigor del Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia y Herzegovina (1995), subrayó que las antiguas repúblicas de la Federación debían llegar a un acuerdo de sucesión (res. 1022, de 1995). Era la primera vez que el Consejo abordaba esta clase de cuestiones y lo hacía con un fundamento legal —el Cap. VII de la Carta— cuya solidez era al efecto discutible. No se trataba ya de mantener la paz, sino de arreglar una controversia (v. Cap. XXVII). Probable-

mente la opción del Consejo vino determinada por el hecho de que considerando que la RFY no era miembro de la ONU en tanto no se sometiese a un procedimiento de admisión según las reglas de la Organización, esa era la vía para influir sobre este país a fin de que se condujese según los principios de la Carta (art. 2.6).

De hecho, los interesados en la sucesión han venido negociando sus diferentes aspectos, desde el segundo trimestre de 1992, en el seno de un grupo de trabajo establecido por la Conferencia sobre el establecimiento de la paz en Yugoslavia. La ausencia de la RFY en demasiadas ocasiones, su pretensión de continuadora de la antigua Yugoslavia, las discrepancias existentes entre los participantes y la interrupción provocada por la intervención armada en Kosovo, retrasaron la conclusión de un acuerdo, definitivamente alcanzado el 29 de junio de 2001, en vigor desde el 2 de junio de 2004.

Si hay algo que caracteriza este acuerdo es su pragmatismo, en particular por lo que respecta a la determinación de los bienes de Estado, y su generalizado acomodo a los criterios establecidos en la Convención de 1983.

En relación con los *bienes inmuebles y muebles*, con la excepción de los bienes muebles de carácter militar, cuya solución se pospone a un acuerdo ulterior, el acuerdo se basa en el criterio de territorialidad, a excepción de los muebles ubicados en el territorio de uno de los sucesores que revistan especial interés respecto del patrimonio cultural de otro sucesor.

El reparto de los *bienes inmuebles de carácter diplomático y consular* se ha efectuado mediante un reparto porcentual que se concretaría atendiendo a la libre elección de bienes por los sucesores o, en caso de colisión, mediante acuerdo entre los implicados. Los *bienes muebles* ubicados en estos locales corren su misma suerte.

Por lo que respecta a los *archivos*, el acuerdo se basa en los criterios establecidos en la Convención de 1983: los necesarios para la administración del territorio de uno de los sucesores o ligados a ese territorio pasan a ese Estado y para el resto se prevé una posible distribución equitativa dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del acuerdo que, de no producirse, los convierte en patrimonio común e impone la obligación de garantizar el libre acceso a los mismos. Una iniciativa, sin duda, original pues salvaguarda su integridad, pero innecesaria si tenemos en cuenta el carácter reproducible de los archivos.

Por lo que respecta a los *activos monetarios* y las *deudas* el reparto se efectúa según los porcentajes fijados y siguiendo, con las correcciones oportunas, el criterio establecido por el FMI para el asignación a los Estados sucesores de sus cuotas de contribución a la Organización. El reparto de las deudas por cuotas corrobora la inexistencia de una norma que imponga la responsabilidad solidaria de los sucesores. Ahora bien, es necesario destacar que el criterio seguido en este caso resulta criticable desde la perspectiva del efecto relativo de los tratados. Cada uno de los sucesores ha ido negociando con el FMI la cuota a asumir, lo que, dada la resistencia de la RFY a negociar, ha provocado que indirectamente su cuota haya sido fijada por los demás. Esas cuotas han sido Serbia y Montenegro (38%), Croacia (23%), Eslovenia (16%), Bosnia y Herzegovina (15,5 %) y la ex-República yugoslava de Macedonia (7,5 %).

Naturalmente, una vez que en junio de 2006 Montenegro se ha separado de Serbia ambas tendrán que negociar una nueva sucesión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre el Estado y sus elementos constitutivos, en lengua española: A.G. López Martín, *El territorio estatal en discusión: la prueba del título*, Madrid, 1999; J.A. Barberis, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Buenos Aires, 2003; *id.*, "El territorio del Estado", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. IV, 2000, 223; A.J. Rodrigo, "Soberanía y administración de territorios", *ADI*, 2004, 279. **En otras lenguas:** AA.VV., *State Sovereignty, the Challenge of a Changing World: New Approaches*

and *Thinking on IL*, Ottawa, 1992; A.M. Kacowicz, *Peaceful Territorial Change*, Columbia, 1995; G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris-Ginebra, 2002; J. Castellino y S. Allen, *Title to Territory in IL: A Temporal Analysis*, Aldershot, 2003; M. Shaw, *Title to Territory*, Aldershot, 2005; S. Sur, "Sur quelques tribulations de l'Etat dans la société internationale", *RGDIP*, 1993, 97; SFDI, *L'Etat souverain à l'aube du XXIe siècle*, Colloque de Nancy, Paris, 1994; M. Reisman, "Designing and Managing the Future of the State", *EJIL*, 1997, 409; J.A. Barberis, "Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire: perspectives théoriques et évolution du DI", *AFDI*, 1999, 132; V.D. Degan, "Création et disparition de l'Etat (à la lumière du démembrement de trois fédérations multiethniques en Europe)", *R. des C.*, 1999, t. 279, 195; M. Sahovic, "Le DI et la crise en ex-Yugoslavie", *Cur. Euromediterraneos Bancaja de DI*, v. III, 1999, 363; R. Higgins, "The Concept of 'the State': Variable Geometry and Dualist Perceptions", *Liber amicorum G. Abi-Saab*, La Haya, 2001, 547; M. Kohen, "La création d'Etats en DI contemporain", *Cur. Euromediterraneos Bancaja de DI*, v. VI, 2002, 543.

2. Sobre la existencia de Estados fallidos, en lengua española: A. Pastor Palomar, "Soberanías fallidas y virtuales en el comienzo del nuevo milenio: Afganistán, Irak, R.D. del Congo, Sudán ...", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 359; **en otras lenguas:** S. Chesterman, M. Ignatieff y R. Thakur (eds.), *Making States Work: State Failure and the Crisis of Governance*, Tokyo, 2005; A. Hironaka, *Neverending Wars: The International Community, Weak States, and the Perpetuation of Civil War*, Cambridge, Mass., 2005; N.L. Wallace-Bruce, "Of Collapsed, Dysfunctional and Disoriented States: Challenges to IL", *NILR*, 2000, 53; A.A. Yusuf, "Government Collapse and State Continuity: The Case of Somalia", *IYIL*, 2003, 11.

3. Sobre la dinámica del Estado: J. Crawford, *The Creation of States in IL*, Oxford, 1979 (2ª ed., 2006); A. Tancredi, *La secessione nel DI*, Padua, 2002; K. Hailbronner, "Legal Aspects of the Unification of Two German States", *EJIL*, 1991, 18; J.P. Jacqué, "German Unification and the EC", *EJIL*, 1991, 1; A. Tancredi, "Secessione e DI", *RDI*, 1998, 673; V. Degan, "Création et disparition de l'Etat (à la lumière du démembrement de trois fédérations multiethniques en Europe)", *R. des C.*, 1999, t. 279, 195.

4. Sobre el reconocimiento de Estados, en lengua española: J. Quel, "La práctica reciente en materia de reconocimiento de Estados: problemas en presencia", *Cur. DI Vitoria*, 1992, 39; *id.*, "La actitud de España en el marco de la coordinación de la política exterior comunitaria: el reconocimiento de los nuevos Estados surgidos de la antigua URSS y de la Rep. Socialista Federativa de Yugoslavia", *REDI*, 1992, 704; N. Navarro, "La práctica comunitaria sobre reconocimiento de Estados: nuevas tendencias", *RIE*, 1995, 475. **En otras lenguas:** H. Lauterpacht, *Recognition in IL*, Cambridge, 1947; J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, 1975; J. Dugard, *Recognition and the UN*, Cambridge, 1987; S. Terret, *The Dissolution of Yugoslavia and the Badinter Arbitration Commission*, Londres, 2000; M. Schoiswohl, *Status and (HR) Obligations of Non-Recognized de Facto Regimes in IL: The Case of 'Somaliland'*, La Haya, 2004; J. Charpentier, "Les déclarations des Douze sur la reconnaissance des nouveaux Etats...", *RGDIP*, 1992, 343; R. Rich, "Symposium: Recent Developments in the Practice of State Recognition", *EJIL*, 1993, 36; J. Salmon, "Reconnaissance d'Etats", *RBDI*, 1992, 226; J. Verhoeven, "La reconnaissance internationale: déclin ou renouveau?", *AFDI*, 1993, 7; C. Warbrick, "Recognition of States", *ICLQ*, 1993, 433; R. Kherad, "La reconnaissance des Etats issus de la dissolution de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie par les membres de l'UE", *RGDIP*, 1997, 663; Ch. Hilgruber, "The Admission of New States to the International Community", *EJIL*, 1998, 491; E.Y. Benneh, "Statehood Territory Recognition and IL: Their Interrelationships", en E. Kofe (ed.), *Legitimate Governance in Africa*, La Haya, 1999, 375; S.D. Murphy, "Democratic Legitimacy and the Recognition of States and Governments", *ICLQ*, 1999, 545.

5. En relación con la sucesión de Estados, en lengua española: H. Oehling, *La desintegración constitucional del Estado soviético*, Madrid, 1996; J.M. Ortega, *Textos y documentos sobre los desmembramientos de la Unión Soviética y de Yugoslavia*, Cuenca, 1996; P. Vilanova y J. Saura, *El*

proceso de paz en Bosnia-Herzegovina después de los acuerdos de Dayton: informe y selección de documentos, Barcelona, 1997; J. Saura, *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Madrid, 1998; A. Blanc, *Conflictos territoriales, interétnicos y nacionales en los Estados surgidos de la antigua Unión Soviética*, Valencia, 2004; *id.*, *La herencia soviética. La Comunidad de Estados Independientes y los problemas sucesorios*, Madrid, 2004; T. Ushakova, *La sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas: el caso de la URSS*, Madrid, 2006; C. Gutiérrez Espada, "Sobre la sucesión a los tratados en casos de separación de Estados (a propósito, por ej., de la independencia de Estonia, Letonia y Lituania)", *REDI*, 1991, 559; A. Dastis, "La desintegración de la Unión Soviética y la cuestión de la sucesión en las NU", *REDI*, 1992, 249; *id.*, "La crisis de Yugoslavia en las NU", *REDI*, 1992, 686; P. Andrés, "Problemas actuales de la sucesión de Estados", *Cur. DI Vitoria*, 1993, 157. **En otras lenguas:** A. Gruber, *Le DI de la succession d'Etats*, Bruselas, 1986; G. Burdeau y B. Stern (eds.), *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, París, 1994, 15; AA.VV., *IL and the Changed Yugoslavia*, Belgrado, 1995; Centre d'Étude et de Recherche de DI et Relations Internationales, *La succession d'Etats: La codification à l'épreuve des faits*, Dordrecht, 1997; B. Stern (ed.), *Dissolution, Continuation and Succession in Eastern Europe*, La Haya, 1998; M. Mbrak (ed.), *Succession of States*, La Haya, 1999; P.M. Eisemann y M. Koskeniemi (eds.), *State Succession: Codification Tested Against the Facts/La succession d'Etats: la codification à l'épreuve des faits*, La Haya, 2000; P. Radan, *The Break-up of Yugoslavia and IL*, Londres-Nueva York, 2001; I. Ziemel, *State Continuity and Nationality: Baltic States and Russia: Past, Present, and Future as Defined by IL*, Leiden, 2005; Y. Makonnen, "State Succession in Africa: Selected Problems", *R. des C.*, 1986, t. 200, 93; S. Torres, "Succession d'Etats", en M. Bedjaoui (ed.), *DI: Bilan et perspectives*, París, 1991, 405; W. Czaplinski, "La continuité, l'identité et la succession d'Etats. Evaluation des cas récents", *RBDI*, 1993, 157; G.E. do Nascimento, "Succession of State Debts", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 947; O.O. Chaly, "Problems of Succession in Contemporary IL", en *El DI como lenguaje de las relaciones internacionales, Proceedings of the UN Congress on Public IL, New York 13-17 March 1995*, Kluwer, 1996, 418; M. Cox, "The Dayton Agreement in Bosnia and Herzegovina: a Study of Implementation Strategies", *BYIL*, 1998, 201; C.R. Craven, "The Problem of State Succession and the Identity of States under IL", *EJIL*, 1998, 142; J. Crawford, "State Practice and IL in Relation to Secession", *BYIL*, 1998, 85; H. Meadwell, "Secession, States and International Society", *Review of International Studies*, 1999, 371; M. Sahovic, "Le DI et la crise en ex-Yugoslavie", *Cur. Euromediterráneo Bancaja de DI*, v. III, 1999, 367; B. Stern, "Responsabilité internationale et succession d'Etats", *Liber amicorum G. Abi-Saab*, cit., 327; A. Stanic, "Financial Aspects of State Succession: The Case of Yugoslavia", *EJIL*, 2001, 751; J. Stavridi y A. Kolliopoulos, "L'accord du 29 juin 2001 portant sur des questions de succession entre les Etats issus de la dissolution de l'ex-Yugoslavie", *AFDI*, 2002, 163; H. Hamant, "La succession d'Etats de l'URSS en matière militaire", *AFDI*, 2004, 213. V. tb. biblio. Cap. V (sucesión de Estados como miembros de OI) y Cap. XII (sucesión de Estados en materia de tratados).

Capítulo III

Soberanía e igualdad de los Estados

XI. LA SOBERANÍA COMO HAZ DE COMPETENCIAS ATRIBUIDAS AL ESTADO POR EL DERECHO INTERNACIONAL

37. Consideraciones generales

No fue casualidad que los principios de *soberanía e igualdad soberana* fueran los primeros en obtener el consenso y ser formulados por la *Declaración relativa a los Principios del DI referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las NU* (res. 2625-XXV de la AGNU, 1970). Detrás de ellos se alinean todos los Estados, viejos y jóvenes, conformistas e iconoclastas. Recordemos como el marxismo-leninismo, llamado a liquidar el Estado con la implantación de la sociedad comunista, optó mientras llegaba ese día por afirmar el carácter *democrático* de la soberanía para proteger del *cercos capitalista* a una Unión Soviética que se convirtió desde el primer momento en adalid de su más estricta observancia.

Un Estado, *por el hecho de serlo*, es soberano. Pero la soberanía, concepto clave, es deslizante y proteica. Entendida como *absoluta* —o poder de decidir y actuar según venga en gana— es incompatible con el Derecho y todos los esfuerzos por acomodarla en él parecen un artificioso juego intelectual. Esta dimensión *política* de la soberanía flamea en la profunda gruta de los intereses *vitales* o *dominantes* de los Estados, tanto más peligrosa cuanto son éstos más fuertes, y ha de tenerse en cuenta, no para allanarse a ella, sino para no acabar apostatando del orden jurídico por culpa de sus limitaciones.

El principio fundamental de la soberanía del Estado responde a la idea de *función*: la *soberanía* es el conjunto de competencias atribuidas al Estado por el DI, ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto de los otros Estados. Su manifestación más importante en las relaciones internacionales es la capacidad de los Estados para obligarse con otros y empeñar su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento (v. Caps. VII, VIII y XIX). Como señaló la Corte de La Haya en el asunto *SS Wimbledon* (CPJI, 1923) todo convenio por el que un Estado se compromete a hacer o no hacer una cosa trae consigo una restricción al ejercicio de sus derechos soberanos en el sentido de imprimirle una dirección determinada, pero la facultad de asumir compromisos internacionales, lejos de ser un abandono de soberanía, es un atributo de la misma.

De esta manera, el DI impone límites materiales a la hora del ejercicio por el Estado de las competencias que le son propias. Así, cuando el Estado ejerce, por ej., la competencia normativa en materia de derechos humanos, su margen de discrecionalidad queda condicionado a respetar (no legislar contra) los estándares impuestos por el DI en dicho ámbito material.

Como el DI propende a expandir su acción a un mayor número de campos a impulso de la cooperación y de la emergencia de valores comunes en la sociedad internacional, los ámbitos de la competencia estatal no afectados por el DI sufren un proceso inverso de adelgazamiento.

Para reflejar esta relación material entre el DI y el ejercicio de las competencias estatales afectadas por aquél, la doctrina ha acuñado la doble categoría de *competencias regladas* (por el DI) y *competencias discrecionales* (libres del condicionamiento normativo del DI). Sin embargo, tal distinción se presta a confusión, porque tanto en uno como en otro caso el titular del ejercicio de dichas competencias es el mismo: el Estado.

La coexistencia de una pluralidad de entes soberanos, de Estados, en la sociedad internacional llama, en evitación de conflictos, a la articulación de normas que regulen la distribución de competencias entre ellos. Es ésta una función del DI que ha venido dictada históricamente por la peculiar conformación de estos sujetos. Los Estados son entes territoriales, en primer lugar, pues ejercen sus poderes en el marco de sus respectivos territorios, con exclusión de los poderes de los otros entes soberanos (*competencia territorial*). Son entes, en segundo lugar, que cuentan con una población, determinada primordialmente por el vínculo de la nacionalidad, lo que conduce a una atribución de competencias sobre estas personas, los *nacionales*, cuando se encuentran fuera de su territorio (*competencia personal*). Son entes, en tercer lugar, que coexisten y mantienen relaciones en la sociedad internacional con otros sujetos (*competencia exterior*).

38. La dimensión territorial de la soberanía

El haz de competencias atribuidas al Estado por el DI se manifiesta, en primer lugar, en relación con el *territorio*. En este marco espacial de triple expresión —terrestre, marítima y aérea— la autoridad estatal monopoliza, en principio, todos los poderes sobre las personas —nacionales o extranjeros—, actos y cosas que allí se sitúan, legislando, juzgando y ejecutando los dictados de su ordenamiento. No en vano la manifestación más evidente de la soberanía estatal es su *territorialidad*.

En el territorio se dice de la soberanía que es *plena y exclusiva*. *Plena*, porque por encima de un mínimo, las competencias del Estado permanecen indeterminadas *ratione materiae* y cada cual es libre de fijar su alcance; *exclusiva*, porque el Estado monopoliza, en principio, todos los poderes, en especial el empleo de la

fuerza, y si bien puede limitarlos o transferir su ejercicio, mediante un consentimiento libremente expresado, a otro Estado (al que se concede, por ej., el establecimiento de bases o facilidades militares, o el control de un canal internacional) o a una OI (por ej., comisiones fluviales, organizaciones de integración regional como la CE...), los poderes le revierten automáticamente cuando la limitación o la cesión termina. En este sentido, el árbitro M. Huber definió la soberanía territorial en el asunto de la *isla de Palmas* (1928) como el *derecho de ejercer en el territorio, con exclusión de cualquier otro, las funciones de un Estado*.

La *exclusividad* de la soberanía territorial implica la inviolabilidad de fronteras y la obligación para los demás Estados de abstenerse en ese ámbito espacial de cualquier ejercicio de poder, como advirtió la Corte de La Haya en el asunto *Lotus* (CPJI, 1927), a menos, naturalmente, que medie el consentimiento del Estado local dentro de los límites que el DI permite (v. Caps. XX y XXXI). Así, por ejemplo, la detención de una persona por agentes de otro Estado y su posterior traslado al territorio de éste sin que medie el consentimiento de aquél es un secuestro internacional en toda regla, una violación clara de la soberanía territorial.

Este fue el célebre caso de Eichmann, miembro de las SS, antiguo jefe del departamento IV D-4 encargado de implementar la *Solución Final*. Eichmann fue secuestrado en la República Argentina y trasladado a Israel, donde fue juzgado, condenado y, finalmente, ahorcado. El propio C. de S. (res. 138, de 1960), puntualizando que en ningún caso se trataba de excusar los repudiables crímenes de que se acusaba a Eichmann, condenó el hecho del secuestro y advirtió que la violación de la soberanía territorial de Argentina, de repetirse, "podría poner en peligro la paz y la seguridad internacionales". Las relaciones entre las partes se recompusieron una vez que Israel dio *satisfacción* a la Argentina mediante la presentación de excusas por su acción coercitiva, concretándose así la *adecuada reparación* requerida por el Consejo.

Otro caso sobre el que ha corrido mucha tinta es el de Humberto Álvarez Machain. De nacionalidad mexicana y residente en México, acusado por Estados Unidos de participar en la tortura y asesinato de uno de sus agentes antinarcóticos, en abril de 1990 fue aprehendido, trasladado forzosamente a Texas (EE.UU.) y allí arrestado para su juicio ante los tribunales estadounidenses. Finalmente, Álvarez Machain acabó absuelto por falta de pruebas.

Ahora bien, ya no caben lecturas irrestrictas del principio de la soberanía territorial. El propio DI incorpora límites, aunque no sean sino una consecuencia del ejercicio de la misma soberanía. El Estado ha de estar al cumplimiento de las normas consuetudinarias a cuya formación no se ha opuesto eficazmente y, con mayor motivo, ha de atenerse a las obligaciones que ha consentido. En todo caso, ha de cumplir las prescripciones del DI imperativo, como son las referentes al respeto de los derechos humanos fundamentales (v. Cap. XXIX). En este sentido, el ejercicio de competencias sobre las personas situadas y las conductas acaecidas en el territorio del Estado está sometido a limitaciones.

El derecho del soberano a ejercer los poderes en exclusiva está, por otro lado, en relación necesaria con su deber de desarrollar *efectivamente* en su territorio las funciones mínimas del Estado y de proteger, por lo tanto, los derechos de los Estados extranjeros. La soberanía territorial, como puso de relieve M. Huber, no puede limitarse a su aspecto negativo, es decir, al hecho de excluir las acciones de

otros Estados, pues es la que sirve para repartir entre ellos el espacio sobre el que se desenvuelve la gran mayoría de las actividades humanas a fin de asegurar en todos los lugares el mínimo de protección que el DI ha de garantizar. Se presume que el Estado dispone de los medios necesarios para satisfacer sus deberes internacionales, presunción que —aun no siendo *iuris et de iure*— desempeña un papel de extraordinaria importancia al establecer el fundamento y los medios de prueba de la responsabilidad internacional: el Estado no es internacionalmente responsable de todos los actos ilícitos que se cometen en su territorio por el mero hecho de su comisión, pero lo será en la medida en que disponiendo del control efectivo sobre el mismo no los prevenga o no los persiga y sancione conforme ha de esperarse de un Estado normalmente organizado (v. Cap. XIX).

Se admite, en general, que un Estado puede afirmar su competencia con base en el principio de *territorialidad* sobre actos sólo parcialmente ocurridos en su territorio, sea por haber comenzado en él para continuar y consumarse en el extranjero (*territorialidad subjetiva*), sea viceversa, por haber comenzado en el extranjero para continuar y consumarse en él (*territorialidad objetiva*) o producir en él efectos directos, sustanciales y previsibles (*doctrina de los efectos*). Esta última doctrina, sostenida sobre todo en los Estados Unidos cuyo Tribunal Supremo la formuló por primera vez en el asunto *Alcoa* (1945), ha sido reiterada por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) en su opinión de 23 de agosto de 1996 (res. II-14/96, Anexo, B.8.d), habiendo encontrado en el ámbito de la legislación *antitrust* un campo de aplicación privilegiado, al legitimar la acción legislativa, judicial y administrativa sobre sociedades extranjeras que en el extranjero conciertan *ententes* llamadas a operar en el mercado local. La CE la hizo suya implícitamente a partir de la sentencia del TJCE en los asuntos *Pâte de bois* (1988). Tal vez ahora, también a ambos lados del Atlántico, se acaricie la idea de extender la misma doctrina al denominado *dumping social* para dignificar la lucha contra la eficaz competencia comercial de las llamadas *potencias emergentes*, particularmente felinas en el este de Asia.

En todo caso, estas pretensiones competenciales han de ser examinadas con circunspección y espíritu restrictivo. De otra manera pueden ser una espita abierta a toda clase de abusos. Un criterio de *razonabilidad* habrá de discernir si existe una vinculación entre el acto y el territorio suficiente para justificar la competencia local (v., por ej., la op. cons. del CJI, res. II-14/96, Anexo. B.8.e)

39. La dimensión extraterritorial de la soberanía

Siendo, como se ha dicho, el mencionado principio de *territorialidad* la base primordial para el ejercicio de la competencia, ¿se agota ésta una vez traspasadas las fronteras del Estado? ¿Goza el Estado de competencias *extraterritoriales*? Dicho de otro modo, ¿carece el Estado de competencia o jurisdicción para legislar, para juzgar o para ejecutar sus dictados sobre personas situadas y acontecimientos producidos fuera de su territorio? En el discutido fallo del ya citado asunto *Lotus* (1927), referido al estricto ámbito de la jurisdicción penal, la Corte de La Haya no admitió que el DI contuviese una prohibición general al respecto, entendiendo que la competencia estatal quedaría sólo limitada en los casos para los que se identificaran preceptos prohibitivos. Sin embargo, el enfoque de la Corte fue ya entonces fuertemente contestado y cabe recordar que su fallo sólo pudo ser adoptado gracias al voto de calidad del presidente, dado el empate que se había producido en la votación de los jueces.

El enfoque alternativo consiste en afirmar la necesidad de un nexo o conexión significativo entre el Estado y el objeto de su competencia que justifique su ejercicio *extraterritorial*. Este enfoque, que no se conforma con apreciar la inexistencia de una norma prohibitiva para aceptar el ejercicio libre de la soberanía más allá del territorio del Estado, sino que reclama para ello un positivo título habilitador, es sin duda más acertado. Muy recientemente lo ha expresado el CJI, al afirmar que “salvo la existencia de una norma de DI que lo permita, el Estado no podrá ejercer su poder en ninguna forma en el territorio de otro Estado” e insistir en que “la premisa básica, según el DI, para establecer las competencias legislativa y jurisdiccional, radica en el principio de la territorialidad” (CJI/res. II-14/96, Ane-xo, B.8.c).

¿Cuáles son esos títulos habilitadores? Digamos, en primer lugar, que no los hay, en términos de DI general, para avalar el empleo de la coerción en el territorio de otro Estado. Pero que sí los hay para justificar la coerción en un espacio internacional y el ejercicio de competencias legislativas y judiciales sobre personas y cosas que se encuentran y hechos que se verifican en *el extranjero*. Así resulta tradicionalmente de la nacionalidad de la persona (principio de *personalidad*), pero también, excepcionalmente, de la afectación de intereses fundamentales o esenciales del Estado (principio de *protección*) o de la sociedad internacional en su conjunto (principio de *universalidad*). Sin un nexo de esta naturaleza el DI no amparará un ejercicio extraterritorial de competencias. Es más, la concurrencia de uno de los principios mencionados puede no ser suficiente, porque cualquier ejercicio de una competencia extraterritorial debe ser *razonable*.

Junto al principio de *territorialidad*, base normal de competencia, el de *personalidad activa* tiene un carácter en cierto modo complementario. En cuanto a las otras bases de competencia excepcionales, si bien puede decirse que su mera existencia se encuentra admitida en la práctica de los Estados y ha sido acogida por la doctrina —de lo que son indicativas las discusiones en el seno del IDI (últimamente en la sesión de Cracovia, 2005)—, no puede decirse otro tanto sobre su alcance, por su aptitud para generar ejercicios competenciales abusivos, irrestrictos e invasivos de la soberanía de los Estados en cuyos territorios, cuando es el caso, tienen lugar los hechos.

40. El principio de *personalidad activa*

El Estado ostenta competencias sobre las personas físicas o jurídicas atadas a él por el vínculo de la nacionalidad, tanto si se encuentran en el territorio estatal como si radican fuera de él (v. Cap. XXI). Esta competencia personal es, pues, ejercitable: 1) en el propio territorio del Estado, confundándose o concurriendo en este caso con la competencia territorial; y, 2) fuera de él. Ejemplo de ello lo tenemos en el ejercicio de la llamada *protección diplomática* (v. Cap. XXII); o en la regulación de la prestación del servicio militar de los nacionales en el extranjero (cuando existe).

Conforme al principio de *personalidad activa* un Estado será competente para legislar o desplegar actividad judicial sobre sus nacionales —las personas que reúnan ese vínculo y, eventualmente, sus propiedades— también cuando se sitúen en el extranjero. En el caso de los buques y aeronaves este principio juega en favor del Estado del pabellón o del registro de matrícula.

En un espacio internacional, como la alta mar, la competencia personal tiene un efecto sustitutorio de la territorial. Pero cuando se ejerce sobre el territorio de otro Estado soberano la competencia basada en el principio de *personalidad activa* se topa con límites ineludibles. El primer límite consiste en no exigir a los nacionales conductas en contradicción con los presupuestos del Derecho interno de los Estados en que se encuentren. Esto ocurriría, por ejemplo, en el caso de que Gran Bretaña pretendiese que sus nacionales conduzcan en el continente por el carril izquierdo de la carretera, contra lo dispuesto por el soberano territorial. No obstante, cuando la actitud del Estado local es permisiva de determinados comportamientos, el alcance prohibitivo de la ley personal es muy discutido: piénsese, por ej., en la interrupción del embarazo conforme a la ley del territorio en que se practica, pero contra lo dispuesto por la ley personal de la mujer afectada.

Por otro lado —se trata de un límite más genérico— determinadas materias deben ser obviamente reguladas por el Estado local, son de su competencia interna. Se trata de un límite, eso sí, evolutivo y sensible a variables culturales y de poder: en el pasado, por ej., el régimen de capitulaciones en el Imperio Otomano concedió a la competencia personal un alcance que hoy sólo sería aceptable para atender situaciones excepcionales.

Así, por ej., para solucionar contenciosos descolonizadores como los de Gibraltar y Malvinas, en que se ha reconocido la legitimidad de la reclamación de España y Argentina frente a una población hostil a la retrocesión territorial, se ha propuesto como fórmula de arreglo una transferencia estrictamente territorial, que permitiese a la potencia administradora conservar una amplia jurisdicción sobre la población.

Por último, ya hemos advertido que bajo ningún concepto el DI ampara ejercicios extraterritoriales de las competencias de ejecución del Estado, aunque tuviesen por objeto la adopción de medidas de policía contra sus nacionales en el extranjero.

En este sentido, el secuestro en Venezuela en diciembre de 2004 y posterior traslado a Colombia del considerado *canciller* de las FARC, Rodrigo Granda, para someterlo a juicio fue un acto ilícito de haber mediado intervención directa o indirecta de las autoridades y agentes colombianos en los hechos, más aún cuando no se experimentaron los medios de cooperación o auxilio penal, en particular la solicitud de arresto a efectos de extradición, objeto de tratados entre las partes. La eventual responsabilidad del gobierno venezolano en la asistencia a la guerrilla colombiana ha de dirimirse en otra sede.

41. Otros principios que justifican el ejercicio de competencias extraterritoriales

a) El principio de *personalidad pasiva* habilitaría al Estado para ejercer competencia en relación con personas que, situadas en el territorio de otro Estado, han causado perjuicio a los derechos o intereses jurídicos de un nacional del Estado que reclama la competencia y que se encuentra también fuera de su territorio.

La invocación de esta base competencial se encuentra vinculada a menudo a la persecución de los actos de terrorismo.

Así se plasma en la legislación de los Estados Unidos —*Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act*, de 1986— que concede jurisdicción a los tribunales de dicho país sobre delitos de terrorismo que tengan a sus nacionales como víctimas. Esta competencia se extiende a las personas y a sociedades independientemente de su nacionalidad y cualquiera que sea el lugar en el que estas personas o sociedades se encuentren o hayan cometido sus actos. También en la legislación francesa —art. 689 del Código de procedimiento criminal de 1975— si bien con carácter subsidiario respecto de la competencia del Estado en el que se han producido los actos terroristas.

La principal objeción al principio de *personalidad pasiva* estriba en que los casos que podrían justificarlo caben cómodamente dentro de otros principios (*protección y universalidad*) y los demás son menores (afectan al viajero, turista o emigrante y pueden estar marcados por diferencias de cultura jurídica) y/o dan pie a alegaciones manifiestamente improcedentes.

b) El principio de *protección* pretende otorgar competencia extraterritorial al Estado a fin de salvaguardar sus símbolos (empleo de emblemas, bandera nacional) e intereses fundamentales, entre los que el IDI (sesión de Cambridge, 1931) ha mencionado la seguridad nacional, el monopolio de emisión de monedas y billetes de banco y timbres. Este principio también ha sido invocado por Israel para justificar su persecución de los criminales de guerra nazis.

Un buen reflejo del principio de protección aparece plasmado en el artículo 23.3 de la LOPJ española, mediante el que se declara la competencia de los tribunales españoles para conocer de los hechos cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean constitutivos de delitos contra la paz o independencia del Estado (ap. a, en conexión con los arts. 590, 591, 592 del Código penal de 1995), rebelión y sedición (ap. b, en conexión con los arts. 472 y ss. y 544 y ss. del Código Penal) y falsificación de moneda (ap. e, en conexión con el art. 386 del Código Penal).

Con ser generalmente aceptado, el principio de *protección* es susceptible de una utilización abusiva en la medida en que se incurra en una interpretación extensiva de los intereses vitales o fundamentales del Estado, dignos de protección.

Algún Estado, por ej., ha pretendido sentar en este principio su competencia en situaciones que causaban daños a intereses económicos de sus nacionales, alegando que comportaban perjuicios a la economía nacional. La respuesta de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction* (1970) ha sido rotunda, negando que el principio de protección pueda invocarse sobre la base de daños meramente económicos. Sin embargo, en una hipótesis

extrema sí ha reconocido la doctrina la posibilidad de que un Estado se ampare en el principio de *protección* para proyectar su competencia normativa más allá de los propios límites territoriales, tratándose de daños económicos. Sería el caso de un complot de bancos extranjeros contra la moneda de un país, conducta que a todas luces puede llegar a implicar un grave quebranto de la soberanía económica y política del Estado afectado.

En todo caso, para ser internacionalmente admisible, la adopción del principio de *protección* ha de concebirse en términos excepcionales, muy restrictivos.

c) La lucha contra piratería y la trata de esclavos, una vez que la esclavitud fue abolida, se han presentado como manifestaciones prototípicas de asunción por los Estados de causas de la humanidad que justificarían un ejercicio de jurisdicción basado en el *principio de universalidad*. Sin embargo, en estos casos lo característico era —y es— la competencia que se reconoce a todo Estado para perseguir en espacios internacionales, como la alta mar, a piratas y negreros con independencia del pabellón que enarbolan los buques sospechosos y, eventualmente, a juzgarlos, caso de que hayan procedido a su aprehensión.

El principio de *universalidad* va más lejos cuando, sirviendo también intereses de la *comunidad internacional en su conjunto*, habilita al Estado a ejercer su jurisdicción sobre responsables de *crímenes internacionales*, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los supuestos más graves de los crímenes de guerra, sea cual sea su nacionalidad y la de las víctimas y el lugar en el que hayan cometido sus actos (v. Cap. XXX).

En estos términos se trata de un principio discutido. Según una opinión el DI General prohibiría a los Estados ejercer jurisdicción sobre crímenes con los que el foro no guarda una conexión razonable, territorial, personal o de interés particular, casos en los que se aplicarían los principios antes considerados.

Esta fue la posición de Chile cuando en 1998 España (que acoge el principio de universalidad en el art. 23.4 de la LOPJ) solicitó de Gran Bretaña la extradición del general Pinochet, circunstancialmente en Londres, por genocidio y torturas. Según el gobierno de Chile la universalidad de la jurisdicción penal, de admitirse, se convertiría en un factor de anarquía internacional y violentaría la soberanía e igualdad jurídica de los Estados.

Según otra opinión (que el IDI ha hecho suya en la sesión de Cracovia, 2005) la competencia universal sobre crímenes internacionales se funda en el DI consuetudinario. El DI General es en este punto permisivo, siendo una cuestión de soberanía legislativa de cada Estado asumir el principio de universalidad, modular su alcance y condicionar su aplicación, atendiendo a su implicación en la protección de los derechos humanos y sus consecuencias de política exterior, en particular su incidencia sobre la satisfacción de otros objetivos.

La cuestión está *sub iudice* ante la CIJ en virtud de la demanda interpuesta contra Francia por la República del Congo, el antiguo Congo francés (*Ciertos procedimientos penales en Francia*, 2003). La Corte pudo antes pronunciarse con ocasión de la demanda de la R.D. del Congo (antes Zaire) contra Bélgica por la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* contra su ministro de Relaciones Exteriores, pero no lo hizo (2002), al haber abandonado el demandante la pretensión de que la persecución penal con base en el principio de universalidad infringía los principios de soberanía e igualdad soberana.

42. La dimensión exterior de la soberanía

La soberanía del Estado implica, hacia el exterior, la capacidad para participar directamente en las relaciones internacionales en condiciones de *independencia* —esto es, adoptando libremente las propias decisiones en el marco de las normas y obligaciones internacionales del Estado— e *igualdad jurídica* —*par in parem non habet imperium*— pese a las diferencias de orden político, económico, social, cultural o de cualquier otra especie que puedan darse entre los Estados.

Esta capacidad se traduce en la aptitud del Estado para participar en la formación de normas generales, asumir compromisos mediante tratados y actos unilaterales, establecer y mantener relaciones diplomáticas y consulares, disfrutar de inmunidad y ver respetados sus símbolos en el extranjero, ser miembro de OI y sujeto activo y pasivo de responsabilidad internacional, ejercer la protección diplomática de sus nacionales, enarbolar su pabellón en naves y contar con su propia matrícula de aeronaves, acceder libremente a los espacios internacionales, acudir a medios de arreglo de controversias reservados a los Estados, usar la fuerza y recurrir a represalias en los términos permitidos por el DI y, en general, participar en cualesquiera manifestaciones anejas a la condición primaria y plenaria de la subjetividad internacional que es propia del Estado soberano en sus relaciones con otros sujetos internacionales.

El grado de participación, o de compromiso, depende en la práctica de muchos factores, vinculados unos a las capacidades intrínsecas o materiales de cada Estado, vinculados otros a su voluntad; pero en abstracto esa participación está exenta de limitaciones.

Entre los supuestos de participación estatutariamente limitada cabe mencionar los del Estado *neutral*, el Estado *dependiente* y el Estado *sancionado* por el C. de S. de las NU:

1) El estatuto de *neutralidad* obliga a los Estados concernidos a no adherirse a ninguna Organización, Pacto o Alianza que pudiera conducirles a la guerra o al uso de la fuerza armada salvo en legítima defensa. Este estatuto implica una voluntad libremente expresada por el *neutral* y aceptada por el resto de los Estados, bien por vía *convencional*, como es el caso de Suiza (proclamación hecha el 20 de marzo de 1815 y recogida en Acta del 20 de noviembre del mismo año), o por vías *de hecho*, a través de *facta concludentia*, como es el caso de Costa Rica (cuya neutralidad proclamada el 17 de noviembre de 1983 mediante un acto unilateral de su presidente, no ha sido contestada por ningún Estado).

El estatuto de neutralidad presenta como rasgos característicos: a) su *estatalidad*, en el sentido de que se aplica al Estado en cuanto tal, lo que lo distingue de los territorios sometidos a un régimen de neutralización dentro de un Estado (por ej., el canal de Panamá); b) su *generalidad*, esto es su operatividad respecto de cualesquiera Estados beligerantes, lo que permite diferenciarlo de la neutralidad respecto de un conflicto en que está implicado un Estado o Estados

determinados; c) su *permanencia*, lo que lo diferencia de la neutralidad *ocasional*, adoptada frente a un conflicto armado concreto, y d) su *vinculatoriedad* jurídica frente a terceros, lo que la distingue de la política de *no alineamiento*.

Las características de *permanencia* y *vinculatoriedad* no deben ser interpretadas como imposibilidad de revocación. La existencia de supuestos en la práctica internacional de Estados —Bélgica y Luxemburgo— que han abandonado la condición de neutrales o que —como Austria— podrían hacerlo en el futuro, vendría a avalar esta posibilidad, siempre y cuando se respeten los derechos de terceros Estados (v. Caps. VII en relación con los actos unilaterales y el *estoppel* y XII respecto de la denuncia de los tratados).

Suiza ha sido arquetipo del Estado neutral, al punto de haber permanecido fuera de la ONU hasta 2002 por la posible incompatibilidad con ese estatuto de ciertas obligaciones derivadas de la Carta que podrían implicar la aplicación de *sanciones*, incluido el uso de la fuerza armada contra otros Estados o facciones implicadas según el C. de S. en situaciones de amenaza o quebrantamiento de la paz y actos de agresión (v. Cap. XXVII). Cabe pensar, sin embargo, al amparo del registro histórico, que detrás de esta argumentación subyacían otros intereses. De hecho otros Estados que se consideran neutrales, como Austria, eran miembros de la Organización. Costa Rica, que también lo era antes de declararse neutral, no consideró su retirada.

2) Hasta la segunda mitad del siglo XX aún podía hablarse de los Estados *dependientes* o *semi-independientes* (bajo un régimen de *protectorado* u otro similar) que entregaban el ejercicio de renglones fundamentales de sus competencias soberanas (defensa, hacienda, relaciones exteriores...) a otro Estado obviamente más poderoso, que los había *persuadido* recurriendo en su caso a demostraciones militares o, incluso, a la ocupación. En nuestro tiempo, la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza (v. Cap. XXVI) hace inviables estos métodos para establecer un estatuto cuya misma denominación, contradictoria con la idea de soberanía e igualdad, ha devenido caduca.

No obstante, tal vez porque lo pequeño es, según se dice, hermoso (*small is beautiful*) los más poderosos siguen sintiendo una irresistible tentación a controlar a los sujetos de reducida dimensión que por su vecindad o localización pueden afectar a —o proyectar— sus intereses estratégicos. Los llamados estatutos de *asociación*, que han prosperado en particular en la última etapa de la descolonización (v. Cap. IV), son su manifestación más clara; pero la entrega de representación exterior y defensa que los viejos *Estados exigüos* de Europa (Andorra, Liechtenstein, Mónaco, San Marino) y de otros continentes (por ej., Bután) hicieron a sus vecinos en un tiempo muy anterior responde básicamente al mismo concepto. Cuando es el fruto de un acuerdo libremente consentido, nada hay que objetar a este estatuto, compatible con la membresía en NU.

3) Las consecuencias que para Iraq tuvo la invasión y ocupación de Kuwait en 1990, una vez expulsada del Emirato por una coalición internacional bajo el mando de los Estados Unidos con autorización del C. de S. (res. 678, de 1990), permiten proponer la categoría de los Estados *sancionados*. Para lograr un alto el fuego y evitar que la coalición avanzara sobre Bagdad arriesgando la continui-

dad del régimen *baasista*, Iraq hubo de consentir condiciones draconianas, entre ellas la renuncia, bajo una inspección internacional muy intrusiva, a las armas de destrucción masiva y a misiles por encima de los ciento cincuenta kms. de alcance, el control de su comercio exterior (cuyas rentas fueron aplicadas en parte al pago de reparaciones) y la imposición de la demarcación de su frontera con Kuwait (res. 687, de 1991...; res. 833, de 1993, sobre la demarcación fronteriza).

De ahí que la *Cour de Cassation* francesa (*Dumez GTM c. État irakien et autres*, 1999) se cuestionase si, habida cuenta de las limitaciones impuestas a su soberanía, el Estado iraquí tenía derecho a invocar inmunidad ante los tribunales de otro Estado.

No ha de descartarse que, en el futuro, la persecución de los Estados *hampones*, se articule sobre este modelo, excluyendo o limitando derechos soberanos del Estado (v. *infra*).

43. Órganos de la acción exterior del Estado

Todos los órganos del Estado, en la medida en que pueden desarrollar actividades valoradas por el DI —cumplimiento o violación de obligaciones, ejercicio de derechos, poderes y facultades— tienen relevancia para éste, ya sean órganos del poder ejecutivo, legislativo o judicial (v. Cap. XIX). Dicho esto, los Estados cuentan con órganos especialmente encargados de llevar adelante las relaciones internacionales.

Aunque en ejercicio de su soberanía los Estados pueden, aplicando el principio de autoorganización, dar a su acción exterior la estructura orgánica que consideren oportuna, la práctica estatal muestra una cierta homogeneidad en la respuesta siendo posible establecer una primera clasificación entre los órganos *centrales*, con sede en el territorio del Estado, y los órganos *periféricos*, que ejercen sus funciones fuera del mismo, ya sean éstas de contenido *general* y carácter *permanente* (misiones diplomáticas y representaciones ante OI, oficinas consulares), ya se trate de mandatos concretos y por un tiempo limitado (diplomacia *ad hoc*, en particular *misiones especiales*).

Sobre los órganos *centrales* conviene ahora destacar que una práctica secular ha conducido a la formación de normas internacionales sobre la competencia de tres de ellos —el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de Asuntos Exteriores— para manifestar la voluntad estatal y comprometer al Estado (CPJI, *Groenlandia Oriental*, 1933; CIJ, *Ensayos nucleares*, 1974; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 1993, 1996; *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, 2002; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002; *Actividades armadas en el territorio del Congo*, 2006), lo que puede plantear eventualmente problemas en el orden constitucional interno (v. Caps. VII y VIII).

También como consecuencia de una práctica secular emergieron normas internacionales sobre los caracteres, funciones, privilegios, inmunidades y protección que el DI confiere a los órganos encargados de la acción exterior. Las relaciones diplomáticas, las relaciones consulares y las misiones especiales han sido objeto de codificación y desarrollo progresivo (Convenios de Viena de 1961, 1963 y 1967, respectivamente). (V. Cap. XXV). Cabe también mencionar la protección penal que pretende brindar a los representantes del Estado extranjero la Convención sobre prevención y castigo de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas (1973).

XII. EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN

44. *Noción*

A los efectos que nos interesan puede definirse la *intervención* como el *acto por el que un Estado —o grupo de Estados— se entromete por vía de autoridad en los asuntos que son de la jurisdicción doméstica de otro, imponiéndole un comportamiento determinado*.

45. *Consagración histórica en el Derecho Internacional Americano*

La consagración formal y solemne del principio de *no intervención* fue una de las anticipaciones normativas del DI Americano. El 2 de diciembre de 1823, James Monroe, Presidente de los Estados Unidos, dirigió un mensaje al Congreso de su país en el que declaró la oposición a cualquier intento de intervención de las potencias europeas en el *nuevo* continente.

Se trataba, sobre todo, a partir del *status quo*, de advertir contra expediciones restauradoras de la monarquía española en el continente y políticas colonizadoras de otros países que alargasen su actual asentamiento territorial en América. En este sentido, la *declaración Monroe* era un buen complemento del principio que negaba la existencia de tierras sin dueño (*terra nullius*) en las antiguas posesiones de la Corona española, una tentación siempre presente en algunas Cancillerías europeas. Baste, a título de ejemplo, la forma en que la Patagonia aparecía a menudo en los mapas de la época, separada de la República Argentina y de Chile.

La crónica histórica reveló, sin embargo, que esta *doctrina* de exclusión europea sentaba también los cimientos del intervencionismo de los Estados Unidos en el resto del hemisferio.

Estados Unidos expandió su territorio en detrimento de México, favoreciendo asentamientos humanos conformes con su política expansiva (por ej. Tejas, incorporada a la Unión en 1845) y ejerciendo la guerra de conquista (en la de 1847 México perdió la mitad del territorio que fue del Virreinato); también supo aprovechar en beneficio propio los movimientos emancipadores en los restos insulares del viejo imperio español, mediatizando la independencia cubana (enmienda Platt, entrega de Guantánamo...) y obteniendo de una

España derrotada la cesión de Filipinas, Puerto Rico y Guam; desencadenó, mediado el siglo, bajo el signo de la explotación del guano (*Guano Act*, 1856) una frenética ocupación de islas, cayos y rocas deshabitadas en el Pacífico y en el Caribe, con absoluto desdén hacia el principio que negaba la existencia de *terrae nullius* en la América española; apadrinó el separatismo panameño de Colombia (Panamá, 1903) para satisfacer su objetivo vital de una rápida comunicación transoceánica.

Estados Unidos, fue el artífice y más destacado exponente del *imperialismo* que hizo presa en las repúblicas latinoamericanas. En 1912 Elihu Root, antiguo Secretario de Estado, había proclamado un *destino manifiesto*: controlar toda América, y antes, en 1904, un Presidente, Teodoro Roosevelt, había brindado la receta: hablar con suavidad, llevando en las manos una *buena tranca* (*big stick*). Los hechos tradujeron cumplidamente esta política que requería técnicas compatibles con la condición de los países *civilizados* de América como Estados formalmente soberanos e independientes, miembros de la sociedad internacional: injerencia e intervención en los asuntos internos, ocupación de puertos y aduanas, control político y económico de gobiernos y administraciones, ejércitos cipayos, corrupción, adecuación de las normas internacionales a los intereses de los inversores en materias como el trato de los extranjeros o la responsabilidad internacional del Estado, ejercicio abusivo de la protección diplomática, uso de la fuerza... Desde más de un punto de vista la suerte de las Repúblicas latinoamericanas, sobre todo en América Central y el Caribe, protectorados *de facto*, no era mejor que la de los países *bárbaros* del norte de África y del Extremo Oriente...

Por otro lado, este intervencionismo de los Estados Unidos, cuyas manifestaciones armadas fueron frecuentes en América Central y el Caribe, no excluyó de hecho el de las potencias europeas, salvo en los puntos en que lo requirió la competición de sus intereses. Las sucesivas intervenciones francesas en México desde 1838, bajo la pantalla de reclamaciones financieras, que culminan con la instauración del *Imperio* de Maximiliano en 1864, efímero y perseverantemente combatido; la ocupación (1841-1894) y bloqueos sucesivos de la *Mosquitia* nicaragüense por unidades de la flota de S. M. B., *protectoras* de las tribus zambas; la consolidación británica en Belice (en perjuicio de Guatemala) y su usurpación de territorio venezolano para afianzar la colonia de Guyana; los bloqueos sucesivos de las costas de este país por diferentes flotas europeas; las incursiones navales británicas y francesas en el Río de la Plata —ocupando la misma isla de Martín García— para imponer su política de libre navegación por los ríos de la cuenca, aprovechando el conflicto de intereses de la provincia de Buenos Aires con las del interior y con los otros países ribereños; la (re)ocupación de las Malvinas por Gran Bretaña (1833); el cañoneo del puerto de El Callao y la ocupación de las islas Chinchas peruanas por unidades navales españolas (1864), o la esperpéntica declaración de soberanía (1858) de la roca de Clipperton, uno de los dos únicos cayos oceánicos del Pacífico nororiental, a más de seiscientas millas de Acapulco, en nombre de Luís Napoleón, son apenas unos botones de muestra de que Europa seguía vivamente interesada en América, aunque América no lo estuviese tanto en Europa. Todo eso sin contar la injerencia —característica de Gran Bretaña en

el cono Sur— en los asuntos internos de las Repúblicas, el fomento de conflictos civiles, asonadas y cuartelazos, o la manipulación de los contenciosos territoriales que dieron en guerras como la del Pacífico (1879-1883), de resultados de la cual Bolivia fue condenada a la mediterraneidad. Las glosas de Presidentes y Secretarios de Estado a la *doctrina Monroe* (Polk, 1845: contra nuevas adquisiciones territoriales europeas mediante tratado; Grant, 1870: excluyendo tales adquisiciones incluso cuando lo solicitara la población; Olney-Cleveland, 1895: contra la expansión de las colonias) no siempre llegaron a tiempo.

Es lógico, pues, que las Repúblicas latinoamericanas que un día simpatizaron con la *doctrina Monroe*, creyendo que con ella América sería de todos y de sólo los americanos, trataran de zafarse de las intervenciones extranjeras mediante una proclamación expresa y solemne de su prohibición.

Así, durante decenios las relaciones de los Estados Unidos y de las Repúblicas latinoamericanas en el ámbito multilateral panamericano se polarizaron dialécticamente alrededor de un principio —el de no intervención— que éstas querían ver reconocido por su todopoderoso vecino del Norte. En 1933 (VII Conferencia Interamericana de Santiago de Chile) lo consiguieron por vez primera y desde entonces aprovecharon todas las oportunidades del calendario de reuniones continentales para refrescar el principio en declaraciones y tratados, en lucha con la recalcitrante práctica de los Estados Unidos.

Después de la Segunda Guerra Mundial el principio de *no intervención* se asentó firmemente en la estructura jurídica del sistema interamericano. La Carta de la OEA (arts. 15 a 17) dio de él una versión tan amplia y categórica en 1948 que no tiene parangón con ningún otro instrumento convencional o declaración colectiva, lo que explica su acusada influencia en las resoluciones posteriores de las Naciones Unidas, particularmente en la *Declaración sobre los Principios de DI referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados de conformidad con la Carta* (res. 2625-XXV, 1970).

Comentando los trabajos del Comité especial que elaboró esta declaración, G. Arangio-Ruiz apreció la sensibilidad latinoamericana por el tema, embargado por la sensación de que allí cualquier duda acerca de la autonomía conceptual del principio de no intervención respecto de otros principios —como la prohibición del empleo y amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales— podía considerarse una ofensa a los países latinoamericanos.

46. Consagración histórica en el Derecho Internacional General

Hasta entrado el siglo XX fueron recurrentes las iniciativas para perfilar una distinción entre intervenciones *lícitas* e intervenciones *ilícitas* atendiendo a la existencia o no de un título jurídico suficiente para justificarlas, citándose al respecto, sea las previsoras cláusulas de un tratado, sea la petición formal de un gobierno en apuros, sea un interés legítimo del interviniente (como la protección de sus nacionales y de sus bienes o el cobro de una deuda) o, incluso, de la

comunidad internacional (según se aducía en las llamadas intervenciones de *humanidad* en defensa de la vida y las libertades de grupos humanos independientemente de su nacionalidad).

Desde los orígenes mismos del DI la idea de soberanía (sin libre determinación) vivió en tensión con la de solidaridad basada en la unidad del género humano y, así, las políticas de intervención siempre pudieron contar con apoyos doctrinales que bebían en las fuentes del iusnaturalismo y del racionalismo. Alberico Gentili (siglo XVI) hablaba de la guerra *por honor*, que se hace como asunto común y para otros (*communi ratione et pro allis*). El mismo Hugo Grocio (siglo XVII) insistía en que el derecho del Príncipe a hacer la guerra existía aunque la *iniuria* no recayese sobre él o sus súbditos. Nada mejor para justificar el apoyo de Inglaterra y de otros reinos a la insurrección de las provincias neerlandesas comandadas por Guillermo de Orange contra el tirano Felipe II. Pero la protección de los inocentes contra la tiranía de sus señores es también uno de los títulos de derecho natural o humano que Francisco de Vitoria (siglo XVI) consideró legítimos para justificar la conquista de América. Con la Ilustración, la asistencia al pueblo desgraciado por culpa de un tirano sigue siendo una excepción al principio de no intervención (véase, por ej., en Emeric de Vattel, siglo XVIII).

Sin embargo, las intervenciones *lícitas* del pasado sirvieron generalmente para facilitar una imagen de aparente respetabilidad a la realización de objetivos poco o nada respetables de las Grandes Potencias.

Recordemos, un ejemplo entre mil, la política de intervención de la Santa Alianza en pro del legitimismo dinástico (1820-1830). Partiendo del postulado del carácter ilícito de los movimientos revolucionarios o, simplemente, liberales, la Santa Alianza estableció la consecuencia de que los gobiernos originados por tales movimientos dejaban *ipso facto* de formar parte del concierto europeo, al que sólo se reintegrarían cuando su situación ofreciese de nuevo garantías de orden y estabilidad, lo que suponía la *restauración*, gracias a la intervención armada de los miembros de la Santa Alianza, de los monarcas derrocados o limitados en sus poderes. Así fue repuesto Fernando VII como rey absoluto de España en 1823 por los *cien mil hijos de San Luís*.

La verificación histórica de que no interviene quien *quiere*, sino quien *quiere y puede* y que sólo, por lo tanto, en el contexto de relaciones *desiguales* han de prosperar los actos de intervención, acabó desbaratando las políticas dirigidas a la afirmación de un *derecho* que, aun condicionado, había de tener siempre como titulares ejercientes a los más fuertes en una relación concreta. El DI no podía orientarse a la legitimación de los atentados a la independencia y contra la igualdad soberana de los Estados abriendo el portillo a determinadas formas de intervención.

En el asunto del *Estrecho de Corfú* (fondo, 1949) la CIJ fue terminante: el *pretendido* derecho de intervención no era sino la manifestación de una *política de fuerza* que, en el pasado, había dado lugar a los más graves abusos; cualesquiera fuesen las actuales deficiencias de la organización internacional, no podía encontrar acomodo en el Derecho de Gentes. Reservada por la naturaleza de las cosas a los Estados más poderosos, podría llevar fácilmente a falsear la administración de justicia.

Este *dictum* de la Corte tenía más valor cuando se advierte la falta en la Carta de las NU, para entonces ya en vigor, de una proclamación expresa indiscutible del principio de *no intervención* a cargo de los Estados, aunque éste se dedujera de la interpretación de otros principios de la Carta.

En efecto, al prever (art. 2.7) que “ninguna disposición de esta Carta autorizará a las NU a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”, la Carta —se argüía— prohibía la intervención, no sólo de la Organización, sino también de los Estados miembros, y ello, tanto por consideraciones de lógica elemental, como atendiendo al párrafo introductorio del artículo 2, donde se dispone que la Organización y *sus miembros* procederán de acuerdo con los principios que, a continuación, enumera en siete apartados.

Esta interpretación, sostenida mayoritariamente entre latinoamericanos, afroasiáticos y los otrora socialistas, no era compartida por Estados Unidos, a la cabeza de un grupo de países occidentales, para los que el principio de *no intervención* estaba sólo implícito en los de igualdad soberana de los Estados (art. 2.1) y prohibición de la amenaza y uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las NU (art. 2.4).

El objetivo de la interpretación *occidental* era claramente restrictivo, al reabsorber el deber de *no intervención* en los usos prohibidos de la fuerza en las relaciones internacionales que, para esos mismos países, se limitaban a la fuerza armada. Sin embargo, el uso y la amenaza de la fuerza (armada) expresa las manifestaciones más graves de violación del principio de no intervención, no al revés.

Contando con el antecedente del proyecto de Declaración sobre Derechos y Deberes de los Estados (arts. 3 y 4), empantanado por la AG en 1949, el debate iniciado en 1964 sobre el principio de *no intervención* en el seno del Comité Especial que había de elaborar la *Declaración sobre los Principios* brindó la ocasión para su formalización dentro del sistema de NU.

En el Comité chocaron inicialmente quienes auspiciaban una declaración categórica prohibiendo la intervención, completada con una amplia enumeración ejemplificativa de los más importantes actos prohibidos (propuesta mexicana), y quienes aconsejaban limitarse a una afirmación, sin definiciones ni tipos, del deber de no intervención, dejando a los órganos de la ONU y de otras OI la tarea de apreciar caso por caso las infracciones (propuesta británica). Aparentemente, la flexibilidad de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados parecía acomodarse mejor con los intereses de los países occidentales, preocupados por mantener lo más abierto posible el cauce de su *influencia*, y choca con la batalla que esos mismos países, y particularmente la misma Gran Bretaña, dieron por hacer del *ius cogens* un repertorio de tipos (v. Cap. I).

El 21 de diciembre de 1965 se produjo extramuros del Comité un hecho sobresaliente: la aprobación por la AG, con la sola abstención de Gran Bretaña, de una *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos domésticos de los Estados y la protección de su independencia y soberanía* (res. 2131-XX). Era la primera vez en la historia de la ONU que se lograba —y con tal respaldo— una formulación general y particularmente vigorosa del principio de no intervención.

La naturaleza de esta resolución y su incidencia en los trabajos del Comité Especial fueron objeto de discordia:

- Para unos (latinoamericanos, afroasiáticos, socialistas) la res. 2131—XX reflejaba una *convicción jurídica universal* —era, incluso, un *acto jurídico imperativo* que ofrecía una *interpretación auténtica* de una norma o principio de DI general incluido en la Carta por un órgano en que están representados casi todos los Estados del mundo (Uchakov)— y el Comité debía —tomando la resolución como mínimo irreductible— examinar *proposiciones adicionales con miras a ampliar el área de acuerdo*.
- Para otros (occidentales) la resolución, cocinada en la Comisión I de la AG, que se encarga de las cuestiones políticas, y no en la VI, que se ocupa de las jurídicas, era un documento esencialmente político, oscuro en algunos puntos e improcedente en otros, que en absoluto coartaba la libertad del Comité para examinar *todas las propuestas* para lograr el *más amplio acuerdo posible* sobre la formulación *jurídica* del principio.

Obviamente, no era lo mismo *ampliar el área del acuerdo* que *lograr un acuerdo lo más amplio posible*. Al término de varios años de escaramuzas, en 1970 se convino formular el principio de no intervención mediante la *reproducción* de los párrafos operativos de la res. 2131-XX. En consecuencia, la *Declaración sobre los Principios* se limitó a repetir, con ligerísimos cambios de forma, la parte dispositiva de aquella resolución, sistematizándola y armonizándola con los demás principios que incorporaba.

47. Caracterización y alcance del principio

“El principio de no intervención supone el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia exterior; aunque los ejemplos de violación del principio no sean raros, la Corte estima que forma parte del DI consuetudinario” (CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986).

De acuerdo con la *Declaración sobre los Principios*, son *violaciones del DI*:

1) *Los actos de los Estados y grupos de Estados, por sí o por testafierro* (“Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente...”; “Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas...”).

2) *Sea cual fuere el motivo* (es decir, sin resquicios para una doctrina de títulos lícitos de intervención, abstracción hecha de la asistencia a los movimientos descolonizadores, v. Cap. IV).

3) *Sean cuales sean los medios empleados* (“Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza...”; “...aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole”).

4) *Para atentar contra la personalidad o los elementos políticos, económicos y culturales de otro Estado o para coaccionarlo, a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos* (“Todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado...”; “Todos los Estados deberán también abstenerse de... (actividades) encaminadas a cambiar por violencia el régimen de otro Estado y de intervenir en una guerra civil”).

En el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) la CIJ, inspirándose en la Declaración, confirmó los elementos esenciales del principio de no intervención, al decir que “según las formulaciones generalmente aceptadas, este principio prohíbe a todo Estado o grupos de Estados intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otro Estado. La intervención prohibida debe, pues, recaer sobre materias respecto de las cuales el principio de soberanía de los Estados permite a cada uno de ellos decidir libremente. Ello ocurre con la elección del sistema político, económico, social y cultural y con la formulación de la política exterior. La intervención es ilícita cuando utiliza medios de coerción... Este elemento de coerción, constitutivo de la intervención prohibida y que forma parte de su propia esencia, es particularmente evidente en el caso de una intervención que utiliza la fuerza, bien bajo la forma directa de una acción militar, bien bajo la forma indirecta de apoyo a actividades armadas subversivas o terroristas en el interior de otro Estado”.

48. *Los límites del principio*

Así caracterizado, el principio sólo cede en situaciones que el C. de S. tipifique como amenazas o quebrantamientos de la paz. El artículo 2.7 de la Carta dispone, en efecto, que este principio “no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII” y la *Declaración sobre los Principios* cierra los párrafos dedicados a la *no intervención* advirtiendo que nada en ellos “deberá interpretarse en el sentido de afectar las disposiciones de la Carta de las NU relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”.

Por otro lado, el principio de *no intervención*, en relación secante con el que prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza, está en relación tangente con la *influencia* que unos Estados ejercen sobre otros como resultado normal y lícito de la práctica diplomática.

La mayoría en el Comité especial que preparó la *Declaración sobre los Principios* se negó a una constancia expresa de la licitud de la *influencia*, solicitada por delegaciones occidentales, porque no quería debilitar la proclamación del principio ni conceder un baluarte, por modesto y razonable que fuese, tras el que pudiera encastillarse dialécticamente una política de intervención; al fin y al cabo, las denominadas zonas o esferas de *influencia* habían sido la expresión misma del intervencionismo (v. *infra*). Pero la apreciación británica de que el concepto de intervención no absorbía los actos de unos dirigidos a *influir* en los de otros, en tanto fueran compatibles con los principios de igualdad soberana y libre determinación de los pueblos, era inobjetable incluso para los autores de una Declaración que —como su antecedente, la res. 2131-XX— pecaba por exceso de redacción.

Ahora bien, ¿dónde trazar la raya entre una *influencia* permitida y una *intervención* prohibida, cuando ésta no plasma en el recurso a la fuerza armada? El sutil juego de la persuasión diplomática y la hábil gestión de sus recursos por un Estado en una negociación se transforman de *influencia* en *injerencia* cuando la acción es afectada por un elemento subjetivo, *intencional*, difícilmente aprehensible. Un propósito determinado, el de *coaccionar*, el de actuar por vía de autoridad para forzar a un Estado a bailar al son que otro le marca, es el que convierte en actos de intervención la adopción y aplicación de determinadas medidas políticas y económicas que forman parte del acervo de competencias discrecionales de los Estados.

La prueba del *animus* de coerción puede ser diabólica. Un aumento de arancel, la interrupción de importaciones, el lanzamiento al mercado de los excedentes de una reserva estratégica, una inflexión en los precios de este o aquel producto de base que constituye la principal fuente nutricia de divisas de un país, pueden colocar a éste en una situación desesperada. Pero, ¿cómo demostrar que es un elemento de presión intolerable y no, simplemente, la respuesta a exigencias de la seguridad nacional, la protección de sus productores o la salvaguardia de otros intereses legítimos del Estado que toma las medidas?

En estas circunstancias, sólo el acompañamiento de las declaraciones normativas con mecanismos institucionales que garanticen su correcta observancia podría impedir que la dimensión *jurídica* operante del principio de no intervención acabe en invocaciones retóricas dentro del enfrentamiento *político* de dos o más Estados. Desgraciadamente esos mecanismos brillan sólo por su ausencia y los órganos de las NU, aun tratando de sacar algunas consecuencias del principio de no intervención (por ejemplo, en relación con el empleo de *mercenarios* para derrocar gobiernos, un peligro cierto para pequeños países débilmente organizados), han vuelto una y otra vez sobre la misma canción...

XIII. LA DESIGUALDAD REAL DE LOS ESTADOS Y SU INCIDENCIA SOBRE LA IGUALDAD SOBERANA

49. La igualdad soberana

El principio de igualdad soberana se deduce de la coexistencia de una pluralidad de Estados igualmente soberanos. Se trata, como señala P. M. Dupuy, de una *ficción constitutiva* del sistema legal que permite a los Estados compensar o rehusar en el universo formal del Derecho la realidad de sus disparidades de todo tipo. La Carta de NU la proclama como el primero de sus principios (art. 2.1).

Seguramente el más bello de sus enunciados normativos es el que ofrece la Carta de la OEA en el primero de los artículos que dedica a los derechos y deberes fundamentales de los Estados: "Los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes.

Los derechos de cada uno no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona de DI" (art. 10).

Hace ya más de dos siglos, Emeric de Vattel daba un sentido antropomórfico a la igualdad jurídica de los Estados: "Puesto que los hombres son naturalmente iguales..., las naciones compuestas de hombres, y consideradas como otras tantas personas libres que viven reunidas en el estado de la naturaleza, son naturalmente iguales, y tienen de ella las mismas obligaciones y los mismos derechos. El poder o la debilidad ninguna diferencia producen respecto a esto; porque un enano es tan hombre como un gigante, y tan Estado se reputa una pequeña república como el reino más poderoso" (I, 18).

A pesar de estas bellas palabras del más celebrado iusinternacionalista del siglo XVIII, la desigualdad real o de hecho de los Estados presiona permanentemente para reflejarse en el estatuto jurídico de quienes en un momento dado creen que su invocación puede serles provechosa en un ámbito general o sectorial. La *igualdad soberana* de los Estados nada tiene que ver con una total equiparación y reciprocidad de sus derechos y obligaciones internacionales; supone, por el contrario, la libertad para consentir, llegado el caso, ser jurídicamente desiguales atendiendo a sus diferencias. *Igualdad*, se ha advertido, no es siempre *identidad*.

50. Factores de desigualdad real

Los factores que determinan la desigualdad real de los Estados son numerosos y variados y el jurista debe, en principio, darlos por supuestos, sin detenerse en su consideración, más propia de otras disciplinas científicas. No obstante, puede ser útil enumerar a título ejemplificativo algunos de los factores más significativos:

1. La geografía física:

- *dimensión*: del macro al microestado;
- *localización*: del Estado sin litoral al archipelágico; del Estado territorialmente continuo al discontinuo;
- *topografía e hidrografía*: del Estado llano al montañoso; del Estado desértico al mesopotámico.

2. La geografía política:

- la vecindad terrestre, fluvial y marítima;
- la existencia de canales internacionales;
- la disposición de un territorio consolidado o de un territorio *polémico*.

3. La economía:

- la disponibilidad de materias primas y estratégicas;

- el Producto Interior Bruto y la Renta *per cápita*;
- la dependencia del comercio exterior;
- el desarrollo tecnológico y el acceso a los nuevos espacios.

4. La población:

- número de habitantes y su relación con el territorio;
- educación, empleo y distribución de la renta;
- movimientos migratorios y residentes extranjeros;
- cohesión regional, social y cultural: minorías.

5. La organización:

- política: del Estado democrático al totalitario; de la monarquía a la república; del presidencialismo al parlamentarismo;
- territorial: del Estado unitario al de estructura compleja;
- social: con *sociedad civil* (ONG *lato sensu*) o sin ella; de la sociedad confesional a la laica.

6. La proyección:

- Fuerzas Armadas: posesión del arma nuclear; tecnologías de armamento avanzadas; condición de exportador/importador de armas; dimensión y especialización; presupuesto de defensa; alianzas.
- Servicios de inteligencia y contrainteligencia
- penetración económica: inversión exterior; propiedad industrial y *know-how*;
- penetración diplomática y cultural;
- membresía en Organizaciones internacionales;
- prestigio: credibilidad, imagen.

El lector puede jugar con estos y otros factores que considere pertinentes y si logra una adecuada ponderación de todos ellos —lo que no es fácil dada la intangibilidad de algunos— acabará disponiendo de su propio orden de prelación de Estados atendiendo a su *poder*. De hecho las instituciones internacionales hacen este ejercicio en diferentes ámbitos sectoriales y todos los años se publica, por ejemplo, bajo la cobertura de las NU, un informe sobre el *desarrollo humano* donde los Estados aparecen ordenados del primero al último, si no por su poder, sí por el grado de bienestar que ofrecen a sus habitantes. Ahora, hablando en términos generales, cabe advertir que la mayoría de los factores mencionados pueden ser tanto una cualidad como un defecto, atendiendo a su correlación con los demás.

51. Estatutos jurídicos deducidos de la desigualdad real de los Estados

Las diferencias de hecho de los Estados pueden quedar reflejadas en normas generales y reglas particulares según el proceso normal de su formación, es decir, contando con el consentimiento libre de los afectados. Tratándose de normas generales, la igualdad soberana se convierte, cuando es así, en *no discriminación*: todos los Estados en la misma situación tendrán los mismos derechos y obligaciones. En el plano de la aplicación del DI la igualdad exige conceder a todos los Estados bajo circunstancias análogas el mismo tratamiento, por lo que una repetición de *agravios comparativos* y de comportamientos basados en el *doble rasero*, acabaría arruinando uno de los principios fundamentales de este orden.

a) Desigualdad de derechos y obligaciones por la geografía

Se dice que el Derecho no puede cambiar ni influir sobre la geografía; sin embargo, la geografía ha sido y es capaz de cambiar e influir sobre el Derecho. Es el espacio marino el que más ha porfiado en este sentido. La alta mar está abierta a todos los Estados y el fondo de los mares más allá de cierto punto se declara patrimonio común de la humanidad, pero basta (h)ojear el índice de la CONVEMAR (1982) para advertir como la condición geográfica ha influido en el estatuto jurídico de los Estados: *estrecharios*, *archipelágicos*, con *plataforma continental prolongada*, *ribereños de mares cerrados y semicerrados*, *mediterráneos* o *sin litoral*... La misma consideración de la mar como un atributo de la tierra, propia de la prevalente concepción *geocéntrica* del territorio del Estado ha de ser revisada cuando desde el archipiélago se advierte que para él la mar, no la tierra, es el auténtico nervio del Estado (concepción *talasocéntrica*) (v. Cap. XXIV).

b) Desigualdad de derechos y obligaciones por el grado de desarrollo económico: la desigualdad "compensadora"

Hace ya más de setenta años la Corte de la Haya advertía que en ocasiones la verdadera igualdad "hacía necesario tratamientos diferentes para llegar a un resultado que estableciese el equilibrio entre situaciones diferentes" (CPJI, *Escuelas minoritarias en Albania*, 1935). En el ámbito del DI del Desarrollo esta idea se traduce en una suerte de desigualdad *compensadora* en beneficio de los países *en desarrollo*. De su tronco han brotado, además, tallos numerosos (los países *menos adelantados*, los *más gravemente afectados por la crisis*...), algunos atentos a la relación del territorio con el mar (los países en desarrollo *insulares* o, en el polo opuesto, *sin litoral*).

La calificación de un Estado es importante por sus consecuencias jurídicas y prácticas: tratamiento comercial privilegiado, renuncia de los desarrollados a la reciprocidad de ventajas, obtención de créditos con tipos muy bajos de interés,

condonación o reducción de la deuda externa, obtención de asistencia técnica, ayuda alimenticia... La operación no deja de tener perfiles esperpénticos cuando la exhibición de la necesidad se configura como introito a la obtención de una ventaja, un Fondo, un Programa especial. Los concursos, más que de méritos, son de deméritos.

c) Desigualdad de derechos y obligaciones por el “poder”

Frecuentemente los países del *Sur* (a los que antes se llamaba del *Tercer Mundo*, una terminología menguante con el término de la *guerra fría* y el sentido peyorativo que el calificativo *tercermundista* ha adquirido en el mundo desarrollado) reivindican la *democratización* de las relaciones e instituciones internacionales. La mayoría de ellos se sentiría inquieto de saber que el realismo político ha conducido en el pasado a los más probos varones a ver en la *igualdad* una quimera, como la de “pegar la cabeza de una mujer con la cola de un pescado”, como decía a finales del XIX el escocés John Lorimer en una alusión a las sirenas que hoy, tal vez, sea políticamente incorrecta (aunque ignoro si los movimientos feministas han adoptado posición sobre este punto). “Rusia y Rumanía —advertía descarnadamente este mismo autor— tienen el mismo derecho a ser reconocidos como Estados, pero no lo tienen a ser reconocidos como Estados iguales”.

No es necesario, desde luego, remontarse al decimonónico *Concierto Europeo* para verificar la apreciación de Lorimer. Un año antes de que en el Congreso de Viena (1815) se proclamara la igualdad de todos los Estados, las *grandes potencias* de la época (Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia) se habían concedido a sí mismas, en secreto, el derecho de regular el futuro de Europa e hicieron y deshicieron en el viejo continente a su conveniencia durante todo el siglo. XIX. Hoy parecen reemerger estas formas de cooptación (¿qué otra cosa, si no, es el llamado G-7, que reúne informalmente a los países capitalistas más desarrollados, o el G-8, que incluye a Rusia?) cada vez que las mayorías hablan de democratización, por si acaso hay que entregarles, vacíos, los *palacios de invierno*. También hay OI selectivas (como la OCDE) dispuestas a elaborar marcos de comportamiento que, bajo la apariencia de estándares y recomendaciones, *deben* seguir los terceros si desean evitar las medidas anunciadas para los que *no cooperan* (v., por ej., las cuarenta recomendaciones de la *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FAFT), 1990, rev. 1996).

A medida que aumenta el *poder* de un Estado también lo hace su capacidad para tutelar sus intereses, para influir en las políticas acerca de los contenidos, interpretación y revisión de las normas y en los comportamientos de los demás, para aprovechar la aplicación de una reciprocidad formal, para forzar a otros a la observancia de obligaciones que él irrespetar, para evadir los pronunciamientos de infracción y las consecuencias de la responsabilidad y para presentar sus actos, incluso, como los del *ángel protector* de los intereses generales de una sociedad pobremente institucionalizada (v. Cap. I, XXVIII). Conceptos como la intervención humanitaria (v. Cap. XXXI) o la legítima defensa preventiva (v. Cap. XXVI) son más asequibles a los poderosos, que tratan de zafarse de una de las prohibiciones —la de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales— que alimenta materialmente la igualdad soberana de los Estados en beneficio de los más débiles.

Pero ahora no se trata de eso. Un tratamiento desigual o no paritario, libremente aceptado, permite a menudo hacer más efectiva la cooperación internacional en un sector determinado mediante la formalización jurídica de desigualdades estructurales. Es por eso en las relaciones multilaterales (por ej., en la formación, modificación y terminación de los tratados) y en las OI que las sirven (composición de órganos selectivos, ponderación del voto, estatuto privilegiado de algunos miembros) donde se advierte más fácilmente la incidencia del *poder*. De la ONU a las organizaciones de cooperación financiera o marítima, de las organizaciones universales a las regionales (la misma UE), abundan los ejemplos.

Limitémonos a la ONU cuyos miembros, partiendo del principio de igualdad soberana (art. 2.1 de la Carta), han consentido una Organización que no es democrática ni desde el punto de vista de los Estados (igualdad de voto) ni desde el punto de vista de los hombres (ponderación de la población). Cinco Estados (China, Francia, Rusia —antes la URSS—, Gran Bretaña y Estados Unidos), no sólo son miembros permanentes del C. de S. (art. 23.1), al que se asigna la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz (art. 24.1), dotado de competencias que le permiten tomar decisiones vinculantes para todos (art. 25), sino que pueden vetar individualmente sus resoluciones de fondo (art. 27.3) y bloquear las enmiendas de la Carta (arts. 108 y 109.2), amén de estar efectivamente presentes por un *pacto entre caballeros* en todos los órganos colegiados electivos de la Organización. De esta manera se sitúan de hecho por encima de la ley internacional, con un estatuto privilegiado que los hace dueños de la llave del poder constituyente, como también lo son de toda letalidad nuclear oficialmente reconocida y del 80 por 100 del comercio de armas convencionales.

La *impunidad* que pueden disfrutar los miembros permanentes del C. de S. (y sus clientes) mediante un uso abusivo y desviado de sus derechos en el C. de S., es el talón de Aquiles del sistema y, en particular, del principio de igualdad soberana. No obstante, siendo primordial, el Consejo no agota las capacidades de reacción del sistema legal. De hecho, las violaciones del DI por Estados Unidos han sido declaradas por la CIJ en no menos de cuatro ocasiones a partir de 1986 (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986); *LaGrand*, 2001; *Plataformas Petroleras*, 2003; *Avena y otros nacionales mexicanos*, 2004), con independencia de que su reacción haya sido ignorar sus consecuencias y evitar nuevas demandas suprimiendo los fundamentos de jurisdicción de la Corte.

La clasificación de los Estados en *nucleares* y *no nucleares* tiene interés. Los primeros, miembros del *Club Atómico* en la medida en que han reconocido oficialmente la posesión y experimentación de armas nucleares, se han atribuido un papel estelar en la negociación, conclusión y entrada en vigor de los tratados concernientes a esta materia, con el propósito fundamental de cerrar el acceso de nuevos Estados al *Club* a cambio de una cierta difusión, bajo control, de la tecnología nuclear aplicada a usos civiles y el compromiso de renunciar a largo plazo a los ensayos nucleares. Después de haberse comprometido a la prohibición de las pruebas en la atmósfera y bajo el agua, un tratado adoptado por la AGNU en septiembre de 1996 hubiera implicado, de entrar en vigor, la prohibición de las pruebas subterráneas cuando ya es posible progresar en la tecnología nuclear militar mediante ensayos por ordenador. Sin embargo no ha sido necesario que la India (uno de los pocos

Estados con capacidad militar atómica al margen del *Club* (con Israel, Paquistán y Corea del Norte) se haya empecinado en capitanear al reducido grupo de Estados opuestos al tratado con el argumento de que cristaliza privilegios intolerables para la mayoría, porque Estados Unidos que bajo la Administración Clinton lo apadrinó y casi coaccionó a los opositores (salvo Israel) en pos de su aceptación, decidió bajo la Administración de G. W. Bush desentenderse de él. Es obvio que si unos se obligan a no ser ya Estados nucleares, los que lo son deberían comprometerse a dejar de serlo (v. Cap. XXVIII).

La morigeración en el aprovechamiento de los privilegios reconocidos a un Estado cuando las bases reales de su *poder* fallan es algo que confirman las estadísticas del ejercicio del derecho de veto en el C. de S. Pero alterar un estatuto privilegiado ya cristalizado, probablemente requiere un cataclismo. Los vientos de cambio que soplan alrededor de la Carta de las NU susurran, a lo sumo, una modificación en la actual composición del C. de S. sólo por vía de agregación a los grandes *ex-combatientes* victoriosos, de buenos contribuyentes (como Alemania y Japón) que han lavado su historial, y de algun(os) representantes sindicales del proletariado (África, Asia y América latina) como miembros permanentes de clase B, sin derecho de veto (v. Cap. XXVIII).

En el polo opuesto de las *grandes potencias* cabe citar a los Estados *exiguos o micro-Estados*, más que pequeños minúsculos, desde un punto de vista territorial. Si bien es cierto que esta circunstancia no impide la condición estatal, sí coarta sus manifestaciones. La participación en las relaciones internacionales de los micro-Estados ha sido tradicionalmente reducida, pues no eran miembros de las OI emblemáticas, como la S. de N. o la ONU. Sin embargo, con el acceso a la independencia de numerosos territorios antes sometidos a la dominación colonial, como Maldivas, Grenada, Sao Tomé y Príncipe, Seychelles o Barbados, las pretensiones de participación, gracias sobre todo a la membresía en la Organización —la ONU— que había cuidado su gestación, se despertaron, para acabar contagiando a los viejos Estados exigüos de la misma Europa, vivas reliquias medievales. Así Liechtenstein fue admitido en la ONU en 1990, siguiéndole después San Marino (1992) y Andorra y Mónaco (1993).

En la década de los setenta las *grandes potencias*, ante la imposibilidad política y jurídica de negar la condición de miembro de la ONU a los micro-estados, Estados al fin, acariciaron la idea de un estatuto de *asociación* que limitase sus obligaciones, pero también sus derechos, en la Organización; todo para evitar que el voto de este grupo distorsionara el proceso, la previsibilidad y el control de la toma de decisiones. No siguieron adelante porque parecía inviable la reforma de la Carta necesaria para imponer una discriminación a los cortos de talla. Así que sólo por una decisión propia un (micro)estado queda al margen de la membresía de NU. Pero hasta aquéllos que, como la fosfática isla de Nauru, manifestaron por años continencia, han acabado por solicitar finalmente su ingreso (1999). Incluso Estados *asociados* a otro (como Marianas, Marshall, Micronesia y Palaos, asociados a Estados Unidos), son miembros de pleno derecho de la ONU.

En las Organizaciones financieras y bancarias, como el FMI y el BIRD, su estructura *plutocrática* permite a los Estados que aportan mayoritariamente su capital y recursos utilizar sus canales para ejercer una influencia decisiva, a través de sus órganos selectivos y del voto ponderado, sobre la política económica y social de los países que solicitan sus préstamos.

XIV. EL REFLEJO DE DOMINACIÓN DE LAS GRANDES POTENCIAS

52. Las esferas de influencia

Principios jurídicos como la *igualdad soberana* y la *no intervención* en los asuntos de la jurisdicción doméstica de los Estados son alérgicos al concepto de *esfera o zona de influencia*, que es esencialmente político; pero el Derecho no deja de brindarle sus técnicas para hacer de él una realidad respetable. En definitiva, las esferas de influencia existen, aunque mentarlas por su nombre, como acontece por ejemplo con algunas partes del cuerpo humano, puede ser de mal gusto.

Por más reparos que se pongan a la denominación y condenas recaigan sobre ella, la *esfera o zona de influencia* es consustancial con la desigualdad de poder. Una esfera de influencia supone para el Estado dominante o *hegemon* una maximalización de intereses esenciales, una multiplicación de iniciativas unilaterales dentro de la zona y una trasposición a la misma, para justificarlas, de los corolarios de la soberanía.

Si, por ejemplo, el mantenimiento de la integridad territorial es vital para cualquier Estado, la conservación de la *zona* se considera vital para el Estado *hegemon*. Un Estado dominante predica, en efecto, la integridad territorial y la no intervención de los demás en su esfera de influencia. La separación en *bloques* mediante una suerte de *frontera internacional* servida iconográficamente por *telones* de distintos materiales (*acero*, en Europa, *bambú* en Asia) y traducida en el paisaje urbano por *muros* tan célebres como el de Berlín, destruido en 1989, ilustraron la idea en los años de la *guerra fría* cuando se vivió el denominado *conflicto Este-Oeste*.

¿Cómo armonizar la soberanía del Estado *común* (al que se denomina *aliado* y *amigo*, incluso *hermano*) con las necesidades del Estado *hegemon*? Evidentemente, lo procedente en primer lugar es favorecer y cultivar las cepas del poder político, económico, militar y mediático locales que aseguran una relación básica de lealtad contando con que sus propios recursos bastarán para hacerse con el gobierno, de ser posible respetando las formas constitucionales y democráticas. Programas de asistencia militar y tareas de vigilancia e *inteligencia* han ayudado a tapar, llegado el caso, los puntos más débiles. Esta clase de acciones dificultan el desarrollo de las fuerzas políticas y sociales disconformes con la relación clientelar.

Mientras gobiernan los leales las injerencias se aceptan con naturalidad; es la autoridad que se reconoce al *aliado*, al *amigo*, al (gran) *hermano*. Pero si los procesos de cambio —constitucionales o no— suponen un riesgo para el *status quo*, el *hegemon* no permanecerá impasible y reaccionará atendiendo a la intensidad con que conciba la dependencia global del país en cuestión y dosificando la aplicación de su poder, de manera que sólo en casos extremos sea necesaria una intervención directa y armada.

El auténtico problema para el Estado *hegemon* se presenta, en efecto, cuando, a pesar de todo, las fuerzas que escapan a su influencia acceden al poder y amenazan destruir o coartar los canales de su control mediato

sobre un país determinado. Estados Unidos prefiere seguramente gobiernos democráticos leales a gobiernos leales no democráticos, pero si los primeros dejan de ser *fiables*, se apoyará en los segundos. Un gobierno — constitucional o revolucionario — puede separarse, de manera paulatina o radical, de la línea marcada por el Estado dominante, que habrá de aguantar el chaparrón, confiando en la recuperación del poder por los *leales* y haciendo lo posible para facilitarla. Son estas *ayuditas* las que pueden involucrarlo en actos de intervención más o menos descarados. Todas las centrales de *inteligencia* (en la más bastarda de sus acepciones) tienen amplia experiencia en el manejo de los hilos que conducen a atentados terroristas, manipulación informativa, sabotaje industrial, paros laborales..., obstaculizando la acción de gobierno y colocando a un país al borde, si no dentro, de la guerra civil o del caos, que es la atmósfera más propicia para el golpe de estado o el pronunciamiento regenerador que ha de permitir el retorno al *orden natural* de las cosas. Recuérdense, por ejemplo, los derrocamientos de Joao Goulart en Brasil (1964), de Salvador Allende en Chile (1973), el estrangulamiento militar de la apertura polaca conducida por la Iglesia Católica y el sindicato *Solidaridad* (1981) o los intentos, hasta ahora fallidos, de tumbar a Hugo Chávez, en Venezuela (2002 en adelante), sea cual sea la opinión que merezcan sus políticas.

En la medida en que provoca o ayuda al nacimiento de estas situaciones, el Estado *hegemon* acomete una política de intervención oficiosa y solapada. Pero puede que no baste. Un paso más conducirá al Estado dominante al aislamiento diplomático y al embargo económico del *rebelde*, a ser posible buscando su aplicación también por otros Estados. Otro paso lo embarcará en una intervención armada *indirecta* como patrón de bandas locales que, asistidas por gobiernos clientelares de países vecinos, tratarán de *liberar* su propio país de gobiernos heterodoxos (Jacobo Arbenz en Guatemala, 1954; Fidel Castro en Cuba, Bahía Cochinos, 1961; el Frente Sandinista en Nicaragua, 1982-1989). El último paso, cuando los grupos interpuestos fallan, conduce a la intervención armada directa (Hungría, 1956; Santo Domingo, 1965; Checoslovaquia, 1968; Afganistán, 1979; Grenada, 1983; Panamá, 1989). Distancia y dimensión limitan el recurso a esta medida postrera.

Uno de los elementos del que más provecho puede obtener un *hegemon* en su afán por enmascarar legalmente violaciones groseras de la soberanía de otros Estados y del principio de no intervención consiste —junto con la generación de una determinada ortodoxia bajo su potestad dogmática (v. Cap. IV)— en articular una estructura orgánica multilateral, una organización regional en que su decisiva influencia, su dominación, se disemine bajo la aparente aceptación de ser sólo un *par inter pares*

Embutir el ejercicio unilateral del poder en un aparato colectivo institucionalizado tiene sus ventajas. Afirmada vigorosamente por la Carta de las NU la igualdad soberana de los Estados y la prohibición del empleo de la fuerza contra su integridad territorial e independencia política, una Organización regional puede, en efecto, ser aprovechada por el Estado *hegemon* para amortiguar las denuncias de sus presuntos ilícitos, transformándolos en un conflicto de competencias entre dos Organizaciones (v. Cap. XXVII).

La igualdad de participación y de voto que, por ejemplo, en la OEA llegan a sus últimas consecuencias orgánicas y procesales, lejos de impedirlo lo facilita cuando un solo miembro procura la supervivencia de una Organización que nada puede hacer contra él ni sin él. En estas circunstancias el derecho de veto es innecesario y el principio mayoritario juega a favor y no en contra del *hegemon* que, gracias a su influencia, controla a la mayoría y, gracias al voto, puede imponer su política como una obligación jurídica a la minoría reacia. Lejos de corregir las pretensiones hegemónicas, el principio mayoritario permite canalizarlas.

Naturalmente, como la política no es una ciencia exacta, las OI no siempre funcionan como desean sus *hegemon*es, pues tanto ellas como sus miembros

pueden resistirse a acompañarlos en sus acciones y, en ocasiones excepcionales, hasta pueden tratar de desarrollar iniciativas propias con la abstención del *hegemon*.

53. Más allá de las esferas de influencia: limitaciones a la soberanía

Tras la invasión de Checoslovaquia (1968) por la Unión Soviética y los miembros del Pacto de Varsovia (salvo Rumania), se abrió paso la doctrina que se llamó de la *soberanía limitada*, expresiva de la realidad de los Estados que son libres sólo *hasta cierto punto* para determinar su destino y tomar sus decisiones. La expresión, ciertamente, no era obra de la doctrina soviética, que la achacó a la *propaganda imperialista*. Terminada la *guerra fría*, la propensión de Estados Unidos, solo o a la cabeza de un grupo, para satisfacer unilateralmente objetivos universales, ha venido a activar políticas cuyo punto en común es la imposición de nuevas limitaciones a la soberanía de los demás. En unos casos, se trata de justificar la invasión del ámbito natural de las competencias ajenas; en otros, de criminalizar decisiones soberanas o de imponer formas de cooperación exorbitantes.

a) La invasión de competencias de otros Estados

Ya hemos considerado la soberanía como un haz de competencias atribuidas al Estado por el DI que se manifiesta, en primer lugar, en relación con el territorio. También hemos advertido que, a salvo el poder de coerción *in situ*, el Estado puede ejercer competencias extraterritoriales con base en los principios de personalidad activa, protección y universalidad, razonablemente aplicados (v. *supra*). En general, puede decirse que la ineffectividad y el no reconocimiento son la purga natural de pretensiones competenciales desmesuradas. Sin embargo, este remedio decae a medida que aumenta el *poder* del Estado —o grupo de Estados— dispuesto a afirmar su competencia sobre personas, cosas y relaciones con las que no está suficientemente conectado. El hecho de que esta actitud que podemos llamar de *imperialismo* legislativo y judicial afecte en ocasiones a ámbitos soberanos de otros países desarrollados, particularmente a decisiones de política exterior vinculadas a la actividad económica, ofrece un interés añadido a la cuestión, al poner sobre el tapete contradicciones que la *guerra fría* había mantenido soterradas.

Aunque no es exclusiva de los Estados Unidos (recuérdese, por ej., el boicot de los países árabes a quienes comerciasen con Israel), la tradición *imperialista* en el sentido apuntado está muy arraigada en la primera potencia del mundo. No se trata ya de instruir al presidente para que, a través de los llamados mecanismos de *certificación*, corte o condicione la ayuda exterior, la asistencia técnica o la concesión de visados de entrada a los países candidatos que no satisfagan los estándares de política económica, comercial, social o criminal (lucha contra el

narcotráfico, por ejemplo) establecidos por Estados Unidos, que puede asignar sus créditos y extender sus visas como estime oportuno. Tampoco se trata de volver sobre presuntos actos de intervención concretados en decisiones —como el embargo a Cuba, ya por su sexto decenio— cuando no se proyectan sobre terceros. Se trata justamente de las iniciativas para maximizar los efectos de las medidas adoptadas contra otro u otros países, a los que se considera *hostiles*, reclamando su observancia por sociedades extranjeras que actúan fuera del territorio de los Estados Unidos y amagando, para conseguirlo, toda una panoplia de sanciones (multas, boicot, represalias...), especialmente disuasorias cuando se trata de empresas filiales o participadas por sociedades registradas en los Estados Unidos, que trabajan con sus patentes y licencias, que dependen de la importación de sus bienes de equipo, o cuentan con el mercado norteamericano.

Estas iniciativas de los Estados Unidos ya apuntaron en las medidas adoptadas aparentemente contra la URSS por instigar el golpe de estado del general Jaruzelski en Polonia (1982), que acabó por un tiempo con las protestas del sindicato *Solidaridad*, al prohibirse a las filiales europeas de las empresas de los Estados Unidos, en medio de las protestas de la CE y de sus miembros, la exportación a la URSS de bienes de equipo petrolíferos, eléctricos y de tecnología punta, con la intención de impedir la construcción del gaseoducto eurosiberiano. Pero ha sido la Cuba castrista el blanco predilecto de esta clase de planteamientos incompatibles con las normas del DI general, primero con la *Cuban Democracy Act* o *Ley Torricelli* (1992) y, luego, con la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* (1996), más conocida como *Ley Helms-Burton*.

Sin entrar en otros aspectos de esta ley, firmada el 12 de mayo de 1996 por el Presidente Clinton, interesa destacar su Título III, que concede a los nacionales de los Estados Unidos cuyas propiedades en Cuba fueron expropiadas a partir del 1 de enero de 1959 la posibilidad de demandar ante los tribunales estadounidenses a quienes *trafiquen* con tales propiedades, es decir las vendan, transfieran, compren, arrienden o desarrollen cualquier actividad comercial que implique su uso o la obtención de cualquier otro beneficio, exponiéndose los *traficantes* a ser condenados al pago de compensaciones por el triple del valor de los daños causados por el acto expropiatorio. La fecha de adquisición de la nacionalidad de los Estados Unidos se considera irrelevante a los efectos sustantivos de la ley. Por otro lado, para salvar la natural resistencia de los jueces a verificar la legalidad internacional de medidas adoptadas por gobiernos extranjeros y hechas efectivas en su territorio, se dispone la improcedencia en el marco de la ley de la declinatoria de jurisdicción basada en la doctrina del *Act of State*, que tradicionalmente ha venido protegiendo en el foro tales medidas consumándose así los embates que esta doctrina ha venido padeciendo desde hace treinta años (v. Cap. XXV). Quedan afectados por el Título III de la ley todos los inversores de otros países, fundamentalmente empresas canadienses y europeas que hayan *traficado* con los bienes mencionados y que posean activos en los Estados Unidos, pues con cargo a ellos pretenderán resarcirse los demandantes ante la jurisdicción norteamericana.

El efecto extraterritorial del Título III de la *Ley Helms-Burton* es evidente: se dirige un mandato a nacionales de un tercer Estado que desempeñan actividades conformes con la ley local en el país hostil(izado), sin que pueda atisbarse un punto de conexión amparado por el DI y, mucho menos que, de existir, esa conexión pueda ser *razonable*. Invocar a su favor el principio de *protección* o la doctrina de los *efectos* (v. *supra*), lejos de salvar la ley desprestigia estas doctrinas.

La opinión del CJI sobre “una legislación que tenga un contenido *como* el de la ley Helms-Burton”, según la cándida presentación de quien trata inútilmente de convencernos de que en el desempeño de su cometido el Comité “no ha intentado interpretar o pronunciarse sobre la legislación interna de un Estado miembro”, es contundente (y aún lo es más por ser unánime y formulado a petición de la AG de la OEA): un Estado “no tiene el derecho de ejercer su competencia sobre actos de *tráfico* en el exterior por parte de extranjeros en circunstancia en que, ni el extranjero, ni la conducta en cuestión, tienen conexión con el territorio y no existe conexión aparente entre tales actos y la protección de intereses soberanos esenciales” (res. II-14/96, Anexo, antecedentes 3.a y b, y B.9). Todo ello sin entrar ahora en las numerosas infracciones del DI que una legislación “*como* la ley Helms-Burton” evidencia desde la perspectiva de los límites de la protección de los derechos de propiedad de los nacionales, la adulteración de la protección diplomática o el derecho de defensa, infracciones que el CJI identifica una a una (ib. A). Evidentemente, es un auténtico exabrupto responsabilizar a los nacionales de terceros países por el uso lícito de una propiedad expropiada en el territorio del Estado expropiante, así como sobre sus productos, estén donde estén, y menos aún cuando los demandantes no eran nacionales de los Estados Unidos en el momento de ocurrir el daño.

Las respuestas de los países afectados por la ley fueron en principio contundentes. Canadá adoptó preventivamente una *Order* (1996) que enmienda la *Foreign Extraterritorial Measures (United States) Order* de 1992, por la que prohíbe a sus nacionales que acaten la Ley Helms-Burton y bajo multa de 10.000 dólares canadienses, e incluso prisión, conmina a sus empresas que pongan en conocimiento del *Attorney General* cualquier indicación que hayan recibido de personas que puedan influir en las decisiones corporativas de la empresa en el sentido de no comerciar, invertir o desarrollar negocios en Cuba. Gran Bretaña cuenta también con normativa similar, la *Protecting of Trading Interests (United States Cuban Assets Control Regulations) Order* de 1992, que exige que ningún nacional británico cumpla con la legislación de embargo estadounidense si el requerimiento o prohibición afecta a actividades comerciales llevadas a cabo en el Reino Unido o a la importación de bienes o a la exportación de bienes desde el Reino Unido. En el mismo sentido se pronunció la CE, adoptando en 1996 un Reglamento que contiene medidas similares a las de Canadá y Gran Bretaña (Reglamento del Consejo 2271/96, de 29 de noviembre de 1996), amén de iniciar un procedimiento de arreglo de controversias en el marco de la OMC, por estimar que el contenido sustancial de la Ley Helms-Burton era incompatible con las obligaciones comerciales de los Estados Unidos.

La Ley Helms-Burton no es una excepción. Poco tiempo después se le sumó la *Iran and Libya Sanctions Act* (1996), conocida como Ley D'Amato-Kennedy, firmada el 5 de agosto por el Presidente Clinton, instrumento de presión política contra estos países por su —se decía— apoyo al terrorismo internacional. El objetivo de la misma es imponer determinadas sanciones —prohibición de concesión de créditos por las instituciones financieras de los Estados Unidos, prohibición de concesión de licencias para la exportación de bienes y tecnología...— a los inversores en la industria petrolera de Irán y Libia, cualquiera sea su nacionalidad, cuyas operaciones excedan de cuarenta millones de dólares; así como a quienes transgrediesen las sanciones adoptadas por el C. de S. contra Libia (res. 748, de 1992, y 883, de 1993). (V. Cap. XXVIII).

Un *entendimiento* entre la Administración de los Estados Unidos y la Comisión Europea (11 de abril de 1997) confirmado por los acuerdos *políticos* de 18 de mayo de 1998 evitó la escalada del conflicto entre las dos grandes potencias comerciales. Dado que el Presidente de los Estados Unidos estaba facultado para suspender la aplicación del Título III de la Ley *Helms-Burton* por periodos semestrales atendiendo al interés nacional, el *entendimiento* aseguraba el ejercicio de esta facultad “mientras la CE y otros aliados continúen sus esfuerzos por promover la democracia en Cuba” y se comprometiesen a impedir las inversiones que pudiesen afectar a propiedades de ciudadanos de los Estados Unidos *ilegalmente expropiadas*. Asimismo, teniendo en cuenta la agenda común sobre terrorismo y las medidas de la UE para impedir la proliferación de armas de destrucción masiva, la Administración Clinton asumía el compromiso político de aplicar la Ley *D’Amato-Kennedy* “de manera prudente y razonable, teniendo en cuenta sus obligaciones internacionales” y, en este sentido, conceder a los miembros de la UE y a sus empresas los *waivers* previstos por la Ley. Conviene mencionar que uno de los ejes del *entendimiento* fue el compromiso de las partes de “convenir principios y sanciones para reforzar la protección de inversiones en el extranjero”. Esta política se ha mantenido después. No sólo Cuba, sino otros países en desarrollo, viendo sus barbas cortar, podían considerar si eran acaso ellos los que deberían pagar el precio de la *vacuna* adquirida por los europeos.

b) La criminalización de decisiones soberanas

La disposición de las grandes potencias y, en primer lugar, de los Estados Unidos a violar la soberanía de otros Estados atendiendo a un cálculo de coste-beneficio en el que el respeto del DI ve menguar su peso a medida que crece la percepción de un interés como vital o esencial, está demostrada por la práctica, que ofrece numerosos ejemplos de coerción en territorio extranjero, represalias armadas e, incluso, agresión. Pero ahora no se trata de hurgar en estas violaciones burdas de la soberanía, sino de algo más sutil: la apertura de cauces que, criminalizando determinados comportamientos estatales, legitimarían internacionalmente la intervención de las grandes potencias, y la primera de ellas Estados Unidos, en ámbitos que hasta ahora se consideraban de la jurisdicción doméstica de los Estados. De esta manera, pretende forzarse a los países reacios (del *Sur*) a pasar por el aro de las directrices hegemónicas, imponiéndoles tanto limitaciones en la libre disposición de sus recursos (estratégicos) y en sus políticas de armamento o de desarrollo, como formas de cooperación determinadas frente a ciertas amenazas transnacionales (como el terrorismo, el narcotráfico o la contaminación planetaria).

Los objetivos de esta ofensiva contra la soberanía de los Estados han sido bien escogidos, pues responden a problemas universales cuya solución reclama la sociedad civil transnacional, generalmente crítica de la compartimentación estatal. El efecto *deslumbramiento* ha sido tal que ha cegado la visión de unos métodos basados en la imposición, no en la cooperación, y en la discriminación, no en el reparto equitativo de cargas.

Tomemos como ejemplo la *política* sobre armas nucleares. En este ámbito, como en los otros del armamento, no hay normas generales de DI que impongan a los Estados prohibiciones o limitaciones, debiendo estarse a las obligaciones consentidas por cada uno de ellos, habitualmente mediante tratados o, en su caso, sanciones del C. de S., como las que se impusieron a Iraq (res. 687, de 1991).

Cuando a mediados de los ochenta Estados Unidos alegó ante la CIJ la *excesiva militarización* de Nicaragua como prueba de las intenciones *agresivas* del régimen sandinista y justificación de las actividades injerencistas de la Administración Reagan, la Corte declaró “impertinente e inútil” pronunciarse sobre esta alegación “desde el momento en que no existen en DI otras reglas más que las que el Estado afectado quiera aceptar..., *siendo válido este principio para todos los Estados sin excepción*” (énfasis añadido, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986).

En su op.cons. de 8 de julio de 1996 la CIJ declaró por una amplia mayoría (once de catorce) que el DI (consuetudinario y convencional) no comportaba una prohibición completa y universal de la amenaza o el empleo de las armas nucleares *en cuanto tales*. Las resoluciones de la AGNU revelaban un deseo ampliamente compartido, pero su conversión en norma consuetudinaria chocaba con las tensiones subsistentes entre una *opinio iuris* naciente y una adhesión aún fuerte a una *práctica* de la *disuasión* dentro de la cual los Estados que poseen tales armas se reservan el derecho de utilizarlas en legítima defensa contra un ataque armado que ponga en peligro sus intereses vitales. Siete de los jueces, incluido el Presidente Bedjaoui, matizaron que en la medida en que la amenaza y empleo de esas armas, como el de cualesquiera otras, había de ser compatible con las exigencias del DI de los Conflictos Armados y, en particular, con el DI Humanitario, recurrir a las mismas, dadas sus características, sería “generalmente contrario” a tales exigencias. Con todo, “a la vista del estado actual del DI...no puede concluirse de manera definitiva”, sostenían los siete, “que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que estuviera en juego la supervivencia misma del Estado”.

Si las armas nucleares *como tales* no modifican las normas generales del *ius ad bellum* —siendo problemáticas sólo a la luz del *ius in bello*— la política de armamento nuclear es un derecho soberano del Estado a menos que renuncie libremente a él y, en este sentido, se entiende que la Corte acabe su dictamen pronunciándose unánime sobre la existencia de una obligación de conducir de buena fe y llevar a término negociaciones para un desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz.

En este sentido es plausible que Estados Unidos o los miembros de la UE hayan ejercido su *influencia* para lograr la continuidad por tiempo ilimitado del TNP (1968), para universalizar su membresía y para reforzar los mecanismos de inspección y control de la AIEA, llegando al punto de retirar ventajas comerciales u otros beneficios a los Estados renuentes a su influencia. Ciertamente, el mantenimiento de la doctrina OTAN de recurso a las armas nucleares como respuesta a un ataque masivo con armas convencionales, la negativa de Estados Unidos y otros países dotados del arma atómica de obligarse por el Tratado para la Prohibición Total de Ensayos Nucleares (1996), el *escudo antimisiles* con el que pretende dotarse la primera potencia nuclear sobre la Tierra y la protección que ofrece a Israel, ya potencia atómica, exento de toda clase de presiones para conformar una *zona desnuclearizada* en el Próximo Oriente, son hechos que debilitan la legitimidad y eficacia de la política de *no proliferación*. Esto último es

particularmente mortificante para los países árabes e islámicos, presionados para adherirse al TNP, que claman inútilmente para que Estados Unidos ponga un empeño no menor en forzar la adhesión de Israel. Se presume que las armas nucleares en manos de Israel son sólo *disuasorias*, mientras que las que los países árabes e islámicos (salvo Pakistán) aún no tienen son siempre *ofensivas*. De ahí que se pretenda negarles el derecho a tenerlas, mientras los miembros oficiales y oficiosos del *Club Atómico* pretenden conservar *ad aeternum* su estatuto.

Pero entre la política de *no proliferación* y la de *contraproliferación* hay una diferencia cualitativa. La declaración del Presidente del C. de S. de 31 de enero de 1992, reunido por primera vez a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno, afirmando de manera genérica que “la proliferación de armas de destrucción masiva constituye una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales”, comprometiéndose los miembros del Consejo a tomar las medidas apropiadas para prevenir la diseminación de tecnologías unidas a la investigación y producción de tales armas, pudo sembrar cierta inquietud sobre los aprovechamientos desviados que los miembros permanentes del Consejo podían buscar en cada caso concreto, más aún cuando corresponde a la AG y no al Consejo la consideración de los principios que rigen el desarme y la regulación de armamentos (art. 11.1 de la Carta).

Los corolarios de esta afirmación de principio en la acción del C. de S. y, en particular, su aplicación a Corea del Norte y a la República Islámica de Irán serán examinados más adelante (v. Cap. XXVIII).

No obstante, conviene ahora recordar que en 1993 Estados Unidos sostuvo un derecho *preferente* —solo o con sus aliados— para atacar preventivamente (intervenciones *de seguridad*) instalaciones nucleares de los *proliferadores* del Tercer Mundo, es decir de Estados no dispuestos a someter tales instalaciones al control de la AIEA con el fin de eliminar el riesgo del *primer golpe*. Si se tiene en cuenta que en 1981 el ataque aéreo israelí que destruyó la instalación nuclear iraquí de *Osiraq* fue condenado por el C. de S. (res. 487) y la AGNU (res. 36/27...), con el voto favorable de los Estados Unidos, puede comprobarse lo mucho que ha cambiado de actitud.

c) La imposición de formas de cooperación exorbitantes

Los problemas más graves se plantean cuando el *Sur* es percibido como una amenaza inmediata para la *seguridad del Norte*, sea por tratarse de problemas del Norte con un escenario *Sur*, como el narcotráfico, que aprovecha la debilidad estructural e institucional de países con agudos problemas sociales, sea porque la conciencia de confrontación de algunos países del *Sur*, al rechazar el papel subordinado que les ofrece el Norte, conduce a estrategias terroristas que aumentan la ansiedad de los países desarrollados y, en particular, de los Estados Unidos. Asistimos así a iniciativas para imponer bajo amenaza de sanción y de intervención armada formas de cooperación exorbitantes.

La limitación y suspensión de derechos soberanos del Estado utilizado por sus gobernantes para cubrir crímenes internacionales merece toda la consideración; el Estado *hampón* no debe tener sitio en la sociedad internacional. Pero debe rechazarse que la operación excluyente y la calificación del sujeto que es su premisa se configuren como una prerrogativa individual o grupal, no suficientemente institucionalizada. La ocupación sectaria de las aspiraciones más nobles de la humanidad es siempre posible y sería temerario poner en manos de los más poderosos la función de describir y designar los Estados terroristas, narcotraficantes o piratas.

Tómese, como ejemplo, el caso *Lockerbie*. De Libia se exigió la entrega de dos agentes, considerados por los países acusadores (Estados Unidos y Gran Bretaña) autores materiales de la colocación de la bomba que el 21 de diciembre de 1988 destruyó un *jumbo* de la *Pan-Am* sobre suelo escocés y que demostrase mediante actos concretos su renuncia al terrorismo. El gobierno libio rechazó lo uno y lo otro. El Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971), en vigor entre las partes implicadas, aplica la regla *aut dedere aut iudicare*, de manera que Libia estaba facultada, como alternativa, a proceder por sí a la persecución criminal de sus nacionales. El C. de S. endosa, sin embargo, la exigencia de los acusadores, miembros permanentes del Consejo que participan, además, en la votación (res. 731, de 1992), e impone sanciones a Libia por no someterse (res. 748, adoptada por diez votos a favor y cinco abstenciones), ampliando posteriormente dichas sanciones (res. 883, de 1993). Evidentemente, esta manera de proceder sólo es inteligible si se ha decidido antes que Libia es un Estado terrorista, lo que el Consejo da por supuesto. Los derechos de Libia como Estado soberano y miembro de las NU son laminados. A la pretensión de imponerle formas no convenidas de cooperación en la lucha contra el terrorismo aéreo, se une la desconsideración de su derecho a un tratamiento contradictorio e imparcial de la diferencia que mantiene con los Estados que afirman su responsabilidad. La res. 748 (1992) fue adoptada cuando estaba en fase de deliberación judicial la solicitud de medidas cautelares hecha a la CIJ por Libia, que había demandado a Estados Unidos y Gran Bretaña con base en el Convenio de Montreal. Como consecuencia de la resolución del Consejo, la Corte—que luego afirmó su competencia para conocer del fondo de la demanda (s. de 28 de febrero de 1998)—hubo de abstenerse de considerar la solicitud libia (or. de 14 de abril de 1992) estimando que la resolución debía beneficiarse *prima facie* de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta (que hace prevalecer sus obligaciones, entre ellas, art. 25, las deducidas de las decisiones del C. de S., sobre cualesquiera otras).

Más adelante volveremos sobre el manejo de este caso por los órganos de NU (v. Cap. XXVIII). Pero, fuera cual fuese la opinión que mereciera el régimen libio y la forma en que este contencioso fue finalmente zanjado ¿es bueno un planteamiento semejante para el futuro del orden internacional? La cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo ha sido objeto de numerosos convenios

internacionales, alentados por la AGNU al menos desde 1972 (res. 3034-XXVII); el mismo C. de S. ha abundado en la invitación a los Estados miembros a obligarse por —y aplicar— los convenios relativos al terrorismo una vez que incorporó el tema a su agenda (v. por ej., res. 1269, de 1999; 1368 y 1373, de 2001). Sin embargo, el descreimiento en los mecanismos ordinarios de cooperación internacional cuando los grupos y acciones terroristas se vinculan directa o indirectamente a un Estado y la apreciación de concretas amenazas a la paz dimanantes de este hecho pueden conducir al Consejo, espoleado por miembros permanentes con intereses en juego que consideran vitales, a adoptar decisiones discutibles conforme a la Carta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre el principio de soberanía en DI, en lengua española: J.A. Carrillo, *Soberanía del Estado y DI*, Madrid, 1976; *id.*, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en DI contemporáneo*, Madrid, 2001; L.M. Hinojosa, "Globalización y soberanía de los Estados", *REEI*, n° 10, 2005. **En otras lenguas:** AA.VV., *La souveraineté*, París, 1993; M. Ross Fowler y J.M. Bunck, *Law, Power and the Sovereign State. The Evolution and Application of the Concept of Sovereignty*, U. of Pennsylvania, 1995; A.M. Solon, *Teoria de soberania como problema da norma jurídica e da decisao*, Porto Alegre, 1997; O.C. Okafor, *Re-Defining Legitimate Statehood*, La Haya, 2000; G. Kreijen, *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford-Nueva York, 2002; N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford-Portland, 2003; I. Prior, *Sovereignty and its Discontents*, Londres, 2004; M. Bothe (ed.), *Redefining Sovereignty: the Use of Force after the Cold War*, Ardsley-Nueva York, 2005; W.D. Eberwein y B. Badic (eds.), *Sovereignty, Prevention and Intervention*, Basingstoke, 2005; G. Cansacchi, "Sovranità e diritti sovrani", *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. I, 187; J.K. Bleimaier, "The Future of Sovereignty in the 21st Century", *HYBIL*, 1993, 17; J. Kranz "Réflexions sur la souveraineté", en J. Makarczyk, *Theory of IL at the Threshold of the 21st Century*, La Haya, 1996, 183; A. Carty, "Sovereignty in IL: A Concept of Eternal Return", *RASJEP*, 1997, 837; Ch. Clapham, "Sovereignty and the Third World State", *Political Studies*, 1997, 522; A. Hudson, "Beyond the Borders: Globalisation, Sovereignty and Extra-Territoriality", *Geopolitics*, 1998, 89; N. Scobescu, "Sovereignty as the Foundation and Basic Principles of IL", *Roumanian Journal of International Affairs*, 1998, 40; R. Jackson, "Sovereignty at the Millennium", *Political Studies*, 47, 1999, 423; *id.*, "Sovereignty in World Politics: a Glance at the Conceptual and Historical Landscape", *ibid.*, 431; A. James, "The Practice of Sovereign Statehood in Contemporary International Society", *ibid.*, 457; N. Schrijver, "The Changing Nature of State Sovereignty", *BYIL*, 1999, 65; C.A. Morand, "La souveraineté: un concept dépassé à l'heure de la mondialisation?", *Liber amicorum G. Abi-Saab*, La Haya, 2001, 153; J.H. Jackson, "Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept", *AJIL*, 2003, 782; S. Tierny, "Reframing Sovereignty? Sub-State National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-State", *ICLQ*, 2005, 161; J. Bartelson, "The Concept of Sovereignty Revisited", *EJIL*, 2006, 463.

2. Sobre las limitaciones de soberanía deducidas de la neutralidad, en lengua española: H. Gros, *La neutralidad de Costa Rica*, San José, 1986; *id.*, "La neutralidad permanente de Costa Rica y el sistema interamericano", *REDI*, 1987, 7; **en otras lenguas:** B.E. Karsh, *Neutrality and Small States*, Londres, 1988; S. Neff, *The Rights and Duties of Neutrals*, Manchester, 2000.

3. Sobre el principio de universalidad: v. biblio. Cap. XXX.

4. Sobre el principio de no intervención en general, en lengua española: L.G. Zuñiga, *El principio de no intervención*, San José, 1991; L. García Arias, "La intervención por causa de humanidad", *Hom. Spiropoulos*, 163; S. Torres, "La noción jurídica de la intervención en la

comunidad internacional organizada”, *Hom. C. Barcia*, Santiago, 1955, 307; M. Aguilar, “El principio de no intervención y los debates de la XX AGNU”, *A. Asoc. F. de Vitoria*, 1965, 93; F. Sánchez-Apellániz, “La intervención en el sistema interestatal anterior a las NU”, *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 639. **En otras lenguas:** M. Solaun, *US Intervention and Regime Change in Nicaragua*, Nebraska, 2005; B. Conforti, “Le principe de non-intervention”, en *DI. Bilan et perspectives*, 489. Asimismo es de interés el n° especial de *Relations Internationales et Stratégiques* (1996, 24) dedicado a “Les embargos”.

5. Sobre el principio de igualdad soberana y la desigualdad real de los Estados, en lengua española: D. Vital, *La supervivencia de los pequeños Estados*, Madrid, 1975; *id.*, *La desigualdad de los Estados*, Madrid, 1976; AA.VV., *Andorra en el ámbito jurídico europeo*, Madrid, 1996; A. Marín, “El principio de igualdad soberana de los Estados en el ámbito de las NU”, *AHLADI*, 1967, 89; *id.* “La codificación de los principios de DI referentes a las relaciones amistosas y a la cooperación entre los Estados: el derecho a la igualdad soberana”, *RGD*, 1967, 586. **En otras lenguas:** P.H. Kooijmans, *The Doctrine of the Legal Equality of States*, Leiden, 1964; S.H. Harden (ed.), *Small is Dangerous. Micro States in a Macro World*, Londres, 1985; R.H. Jackson, *Quasi States: Sovereignty, IR and the Third World*, Cambridge, 1990; J. Duursma, *Fragmentation and the IR of Micro-States: Self-Determination and Statehood*, Cambridge, 1996; G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, 2004; R. P. Anand, “Sovereign Equality in IL”, *R. des C.*, 1986, t. 197, 9; B. Kingsbury, “Sovereignty and Inequality”, *EJIL*, 1998, 609; B. Fassbender, “Article 2 (1)”, en B. Simma y otros (eds.), *The Charter of the UN*, Oxford-Nueva York, 2002 (2ª ed.); M. Cosnard, “Sovereign Equality. The Wimbledon sails on”, en M. Byers y G. Nolte (eds.), *US Hegemony and the Foundations of IL*, Cambridge, 2003, 117; N. Krisch, “IL in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order”, *EJIL*, 2005, 408; T.M. Frank, “The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: IL in an Age of Power Disequilibrium”, *AJIL*, 2006, 88; R.H. Steinberg y J.M. Zasloff, “Power and IL”, *ibid.*, 64.

6. Sobre las esferas de influencia y las manifestaciones de dominación de las grandes potencias, en lengua española: A. Remiro, *La hegemonía norteamericana, factor de crisis de la OEA*, Zaragoza, 1972; P. Andrés, “¿De maximis non curat pretor...? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto *Lockerbie*”, *REDI*, 1992, 327; E. Orihuela, “La actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto *Lockerbie*: paradigma de ‘incontrolable’ abuso de poder”, *ibid.*, 395; C. Espósito, “*Male captus, bene detentus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Alvarez-Machain*”, *Est. de Jurisprudencia*, 1993, 7; F. Villagrán, “El caso *Alvarez Machain* a la luz de la jurisprudencia y la doctrina internacionales”, *REDI*, 1993, 541; R. Casado, “Consideraciones sobre el control de las decisiones del Consejo de Seguridad de las UN”, *ADI*, 1994, 335. **En otras lenguas:** J. Triska (ed.), *Dominant Power and Subordinate States: The US in Latin America and the Soviet Union in Eastern Europe*, Durham, NC, 1986; J.S. Nye (jr.), *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, 1990; T.M. Franck, *Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Nueva Jersey, 1992; W.M. Reisman y J.E. Baker, *Regulating Covert Action: Practices, Contexts and Policies of Covert Coercion abroad in International and American Law*, New Haven, 1992; M. Krinsky y D. Golove (eds.), *US Economic Measures against Cuba. Proc. in the UN and IL Issues*, Northampton, Ma., 1993; E.A. Nadelmann, *Cops Across Borders: The Internationalization of US Criminal Enforcement*, Pensilvania, 1993; R.S. Litwak, *Rogue States and US Foreign Policy*, Washington, 2000; A.F. Loewenfeld, “US Law Enforcement Abroad: The Constitution and IL”, *AJIL*, 1989, 880, 1990, 444; *id.*, “Kidnaping by Government Order: A Follow-up Correspondence”, *AJIL*, 1990, 712; G.H. Fox, “Reexamining the Act of State Doctrine: an Integrated Conflict Analysis”, *HIIL*, 1992, 521; B. Stern, “L’extraterritorialité ‘revisitée’: o j il est question des affaires *Alvarez Machain*, *Pâte de Bois* et de quelques autres”, *AFDI*, 1992, 239; H.H. Cardenas, “*US v. Alvarez Machain*: Result Oriented Jurisprudence”, *HIIL*, 1993, 101; T.R. Jefferies, “The Cuban Democracy Act of 1992. A Rotten Carrot and a Broken Stick?”, *HIIL*, 1993, 75; M. Cosnard, “Les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy, interdiction de commercer et d’investir dans certains pays”, *AFDI*, 1996, 33; A. Loewenfeld, “Congress and Cuba: The Helms-Burton Act”, *AJIL*, 1996, 419 (y la réplica de B. Clagett, *ibid.*, 641); B. Stern, “La mondialisation revisitée: les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy”, *RGDIP*, 1996,

979; J. Baltsa, "The Cost of Closure: a Reexamination of the Theory and Practice of the 1996 Amendments to the FSIA", *U. of Pennsylvania LR*, 2000, 1247; M. Cosnard, "Observations à propos de l'arrêt rendu par la Haute Cour de Justice écossaise dans l'affaire de *Lockerbie*", *AFDI*, 2000, 643; I. M. Caplan, "The Constitution and Jurisdiction Over Foreign States: the 1996 Amendment to the FSIA", *Va. JIL*, 2001, 369; N. Krisch, "More Equal than the Rest? Hierarchy, Equality and US Predominance in IL", en M. Byers y G. Nolte (eds.), *US Hegemony and the Foundations of IL*, cit., 135, y comentarios de P. M. Dupuy, M. Herdegen y G. H. Fox, *ibíd.*, 176; G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, 2004; A. Carty, "Visions of the Past of International Society: Law, History or Politics?", *The Modern Law Review*, 2006, 69(4), 644. En particular sobre las relaciones entre la CIJ y el Consejo de Seguridad en el caso *Lockerbie*: V. Gowlland-Debbas, "The Relationship between the ICJ and the Security Council in the Light of the *Lockerbie* case", *AJIL*, 1994, 643; R. St. J. Macdonald, "The International Court of Justice and the Security Council of the UN", *Hom. Jiménez de Aréchaga*, 1994; L. Condorelli, "La Corte Internazionale di Giustizia e gli organi politici delle NU", *RDI*, 1994, 897; B. Martenczuk, "The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from *Lockerbie*?", *EJIL*, 1999, 517; M. Plachta, "*Lockerbie* Case: the Role of the Security Council in the Enforcing of the Principle *Aut Dedere Aut Judicare*", *EJIL*, 2001, 141. Sobre las armas nucleares, v. biblio. Cap. XXVIII.

Capítulo IV

Los pueblos: libre determinación

XV. CONSIDERACIONES GENERALES

54. La libre determinación, de principio político a principio normativo

El principio de la libre determinación de los pueblos como directriz de la acción política internacional aparece a comienzos del siglo XX, alentado desde posiciones tan contradictorias como el liberalismo del Presidente de los Estados Unidos, W. Wilson, que hizo de él uno de los famosos *catorce puntos* de su doctrina para articular las relaciones internacionales después de la *Gran Guerra*, y el marxismo-leninismo, que fiaba en la libre determinación para devolver al proletariado la soberanía usurpada en los Estados capitalistas por la clase dominante.

El hecho de que ni Estados Unidos ni la Unión Soviética fueran miembros fundadores de la S. de N. permitió a las grandes potencias europeas escamotear la mención en el Pacto de un principio, sin duda desestabilizador, cuya aplicación inmediata quedó reservada para la reordenación territorial de los imperios multiétnicos (austro-húngaro, otomano) derrotados, creándose nuevos Estados y propiciándose para las minorías un régimen de protección garantizado internacionalmente cuya observancia doméstica contaba con la constitucionalización de las obligaciones convencionales. En definitiva, la derrota de los *imperios centrales* y de sus aliados permitió generalizar hasta donde era posible —con base en el principio de las *nacionalidades*— la fórmula —integradora en el caso de Alemania y de Italia— que había animado los movimientos independentistas en el solar austro-húngaro y otomano y producido ya en el siglo XIX el nacimiento de Serbia (1878) y otros países.

Sobre las *colonias* de los vencidos (y los territorios no europeos del Imperio Otomano) el reverbero de la libre determinación de los pueblos se diluyó en sentimientos filantrópicos y actitudes paternalistas. Habitadas por pueblos “aún no capacitados para dirigirse a sí mismos”, su *bienestar y desarrollo* constituía una “misión sagrada de civilización” que había de confiarse, como puede suponerse, a las potencias vencedoras en calidad de mandatarias y en nombre de la S. de N. (art. 22 del Pacto).

En 1920, la Comisión designada por la S. de N. en el asunto de las *islas Aaland* (Finlandia c. Suecia) afirmaba expresamente el carácter no jurídico del principio de la libre determinación de los pueblos.

Sin embargo, en 1945, al término de la *segunda guerra mundial*, la Carta de las NU se refirió al principio de la libre determinación de los pueblos por partida doble (arts. 1.2 y 55) como una de las bases del fomento de relaciones de amistad entre las naciones y en pocos años lo que aparentaba ser una mención programática, incluso retórica, se convirtió en el motor de un proceso histórico de descolonización, transformado el principio al galope en *imperativo* gracias a una muchedumbre de declaraciones de la AG y a su misma inclusión como pórtico (art. 1) de los Pactos sobre Derechos Humanos (1966).

55. *Los titulares del derecho de libre determinación*

Entre el hecho histórico —la descolonización— y el principio —la libre determinación de los pueblos— se produjo una simbiosis: el principio facilitaba la operación descolonizadora; la descolonización permitía vertebrar y consolidar jurídicamente el principio. Jinete y montura habían yacido tanto y tan confundidos que amanecían como centauros. Era lógico preguntarse, una vez que la descolonización tocaba a su fin, si acaso el principio que la había conducido estaba agotado o si, por el contrario, su potencialidad podía aplicarse a los procesos políticos de otros pueblos, no coloniales.

El primero de esos *pueblos* es el del Estado soberano. ¿A quién, si no, se está refiriendo la Carta de San Francisco cuando en el primer acorde de su preámbulo habla de “Nosotros, los pueblos de las NU”? Es precisamente la dimensión comunitaria de los derechos fundamentales de la persona humana lo que permanece en la proclamación del principio de libre determinación que hacen los Pactos de NU y la *Declaración sobre los Principios de DI* (res. 2625-XXV, 1970) una vez disuelta la ganga que le agregó circunstancialmente el proceso descolonizador. Desde este punto de vista la libre determinación aporta calor democrático a la soberanía del Estado y a sus corolarios, pues ya no se trata sólo de elegir dentro de él un destino sin injerencias exteriores, sino de que esa elección la haga el pueblo *en libertad*. De ser así, libre determinación y soberanía irán de la mano, la soberanía será auténticamente popular.

Identificar el *pueblo* titular del derecho a la libre determinación con la población del Estado soberano centra la atención sobre el gobierno democrático, dejando en un segundo plano las diferencias étnicas, religiosas, lingüísticas y culturales de los grupos humanos presentes en los Estados plurinacionales y pluriculturales. A menudo los grupos que dentro del Estado presumen de una conciencia nacional diferenciada, asentada en un territorio definido, articulan políticamente sus demandas bajo el estandarte de la libre determinación de un destino que pasa por la independencia o por la vinculación a otro Estado ya existente, el país de su *ascendencia*. Para favorecer su causa los portaestandartes de este nacionalismo fraccionalista suelen dar por supuesto que el *derecho de separación* es una consecuencia necesaria del principio de libre determinación. De ser así, el principio habría alcanzado un extremo nivel desestabilizador para la conservación del Estado y de su integridad territorial. Pero si el DI es obra, en primer lugar, de los Estados, no cabe presumir su disposición para autoflagelarse.

Una variante muy particular de los grupos humanos diferenciados dentro del Estado, de sus *minorías*, la componen los pueblos *indígenas*. A menudo, cuando estos pueblos suman en su conjunto la mayoría o un porcentaje sustancial de la población del Estado, un problema fundamental es el de su participación en la vida pública y la calidad democrática y plural del Estado. En todo caso, sería un despropósito encadenar la libre determinación de su destino a un discurso separatista del Estado del que forman parte en lugar de buscar para ellos, dentro

de ese Estado un régimen de protección bajo garantías internacionales, especialmente tratándose de grupos reducidos, en peligro a veces extremo de extinción como especie.

La libre determinación de un pueblo también puede verse coartada por la *ocupación extranjera*. Sin embargo, en relación con la titularidad de este derecho no es preciso acuñar una categoría de pueblo *ocupado*, pues las manifestaciones de la ocupación se reconducen a los pueblos mencionados en los párrafos precedentes.

En los epígrafes que siguen consideraremos, pues, el principio de libre determinación desde la perspectiva del pueblo *colonial*, del pueblo *étnico o nacional* y del pueblo *indígena*, para finalizar aplicándolo a la población del Estado, supuesto en el que la libre determinación se identifica con el *principio democrático*. La idea de que el contenido de este derecho se adapta a la identidad del titular que lo invoca subyace a este planteamiento.

XVI. LOS PUEBLOS COLONIALES

56. *El régimen de la Carta de las Naciones Unidas*

La Carta no atacó frontalmente las situaciones coloniales como hubieran deseado los Estados Unidos y la Unión Soviética, sino que se limitó a regularlas con un blando talante reformista (arts. 73-91).

Casi todas las disposiciones se dedicaron a establecer un régimen de *administración fiduciaria* que había de aplicarse, previo acuerdo: 1) a los territorios bajo *mandato* de la S. de N. que no accedieron a la independencia en 1945 (a saber, los de tipo B y C, situados en el Pacífico y en el África central y austral), y 2) a las colonias de los países vencidos en la *segunda guerra mundial* (Italia). La invitación a los demás para que sometieran *voluntariamente* sus colonias al mismo régimen sólo obtuvo la llamada por respuesta.

Comparado con el régimen de *mandatos*, el de *administración fiduciaria* (arts. 75-91) era más completo y minucioso, pues: 1) precisaba sus objetivos, incluyendo la promoción del adelanto político y el desarrollo progresivo hacia el *autogobierno* o la independencia del territorio, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares y los *deseos libremente expresados de sus pueblos*, y 2) reforzaba el aparato institucional y los medios de control, sobre todo con la creación del Consejo de Administración Fiduciaria como órgano principal de la Organización, bajo la supervisión de la AG (o del C. de S., si se trataba de un fideicomiso *estratégico*, es decir, bajo la tutela de los Estados Unidos).

Las *colonias* de las potencias europeas no sometidas a este régimen fueron objeto ahora, bajo la etiqueta dosificada de *territorios no autónomos*, de un par de artículos (arts. 73-74) que sugerían el incipiente interés de la ONU por su suerte. Para nada se hablaba de *independencia*, pero sí de desarrollar el *gobierno propio*,

teniendo en cuenta las aspiraciones y circunstancias de los pueblos. Con todo, era una tarea sin fecha ni control. Ante la ONU el único compromiso concreto de las potencias coloniales consistía en la transmisión regular al Secretario General, a *título informativo y dentro de los límites que la seguridad y consideraciones de orden constitucional requieran*, de información *estadística* y de naturaleza *técnica* sobre las condiciones económicas, sociales y educativas —en absoluto políticas— de dichos territorios.

57. Las resoluciones canónicas de la Asamblea General: la búsqueda de una síntesis entre soberanía y libre determinación

Los años siguientes a la instalación de la ONU testimoniaron la competición entre quienes trataban de impulsar la descolonización mediante una interpretación progresiva del principio de libre determinación y quienes trataban de frenarla negando el carácter jurídico de este principio y alegando, como último recurso para impedir la intervención de la Organización, la excepción de jurisdicción doméstica (art. 2.7 de la Carta) que, en su opinión, abarcaba las relaciones de los Estados con sus colonias (*territorios no autónomos*).

La competición, desigual, tenía que decantarse del lado de las fuerzas descolonizadoras, no sólo porque contaban con los dos Estados más poderosos del momento (Estados Unidos y la Unión Soviética), deseosos de *descolonizar* para *neocolonizar*, sino también porque el proceso se alimentaba de sus propios éxitos. Cada territorio descolonizado era un problema menos y, en la medida en que operaba el nacimiento de un nuevo Estado que se convertía en miembro de la ONU, un voto más en la AG.

1960 fue un año decisivo. El 14 de diciembre la AG aprobó la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (res. 1514-XV), a la que se ha calificado por su trascendencia *Carta Magna de la Descolonización*. Sembrada en un campo abonado por un racimo de resoluciones anteriores y redactada con lenguaje combativo, la Declaración buscaba la liquidación del fenómeno colonial a través de la independencia de fideicomisos y territorios no autónomos en el plazo más breve posible. La *falta de preparación* no debía servir de pretexto para retrasar este proceso. La *subyugación* extranjera, contraria a la Carta de las NU y al respeto de derechos humanos fundamentales, comprometía la causa de la paz y de la cooperación mundial. La resolución 1541(XV), adoptada al día siguiente, moderó el lenguaje y completó el diseño de la *Carta Magna* identificando los territorios a los que era aplicable y ofreciendo más opciones.

Un año después (1961) la resolución 1654 (XVI) creó un Comité Especial para el seguimiento y control del cumplimiento de la Declaración. Conocido popularmente como *Comité de los 24* atendiendo al número de sus miembros entre 1962 (res. 1810-XVII) y 1979 (res. 34/425, que elevó su número a 25), este Comité, subsidiario de la AG, jugó un papel central en la agitación del proceso descolonizador.

Su composición, fuertemente escorada al mundo afroasiático del que procedían 15 de sus miembros, hizo de él instancia de reivindicación permanente y fiscalización severa. Sus recomendaciones a la AG fueron decisivas para apreciar cuándo y cómo un territorio no autónomo había alcanzado la *plenitud del gobierno propio*.

Analizado superficialmente el proceso histórico de la descolonización, podría decirse que la libre determinación de los pueblos coloniales *barrió* la soberanía del Estado. Los gobiernos que, como el portugués, se plantaron ante el jaque descolonizador manejando las prerrogativas de la soberanía (afirmación de su propia integridad territorial, reclamo de no intervención en sus asuntos internos, liberación incondicional de fuerza armada institucional dentro de sus fronteras) experimentaron la sensación de que su condición soberana se cocía al calor de un principio menos estático, el de la autodeterminación.

Sin embargo, un examen más detenido revela un considerable esfuerzo teórico para evitar la contradicción entre ambos principios, explotando la noción de *soberanía virtual* del pueblo colonial. La libre determinación sería el motor para hacer esa soberanía real, actual. Despojado así del escudo legitimador de la soberanía, el Estado metropolitano se transforma en ocupante coactivo de un territorio que no es suyo, con las consecuencias que esto comporta (v. *infra*).

58. Opciones descolonizadoras a la luz de la libre determinación

La resolución 1541 (XV) corrigió la fijación obsesiva de la Declaración de 14 de diciembre en la *independencia* —presente en su título y reiterada hasta ocho veces en su texto con rotundas adjetivaciones (*completa*, *absoluta*)— como forma exclusiva de ejercicio de la libre determinación, añadiendo otras dos, a saber, la *asociación* y la *integración* con un Estado independiente, siempre que fueran el resultado de una elección libre de los pueblos, expresada con conocimiento de causa.

De esta manera se satisfacía a las potencias administradoras, todas la cuales (salvo Nueva Zelanda) se habían abstenido de votar a favor de la Declaración. Luego, las resoluciones descolonizadoras volvieron a tañer durante una década la sola cuerda de la *independencia*, que complacía el militantismo de los Estados nuevos; pero la práctica demuestra que si bien esta forma de ejercer la libre determinación fue privilegiada, tanto por presumirse en la población colonial una voluntad independentista como por haberse resuelto por esta vía tres de cada cuatro procesos de emancipación, las otras formas (*asociación e integración con otro Estado*) también han sido aprovechadas, *previa consulta popular libre y responsable bajo supervisión de NU*. De hecho, la *asociación* con la potencia administradora ha ganado terreno en la última etapa de la descolonización.

Un estatuto de asociación es particularmente recomendable cuando el territorio terrestre es reducido e insuficiente para proveer a los servicios de un Estado soberano (por ej., asociación con Nueva Zelanda de las islas Cook, 1965, Niue, 1974, Tokelau, 2006). La asociación supone autogobierno y respeto de la individualidad

y características culturales del asociado, permite incluso la membresía en NU y es, además, reversible. El fideicomiso estratégico de los Estados Unidos en el Pacífico (dos mil islas sumando mil ochocientos kms. cuadrados en un área oceánica de ocho millones) se ha transformado en cuatro Estados asociados por voluntad propia a los Estados Unidos, que mantienen así, como querían, su control. Las islas Marianas suscribieron un pacto (*covenant*) de unión política con los Estados Unidos en 1976. Las islas Carolinas (Federación de Micronesia) y las islas Marshall celebraron un convenio (*compact*) de libre asociación con la potencia administradora en 1983. Son miembros de NU desde 1991. El caso más duro de roer fue el de las islas Palaos (donde la potencia administradora ni confirma ni desmiente que almacene armas atómicas), que se rindió a la libre asociación en 1993. Para ello hubo que *ayudar* un poco: se requirieron ocho *referenda*, unas cuantas decisiones de la Corte Suprema y una enmienda constitucional rebajando el porcentaje necesario para la aprobación del convenio. Palaos accedió a NU en 1994. Un estatuto de asociación puede ser también una etapa intermedia en el camino de la independencia (por ej., en el Caribe bajo administración británica).

Los casos de *integración* con otro Estado han sido más raros, se justifican por las mismas razones que la asociación, e incluso por otras (así, por ej., Sabah y Sarawak, en el norte de Borneo, se unieron en 1963 a la Federación de Malasia, inspirados por Gran Bretaña, para atajar las pretensiones anexionistas de Indonesia, soberano sobre el resto de la isla, con excepción del riquísimo sultanato de Brunei). La integración debe fundarse en los principios de igualdad y no discriminación política y el territorio que se integra ha de haber alcanzado previamente un estado avanzado de autonomía y contar con instituciones representativas.

Por lo demás, la *Declaración sobre los Principios de DI* (res. 2625-XXV, 1970), no contenta con mencionar las tres modalidades de la Carta Magna, añadió una cuarta, de carácter abierto: la adquisición de *cualquier otra condición política libremente decidida por el pueblo*. Así lo impusieron las delegaciones occidentales para llegar a un consenso.

59. El territorio colonial: desvinculación del metropolitano

La aplicación de la res. 1514 (XV) a los fideicomisos y a los territorios no autónomos respecto de los cuales se venía suministrado la información prescrita por el art. 73 de la Carta no ofrecía duda. La lista, sin embargo, no era completa porque algunos países no reconocían obligación de informar sobre determinados territorios que para otros eran *no autónomos*. La resolución 1541 (XV) sentó el criterio según el cual la obligación de transmitir información conforme al art. 73 —y, por ende, de aplicar la res. 1514 (XV)— existía a primera vista en el caso de un territorio “separado geográficamente del país que lo administra” y “distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales”. Otros elementos (administrativos, políticos, jurídicos, económicos, históricos...) podían confirmar esta presunción si influían en las relaciones entre el Estado metropolitano y el territorio de un modo que éste se encontraba colocado en situación de subordinación.

El primer paso, pues, para articular jurídicamente la lucha anticolonialista consistió en desvincular el territorio colonial del metropolitano, rechazando que la integridad de éste, que debía ser respetada, se extendiese a aquél bajo la bandera de un país cuya presencia sólo era aceptable en la medida en que garantizaba su administración en el período de transición a la plenitud del gobierno propio. “El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo”, se

dice en la *Declaración sobre los Principios de DI* (res. 2625-XXV, 1970), “tiene, en virtud de la Carta de las NU, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, y esa condición... existirá hasta que el pueblo de la colonia o del territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta”.

De esta manera estaban condenados planteamientos reacios a la descolonización como el de Portugal —que imitó España desde su ingreso en la ONU en 1956 hasta comienzos de 1961— anclados en la *asimilación* a través de la *provincialización* de territorios ultramarinos. El territorio no autónomo no forma parte, pues, del territorio del Estado que lo administra y la libre determinación de su población no puede, en consecuencia, explicarse como ejercicio de un derecho de separación que afectaría a la integridad territorial de la potencia administradora.

El territorio por descolonizar se caracteriza progresivamente como una entidad con un *status* internacional propio que incluye *ya* corolarios que se predicán de los Estados soberanos. Las consecuencias son importantes. Así, se afirma la *integridad* del territorio de la colonia, que ha de ser mantenida por la potencia administradora; se proclama el derecho del pueblo colonial a los recursos naturales del territorio; se reconoce a los movimientos de liberación como representantes de los pueblos coloniales, concediéndoseles un estatuto de *observador* en la AGNU (res. 2621-XXV, 3280-XXIX, 35/167...); se estima contraria al principio de no intervención cualquier medida de fuerza o represiva de la autoridad metropolitana para impedir el ejercicio del derecho de libre determinación y, consecuentemente, legítima la lucha armada del pueblo colonial y el apoyo que reciba de terceros.

60. El respeto de la integridad del territorio colonial

El respeto de la integridad del territorio colonial ha sido *conditio sine qua non* en el proceso de la descolonización. Las resoluciones de la AGNU, siguiendo las marcas categóricas de la *Carta Magna de la Descolonización*, lo fueron remachando territorio a territorio con notable rigidez, movida la mayoría por el afán de ganar en seguridad y estabilidad y de evitar maniobras segregacionistas de las potencias administradoras.

La única excepción en un supuesto de voluntad dividida de la población ha sido Palestina. La partición del mandato británico fue decidida por la AG (resolución 181-III, de 1948) para, de acuerdo con un criterio étnico, legalizar la creación de Israel contra la voluntad de los palestinos y de los árabes en general.

No cabe la menor duda que, en ocasiones, el mantenimiento intransigente de la integridad territorial de colonias diseñadas por las potencias europeas cortó el paso a soluciones política y humanamente más sensatas. Piénsese, por ej., en el sino de Guinea Ecuatorial, cuyos componentes territoriales principales, la provin-

cia continental de Río Muni y la isla de Fernando Poo y sus dependencias, están muy alejados entre sí y habitados por pueblos muy diferentes que, por lo que hace a los bubis o fernandinos, pidieron —sin conseguirlo— una emancipación por separado. En éste como en otros casos se prefirió partir de las *injusticias y errores* del mapa colonial, esperando que después del *Estado* vendría la *nación*, antes que encender la mecha de los numerosos conflictos que habían de originar los buenos propósitos de enmendarlo.

A salvo el caso de Palestina, sólo cuando todas las comunidades preponderantes en áreas significativas de un territorio (la *población en su conjunto*) han expresado su voluntad de no compartir el futuro se ha aceptado la separación.

Ese fue el caso pionero de la Unión India, que se desgajó del Imperio británico en 1948. La voluntad de separación compartida por hindúes y musulmanes dio lugar a dos Estados soberanos (India y Pakistán) a partir de un criterio de adscripción religiosa de la población mayoritaria en las unidades territoriales relevantes, aunque luego su concreción fue conflictiva en Cachemira, donde un príncipe hindú quiso aplicar el *cuius regio, eius religio* a una mayoría musulmana. En el marco de la descolonización animada por NU la separación se dio en el fideicomiso belga de Ruanda-Burundi, 1962; en el territorio de las islas Gilbert y Ellice, 1976, administrado por Gran Bretaña, luego convertido en los Estados de Tuvalu y Kiribati; en el fideicomiso estratégico de los Estados Unidos en el Pacífico (v. *supra*...).

Las maniobras segregacionistas de las potencias administradoras no han faltado, pero globalmente su trascendencia ha sido limitada.

Recientemente se ha resuelto una de ellas, gracias entre otros motivos, a la constitución en África del Sur de un gobierno democrático. Durante el régimen de *apartheid* África del Sur sostuvo que Walvis Bay, situado en el centro de la línea costera de Namibia y único puerto natural de aguas profundas del Sudoeste africano, no pertenecía a este territorio, sino que fue siempre una dependencia de El Cabo. Por acuerdo entre las partes (1994) Walvis Bay ha sido restituido a Namibia.

Otras maniobras, cuyas consecuencias siguen operando, corresponden a Francia y Gran Bretaña, afectando a territorios insulares.

En unos casos se ha tratado de la separación administrativa de islas escasamente habitadas, o deshabitadas, de los territorios a los que estaban adscritas.

Así, unos meses antes de que Madagascar accediera a la independencia (1960) Francia separó del territorio cuatro pequeñas islas (las Malgaches) sitas en el canal de Mozambique; de forma parecida, Gran Bretaña configuró en 1965 el *territorio británico del Océano Índico* segregando el archipiélago de Chagos de Isla Mauricio y otras islas (Al Aldraba, Farquhar y Desroches) de las Seychelles. Los mil doscientos habitantes autóctonos de Diego García, en las Chagos, arrendada por Gran Bretaña a los Estados Unidos para la instalación de una importante base aeronaval, fueron transferidos (según unos) o deportados (según otros) a Mauricio, cuyo gobierno recibió por ello una compensación económica.

Según las potencias administradoras, en todos estos casos —que han incoado reivindicaciones territoriales de los nuevos Estados, sostenidas por la AG— los territorios segregados eran *nullius* en la fecha de su ocupación y sólo por razones prácticas se hicieron depender de la colonia luego emancipada. Lo cierto es, sin embargo, que dichos territorios fueron ocupados en el curso del mismo proceso de

expansión que permitió controlar la colonia de la que aquéllos han sido una dependencia tradicional.

En otros casos se ha tratado de una apreciación singular, *isla por isla*, y no por el conjunto archipelágico, del resultado de las consultas populares celebradas para el ejercicio de la libre determinación.

El ejemplo más característico lo ofrecieron las Comores (1974-1976), donde los habitantes de la isla de Mayotte, a diferencia de las otras del archipiélago, se pronunciaron por seguir bajo la bandera de Francia, lo que la potencia administradora aceptó contra los reclamos del nuevo Estado, que hizo suyos la AG (res. 3291-XXIX, 3385-XXX...).

61. La población del territorio colonial, titular del derecho de libre determinación

La prevalencia de la integridad territorial de la colonia sobre cualquier otra consideración ha predeterminado la titularidad del derecho de libre determinación. Teniendo en cuenta que la configuración geográfica de las colonias fue el resultado de pugnas y negociaciones ajenas a los criterios étnicos, lingüísticos o religiosos que, generalmente, son la base definidora de un *pueblo*, el *pueblo colonial* se identifica con la *población (del territorio) de la colonia*, que debía respetarse dentro de los límites heredados, en la fecha crítica de la descolonización.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por *población* de la *colonia* a efectos del ejercicio de la libre determinación? Ciertamente, la población *autóctona*, esto es, la arraigada en el territorio al producirse el hecho colonial. Pero no sólo ella. Aunque la diferencia étnica o cultural de la población respecto de la metropolitana ha sido uno de los criterios de identificación de los territorios no autónomos, el *pueblo colonial* no se redujo a los *diferentes*, sino que asimiló a la población *sobrevenida* como consecuencia del hecho colonial mientras éste fue conforme con el DI en vigor. De ahí que los colonos blancos *históricos* de Rhodesia del Sur (Zimbabwe) y de África del Sur —a pesar de la dominación *racista* a la que sometieron al resto de la población durante años— o los *caldoches*, la población de origen francés de Nueva Caledonia, tengan derecho a participar en la determinación del destino de los territorios mencionados.

Esta cuestión pasó relativamente desapercibida durante la mayor parte del proceso de descolonización porque las minorías blancas fueron poco significativas (una *colonización sin colonos*), menguaron o desaparecieron cuando el curso de los acontecimientos fue violento. Además, el hecho de que la voluntad independentista de la población colonial se presumiera y de que NU, siguiendo en África los criterios de la OUA, reconociera a movimientos de liberación controlados por miembros de pueblos autóctonos la representación de la población colonial, favorecieron esta apreciación.

Ha de negarse, en cambio, que formen parte de la población colonial a los efectos de la libre determinación los *nuevos pobladores* o colonos, asentados cuando el mantenimiento del hecho colonial se considera incompatible con dicho principio, ya positivado. La alteración demográfica del territorio no autónomo por la potencia que lo administra o lo ocupa de hecho está prohibida. Salta a la vista que, sobre todo en territorios débilmente poblados, el manejo de los flujos migratorios durante un cierto número de años puede bastar para modificar la opción triunfante en una consulta popular (haciendo, por ej., prosperar la integración o la asociación con un país vecino sobre la independencia). Casos como el del Sahara, donde las autoridades marroquíes han fomentado la afluencia sistemática de inmigrantes, crean situaciones de hecho que quebrantan la libre elección de su destino por la población colonial, aun cuando los *nuevos pobladores* no figuren en el censo propio del referéndum (v. *infra*).

62. Intervención y uso de la fuerza en el territorio colonial

Los principios de no intervención y de prohibición de la amenaza y el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales *traicionan* a la potencia colonial cuando pretende valerse de ellos. El uso de la fuerza para reprimir los movimientos de liberación no se considera ya una medida lícita de policía interna, sino un acto de intervención y hasta de agresión contra el legítimo ejercicio de la libre determinación. A fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho deberá cesar toda acción armada o medida represiva contra ellos (res. 1514-XV). El uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención (res. 2131-XX, 2160-XXI, 2625-XXV, 3314-XXIX...). La potencia colonial es *extranjera* en un territorio ocupado contra la voluntad de su población y la continuación del colonialismo es incompatible con la Carta y los principios del DI (res. 35/118). Cualquier ayuda a la potencia colonial, sea la que sea, está proscrita.

Con un planteamiento así, era natural deslizarse a la contemplación de la población colonial en situación de *legítima defensa* frente a un ocupante de *facto* y a la proposición de la asistencia, incluso armada, a los movimientos de liberación como una manifestación de solidaridad con el pueblo agredido.

Cabía proponer que si la libre determinación de los pueblos era uno de los propósitos de la Carta, el uso de la fuerza para servirla no podía estar prohibido, pues el artículo 2.4 condicionaba su prohibición a una incompatibilidad con los fines de las NU. No obstante, el temor de los países occidentales a ser empujados demasiado lejos y el deseo de afroasiáticos y socialistas de llegar a un consenso hicieron que la *Declaración sobre los Principios* (res. 2625-XXV, 1970) se expresara con términos más genéricos, acompañando el "deber de abstención de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos... de su derecho a la libre determinación", con la afirmación del derecho de éstos a "pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las NU" cuando plantasen cara a tales medidas. Esta formulación enguantada daba gusto a todos porque al condicionar la prestación de apoyo a criterios enunciados con vaguedad e interpretados sin uniformidad, unos los podían transformar en aire y otros en fuego. De hecho, afroasiáticos y socialistas

habían conseguido introducir su propia interpretación en otras resoluciones de notorio alcance político, aunque de menor repercusión normativa (por ej., la incandescente res. 2621-XXV, que programaba las actividades para la plena aplicación de la res. 1514-XV, en la que se inspiraron muchas resoluciones posteriores que, al precio de un corrimiento de voto, mencionaban de una manera expresa la lucha armada y la asistencia *militar*; por ej., 33/24, 35/227 J, 36/68...).

La lucha armada rompió en todo caso la paz y seguridad internacionales, pues los gobiernos colonialistas no estaban dispuestos a tolerar, como puede suponerse, que el territorio de los Estados vecinos se convirtiera en un *santuario* para los movimientos de liberación. En el cono sur de África (Angola, Mozambique, Namibia) esa circunstancia condujo a acciones militares transfronterizas, condenadas por el C. de S., que pudieron ser controladas por la limitación de los objetivos perseguidos por el *agresor*, que invocaba un derecho de *persecución*. La situación pudo complicarse, sin embargo, cuando al apoyo material y logístico se unió el envío de unidades militares, como hizo Cuba en los últimos compases de la descolonización de Angola (1975) para apoyar a uno de los movimientos de liberación (el MPLA) frente a sus rivales (UNITA, FNLA), apoyados por otros países (África del Sur, Estados Unidos...). En casos como éste (lo mismo cabe decir de Mozambique) el conflicto colonial convivió y fue reemplazado sin solución de continuidad por conflictos civiles alimentados por las estrategias de la *guerra fría* y terminados sólo con ésta. El conflicto armado de los movimientos de liberación con la potencia colonial se considera *internacional*; no así los conflictos entre movimientos de liberación de un mismo territorio.

63. El carácter total de la lucha contra el colonialismo

La lucha contra el colonialismo ha abarcado todas las facetas de las relaciones internacionales. Eso se advierte en la indisponibilidad de los recursos del territorio por la potencia colonial; en la aplicación de *sanciones* a la misma; en el patrocinio de políticas de aislamiento diplomático, político y comercial.

Por lo que se refiere a los recursos, la atribución a los pueblos coloniales de las riquezas naturales de su territorio (res. 1514-XV, Pacto de NU sobre derechos civiles y políticos, arts. 1.2 y 47, Pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales, arts. 1.2 y 25; res. 2625-XXV...) se ha visto completada con: 1) la exclusión de que la potencia colonial pueda extender su jurisdicción de *facto* sobre nuevos espacios atribuibles al mismo (por ej., la ZEE: véase res. 36/51, 1981, por la que la AG declaró nula la extensión por África del Sur de la ZEE a lo largo de la costa de Namibia), y 2) la negación de un derecho a promover inversiones que puedan obstaculizar la liberación de un territorio y la proclamación de la *responsabilidad económica* de los países colonialistas por la explotación, agotamiento y daños causados a sus recursos (Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, res. 3281-XXIX, 1974), lo que implica una obligación de reparación. Los casos planteados ante la CIJ contra Australia, uno por Portugal, en relación con el tratado de delimitación de la plataforma continental en el llamado *Timor Gap* (1989) celebrado por el demandado con Indonesia, ocupante de Timor oriental (v. *infra*) y otro por Nauru, en relación con la explotación abusiva de sus fosfatos por las potencias administradoras (Australia, Gran Bretaña, Nueva Zelanda), hubieran podido iluminar el alcance normativo y las consecuencias de estas declaraciones, pero la negativa de la Corte a ejercer su jurisdicción en el primer caso y el desistimiento del demandante en el segundo, no lo permitieron.

La consideración de que una situación colonial constituía por sí misma una amenaza, si no un quebrantamiento de la paz y un acto de agresión, fue la premisa de la acción política de la AGNU, conducida por una mayoría anticolonialista radical, urgiendo al C. de S. —con verbo cada vez más inmoderado y terminante— a imponer medidas coercitivas, primero selectivas, luego amplias y globales, conforme al Capítulo VII de la Carta, a los países colonialistas más señeros. Aunque el Consejo fue siempre muy por detrás de las incitaciones de la Asamblea, primero Rodesia (por la *debellatio* de la minoría blanca) y luego África del Sur (por su política de *apartheid*) y Portugal, fueron blanco de sanciones económicas, inicialmente recomendadas y luego, (en los casos de Rodesia —res. 232-1966; 253-1968; 409-1977— y África del Sur, 418 y 421-1977; 473 y 475-1980),

obligatorias. La res. 418 fue histórica, por ser la primera que sometió a sanciones obligatorias a un *Estado miembro* (Rodesia no lo era cuando fue sancionada en 1966).

En cuanto al *mandato* de África del Sur sobre el Sudoeste africano, que no se sometió al régimen de administración fiduciaria por la negativa sudafricana a celebrar el preceptivo acuerdo, NU lo declaró terminado en 1969 (AG, res. 2145-XXI, C. de S. res. 264-1969) y en 1970 rebautizó el territorio como Namibia (AG, res. 2679-XXV), declarando ilegal la presencia sudafricana e invitando a todos los Estados a abstenerse de toda clase de relaciones (diplomáticas, consulares u otras) con África del Sur que implicasen el reconocimiento de su autoridad (C. de S., res. 276 y 283-1970). Requerida la opinión de la CIJ, la Corte avaló (1971) este planteamiento desde un punto de vista legal: África del Sur debía poner fin inmediatamente a su ocupación del territorio, los miembros de NU estaban obligados a reconocer la ilegalidad de la presencia sudafricana y la nulidad de todas las medidas adoptadas por su gobierno concernientes a Namibia, así como a abstenerse de actos y relaciones que pudiesen interpretarse como reconocimiento o asistencia, y los no miembros debían cooperar con la acción emprendida por la Organización, dentro de los límites señalados. Después, la AG condenó enérgicamente todo tipo de colaboración y de contacto con el gobierno sudafricano (por ej., res. 35/118 y 119, 36/68 y 121...). Pero sus invitaciones reiteradas al C. de S., desde 1967 (res. 2324 y 2325-XXII), instándole a la adopción de sanciones *obligatorias* contra África del Sur, no tuvieron efecto por el veto de los miembros permanentes occidentales.

Sobre la eficacia de las sanciones han corrido ríos de tinta. Sea como fuere, coadyuvaron finalmente para realizar los objetivos de la política descolonizadora junto con otras medidas que, dentro del ámbito de sus competencias discrecionales, adoptaron la mayoría de los miembros de la sociedad internacional. Piénsese, por ejemplo, en el juego brindado por el *reconocimiento* de Estados (v. Cap. II), que permitió *precipitar* el de entes cuya efectividad era dudosa o limitada (Guinea-Bissau, por la misma AG., res. 3061-XXVIII, 1973), atendiendo a la *legitimidad* de la lucha de quienes declaraban unilateralmente la independencia, presente aún en el territorio la potencia colonial, y viceversa, negarlo a entes efectivos, pero ilegítimos desde el punto de vista de la libre determinación (Rodesia, cuya proclamación de independencia fue condenada por el C. de S., que invitó a todos los Estados a no reconocerla, res. 217-1965). El no reconocimiento de situaciones ilegítimas, pero efectivas, se extendió en el marco de la descolonización como una medida paliativa de la incapacidad institucional de la sociedad internacional para corregirlas.

La lucha contra el colonialismo no conoció límites. Los países colonialistas fueron, en su caso, hostigados y aislados en los diferentes ámbitos de la cooperación internacional. En un plano bilateral se rompieron relaciones diplomáticas y comerciales; en un plano multilateral su elegibilidad para los órganos selectivos de las Organizaciones se esfumó y su participación en los plenarios fue a veces suspendida. Se instrumentó el boicot de todo lo que (empresa, asociación, acontecimiento o persona) hubiese estado en relación (comercial, cultural, deportiva...) con el país colonialista. Se movilizó a la opinión pública, nacional e internacional, en su contra. Los países occidentales y las Organizaciones por ellos manejadas (OTAN, FMI, BIRD) que se desentendían de las sanciones o impedían en el C. de S. su ampliación y globalización fueron señalados con el dedo infame por las mayorías del Tercer Mundo que controlaban la AG.

Como el peso de una plomada la descolonización buscó la vertical en el sur del continente africano donde, por un explicable azar geopolítico, se concentraron sus más acérrimos detractores. Pero la amenazante bolsa de violencia abierta en esa región a finales de los sesenta se había vaciado 20 años después. Aunque tardaran en llegar, los frutos de la política de aislamiento y sanciones aplicadas a las potencias coloniales finalmente se cosecharon. En 1975 Portugal renunció a su costoso planteamiento numantino. Angola y Mozambique (igual que Cabo Verde, Sao-Tomé y Príncipe y Guinea Bissau) vieron reconocida su independencia. Puede decirse, incluso, que en el caso de Portugal la autodeterminación comenzó por la metrópoli, al forzar la previa democratización de sus instituciones políticas (1974). En 1979 expiró la *debellatio* blanca de Rodesia del Sur, naciendo un año después el Zimbabwe. Namibia accedió a la independencia en 1990. En África del Sur se renunció a la política del *apartheid* y se celebraron elecciones generales con base en el sufragio universal en 1994.

64. Reclamaciones territoriales y libre determinación de los pueblos: reclamaciones descolonizadoras

El derecho de autodeterminación no se extiende, según la práctica de NU, a las poblaciones sobrevenidas en territorios no autónomos que al producirse el *hecho colonial* carecían de población autóctona, caso de las islas Malvinas (prácticamente deshabitadas) o del Peñón de Gibraltar (cuya población abandonó mayoritariamente la plaza, con sus autoridades municipales al frente). Según los países reclamantes de las islas (Argentina) y del Peñón (España) cabe tener en cuenta los *intereses* de esta población, pero reconocerles la titularidad del derecho de autodeterminación iría contra los principios y objetivos del proceso de descolonización, pues la voluntad de poblaciones *importadas*, llegadas al *rebufo de los colonialistas*, no haría sino confirmar y consolidar las consecuencias del entuerto que se trataba de enmendar. Las resoluciones de la AG endosaron, a partir de 1965, las tesis argentina y española, no la de Gran Bretaña según la cual allí donde hay un territorio no autónomo hay una población con derecho a determinar libremente su destino (salvo, probablemente, si es originaria de Diego García), urgiendo negociaciones bilaterales en pos de una solución conforme con la res. 1514 (XV).

Cabe, sin embargo, sugerir que acaso en el futuro, no sean sólo los *intereses*, sino también la *voluntad* de esta población, cuya identidad ha ido creciendo, relevante para dar por consumada la descolonización del territorio. Si sostenemos el derecho de los *caldoches* a participar con los *kanakos* en la determinación del destino de Nueva Caledonia, ¿cómo negar a los habitantes de Gibraltar o de Malvinas ese mismo derecho en relación con el Peñón o las islas? Ya no puede darse por supuesto que la población local es un simple peón manejado por la potencia administradora en el tablero. Lo que, desde luego, tampoco puede pretender la población local es que la descolonización es un asunto bilateral con

la potencia administradora, con todas las opciones abiertas. Argentina o España son algo más que *vecinos*. Con independencia de derechos convencionales que pueden asistirles (en el caso de España los del art. X del tratado de Utrech, 1713), Argentina y España gozan de títulos deducidos de los principios de la descolonización reflejados en las resoluciones de la AG.

La libre determinación requiere, pues, la acomodación libremente consentida de los intereses legítimos de todas las partes. En lugar de insistir en negar a la población local la titularidad del derecho a participar en la determinación del destino de su territorio, que es su propio destino, más acertado es insistir en que dicha titularidad no es en estos casos exclusiva. La solución pasa por un consentimiento a tres.

El acuerdo hispano-británico al que se refiere el comunicado conjunto de 27 de octubre de 2004 se sitúa en este rumbo cuando establece un foro de diálogo tripartito sobre bases paritarias en el que los acuerdos requieren el consentimiento de todos. Teniendo en cuenta su diferente *status* constitucional, se prevé que “si las tres partes desean adoptar una decisión respecto de un asunto sobre el que el acuerdo formal debiese ser... entre España y el Reino Unido, se entiende que el Reino Unido no prestará su... acuerdo sin el consentimiento del gobierno de Gibraltar”. El 19 de septiembre de 2006 esta nueva aproximación ofreció sus primeros frutos tangibles en acuerdos entre los que ahora cabe destacar el relativo al uso conjunto del aeropuerto de Gibraltar, lo que veinte años atrás no fue posible por la radical oposición de los gibraltareños.

Si la reclamación de un Estado sobre un territorio puede prosperar bajo una etiqueta descolonizadora cuando, como acontece con Gibraltar o las Malvinas, la población actual se considera una criatura de la colonia misma, no puede decirse lo mismo cuando sobre ese territorio se asienta una población autóctona, a menos que el *hecho colonial*: 1) tenga su origen en un tratado de cesión concertado por la potencia administradora con el Estado reclamante; ó 2) se trate de enclaves — como tales, espacios muy reducidos— con una población autóctona en la que podía presumirse una fuerte voluntad reintegradora.

Puede así justificarse la retrocesión de Ifni a Marruecos por España en 1969 (que había adquirido el territorio por el tratado de Tetuán, 1860), las de Hong-Kong (por Gran Bretaña), y Macao (por Portugal) a China en 1997 y 1999 respectivamente, (casos éstos que, además, se han negociado al margen de NU), o la misma ocupación por Dahomey (hoy Benin) del fuerte portugués de San Juan Bautista de Ajuda y por la India de los enclaves también portugueses de Goa, Damao y Diu (1961).

El mismo tratamiento habría de darse a las descolonizaciones cerradas en falso por una irregular segregación territorial (islas Malgaches, Chagos, Mayotte...) que han originado reclamaciones de los nuevos Estados. En nada menoscaba la existencia del derecho de libre determinación, ha afirmado la CIJ (asunto del *Sahara occidental*, 1975), el hecho de que en ciertas ocasiones la AGNU haya exigido la devolución de un territorio al Estado que lo reclamaba sin consulta a la población del mismo por entender que no existía en tales supuestos población colonial propiamente dicha o darse circunstancias especiales.

Ahora bien, aunque en alguna ocasión la AG ha preferido mirar a otro lado cuando mediante un acto de fuerza instantáneo una reivindicación territorial

descolonizadora ha sido satisfecha (caso de los enclaves portugueses en Dahomey y la India), la Asamblea no ha estimulado esta clase de procedimientos, marcando así una diferencia con la receptividad de la mayoría de sus miembros para con la lucha armada de los movimientos de liberación.

La llamada *guerra de las Malvinas*, desatada por la ocupación del archipiélago por Argentina (1982), vino a demostrarlo. El C. de S. no adoptó sanciones contra Argentina ni avaló la reacción de Gran Bretaña, reclamando de las partes una solución negociada, pero condenó la acción argentina, que consideró un *quebrantamiento de la paz* (resolución 502-1982). Cómo afrontar la falta de *buena fe* en la negociación de un ocupante que, encastillado en postulados incompatibles con el objetivo esencial de la parte reclamante, reconocido por NU, se limita a permanecer sentado, de tiempo en tiempo, en una silla, es una cuestión para la que no se tiene respuesta. La primera resolución de la AG sobre las Malvinas, invitando a las partes a negociar, se había tomado en 1965 (res. 2065-XX), y en 1973 (res. 3160-XXVIII) y 1976 (res. 31/49) la AG manifestó su reconocimiento a la Argentina por sus esfuerzos para facilitar la descolonización y promover el bienestar de la población isleña. Pero en la devolución del territorio por Gran Bretaña no se avanzó una pulgada (que es una medida inglesa); incluso, la potencia administradora inició por su cuenta la exploración de los fondos marinos... La experiencia demuestra que una actitud inmovible de la potencia ocupante, arropada por la población local importada, hace inviable el retorno pacífico del territorio al país que lo reclama legítimamente en el marco de la descolonización, mientras se gana tiempo para la recalificación de dicha población como titular del derecho de libre determinación.

65. Reclamaciones territoriales... no descolonizadoras

Fuera de los supuestos mencionados, los lazos de la población autóctona con el Estado reclamante, sean los que sean, no limitan su derecho de libre determinación (CIJ, asunto del *Sahara occidental*, 1975); el hecho de que un Estado, habitualmente vecino, albergue pretensiones sobre el territorio se traduce a lo más, en términos de Derecho de Descolonización, en la neutralización de la presunción de voluntad independentista y la consiguiente exigencia de un pronunciamiento expreso mediante referéndum. Así han nacido Estados como Mauritania (1961), Djibouti (1977) o Belice (1981). Un título histórico de soberanía de un tercero, suponiendo que exista, no prevalecería sobre el derecho a la libre determinación de una población colonial *genuina*. Bajo este prisma han de considerarse los casos de Timor oriental y del Sáhara occidental.

En 1974 Indonesia y Marruecos ocuparon militarmente Timor oriental, uno, y el otro el Sahara occidental. Ambos invocaron de una u otra forma el vacío de poder creado o a punto de crearse por las potencias administradoras, Portugal, que de hecho había abandonado Timor, y España, que estaba dispuesta a hacerlo en el Sahara. Indonesia adujo que había que evitar un baño de sangre entre los partidarios de la independencia y los de la integración con Indonesia. Marruecos, acompañada en un primer momento por Mauritania, llegó a un acuerdo con España para sucederla en la administración del territorio. El propósito inicial de los ocupantes no era imponer su reclamación como un límite al principio de libre determinación justificado por el quebrantamiento de su integridad territorial, cultural o histórica por el hecho colonial, sino *echarle una manita* al principio de libre determinación, asegurándose la celebración de la consulta popular sólo y cuando garantizase la satisfacción de sus propósitos anexionistas.

El método ya había sido practicado con éxito por India y por la misma Indonesia. La primera organizó en 1967 un referéndum en los enclaves portugueses que había incorporado *manu militari* con la tácita aprobación de la AG. La segunda, tras el anuncio del gobierno holandés (1961) de que pensaba transferir la soberanía sobre

Nueva Guinea Occidental (Irian) al pueblo, sin acceder a las demandas indonesias, provocó hostilidades que acabaron con un acuerdo (1962) por el que se aceptaba la aplicación del principio de libre determinación, pero se posponía su ejercicio y se entregaba la administración del territorio, tras una breve período en que la ejerció NU, a Indonesia. La consulta popular se hizo en el año 1969, entre disturbios y procedimientos dudosamente democráticos. El desenlace fue la integración con Indonesia, homologada por NU (res. 2504-XXIV de la AG).

En Timor oriental NU sostuvo el derecho de su población a la libre determinación (C. de S., res. 384; AG, res. 3485-XXX), aunque con decreciente convicción si atendemos al resultado de las anuales votaciones. Entretanto, en medio de graves violaciones de derechos humanos, se mantuvieron desde 1992 las formas de unas rondas negociadoras entre Indonesia y Portugal, animadas por el Secretario General de NU para encontrar “una solución justa, general e internacionalmente aceptable”. Timor Oriental volvió a la agenda del C. de S. en 1999. Al finalizar la década, la debilidad creciente del régimen indonesio en un medio internacional en el que ya no era el aliado imprescindible que en otro tiempo fue para Estados Unidos, pudo celebrarse una consulta libre bajo supervisión de NU, expresando la población una voluntad mayoritaria por la independencia, que se proclamó en 2002, trámite una administración transitoria de NU (UNTAET) y sucesivas misiones de apoyo para el afianzamiento del nuevo Estado, lo que no está siendo fácil, en todos los órdenes; la última (MINUT), aprobada por el C. de S. en septiembre de 2006 (res. 1704) concurrente con una fuerza multinacional (Australia, Malasia, Nueva Zelanda y Portugal).

En el Sahara, Marruecos obtuvo el apoyo de la asamblea de jefes tradicionales (1976) y apoyó la celebración de un referéndum de confirmación de su *marroquinidad*, de hecho el referéndum debió celebrarse ya en 1992, según el plan de paz aprobado por el C. de S. (res. 658, 690 y 809), con el consentimiento de las partes y la bendición de la OUA, que supuso un alto el fuego y la puesta en marcha de una operación civil-militar de NU (MINURSO). El desacuerdo sobre la actualización del censo básico de 1974, que Marruecos desearía ampliar con sedicentes originarios del Sahara *exiliados* en el reino magrebí y sus descendientes hasta más que duplicar el elaborado en su día por la administración española, impidieron la consulta. Cuando finalizaba el verano de 1997, la mediación del Enviado Especial del Secretario General de las NU, James Baker III, logró el acuerdo de Marruecos y del Frente Polisario para superar sus diferencias, lo que fue endosado por el C. de S. —resolución 1108(1997)— para, a continuación, aflorar de nuevo los obstáculos marroquíes a una consulta que Marruecos quiere moldear a su conveniencia. A tal efecto, con el padrínazgo de Estados Unidos y Francia y la benevolente actitud del Secretario General, en 2001 se urdió un nuevo Plan que debía facilitar la anexión del territorio mediante el establecimiento transitorio de un régimen de autonomía al que seguiría un referéndum con participación de todos los residentes en el Sahara, incluidos los miles de marroquíes inmigrados en los más de veinticinco años transcurridos desde que Marruecos lo ocupó. Una vez que contra pronóstico el Frente Polisario aceptó el Plan, diseñado para que lo rechazara, Marruecos —que no admite más consulta popular que la confirmatoria de su soberanía— no quiso arriesgar lo más mínimo y se convirtió en declarado enemigo de una criatura que no le era ajena. Desde entonces el C. de S. se ha limitado a ir prorrogando el *status quo*, mientras peligra el alto el fuego. Tal vez el Consejo debería guardarse a sí mismo el respeto y mostrar más carácter ante un Estado miembro que gambetea sus resoluciones, previamente consentidas, a un costo anual para la comunidad internacional de cincuenta millones de dólares.

Marruecos quiere transformar el derecho de *libre determinación* del pueblo saharauí en el derecho de *predeterminación* de su destino, sobre todo una vez que vio fracasar a Indonesia en las urnas de Timor Oriental, a pesar de la larga ocupación militar y la persecución de que fueron víctimas sus opositores.

66. Situación actual: epílogo del proceso de descolonización

Viendo la evolución posterior de los acontecimientos, diríase que el proceso de descolonización se limitó a ganar tiempo, aplazando para el Estado nuevo los

problemas que había de plantear la convivencia de sus diferentes pueblos. Su incapacidad para *hacer nación* ha conducido, aquí y allá, a la guerra civil y a la violencia crónica, alimentadas eventualmente por países vecinos y/o por las viejas potencias coloniales. Queda claro, de todos modos, que la descolonización no pretendió afirmar la libre determinación de los pueblos a costa del quebrantamiento de un territorio dado y que la proclamación de tal derecho de los pueblos coloniales se hizo previa identificación de éstos con las poblaciones de los territorios de cuya emancipación se trataba.

La descolonización, uno de los grandes temas de la segunda mitad del siglo XX, es hoy un proceso residual. Uno tras otro, con la velocidad progresiva de los cuerpos en caída libre, los territorios coloniales han ido alcanzando formalmente la *plenitud del gobierno propio* según una de las modalidades admitidas por NU. Desde que en 1994 Palaos concluyó su descolonización, el Consejo de Administración Fiduciaria se quedó sin misión, al punto que el Secretario General propuso su supresión, manteniéndose hibernado hasta que, finalmente, a finales de 2005, ha sido liquidado. La tutela sobre fideicomisos de ayer puede, no obstante, ser mañana la de los Estados *fallidos* tras la pirueta emancipadora de las antiguas colonias (v. Cap. XXXI).

En la última etapa del proceso, una vez descolonizado Timor Oriental y contando Nueva Caledonia con un programa pautado desde la estipulación del Acuerdo de Numea, de 5 de mayo de 1998, sólo el Sahara Occidental (del que se ocupa el C. de S.) se refleja en el espejo de una descolonización problemática. Gibraltar y Malvinas están en manos de las partes y los territorios cuya situación examina el otrora temible *Comité de los 24* componen una corta lista de islas del Caribe y del Pacífico, de reducida extensión y población escasa, bajo administración británica (Anguilla, Bermuda, Caimán, Montserrat, Pitcairn, Santa Elena, Turcos y Caicos y Vírgenes británicas) y estadounidense (Guam, Samoa y Vírgenes de los Estados Unidos), aunque la importancia estratégica de algunos de estos microterritorios insulares para el despliegue naval y aéreo de los países que los administran, así como el interés económico que les ha otorgado la captación de jurisdicción sobre amplios espacios marinos adyacentes (v. Cap. XXIV), ha dado una original e inesperada dimensión a su descolonización, privilegiando los estatutos de asociación.

El *Comité de los 24* ha dedicado también una atención formal al *Estado libre asociado* de Puerto Rico a partir de 1965; pero Estados Unidos decidió suspender su cooperación con el Comité en 1992. Siendo la independencia una propuesta de aceptación marginal entre los puertorriqueños, la población se debate entre los partidarios de conservar el actual estatuto, mejorándolo, y los de la integración en Estados Unidos (sin que esta opción sea especialmente promovida por los poderes federales).

Por otro lado, aunque la lista del *Comité de los 24* permanece siempre abierta, es digno de atención el hecho de que territorios similares a los mencionados hayan permanecido siempre al margen, agazapados detrás de construcciones jurídico-administrativas asimilacionistas al territorio metropolitano con las que están generalmente conformes las poblaciones locales (por ej., los territorios y departamentos ultramarinos de Francia, que suponen más de 500.000 km²). Ahora, a diferencia de cuarenta años atrás, la *provincialización* o *departamentalización* de territorios ultramarinos, sobre la que trató de escudarse en vano Portugal, no es radicalmente enfrentada, sea por el agotamiento del propio proceso, sea por el mayor poder de los titulares del dominio, sea por aceptar que esa es también, de una u otra forma, la voluntad de los habitantes del lugar.

En esta etapa final de la descolonización se han advertido también una pérdida de visibilidad del principio de libre determinación y una menor disposición institucional a sacar de él las oportunas consecuencias jurídicas.

Así la referencia a “la dominación colonial o cualquier otra forma de dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos” desapareció en 1995 del proyecto de artículos de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad que preparaba la CDI. Asimismo, la mención expresa de que el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial era violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos se esfumó del proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001) una vez que la CDI renunció a denominar *crimen* a tales violaciones (v. Cap. XIX), eliminando los ejemplos que lo ilustraban. Aunque no cabe deducir de esto consecuencias sustanciales sobre la calificación de los hechos, es innegable la pérdida de la significación simbólica, pedagógica y hasta disuasoria de comportamientos *criminales* que comportaba su mención en instrumentos señeros como los referidos.

En un plano judicial fue aún más insatisfactorio que en el asunto de *Timor Oriental* (1995) la CIJ, aun rindiendo pleitesía al principio de libre determinación, se escondiera detrás de la doctrina del *tercero imprescindible* para rechazar su competencia sobre la demanda de Portugal contra Australia por la conclusión en 1989 con Indonesia de un tratado de que afectaba al llamado *Timor Gap* que podía vulnerar el derecho del pueblo timorense a la libre determinación y a la soberanía sobre sus recursos naturales (v. Cap. I).

En un plano político la res. 50/38 de la AGNU advertía en 1995 que “las específicas características y los sentimientos del pueblo de los Territorios requiere enfoques flexibles, prácticos e innovadores a las opciones de libre determinación”. La actitud del C. de S. en relación con la descolonización del Sahara podría proponerse como un ejemplo de ello.

67. La cuestión de Palestina

Palestina no ha figurado nunca en la Lista de Territorios No Autónomos del *Comité de los 24*. No obstante, cabe mencionarlo aquí como el caso más complejo y delicado de descolonización pendiente. La situación actual permite además su consideración desde la perspectiva de la *ocupación extranjera*.

Palestina fue uno de los cuatro mandatos de tipo A establecidos en territorios del antiguo Imperio Otomano al término de la *Gran Guerra* (dos bajo administración francesa: Siria y Líbano, y dos bajo administración británica: Irak y la citada Palestina). Todos ellos debían acceder a la plena independencia, como Estados soberanos, después de la *segunda guerra mundial*; pero uno de ellos —Palestina— debía convertirse en Jordania al este del Jordán y por decisión de la AGNU (res. 181-II, de 1947) dividirse en dos al oeste: Israel y la propia Palestina. Como se sabe, esta decisión condujo a la primera de las guerras árabe-israelíes, que concluyó con el reforzamiento territorial de Israel (que entró en la ONU en 1949) y el reparto de los restos del nonato Estado palestino entre Egipto (Gaza, bajo administración militar) y Jordania (Cisjordania y Jerusalén oriental, anexionados en 1950). Estos restos revirtieron a Israel como consecuencia de la llamada *guerra de los seis días* (1967), ocupándolos desde entonces.

Contra las resoluciones del C. de S. (res. 242-1967; 338-1973) reclamando la evacuación de los territorios ocupados, una ley israelí (1981) proclamó la soberanía de Israel sobre Jerusalén oriental, lo que NU declaró internacionalmente ilegal (C. de S., res. 497-1981). Al mismo tiempo, los gobiernos de Israel propiciaron los asentamientos judíos en Cisjordania y Gaza, condenados por NU. El efecto del retorno de los judíos apoyado en títulos *bíblicos* que el DI no conoce era

amplificado por la negativa a admitir el mismo derecho de los refugiados palestinos en otros países (al que ya se había referido la res. 194-III, de 1948, de la AGNU, al término de la primera *guerra árabe-israelí*, y al que se refirió el C. de S., res. 237, de 1967, al concluir la de los *seis días*).

La AGNU reconoció enfáticamente los derechos *inalienables* del pueblo palestino a la libre determinación (res. 3236-XXIX, de 1974; precedida de otras, como la 2535-XXIV, 2672-XXV y 2787-XXVI...) y a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), constituida en 1964, como su representante legítimo (res. 3375-XXX, de 1975). A partir de ese momento *la mayoría mecánica* de la AG puso la dialéctica descolonizadora al servicio de la causa palestina hasta el extremo de propugnar (res. 31/20...) el establecimiento de un Estado soberano sobre el solar palestino, ignorando la existencia de Israel, miembro de la Organización, declarándolo Estado *no pacífico* (res. ES-9/1, 1982) y sentando las bases de su *aislamiento*. El ejercicio prácticamente sistemático del derecho de veto por Estados Unidos para impedir la aprobación de resoluciones del C. de S. determinando las consecuencias del incumplimiento por Israel de sus obligaciones internacionales explica tanto la inoperancia de éste órgano como la radicalización y la bulimia de la AG, que ha aprobado a lo largo de más de treinta años centenares de resoluciones sobre la situación de Palestina y convocado sesiones extraordinarias y conferencias internacionales.

En octubre de 1991, consumada la *guerra del Golfo* (v. Cap. XXVII) en la que Israel había estado al alcance de los cohetes Irakíes, se abrió en Madrid una Conferencia para la Paz en Oriente Próximo que giró fundamentalmente sobre la cuestión palestina. Los frutos se vieron cuando en septiembre de 1993 Israel y la OLP firmaron en Oslo una Declaración de Principios para la instauración de una Autoridad Nacional Palestina (ANP) con competencias limitadas en partes de Cisjordania y en Gaza por un período transitorio hasta la consecución en un plazo de cinco años de un “arreglo permanente”, *justo, global y duradero*, “fundado en las res. 242 y 338 del C. de S.”. Las Declaración se consideró por muchos como el embrión del futuro Estado palestino (que, por otra parte, había sido proclamado por el Consejo Nacional palestino en el otoño de 1988, una vez que Jordania renunció a todo derecho sobre Cisjordania). *Paz por territorios* fue el eslogan simplificador del objetivo perseguido.

Las sucesivas rondas de negociaciones por un estatuto *final* no han prosperado y los acuerdos derivados de la Declaración de Principios (Oslo, 1993) sólo han servido para la continuación del conflicto sobre nuevas bases. El desencuentro sobre todas las cuestiones pendientes para normalizar la relación de Israel con el pueblo palestino y con sus vecinos árabes se ha evidenciado una y otra vez: la condición de Jerusalén oriental, el derecho de retorno o de reparación de los refugiados palestinos, el futuro de los asentamientos judíos, las fronteras, el control de los recursos, en especial los acuíferos, las limitaciones a la soberanía territorial del Estado palestino impuestas para garantizar la seguridad israelí...

Israel, dispuesto a dismantelar los asentamientos de colonos judíos en Gaza (lo que hizo en la primavera de 2006), donde su situación era insostenible, no detuvo su política de asentamientos en Cisjordania, sino que la amplió, especialmente en los alrededores de una Jerusalén declarada capital del Estado *única e indivisible*, que no estaba dispuesto a compartir; planteó nuevas reducciones territoriales del futuro Estado palestino en Cisjordania (*paz por menos territorios*), haciendo arabescos semánticos con la interpretación de las resoluciones del C. de S., volatilizó las expectativas del retorno de los refugiados palestinos más allá de los gestos simbólicos; reclamó el control de vías y recursos estratégicos en Cisjordania, del espacio marítimo y aéreo... Prácticamente concibió el futuro de los palestinos en Cisjordania y Gaza, territorios discontinuos, en términos similares a los que en África del Sur condujeron a la creación de los *bantustanes* (v. *infra*)...

Eso condujo a un nuevo levantamientos civil (*intifada*) en 2000 (antes lo había habido en 1987), a la aparición y desarrollo de partidos y movimientos más radicales (*Hamas, Jihad islámica...*) que, con el tiempo, acompañaron con métodos terroristas, el ejercicio del derecho de resistencia frente a la ocupación y a una represión de las fuerzas armadas de Israel con más de cinco mil víctimas mortales palestinas en lo que va de siglo y métodos que no resisten la prueba de las llamadas *reglas de La Haya*, de la Convención IV de Ginebra y los principios fundamentales del DI humanitario, de los Pactos de NU sobre Derechos Humanos (v. Cap. XXX).

En 2004 la CIJ tuvo la ocasión de pronunciarse por primera vez sobre la situación de Palestina, requerida por la AG a aclarar las *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*. Por lo que hace a la libre determinación, la Corte estimó que la localización y trazado del *muro*, justificado por Israel como una medida temporal para luchar eficazmente contra el terrorismo, era un obstáculo grave al ejercicio de la libre determinación del pueblo palestino, al consagrar con un *fait accompli* la anexión ilegal por Israel de una parte de los territorios ocupados (donde se encuentra el ochenta por ciento de los asentamientos judíos “en contravención del DI”) y forzar nuevas modificaciones demográficas por el abandono inducido de los palestinos.

En 2003 Estados Unidos, Rusia, la UE y el Secretario General de las NU (el denominado *Cuarteto*), respondiendo a una incitación del C. de S. (res. 1397, de 2002) convino una *hoja de ruta* (que el C. de S. hizo suya, res. 1515, de 2003) a fin de reanimar la negociación de una solución política en tres fases que hiciese realidad en 2005 sobre la base de las resoluciones 242 (1967), 338 (1973) y 1397 (2002) la visión de dos Estados viviendo uno junto a otro en paz y seguridad. Un año después, en 2004, el Consejo exhortaba a ambas partes a que cumpliesen de inmediato sus obligaciones con arreglo a la *hoja de ruta* y lo hacía en el marco de una resolución (la 1544) en la que debía pedir a Israel que respetase sus obligaciones conforme al DI humanitario, en particular la de no proceder a la demolición de viviendas palestinas...

No se ha avanzado nada. La *hoja de ruta* sólo ha servido al parecer —el término ha resultado *fashion*— para que en los últimos años políticos, periodistas y cualquier hijo de vecino llame así al cronograma de los proyectos en los que se embarca. En la primavera de 2006 *Al Fatah*, históricamente dominante en la OLP y en la ANP, perdió las elecciones parlamentarias que dieron el *poder* (¿) a *Hamas*. La victoria de *Hamas*, calificada como organización *terrorista*, condujo a su vez a la retirada de los planes de asistencia internacional por conductos oficiales y a la enésima retención de fondos palestinos por las autoridades de Israel que, además, no se han privado de detener a *ministros* y parlamentarios *gubernamentales* palestinos... y desarrollar nuevas operaciones militares en Gaza y Cisjordania, desde donde se lanzan cohetes contra asentamientos judíos en los territorios ocupados y poblaciones israelíes limítrofes...

La situación de Palestina ya no es un problema, es una tragedia. Israel sólo puede mantener su política mediante el uso continuado de la fuerza y, eventualmente, la renuncia al Estado democrático. Los movimientos radicales palestinos, al empeñarse en no reconocer a Israel ni las fronteras de 1967, se abocan a un callejón cuya única salida conduce a la escalada de un conflicto regional, que les desborda (v. Cap. XXVIII).

XVII. LOS PUEBLOS ÉTNICOS O NACIONALES

68. *Planteamiento*

La población del Estado es un género en el que habitualmente conviven varias especies. Los grupos humanos cuentan con rasgos de identidad que al unir más estrechamente a unos individuos los diferencian de otros. Sólo desde un punto de vista étnico son seis mil los grupos clasificados. Una acumulación de rasgos étnicos, lingüísticos, religiosos y culturales, unida a una historia común y/o a un mito compartido y un fuerte sentido de pertenencia profesado por los individuos permiten hablar de un grupo humano como *pueblo*.

La mayor o menor conciencia de sí mismo que pueda tener un pueblo determinado, su implantación, localización, ascendencia, dimensión y fuerza dentro de la población en su conjunto y la condición democrática del Estado determinarán su capacidad para traducir en derechos, individuales o colectivos, su hecho diferencial. Se trata, fundamentalmente, de que la *diferencia*: 1) no origine discriminaciones negativas, esto es, la negación o limitación de los derechos reconocidos a los ciudadanos en general, y 2) justifique un régimen respetuoso de la lengua, cultura, tradiciones y creencias del pueblo concernido.

Ahora bien, cuando un *pueblo* es mayoritario en una región o, no siéndolo, la considera su cuna histórica, tiende a identificarse como *nación* y a aspirar en

consecuencia al autogobierno dentro del Estado o, incluso, a la separación del mismo, sea para constituir un nuevo Estado soberano, sea para integrarse con un Estado ya existente, normalmente vecino, con cuya población se siente más unido, su *país de ascendencia*. La sugerencia de agregar a los Estados, *pueblos y naciones*, como sujetos internacionales no territoriales, no parece suscitar entusiasmo ni en unos ni en otros.

El escenario, por su abigarramiento, es el de un mercado persa. Piénsese en los kurdos, adjudicados a cinco Estados diferentes que se benefician de sus disputas tribales, o, en sentido inverso, en una Hungría que, de ser plurinacional, pasó a convertirse, al término de la *Gran Guerra*, por la reducción territorial impuesta por los tratados de paz, en *país de ascendencia* o linaje de los húngaros repartidos en los Estados vecinos de Rumanía (Transilvania), Yugoslavia (Voivodina), Eslovaquia y Ucrania.

La realidad ampliamente difundida del Estado plurinacional es afrontada sobre todo por el Derecho estatal constitucional. En el DI ha aparecido, primero, en el contexto de la protección de los derechos humanos, al plantearse los reclamos de las *minorías* (étnicas o nacionales, lingüísticas y religiosas) y, luego, al pretenderse que el derecho de autogobierno, de separación incluso del Estado, era un corolario operativo del derecho de los pueblos nacionales a la libre determinación. La descomposición de la Unión Soviética y de Yugoslavia en los últimos años ha expuesto en toda su crudeza el alcance de un problema que sigue mortificando a la humanidad. A su consideración dedicamos las páginas que siguen.

69. Las minorías en el orden internacional

El DI no se desentiende, como ya hemos advertido, de las *minorías*, esto es, de los grupos humanos diferenciados étnica, cultural o religiosamente dentro de la población del Estado, en posición no dominante y dispuestos a mantener su identidad. Existe, eso sí, una apreciable resistencia de los Estados para identificarlas en su seno y para pasar del reconocimiento de los derechos individuales a los colectivos. Pero, hablando en términos generales, es innegable un interés normativo creciente en el plano internacional.

Hasta el momento podemos constatar que a través de un rimerio de tratados de vocación universal el DI ha afirmado inequívocamente: 1) los derechos y libertades de los individuos, iguales ante la ley, que no pueden ser discriminados por su condición étnica (art. 2 de los Pactos de NU sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales, 1966; art. 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965) 2) el derecho de quienes pertenecen a una minoría étnica, religiosa o lingüística a, en común con los demás miembros del grupo, tener su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma (art. 27 del Pacto sobre derechos civiles y políticos), y 3) la calificación como *genocidio* —el más grave de

los crímenes internacionales— de una amplia gama de actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (Convención para la prevención y sanción del genocidio, 1948). (V. Cap. XXX).

En esta dirección ha venido avanzando la consideración de los derechos de los miembros de las *minorías* dentro del Estado, instado a pasar del *respeto* —del que habla el art. 27 del Pacto de derechos civiles y políticos— a la *protección* incluso mediante acciones afirmativas —transitorias para evitar privilegios— a la que se refiere (arts. 1, 4) la Declaración de derechos de las personas pertenecientes a Minorías (res. AGNU 47/135, de 1992), preparada durante años por la Subcomisión para la prevención de discriminaciones y protección de minorías de la CDH, en cuyo seno se constituyó en 1996 un grupo de trabajo para promover y aplicar la Declaración.

La subjetividad del grupo sin detrimento de la libertad de los individuos que lo forman, la sutil frontera entre derechos y privilegios, los controles internacionales sobre el estatuto de las minorías dentro del Estado, el papel eventual de los *países de ascendencia* —cuando se trata de grupos con una *madre patria* donde son dominantes (caso, por ejemplo, de los húngaros, ya mencionado)— son algunos de los problemas debatidos.

La Declaración, como antes los Pactos, afirma derechos, no de las minorías, sino de las personas que las forman, siendo la aceptación de su *ejercicio en común*, lo más lejos que se ha podido ir sin quebrantar el consenso (art. 3). Por otro lado, tratándose de un derecho personal, un grupo no puede forzar a sus miembros a perseverar en la diferencia. Los derechos fundamentales del individuo han de prevalecer sobre cualquier otra consideración (v. *infra*...).

Los derechos de (los miembros de) las *minorías* han de ser protegidos por cada Estado dentro de sus respectivos territorios, se dice en la Declaración (art. 1.1). Los llamados *países de ascendencia* no cuentan por ese solo hecho con un título de intervención. Ese título podrá originarse sólo por vía convencional o de ciudadanía, es decir, porque el *país de ascendencia* y el de residencia así lo convengan, o porque el primero atribuya su nacionalidad a sus sagas en el extranjero y éstas carezcan de la nacionalidad del segundo, en cuyo caso el título es el que corresponde a cualquier Estado para ejercer la protección de sus nacionales en el extranjero (v. Cap. XXII).

Como puede suponerse, cuando el *país de ascendencia* es vecino del país de residencia (y ciudadanía) de una minoría localizada, suele haber latente un *irredentismo territorial* susceptible de ser articulado a través de la libre determinación de una población cuyo particularismo es mirado con recelo por las autoridades centrales del Estado soberano. El registro histórico habitualmente añade leña al fuego. Las relaciones de Hungría con sus vecinos, particularmente con Rumania y Eslovaquia, ofrecen un excelente ejemplo. Afortunadamente, las iniciativas y mecanismos establecidos en el seno de la OSCE y los tratados de amistad y buena vecindad (Hungría-Eslovaquia, 1995; Hungría-Rumanía, 1996) promovidos por la *Carta de París* (1990) entre Estados dispuestos a no arruinar su adhesión a la OTAN y a la UE, han permitido sortear obstáculos. No obstante, en junio de 2001 Hungría aprobó una ley ofreciendo “privilegios” educativos, laborales y sanitarios a

los ciudadanos extranjeros étnicamente húngaros, lo que fue recibido con animosidad por sus vecinos. La situación es mucho peor allí donde las expectativas de adhesión a la UE no existen o son muy lejanas. La situación de Nagorno-Karabaj (territorio azerí de población mayoritariamente armenia) es, al respecto, elocuente.

Chipre es otro caso a tener en cuenta. En 1974 el ejército turco invadió la isla temiendo su incorporación (*enosis*) a Grecia tras el éxito de un golpe de estado inspirado por el llamado *régimen de los coroneles* griego. La fuerza expedicionaria turca ocupó la franja norte de la isla (36 por 100 del territorio) en la que concentró a la minoría turco-chipriota (18 por 100 de la población) —que desde 1963 consideraba violada la Constitución y ocupado el aparato del Estado por la mayoría greco-chipriota— y forzó el abandono de hogares y propiedades por varios cientos de miles de personas pertenecientes a esta comunidad. Un año más tarde Turquía declaró la zona ocupada *Estado federado turco*, favoreciendo la inmigración de sus nacionales para reforzarlo demográficamente, y en 1983 se proclamó la *República turca de Chipre del Norte*, que sólo reconoce Ankara, cuyos soldados la guardan. NU, que dispone sobre el terreno de una fuerza de mantenimiento de la paz desde hace más de 20 años (UNFICYP), ha insistido ininterrumpidamente (AG, res. 3212-XXIX...; C. de S., res. 365-1974...) en el respeto de la unidad e integridad territorial de la República de Chipre, reclamando la retirada de las tropas extranjeras y la recuperación por el gobierno de la República del control efectivo sobre todo el territorio, y buscando a través de la mediación una negociación conducente a la reconciliación de las comunidades enfrentadas, lo que hasta ahora no se ha conseguido. Estuvo a punto en 2004 cuando se sometieron a referéndum de ambas comunidades los prolijos acuerdos trabajosamente hilvanados, respaldados por NU y por la UE en la vigilia del ingreso de Chipre en la Unión, pero la comunidad greco-chipriota entendió que para ella eran gravosos y se pronunció mayoritariamente por el no.

La (pen)última de las tragedias africanas, la del Zaire (hoy rebautizado R.D. del Congo) ofrece una demostración bañada en sangre y miseria: como consecuencia de la penetración del rey de los belgas en el corazón del África negra a finales del siglo XIX, los límites de la monarquía ruandesa fueron modificados en beneficio del Congo, al que se atribuyeron tierras habitadas mayoritariamente por los *banyamulenge* y *banyaruanda*, de etnia tutsi. En 1981 el dictador Mobutu privó a éstos de la nacionalidad zaireña a menos que demostraran que sus antepasados habitaban en el Zaire antes de 1885. La situación creada por la apatridia sobrevenida en infracción de obligaciones internacionales se hizo más delicada cuando en 1994 centenares de miles de ruandeses hutus, entre ellos los restos del ejército y de las milicias *interhawne* (¡los que matan juntos!), responsables del plan de genocidio de los tutsis, huyeron de Ruanda ante la victoria del Frente Patriótico Ruandés, controlado por éstos. El gobierno de Zaire, lejos de aplicar una política de buena vecindad, permitió que los campamentos de refugiados fueran escudo y base de lanzamiento de los ataques de los restos del ejército hutu contra Ruanda y pretendió servirse de los hutus (y, sobre todo de sus milicias) para solucionar el problema de los banyamulenges y los banyaruandas, para entonces alzados en armas, cuya expulsión había decretado. Nada más natural que el ejército ruandés cruzara la frontera para apoyar la causa rebelde... (v. Cap. XXXI).

70. ¿Un derecho de autogobierno? ¿Un derecho de separación del Estado? El principio

Invocando la alusión que la *Declaración sobre los Principios de DI* (res. 2625-XXV, 1970) hace al ejercicio de la libre determinación de los pueblos mediante “la adquisición de cualquier otra condición política” distinta a la independencia, la asociación o la integración con otro Estado, se ha sostenido que esa opción podría concretarse en un derecho de *autogobierno o de autonomía* de los pueblos nacionales dentro del Estado, respetuoso de su unidad y de la integridad de su territorio enfáticamente proclamadas por la misma Declaración. Se trata de una opinión constructiva y componedora de intereses generalmente muy contrapues-

tos; pero no parece responder al DI en vigor, que sigue confiado al tradicionalmente reconocido principio de *autoorganización* del Estado. España, por ejemplo, cuenta a partir de la Constitución de 1978 con una estructura *compleja* al haber adoptado un modelo pluralista por subdivisión territorial (Comunidades Autónomas).

El factor más perturbador de los últimos años ha sido, sin embargo, la pretensión de determinados pueblos étnicos o nacionales, reales o inventados, con un asiento territorial en el que son dominantes, de un *derecho de separación* del Estado como opción irrenunciable de su libre determinación, sea para constituir un Estado nuevo, recuperar un Estado *histórico* o incorporarse a un Estado ya existente dominado por su etnia.

Si el derecho de *autogobierno* o de *autonomía* de los pueblos-naciones dentro del Estado no emana del DI, lo mismo ha de decirse, con mayor motivo, del pretendido *derecho de separación*. Los patrocinadores de este *derecho* suelen invocar *pro domo sua* el art. 1 de los Pactos de NU (1966), que declaran el derecho de libre determinación de “todos los pueblos”. Pero la lectura *completa* de este precepto —debidamente contextualizada— no avala sus conclusiones, porque los pueblos concernidos se identifican con la población de los Estados y, en su caso, de los fideicomisos y territorios no autónomos.


El art. 1.1 es un calco de lo dicho en el núm. 2 de la *Carta Magna de la Descolonización* (res. 1514-XV) y el art. 1.3 se refiere expresamente a ellos (“los Estados Partes...”, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán ese derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las NU”).

El debate intergubernamental contemporáneo y posterior a los Pactos desmiente la virtual inclusión de los pueblos étnicos —identificados como minorías a las que no se reconoce la titularidad de derechos colectivos— entre los titulares del derecho de libre determinación enunciado en los Pactos, pretensión incompatible con los principios de conservación, unidad e integridad territorial del Estado soberano, que son componentes fundamentales y estabilizadores de la sociedad internacional.

Ni siquiera en el proceso de descolonización, como hemos visto, se reconoció el derecho de separación de los *pueblos* coloniales. Formalizada la independencia, todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad y la integridad territorial del Estado se considera incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las NU; todos los Estados han de abstenerse de la amenaza y del empleo de la fuerza contra la independencia e integridad de cualquiera de ellos y sería, por otro lado, un acto de intervención internacionalmente ilícito prestar asistencia a movimientos separatistas. En la misma Convención sobre Sucesión de Estados en materia de tratados (1978) la hipótesis de sucesión por separación de una parte del Estado fue suprimida, (mientras que en el preámbulo se reafirmaba el principio de integridad territorial), para evitar interpretaciones estimuladoras del separatismo (v. Cap. XII).

La *Declaración sobre los Principios de DI* (res. 2625-XXV, 1970), después de enunciar ampliamente los corolarios del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y referirse, ella también, al derecho de todos los pueblos “de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural”, enfatiza que “ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con (este) principio... y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color”. La Declaración añade, consecuentemente, que “todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”.

En la misma línea se pronuncia la *Declaración con motivo del Cincuentenario de las NU* (res. 50/6 de la AG), que no limita a la raza, credo o color los motivos de la discriminación que harían un gobierno no representativo sino que, para evitar que se entienda dicha enumeración taxativa, predica un gobierno que represente a la totalidad de la población del territorio “sin distinción alguna”. En el ámbito particular de la protección de las minorías la *Declaración* puntualiza que ninguna de sus disposiciones “puede ser interpretada en el sentido de que autoriza cualquier actividad contraria a los fines y principios de las NU, incluyendo la igualdad soberana, la integridad territorial y la independencia política de los Estados” (art. 8.4).

Las citas podrían multiplicarse. Al fin y al cabo son los Estados los que forman primariamente el DI y no han de presumirse en ellos inclinaciones suicidas. Son comparativamente pocos (por ej. Alemania, Hungría...) los que podrían aprovechar la libre determinación de los pueblos dentro del Estado para expandir su territorio gracias a la voluntad de las sagas nacionales que la historia —y sus derrotas— les arrebataron (y tal vez eso explique su despreocupación por la significación centrífuga del principio). 

71. ... Y sus excepciones

Sólo en dos supuestos extremos cabe proponer la existencia en el orden internacional de un derecho de separación. Se trata de excepciones que han de ser interpretadas estrictamente, justificadas por la observancia de otras normas igualmente fundamentales.

Un supuesto es el de los pueblos *anexionados* una vez que la *conquista* ya ha sido condenada como modo de adquisición del dominio territorial y la dominación *extranjera* de un pueblo y ocupación de su territorio se homologó con la dominación colonial en las resoluciones de la AGNU. Los países bálticos, Eritrea o Tíbet podrían postularse al efecto.

Estonia, Letonia y Lituania emanaron declaraciones de independencia a comienzos de 1990, cuando la Unión Soviética no se había aún desintegrado. Estonia lo hizo el 2 de febrero; Lituania el 11 de marzo y Letonia

el 30 del mismo mes. Las declaraciones se sustentaron sustancialmente en la afirmación de la continuidad — y restablecimiento— del Estado existente en la fecha de la ocupación militar soviética (1940), criterio endosado por la CE y sus miembros en la declaración de 27 de agosto de 1991, prudentemente deferida a una fecha en que la Unión Soviética colapsaba.

Eritrea fue independiente en 1993, como resultado del referéndum celebrado tras el reconocimiento del derecho del pueblo eritreo a la libre determinación, hecho por la Conferencia sobre Paz y Democracia (Addis Abeba, julio de 1991) que siguió a la toma del poder en Etiopía por el Movimiento Tigré en alianza con los independentistas eritreos. La independencia de Eritrea no ha resuelto, sin embargo, todos los problemas con Etiopía, de manera que sus conflictivas y nada pacíficas relaciones se han convertido en uno de los puntos de la agenda del C. de S. a partir de 1998.

El caso de Tibet es más complejo. Exige la demostración previa de que antes de la ocupación militar —la *liberación pacífica* (1950-1951)— de China que acabó con su régimen teocrático, no era una provincia autónoma del Imperio.

El otro supuesto interesa a los pueblos *oprimidos* por genocidio, violación masiva de sus derechos, destrucción de su identidad o discriminación política y social grave y sistemática. Sería el caso del Pakistán oriental (hoy Bangladesh). Hay quienes proponen otras entidades, como el mismo Tibet, Sudán del Sur, Kurdistán, Kosovo, ...

Ya en 1920 la Comisión designada por la S. de N. en el asunto de las *islas Aaland*, tras rechazar el derecho de una parte de la población de separarse del Estado del que forma parte, por ser contrario al orden y estabilidad de las relaciones internacionales y promover la anarquía internacional, admitía la separación “como una solución excepcional, un último recurso cuando un Estado no demuestra tener voluntad o capacidad para establecer y aplicar garantías justas y efectivas”. Asimismo, cuando la *Declaración sobre los Principios de DI* (res. 2625-XXV, 1970) niega el amparo de la libre determinación a las acciones contrarias a la integridad territorial de los Estados, lo concreta a aquéllos que se conduzcan de conformidad con ese principio “y estén, *por tanto*, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color”.

Esto no supone aplicar automáticamente al supuesto las reglas permisivas de la lucha anticolonialista: la obligación de los *Estados* de abstenerse de acciones dirigidas al quebrantamiento total o parcial de la unidad e integridad territorial de otro Estado no admite excepción tal como lo recoge la misma Declaración. Pero sí supone despertar el interés legítimo de la sociedad internacional y, en particular, de las NU, por una cuestión que, fuera ya de la jurisdicción doméstica del Estado, ha de ser examinada desde la perspectiva de las situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, con las competencias que, de ser así, se reconocen al C. de S. (v. Cap. XXXI).

De todos modos, la práctica de NU hasta la terminación de la *guerra fría* puso de relieve la resistencia de sus órganos a sacar consecuencias, por limitadas que fueran, que implicasen el sostén de un derecho de separación incluso en situaciones límite. Diríase que, en la medida de lo posible, se ha tratado de conservar el Estado eliminando las causas que justificarían la separación.

La fuerza armada se condenó —y se combatió— cuando con ella se pretendía deshacer el Estado nuevo para rehacerlo sobre otras bases, generalmente étnicas. La forma en que se manejaron las primeras guerras de secesión africanas (Katanga en el Congo, 1960; Biafra en Nigeria, 1969) fue bien expresiva; en el primero

de estos casos con una presencia armada de NU que no se limitó a mantener la paz, sino que se convirtió en la primera misión de *imposición* de la paz ejecutada por *cascos azules*, decisivos en la conservación entonces de la unidad e integridad territorial del nuevo Estado; en el segundo, ignorando oficialmente la guerra y dejando hacer a Nigeria...

Pakistán oriental, mayoritariamente habitado por el pueblo bengalí, sí accedió a la independencia en 1971 bajo el nombre de Bangladesh. Si hay un caso en que el derecho de separación estaría justificado sería éste. Separados del Pakistán occidental por mil ochocientos kms., los bengalíes, más numerosos y agrupados en la Liga Awami, se sentían discriminados y explotados. En 1971 la Liga ganó las elecciones generales, pero no consiguió que se le traspasara el poder ni que se diera curso a su programa autonomista. Estallaron los desórdenes, los líderes de la Liga fueron encarcelados, la represión fue brutal, millones de bengalíes buscaron refugio en la India, se proclamó unilateralmente la independencia... A pesar de todo nadie —ni los Estados miembros ni el Secretario General de NU— solicitó que la cuestión fuera examinada por la AG o el C. de S. hasta la fecha en que la India —alegando legítima defensa, no una asistencia armada a la liberación bengalí, que sería contraproducente para su propia conservación, por los movimientos separatistas que la sacuden— se injirió directamente en el conflicto, invadiendo Pakistán oriental, forzando la rendición de las fuerzas pakistaníes en Dacca y consumando así la secesión. De no mediar el veto soviético, la acción de la India habría sido condenada por el Consejo. El ingreso de Bangladesh en las NU se demoró tres años (1974) y se produjo, no sólo por la retirada de las tropas indias y la efectividad de un gobierno con evidente respaldo popular, sino también por la tácita aceptación pakistaní del hecho consumado.

En el sur del Sudán, donde durante más de veinte años el MPLS ha mantenido una guerra muy cruenta con las autoridades de Jartum, el Acuerdo de Paz Global de Naivasha, cerrado el 31 de diciembre de 2004, asegura la unidad del Estado, integrando en sus instituciones a los insurrectos (v. Cap. XXXI).

En el Kurdistán, el azaroso devenir de Irak a partir de la *guerra del golfo* y, sobre todo, la ruina ocasionada por la agresión de Estados Unidos, Gran Bretaña y sus aliados en 2003, posibilitó la creación de un Estado kurdo en el norte de Irak. Pero, finalmente, los kurdos de esa región han debido acomodarse dentro de una amplia autonomía en el marco de un Estado federal, respetándose la integridad territorial de Irak, tal como deseaban, no sólo las otras comunidades (suníes, chiíes...), sino los países vecinos con minorías kurdas, inquietas por la eventualidad de un Kurdistán independiente, país de ascendencia (v. Cap. XXVIII).

Por lo que hace a Kosovo la res. 1244 (1999) del C. de S. parte expresamente del respeto de la integridad territorial de Serbia cuando apunta a la búsqueda de una *autonomía sustancial* de esta provincia habitada por una población mayoritariamente albanesa. Iniciadas en 2006 las negociaciones para determinar el estatuto definitivo del territorio, una vez finalice su administración por NU, las directrices asumidas por el C. de S. guardan silencio sobre este punto, aunque dadas las circunstancias del caso, se considera que Kosovo será independiente, de derecho o de hecho (v. Cap. XXXI).

72. La respuesta de los Derechos estatales

Dicho esto, el DI se atiene, en virtud del principio de autoorganización del Estado, a lo que dispongan los ordenamientos estatales. Nada impide, desde luego, que en su Constitución un Estado consagre la prevalencia de la libre determinación de los pueblos que lo componen sobre la unidad e integridad de su territorio, proclamando su fundamento en el consentimiento revocable de quienes lo configuran. Pero se trata de algo absolutamente infrecuente. La inmensa mayoría de las Constituciones de Estados plurinacionales declara que la soberanía reside en el pueblo (no en los pueblos), proclama su unidad indisoluble y encomienda a las fuerzas armadas el deber sagrado de defender su integridad territorial, no sólo de sus enemigos externos. (V. para España, C. de 1978, arts. 1.2, 2 y 8.1).

Las excepciones, cuando empezaba la última década del s. XX, se concretaban en las leyes fundamentales de: 1) Estados relativamente recientes, de organización federal y credo socialista sometidos a regímenes de partido único (Unión Soviética, Checoslovaquia, Yugoslavia), que ya han dejado de existir; ó 2) Estados que, paradójicamente, han debido regenerarse contando con fuerzas nacionalistas para sobrevivir (Etiopía, 1994).

La estirpe de federaciones socialistas del centro y este de Europa reconocieron *pro forma* (sin facilitarlos) el derecho de separación de las entidades territoriales subfederales más amplias o de primer nivel, con etnias dominantes o de referencia, pero no de las entidades territoriales de un nivel inferior, fuera cual fuera su composición étnica.

Así, en la Unión Soviética, con más de un centenar de nacionalidades (veintidós de ellas compuestas por más de un millón de individuos) sólo las quince Repúblicas federadas contaban con derecho de separación. No, en cambio, las repúblicas y provincias autónomas (como Chechenia, parte de la Federación de Rusia, Abjasia y Osetia del Sur en Georgia, Transdniéster en Moldavia, Nagorno-Karabaj en Azerbaiyán). Otro tanto ocurría en la antigua Yugoslavia, donde las Repúblicas federadas podían separarse, pero no las provincias autónomas de Serbia (Voivodina y Kosovo). En Checoslovaquia, eran checos y eslovacos quienes contaban con el derecho de separación; no otras nacionalidades eventualmente mayoritarias en una región o comarca.

En todo caso, el ejercicio de ese derecho encontraba dificultades por su falta o escaso desarrollo legislativo y era políticamente inconcebible mientras perduró el régimen socialista. En la práctica, la desintegración de los países que constitucionalmente lo admitían se ha producido al margen de las previsiones constitucionales cuando no en directa oposición a ellas. En unos casos han sido pacíficas (*revolución de terciopelo* en Checoslovaquia; Unión Soviética) en otros no (Yugoslavia, salvo en relación con Macedonia).

En África, el nacimiento de Eritrea como Estado soberano (1993) merece también ser recordado. Seguramente Eritrea seguiría bajo la jurisdicción de Etiopía de no haber mediado la alianza política y militar de las fuerzas nacionalistas eritreas con las del Tigré y otras etíopes para combatir conjuntamente el régimen militar de Addis-Abeba a condición del reconocimiento de su derecho de separación. La *democratización* de Etiopía por la fuerza de las armas dio paso, pues, a la independencia de Eritrea, con base en un arreglo constitucional que confirmaba una situación de hecho y, por que no, anulaba las consecuencias de una anexión irregular. Todo ello a pesar de que así Etiopía se condenaba a la mediterraneidad. La Constitución de 1994 incluyó una disposición reconociendo un derecho a la libre determinación de las naciones y nacionalidades del país que puede traducirse en la separación si lo decide la población en referéndum. Como era de esperar los conflictos territoriales entre Etiopía y Eritrea y dentro de Etiopía sobreviven enquistados, los primeros bajo la supervisión del C. de S. (desde 1998), ante el temor de que la violencia se apodere de nuevo de la región.

73. Conflictos secesionistas

Los intereses geopolíticos y económicos de unos y la inclinación natural —que no justificada— a concebir como democráticos los movimientos nacional-separatistas en Estados que se consideraban autoritarios o, incluso, totalitarios, provocaron en el mundo occidental análisis contemporizadores, encubridores, cómpli-

ces incluso: condonación, llegado el caso de sus métodos violentos, hasta terroristas; reconocimiento prematuro de la estatalidad soberana; criminalización de los actos de fuerzas armadas que ejercían una misión constitucional de conservación del Estado; prestación de asistencia a la entidad que emergía buscando en la etnia la fuente de su legitimación... Estados Unidos y los miembros más celebrados de la UE, la misma UE, han estado detrás de este proceso, unos con entusiasmo y otros fatalmente, afirmando una cosa y haciendo otra.

A menudo el reconocimiento prematuro de nuevos Estados soberanos ha servido para *blanquear* la intervención en los asuntos de otro cuyos intereses vitales (supervivencia, unidad, integridad) estaban comprometidos.

El reconocimiento de Eslovenia y de Croacia por Alemania y, luego, por los demás miembros de la UE, después de maquillar la decisión política con toda clase de condicionamientos puede servir de ejemplo. Pero aún más característico fue el reconocimiento de Bosnia y Herzegovina y su admisión como miembro de la ONU (22 de mayo de 1992). A partir de ese momento, los proyectos de resolución y los planes de pacificación inspirados en la situación real sobre el terreno y la búsqueda de una negociación política chocaron con el estatuto legal reconocido prematuramente a una de las facciones en conflicto.

De ahí que el gobierno bosnio considerara incompatible con su derecho de legítima defensa reconocido por la Carta el embargo armamentístico impuesto —con menguada eficacia— por el C. de S. (res. 713, de 1991), atreviéndose a solicitar de la CIJ como medida cautelar una declaración en este sentido —que la Corte no quiso formular (por considerarla ajena al objeto de la demanda y a las partes en el procedimiento, *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de Genocidio*, Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia, 1993)— e, incluso, a fingir con una acusación de genocidio contra la mismísima Gran Bretaña (declaración de 15 de noviembre de 1993) por estimarla una de las principales responsables de esta actitud del Consejo.

Aunque la acción del Ejército yugoslavo, inmediatamente identificado como una fuerza armada serbia de agresión en Eslovenia, Croacia, Bosnia y Herzegovina y el mismo Kosovo, pudiera sugerir lo contrario, el uso de la fuerza armada para combatir movimientos separatistas violentos es totalmente conforme a las normas internacionales. Piénsese, por ej., en la lucha de los tamiles en Sri Lanka, de los kurdos en Turquía o de los chechenos en Rusia). Al fin y al cabo no es el objetivo de la fuerza lo censurable, sino el exceso en la represión que puede conducir a la violación de derechos humanos que no se justifica ni siquiera en estados de emergencia o a violaciones del DI humanitario, incluso crímenes de guerra, que generalmente acompañan a unas acciones armadas dirigidas no sólo —y, a menudo, no principalmente— sobre unidades combatientes.

Problema más delicado es el que plantea el uso de la fuerza armada para reprimir conductas separatistas que son inconstitucionales, pero no violentas, particularmente si las encarnan instituciones democráticas. Un Estado democrático está mal dotado para combatir esta delincuencia política dentro del marco constitucional cuando sus autores cuentan con suficiente respaldo social.

En un conflicto separatista basado en una identidad étnica cabe preguntarse, pues el éxito de unos y otros depende en buena parte de la mal llamada “limpieza étnica”, si la lucha es genocida por su misma naturaleza. Es por eso que se tiene la sensación de la reaparición, galopante e impune, del genocidio en los últimos años: 1) el crimen de genocidio se produce siempre desde, con la complicidad o bajo los auspicios de quienes ocupan los órganos del Estado o de facciones que se oponen a él organizadamente, lo que hace de los hechos genocidas materia bruta de la lucha y del arreglo político y conduce a los terceros que han de valorarlos a actitudes discriminatorias; 2) los movimientos nacional-separatistas suelen proceder a la explotación oportunista de las acusaciones de genocidio para estigmatizar la fuerza (excesiva) en la represión de sus acciones violentas (eventualmente terroristas); así, con interesada ligereza se califican como genocidas hechos que, siendo criminales y ciertamente graves, no lo son o lo son en doble dirección; y 3) existe una tendencia a extender la tipificación del genocidio atendiendo a consideraciones políticas y sociales, más allá de lo que establecen los convenios internacionales y la mayoría de las leyes estatales. En todo caso la ejecución de *crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y violaciones del DI Humanitario*, cuyas normas han de respetarse también en los conflictos civiles, son lamentablemente corrientes en los conflictos separatistas.

No sólo eso. El conflicto separatista, más aún que los otros conflictos civiles, provoca el desplazamiento forzoso de grupos humanos numerosos que, eventualmente, buscan refugio en países vecinos; si éstos son los de *ascendencia* puede abrirse paso la idea de una intervención (cuando no es esta intervención —o la financiación a *distancia* de grupos emigrados— uno de los factores desencadenantes o coadyuvantes del conflicto). En estas circunstancias procede la *injerencia humanitaria* de los Estados, individualmente o en grupo, bajo las condiciones marcadas en supuestos de violación masiva de derechos humanos; asimismo, la amenaza o el quebrantamiento de la paz internacional podría conducir a medidas coercitivas, incluso armadas, del C. de S. (v. Cap. XXXI).

74. Del pueblo étnico al pueblo territorial

Los nacional-separatistas más inteligentes, ante el escándalo de la violencia desatada invocando la etnia como fundamento del Estado, se han deslizado de la noción del pueblo étnico a la de pueblo *territorial*, para abarcar con ellos a la población del territorio sobre el que se extiende la pretensión independentista. Un deslizamiento así se ve favorecido allí donde el Estado se articula en entidades territoriales con competencias derivadas de la misma Constitución.

La llamada *Comisión Badinter* (v. Cap. II) brindó algún aliento a esta doctrina cuando consideró que “en el caso de un Estado de tipo federal, que abarca comunidades con cierta autonomía y, más aún, participan en el ejercicio del poder político en el marco de las instituciones comunes de la Federación, la existencia del Estado implica que los órganos federales representan a los componentes de la Federación y ejercen un poder efectivo” (dictamen n° 1).

De acuerdo con esta directriz, era posible apoyar la causa de Croacia —incluido su territorio *histórico*— y negar a los serbios mayoritarios secularmente en la Krajina y en la Eslavonia oriental su aspiración a mantenerse dentro de Yugoslavia. Por lo mismo las fuerzas armadas croatas podían bombardear —con la asistencia de la OTAN— a los rebeldes serbios arraigados en las comarcas *croatas*. La misma teoría permitía honrar en Bosnia y Herzegovina, en beneficio de los musulmanes —bautizados como bosnios por la Constitución aneja a los acuerdos de Dayton-París (1995)— el pluralismo étnico desechado para conservar la antigua Yugoslavia y aún podía ser aprovechada para alimentar la facción independentista de Montenegro, que prosperó finalmente en 2006.

El recurso al *uti possidetis iuris* (v. Cap. XXIII) —expreso en los dictámenes de la *Comisión Badinter* (sobre todo en el dictamen n° 3)— pone el carro antes de los bueyes y contradice la práctica histórica según la cual, primero es el sujeto, que resulta de un proceso político en sentido lato, y luego sus límites.

Si hubiéramos aplicado a la emancipación de las posesiones españolas en América el *uti possidetis iuris* tal como se ha postulado en relación con la descomposición, ahora, de Yugoslavia y la Unión Soviética, se habría impuesto el reconocimiento como nuevos Estados soberanos de los cuatro Virreinos existentes en la fecha crítica (1810 ó 1821), a saber, Nueva España, Nueva Granada, Perú y Río de la Plata. Sin embargo, no fue así. Los esfuerzos de integración (bolivarianos) y los centrífugos de sus adversarios son páginas hoy de la historia militar y diplomática. Los nuevos Estados se asentaron sobre límites coloniales, sí, pero atendiendo a criterios heterogéneos que ponen de relieve los términos empíricos de identificación del titular de la soberanía virtual, es decir, de la libre determinación. Una vez que los sujetos se decantaron en virtud de ese proceso invocamos el *uti possidetis iuris* como un principio pacificador para determinar el ámbito territorial del Estado, según fue Virreinato, Capitanía General, Audiencia o simple provincia. Y aún ha de recordarse que sobre él prevaleció ocasionalmente la voluntad expresada por provincias dispuestas a formar parte de repúblicas con otro ascendiente: Chiapas, que pertenecía a la Capitanía General de Guatemala, pasó así a ser parte de México; Jaén, que era parte del Virreinato de Nueva Granada, se incorporó a Perú... En el Virreinato de Río de la Plata el Congreso Constituyente (1825) decretó “que las provincias queden en plena libertad para disponer de su suerte, según crean convenir mejor a sus intereses y a su felicidad”...

Si tenemos en cuenta estas consideraciones carece de justificación servirse del *uti possidetis iuris* para rediseñar el sujeto titular de la libre determinación cuando, realmente, se persigue la separación del Estado de una parte de su población sobre bases étnicas o con cualquier otro fundamento. El *uti possidetis iuris* no predetermina, ni siquiera condiciona, la aplicación del principio de libre determinación; es neutral, como ha observado I. Brownlie, en relación con él.

La adhesión de la *Comisión Badinter* al *uti possidetis iuris* y a la prohibición del recurso a la fuerza para alterar fronteras administrativas transformadas en internacionales, ¿arrastra acaso la afirmación del derecho de los componentes de una Federación —y, en general, de los Estados de estructura compleja (pues el dictamen se refiere a “un Estado de tipo federal, que abarca comunidades con cierta autonomía”)— a separarse una vez que las instituciones comunes dejan de ser representativas (y efectivas)? No creo que los ilustres miembros de la Comisión albergaran la intención de promover una modificación tan notable del DI en una opinión tan escasamente motivada.

La Comisión, por otro lado, debió ser más precisa al establecer las causas de la sobrevenida falta de representatividad —y efectividad— de las instituciones federales. Sería lamentable entender que la deslealtad constitucional de los órganos federados y su actuación irregular nutren la causal desencadenante del derecho de separación y, al mismo tiempo, condenar la acción de las Fuerzas Armadas —prevista por la Constitución— para conservar efectivamente el Estado.

Haciendo abstracción de los intereses particulares escamoteados en enfoques como los de la *Comisión Badinter*, es explicable buscar un cierto orden dentro de la desestabilización, limitando el número de muñecas rusas con la negación de los irredentismos de 2º grado, esto es del *derecho a separarse de los que se separan*. Pero esta clase de discursos pseudolegales exculpatorios de políticas contrarias al principio de soberanía no puede ocultar el aliento étnico de los procesos separatistas, ni puede la calidad administrativa de una entidad en la ordenación territorial de un Estado arbitrar la selección de los que van a ser endosados por los miembros más conspicuos de la sociedad internacional.

Pretender identificar el titular de un derecho de separación en la población de los entes territoriales superiores del Estado, impulsada por una etnia dominante, no va a desanimar a los nacional-separatistas que ocupan nichos territoriales de menor categoría; lo menos será exigir la elevación de su rango administrativo como llave de paso al ejercicio del derecho de separación, mejorando en todo caso su situación dentro del Estado, política, competencial y presupuestariamente.

En ese sentido los albanos-kosovares propusieron su conversión de provincia autónoma de Serbia en república federada de Yugoslavia. Tratar de asentar en términos jurídicos la subjetividad internacional de los kirguizos en el hecho de que el Kirguistán era una de las quince Repúblicas federadas de la Unión Soviética y negar esa misma subjetividad a los chechenos porque éstos sólo son una república autónoma dentro de Rusia, expone a los abogados a la rechifla popular. Tampoco es convincente la sacralización del territorio de las entidades federadas de un Estado cuya integridad es irrespetada. No puede afirmarse que Crimea es de Ucrania sólo porque en 1954 el Secretario General del PCUS, el ucraniano Nikita Kruschef, decidió alterar en su beneficio las fronteras de Rusia.

Los apóstoles del derecho de separación suelen ocultar un dilema que inevitablemente ha de plantearse, dado que sobre el territorio *histórico* que, con toda seguridad, van a considerar *propio* y *sagrado*, habitan grupos humanos que no se identifican con el pueblo-nación correspondiente: ¿se convertirán en sus minorías particulares, siendo bueno y razonable para ellas lo que rechazan para sí mismos? ¿Decretarán su extranjería? ¿Forzarán más o menos drásticamente su conversión, es decir la renuncia a su propia identidad, para asimilar la de la nueva mayoría dominante, y/o su salida del territorio, atendiendo a la variada gama de métodos que ofrece la limpieza étnica?

Si la identidad étnica o nacional es el fundamento legitimador del derecho de separación, dialécticamente es tan intachable la pretensión de los serbios de la Krajina o de la Eslavonia oriental a no vivir bajo soberanía de Croacia como la de los croatas a separarse de Yugoslavia, más allá de lo que dispusieran las leyes de la Federación o imponga el mero curso de los acontecimientos. ¿Por qué habrían de conformarse con un estatuto protector dentro de una república que se identifica constitucionalmente con la nación croata? A nuevos Estados, nuevas minorías y así sucesivamente. Por este camino el pretendido orden internacional propiciaría no sólo situaciones discriminatorias, sino la más generalizada inestabilidad humana y territorial.

75. Política legislativa

Teniendo presentes estos antecedentes, cabe apreciar la actitud prudente del DI al no patrocinar un derecho, el de separación, cuyo ejercicio afecta a la unidad e integridad de sus sujetos primarios, los Estados. Los miembros de las minorías

étnicas o nacionales tienen derechos internacionalmente reconocidos, como el respeto de su identidad cultural y, en su caso, lingüística, y la participación en la cosa pública en condiciones de no discriminación, que no sólo son compatibles, sino consustanciales con la libre determinación de la población del Estado del que forman parte; tratándose de minorías asentadas en un territorio donde componen el grueso de los habitantes puede considerarse además, particularmente si ese territorio constituye su cuna patria, el eventual desarrollo de un derecho de autonomía como componente de un estatuto internacional animado por el principio de libre determinación. Pero pretender —más allá de lo que cada Estado haya establecido para sí mismo en su orden constitucional— que la libre determinación trae como consecuencia necesaria, incluso conveniente, un derecho de separación carece de justificación. El nacional-separatismo propone una lectura de la libre determinación muy destructiva y conduce al extrañamiento, por pérdida de ciudadanía o emigración inducida, de altos porcentajes de la población que no responden a la etnia dominante ni admiten su asimilación forzosa. Sólo en la antigua Unión Soviética setenta millones de personas (veintiséis de ellos rusos) se han encontrado en el *lado equivocado* de la frontera.

¿Qué ventajas podría sacar la sociedad internacional poniendo las normas que rigen las relaciones entre sus sujetos al servicio de los objetivos independentistas de los pueblos-naciones cuando un Estado garantiza los derechos de todos los ciudadanos y respeta, incluso protege, a sus minorías? ¿Qué sería, por ejemplo, de la India, con trece idiomas principales y una lengua oficial, el hindi, que habla menos de un tercio de la población, si los conflictos religiosos y los movimientos separatistas se generalizasen? No parece que las *poderosas fuerzas* que mueven la historia requieran la ayuda del Derecho para promover, precisamente, el *tribalismo posmoderno* (T.M. Franck). El nacional-separatismo, siempre buscando su realización *contra alguien*, tiene poco que ver con la lucha por los derechos y libertades fundamentales de los individuos y con la organización democrática de Estados. Si la etnia y la nación son hoy la misma cosa no debería alentarse la descomposición de los Estados plurinacionales ofreciéndole armas legales a menos que incumplan de manera grave, sistemática e irreversible sus obligaciones.

Los conflictos secesionistas son hechos sociales; los Estados, productos históricos. El DI está, sí, preparado para hacerse cargo de los nuevos entes soberanos resultantes del triunfo de la opción independentista, sea como consecuencia del ejercicio de la facultad eventualmente atribuida a los pueblos o a las entidades territoriales por la Constitución de un Estado, sea como efectividades nacidas de la revolución, de la guerra civil y hasta de la intervención extranjera si, terminada ésta, perseveran y cristalizan. El supuesto no tiene que ver con el principio de la libre determinación de los pueblos, sino con el reconocimiento del Estado, con los efectos que de ello se derivan, y con la regulación de los siempre complicados asuntos hereditarios de la sucesión. Si el 1 de enero de 1991 los miembros de las Naciones Unidas eran 157, hoy su número es de 192, como fruto, sobre todo, de

nuevas efectividades, y los expedientes sucesorios se han ido resolviendo —o están pendientes— importando más los planteamientos políticos que las reglas jurídicas (v. Cap. II).

Dejemos, pues, que la historia dicte su curso y que dentro del Estado *dado* los pueblos busquen su acomodo o revienten, conforme al margen o contra los preceptos constitucionales. La germinación de nuevos Estados etnonacionales conducirá a menudo a la erosión de los valores democráticos y del respeto de las libertades de los individuos; los países de *ascendencia* de las minorías sobrevenidas (más aún si se les niega la nacionalidad de su lugar de residencia) no podrán permanecer impasibles; los irredentismos satisfechos ocasionarán nuevos irredentismos, la apreciación descentralizada —e interesada— de la realidad del *Estado en entredicho* originará controversias y, eventualmente, una responsabilidad por actos de intervención; si la situación permite ser calificada como una *amenaza a la paz internacional* podrán abrirse paso las sanciones y la acción coercitiva del C. de S. conforme al Capítulo VII de la Carta; la violencia separatista y su represión conducen a violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos; acusaciones de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y violaciones del DI humanitario, cuyas normas han de respetarse también en los conflictos civiles, son lamentablemente corrientes en esta clase de conflictos.

En situaciones así, la búsqueda de soluciones políticas negociadas podrá y deberá ser auspiciada y respaldada por NU y las organizaciones regionales interesadas, siendo una de las salidas posibles, desde luego, un proceso de separación pactado. Un ejemplo reciente de ello lo ofrece Bougainville, parte de Papúa-Nueva Guinea, donde la creación de un *Ejército Revolucionario* recurrió a la fuerza en 1988 en reclamo de la independencia. Diez años después, con el apoyo de NU, se pudo elaborar un acuerdo de paz, firmado finalmente en 2001, que ha permitido la constitución de Bougainville en 2005 como Región Autónoma, previéndose para más adelante, una vez desarmado el *Ejército Revolucionario*, la convocatoria de un referéndum para determinar el destino de la isla, incluida la independencia.

76. Libre determinación no es bantustanización

No está de más añadir que si bien el DI se atiene al principio de autoorganización del Estado para eventualmente tomar nota del derecho de separación que éste pueda reconocer a sus entes, personales o territoriales, no cabe invocar el mismo principio para *imponer* la separación a quienes no manifiestan una voluntad libre en este sentido. La separación puede ser excepcionalmente un derecho, nunca una obligación. La política de *bantustanización* aplicada por el régimen blanco de África del Sur supuso la creación de una decena de *bantustanes* o *homelands*, cuatro de los cuales (Transkei, Bophuthatswana, Venda y Ciskei) se convirtieron formalmente en Estados independientes, en todo dependientes de su creador y sólo por él reconocidos como soberanos. De esta manera se defraudaba la genuina autodeterminación de los grupos humanos adjudicados a los *bantustanes*, que sólo podía consistir en el ejercicio común de los derechos y libertades políticas en la misma África del Sur de cuya población eran parte.

XVIII. LOS PUEBLOS INDÍGENAS

77. *Planteamiento*

Se considera *indígenas* a los descendientes de los pobladores de un país que, después de la llegada de otros pobladores de culturas y/o etnias diferentes convertidos en grupo dominante por conquista, ocupación, colonización u otros medios, han conservado sus características sociales, culturales, económicas y políticas. Según datos del Grupo de Trabajo de NU sobre Poblaciones Indígenas (agosto 2003) el setenta por ciento de estos pueblos vive en condiciones de extrema pobreza.

Los indígenas son beneficiarios, a título individual, de derechos humanos, como cualesquiera otras personas físicas y allí donde, como ocurre en América Latina, son numerosos es frecuente que se concrete en ellos el objeto de procedimientos, informes y decisiones de mecanismos internacionales de protección (en este caso de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) (v. Cap. XXIX). En un ámbito universal es significativo que en 2001 la CDH nombrara un Relator Especial (R. Stavenhagen) sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

Los indígenas también pueden valerse y, en su caso, ejercer en común los derechos que se predicán de los miembros de las minorías étnicas o nacionales (v. *supra*), aunque hay quienes, por distintas razones, pretenden manejar su régimen jurídico de forma paralela e independiente.

Entre estos pueden contarse, en primer lugar, aquéllos que, inquietos con eventuales escenarios nacional-separatistas, tratan de romper cualquier relación de los indígenas con los otros pueblos (un *asunto de Europa*). En países como Canadá, donde han arraigado tantas sagas familiares de nacionalistas irredentos del Viejo Continente, esta actitud permite simpatizar con la causa nacionalista de sus antepasados y salvaguardar la integridad de Canadá, su nueva patria, sin entrar en contradicciones.

Para otros, subsumir los pueblos indígenas dentro de una categoría más amplia de minorías^{étnicas} o nacionales facilita el obstruccionismo de quienes no quieren avanzar en su protección arguyendo que ya cuentan con los derechos reconocidos a las minorías.

Estos planteamientos no están justificados. Si nos limitamos a los hechos es difícil negar que un pueblo indígena es una minoría étnica dentro del Estado soberano. A partir de ahí, el escrúpulo subyacente al contagio del etnicismo *rupturista* carece de fundamento: los pueblos o minorías étnicas no cuentan —salvo circunstancias excepcionadísimas— con un derecho de separación reconocido por el DI, y así debe seguir siendo. Sería una simpleza pretender ahora para los indígenas, dadas sus características, los corolarios del principio de libre determinación aplicados a los pueblos coloniales o situar sus reivindicaciones en el ancho de vía de los movimientos nacional-separatistas.

El desarrollo de unos derechos propios consecuentes con su especificidad no ha de hacerse, por otro lado, a costa de excluir el beneficio que ya puede reportarles el estatuto reconocido a los miembros de las minorías étnicas. Dicha especificidad

reclama ir más allá, pero no justifica una solución de continuidad con dicho estatuto; lo que no obsta a admitir la redundancia. La discriminación de que pueden ser víctimas los individuos de origen indígena se combate con los instrumentos que cobijan a los demás grupos discriminados, a menos que sólo ellos lo sean. Con esta salvedad, sólo la singularidad de grupos relativamente reducidos, que guardan una relación ancestral con la tierra y son especialmente vulnerables a lo que solemos llamar *progreso* justifica un régimen particular que mezcla la reparación histórica con la protección del *hábitat* natural del que forman parte. Esto último es más visible cuando la protección recae sobre los llamados pueblos *no contactados* o en *aislamiento voluntario*, como es el caso de varias decenas que se mueven en la cuenca amazónica inmersos en su edad de piedra.

78. Reglas internacionales: (proyectos de) declaraciones de derechos en NU y en la OEA

Supuesta la aplicabilidad de los principios y reglas concernientes a las minorías étnicas, entre las que ha de destacarse la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), la protección de los pueblos indígenas ha originado un cuadro normativo particular.

Inicialmente, ese cuadro se pergeña en el seno de la OIT con una serie de convenios para sustraer a los indígenas de la explotación y abusos de que eran objeto en el campo laboral. La cabecera de alguno de ellos, como el relativo a la abolición de sanciones penales por incumplimiento de contrato de trabajo de los trabajadores indígenas (1939, rev. 1955) es muy expresiva. Este período culmina con el Convenio n° 107 (1957) relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas en países independientes, convenio del que aún son partes, entre los latinoamericanos, Cuba, El Salvador, Haití, Panamá y República Dominicana. Frente al objetivo asimilacionista de este Convenio el n° 169 (1989), llamado a reemplazarlo, busca mejorar las condiciones de vida de los indígenas a partir de la conservación de su identidad cultural, imponiendo un suelo obligatorio a los Estados partes y tratando de inspirar la legislación de los que no lo son. Doce de los diez y siete Estados partes (en octubre de 2006) son latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela.

El interés de NU por la problemática indígena se despierta relativamente tarde, pero luego se convierte en uno de los puntos de atracción en los órganos implicados en la protección de los derechos humanos, la asistencia al desarrollo, la conservación del medio natural (CDH, PNUD, UNICEF, FAO, Conferencia de Río, 1992...). En 2000 se creó el Foro permanente para los pueblos indígenas como órgano asesor del C. E. y S.

Limitándonos ahora a la CDH ha de reseñarse el nombramiento por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de un relator especial sobre pueblos indígenas (1970), la creación de un grupo de trabajo (1982) y el debate y publicación entre 1981 y 1986 de un gran estudio (cinco volúmenes) sobre la discriminación de las poblaciones indígenas como *corpus* justificativo del proyecto de Declaración Universal en que se empeñó a partir de 1985. La Subcomisión adoptó al cabo de diez años de trabajo, en 1994 (res. 1994/45), un anteproyecto y con base en él la CDH decidió establecer un nuevo grupo de trabajo de composición abierta a fin de preparar un proyecto susceptible de ser remitido a la AG para su examen y aprobación.

Los representantes de los grupos indígenas entienden la declaración como un documento de mínimos normativo y no sólo como un estímulo para la asunción de obligaciones internacionales (como las reflejadas en el Convenio nº 169 de la OIT) y el desarrollo de las legislaciones estatales, e insisten en que el grupo de trabajo adopte ya tal cual el texto de la Subcomisión, pues temen que su debate acabe, en pos del consenso, disminuyendo su alcance y socavando su contenido. El tiempo transcurrido y las numerosas observaciones formuladas por gobiernos y ONG evidencian las dificultades. El mero transcurso del tiempo desmintió los pronósticos que situaban la aprobación de la Declaración antes del nuevo milenio. Sólo en junio de 2006 el nuevo CDH ha adoptado un proyecto de declaración revisado, trasladándolo a la AGNU y recomendando su aprobación.

En un plano regional cabe recordar dentro de la OEA los trabajos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Un proyecto de Declaración de derechos adoptado por la Comisión el 27 de febrero de 1997 fue trasladado por la Asamblea de la OEA al CJI y al Instituto Indigenista Interamericano para observaciones. El resultado fue un texto consolidado para la discusión (17 de junio de 2003), menos ambicioso. A pesar de que el objetivo es la aprobación —señalada como prioritaria— de una declaración de mínimos que los miembros de la OEA puedan incorporar a sus leyes, no se ha avanzado más hasta ahora (octubre de 2006).

79. Los puntos críticos

La recepción del *hecho indígena* en el sistema político, económico, social y cultural de un Estado ha planteado históricamente problemas graves y complejos, comenzando por el mismo reconocimiento del *hecho*. Para algunos existen *indígenas* sólo en el extranjero. Japón, por ejemplo, no reconoce esta condición a los *ainos* de Hokkaido. Los países africanos creen que el asunto no tiene que ver con ellos y es significativa la ausencia de sus representantes en el grupo de trabajo que en el seno de la CDH ha elaborado el proyecto de declaración de sus derechos.

Si tomamos éste como referencia advertiremos que el elemento clave es el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas (art. 3) y la

delimitación de su alcance y contenido. Hasta ahora ningún representante de grupos indígenas ha reivindicado formalmente un derecho de separación del Estado. Todo lo contrario, han entendido que la libre determinación de los indígenas asume su vertiente interna, que se concreta en el *autogobierno* (con una doble expresión, territorial y personal) *dentro del Estado cuya integridad territorial ha de ser respetada*. Este derecho a la autonomía o autogobierno en los asuntos locales es afirmado expresamente (art. 3 *bis*) y reforzaría —se dice— la unidad del Estado al asumir su multietnicidad y permitir la plena participación de los indígenas en la adopción de las decisiones que les afectan. El proyecto enumera en particular, como ámbitos de ejercicio de esa participación y autogobierno, la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso a su territorio, así como los medios de financiar estas funciones.

En América Latina, en particular, puede haber —y hay— movimientos descentralizadores y autonomistas, no necesariamente vinculados a la población indígena (como se advierte en Bolivia), pero no hay, al menos por ahora, movimientos separatistas, a salvo algunos grupos indigenistas muy radicalizados que se mueven en la región andina. El debate federal (y las luchas), de Colombia a la República Argentina, es un *clásico* del pensamiento y la historia regional, también de la literatura. Pero Panamá es la única República latinoamericana nacida de otra (Colombia) después de la emancipación de las provincias americanas de la Corona española y los fundamentos de su nacimiento fueron otros. Así pues, la operatividad de la libre determinación de los pueblos indígenas ha de incardinarse dentro de la soberanía territorial del Estado. De hecho los *kuna*, en Panamá, disponen desde 1925 de un notable grado de autonomía y son amplias las competencias de autogobierno reconocidas por Chile a los *Rapa Nui* en la isla de Pascua, *territorio especial*.

En todo caso, hay quienes quieren que la declaración precise que la libre determinación de los pueblos indígenas no supone el derecho a crear nuevos Estados ni puede utilizarse para desmembrar total o parcialmente los Estados que engloban esos pueblos. Por eso se es muy susceptible con el término “pueblos” (que el proyecto acepta sólo entre paréntesis, porque no hay consenso), debido a la carga política que se le supone.

De hecho, esta terminología no acaba de cuajar ni siquiera en el sistema de NU, pues si bien aparece en sus documentos a partir de 1988 (y se emplea en el Convenio n° 169 (1989) de la OIT), los *Años internacionales* (1993) y *Decenios* (1994-2004, 2005-2015) proclamados para promover los derechos de los grupos indígenas se predicán de las *poblaciones*, no de los pueblos. Esa resistencia se percibe también, como es previsible, en las legislaciones estatales. Así, por ejemplo, en Chile, la Ley Indígena (núm. 12.256, de 1993), a pesar de su carácter avanzado, menciona nominativamente a (ocho) *agrupaciones, etnias, culturas o comunidades*, guardándose de mencionar los *pueblos*. Otro tanto ocurre con la referencia a los “territorios” indígenas, prefiriéndose por algunos que se hable de “tierras”. Si nos atenemos al criterio de Canadá, los indígenas pueden ser propietarios o usuarios exclusivos de “tierras”, no de los “territorios” en que pueden practicar sus estilos de vida, conforme a la legislación nacional

Al igual que ocurre con las minorías, hay oposición de algunos Estados a reconocer derechos colectivos, insistiéndose en los derechos de los individuos, ejercidos en común. No obstante, en el caso de los indígenas el carácter necesariamente colectivo de algunos de los derechos que se reclaman (como el de la tierra) obliga a ser más receptivo a una pretensión de esta naturaleza y, de hecho, el proyecto de declaración de las NU se refiere a “los pueblos indígenas” como titulares de los derechos que enuncia y, en algún caso, explicita que se trata de un “derecho colectivo” (art. 6.2).

La tenencia colectiva de la tierra es para los indígenas la expresión más genuina del respeto y preservación de su identidad. Pero sacar las consecuencias de orden jurídico, referidas a la explotación de los recursos (biodiversidad, energía, turismo), la conservación del medio natural y el patrimonio cultural y los ingresos fiscales, es más complicado (v. arts. 25-30 del proyecto de declaración). Hay que tener en cuenta los conflictos que los derechos cuyo reconocimiento persiguen los pueblos indígenas pueden originar con las leyes estatales (por ej., las relativas a la propiedad de los recursos minerales y de los bienes culturales y su administración en beneficio del interés general) o con intereses de otros grupos sociales y corporaciones cuya expresión, digamos, vigorosa conduce a la reducción real y progresiva del territorio disponible por los indígenas, su traslado forzoso o su expulsión.

Esto último se prohíbe en el proyecto de declaración universal (art. 10), pero no con la misma contundencia en el proyecto de declaración de la OEA, que permite el desplazamiento forzoso por causa de “emergencia nacional u otra circunstancia excepcional de interés público”, debiendo adjudicarse a los desplazados tierras equivalentes en otro lugar y las indemnizaciones a que haya lugar, colectivas e individuales (art. 25). El Convenio n° 169 de la OIT es aún más blando, cuando prevé que, de no obtenerse el consentimiento de los indígenas para el traslado, éste podrá producirse “al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas” (art. 16). La construcción de una presa hidroeléctrica o de una carretera, la explotación y transporte del gas natural o de la madera, la deforestación para la instalación de ingenios agropecuarios o, incluso, la utilización de las tierras indígenas para los usos más contaminantes o potencialmente dañinos como, por ej., los depósitos de residuos nucleares —basureros atómicos— o de productos de alto riesgo forman parte de la crónica habitual.

No obstante, cuando las autoridades estatales y las empresas interesadas en obras de *progreso* respetan la voluntad y libre interpretación de sus intereses por comunidades indígenas que cuentan con un respaldo legal (y judicial) es posible llegar a soluciones libremente consentidas por los indígenas (v. por ej., el acuerdo definitivo de solución amistosa entre el Estado de Chile y determinadas familias mapuche en relación con la construcción de la presa de Ralco en el Alto Bío-Bío, 2003, no obstante las críticas de algunos movimientos mapuche).

El carácter colectivo de la propiedad de las tierras y el escudo legal protector con que las leyes estatales tratan de garantizarlo puede crear a las comunidades indígenas, por otro lado, problemas cuando quieren servirse de sus recursos para promover ese *desarrollo con identidad* que ilustra su estandarte reivindicativo. En un sistema capitalista los indígenas apenas pueden contar con sus tierras, indisponibles, no hipotecables, no embargables, para avalar los créditos que pueden financiar sus proyectos...

Uno de los conflictos más peliagudos se plantea cuando las instituciones consuetudinarias que se invocan para regular la vida social y administrar justicia penal se compadecen mal con las garantías individuales consagradas por la Constitución y las leyes. O cuando se pretende articular un régimen educativo o una gestión del patrimonio cultural estancos del Estado. El Comité de Derechos Humanos de NU (aplicando el Pacto de derechos civiles y políticos) ha considerado que la supervivencia cultural de un grupo es superior a los derechos individuales de sus miembros, pero el mismo Comité matiza que las medidas discriminatorias han de ser razonables y proporcionadas a tal fin (*Lovelace c. Canada*, 1977; *Kitok c. Suecia*, 1980).

En cuanto al uso de las lenguas nativas, el Convenio n° 169 de la OIT pecó por defecto al condicionar la enseñanza infantil de la lectura y escritura en la propia lengua a una viabilidad libérrimamente apreciada por las autoridades estatales (art. 28.1). El proyecto de declaración universal afirma, en cambio, este derecho sin restricciones. La oficialidad de las lenguas indígenas en su territorio propio ha sido objeto de reconocimiento constitucional en algunos países (Ecuador, Nicaragua, Perú, Venezuela...). Pero de ahí a pretender que lo sean a todos los niveles y en todo el territorio del Estado hay un trecho que puede ser impracticable tanto desde la perspectiva del objetivo de cohesión social como de los costes económicos.

80. ¿Una relación internacional entre el Estado y sus pueblos indígenas?

En todos los ámbitos mencionados cabe barajar distintos niveles de implicación de los indígenas. Si el proyecto de declaración universal se pronuncia por una participación plena en todos los niveles de adopción de decisiones y todas las cuestiones que puedan afectarles y llega incluso, en relación con los planes sobre tierras y recursos, a la exigencia de su consentimiento “libre y responsable” antes de su aprobación por las autoridades estatales (art. 30), el texto consolidado de la OEA dispone sólo la obligación de consulta, a fin de llegar a un acuerdo, cuando los planes sean “susceptibles de afectar directamente” sus derechos o condiciones de vida (art. 29).

Pero, ¿cabe acaso una relación *internacional* entre los Estados y sus pueblos indígenas como sujetos no estatales del orden internacional? ¿Cabe pensar en la dimensión *internacional* de las acciones de los pueblos indígenas, por ejemplo, como receptores de asistencia financiera y técnica en proyectos propios de rehabilitación de medio ambiente, ayuda humanitaria u otros asuntos que les conciernan? ¿Cabe un control *internacional* de las obligaciones de los Estados en relación con los pueblos indígenas?

La primera interrogante reverdece la engorrosa cuestión de los *tratados* celebrados en el pasado por las autoridades coloniales o estatales emergentes con las tribus y jefes locales, deshonorados una y otra vez, sea cual sea el orden en que se pretenda incardinarlos. Ahora, en nuestro tiempo, se habla de *compacts* o de *arreglos constructivos* en el marco del ordenamiento jurídico del Estado.

Estos *arreglos constructivos* se advierten sobre todo en países que responden a la tradición *pactista* anglosajona, como Estados Unidos, Australia y Canadá, llegando a asentarse sobre ellos regímenes de

autonomía territorial de pueblos y comunidades indígenas (por ej., *Nunavut* en Canadá, en vigor 1999). Pero también se encuentran en otros países (Chile, Guatemala, Nicaragua, con la autonomía de los *misquitos*, Paraguay...). Para prosperar, estos *arreglos* deben partir de una negociación libre y paritaria entre agentes representativos y no ser la tapadera de reglas impuestas por las autoridades estatales contando con clientes indígenas distanciados de sus bases.

El proyecto de Declaración Universal afirma (art. 36) que los pueblos indígenas “tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados según su espíritu y propósito originales...”. Es fácil entender, teniendo en cuenta los registros históricos, que los pueblos indígenas, aunque no busquen el reconocimiento de una personalidad internacional, exijan garantías internacionales. También es fácil entender que quieran protagonismo en los proyectos con financiación externa que les afectan. Y que reclamen el reconocimiento de *ius standi* ante organismos internacionales competentes para el seguimiento de las obligaciones internacionales consentidas por los Estados.

Uno de los aspectos más calientes del proceso consiste en la dificultad de establecer un mecanismo internacional de arreglo de las diferencias de los pueblos indígenas con las autoridades del Estado al que pertenecen.

El proyecto de declaración universal propone la sumisión de las controversias que no puedan arreglarse de otro modo a “los órganos competentes por todas las partes interesadas” (art. 36). A pesar de la blandura de la fórmula, aplicable sólo mediante acuerdo de las partes y presunción de que tales órganos existen, el texto consolidado de la OEA no se atreve siquiera a enunciar el principio, limitándose a afirmar con ambigüedad el derecho de los pueblos indígenas a hacer que los arreglos “sean respetados y observados por los Estados” (art. 23). En la medida en que las autoridades estatales pueden considerar mortificante ser parte con las comunidades indígenas en un procedimiento internacional que dirime diferencias sobre un acuerdo al que no se reconoce ese mismo carácter y, al mismo tiempo, estas comunidades pueden contemplar con justificado recelo el recurso a los jueces estatales, parece aceptable proponer la constitución de comisiones de conciliación paritarias bajo la presidencia, en su caso, de un tercero (una de estas comisiones fue creada por ej. en el Acuerdo entre el gobierno de Nicaragua y Yatama).

Sin duda en la protección de los pueblos indígenas han desempeñado un papel importante ONG del *Primer Mundo*, unas veces por amor al prójimo y otras por amor a la vida salvaje. Pero es también posible que el protagonismo de estos pueblos en la agenda internacional responda en ocasiones a los intereses estratégicos de gobiernos extranjeros o consorcios industriales para forzar determinadas políticas estatales.

No es casual que el problema *misquito* se agudizara en Nicaragua cuando la Administración Reagan decidió intervenir contra los sandinistas. Algunas de las aproximaciones primimundistas al indigenismo en la Amazonía pueden contemplarse asimismo como amagos de injerencia en las políticas de desarrollo de los Estados de la región. Instancias oficiales mexicanas y particularmente los voceros del PRI trataron en su día de colocar bajo esta luz la cobertura internacional del *Ejército Zapatista de Liberación* en Chiapas.

81. Los pueblos indígenas en el Estado

En términos generales puede decirse que en el orden interno se pasó de la asimilación forzosa de los individuos capaces de sobrevivir a la fatal extinción de sus pueblos, a veces inducida por las autoridades locales que deseaban una sociedad “sin indígenas” (en Australia, por ej., se prolongó hasta 1970 la práctica de separar a los niños de sus padres para facilitarles una educación “europea”, v. *Cubillo v. Commonwealth of Australia*, 2000), a un proteccionismo paternalista y, de ahí, en un giro radical, al reconocimiento de identidad, una afirmación de derechos y una cooperación más intensa, contando siempre con la acción de ONG dispuestas a financiar y aplicar programas que asumen las prioridades de los indígenas y cuentan con su consentimiento.

Las Constituciones más recientes —Nicaragua, Brasil, Colombia, México, Chile, Ecuador, Paraguay, Venezuela, Guatemala...— y las leyes que las desarrollan dan ahora respuestas para acomodar la realidad social de estos pueblos.

Medidas referidas a la representación política (adoptando reglas de democracia consensual y no puramente mayoritaria), la autonomía territorial y personal, el sistema consuetudinario y judicial, el reconocimiento de derechos históricos y del patrimonio cultural, la tenencia de tierras, la gestión y el disfrute de sus recursos, la conservación del medio natural, los impuestos locales, la educación y la salud, las relaciones transfronterizas y la protección frente a las *amenazas* (terratenientes, *garimpeiros*, multinacionales, guerrillas, narcotráfico, la misma administración y las fuerzas armadas, prendidas de la corrupción, del desarrollismo y la ocupación del territorio o de una metástasis de seguridad...). Estas medidas suponen un reconocimiento de su existencia y perdurabilidad, respeto, protección cultural y participación política, así como del pluralismo de la sociedad estatal.

Algunas decisiones de la CIDH parecen tomar en serio las consecuencias normativas de las Constituciones estatales al aplicar e interpretar los tratados cuya guardia les ha sido atribuida.

Así en el asunto *Awas Tingni c. Nicaragua* (2001) la Corte sostuvo que vulnera la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21) la pasividad del Estado para establecer mecanismos que hagan realidad el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad comunal de las tierras indígenas. Asimismo, la Comisión Interamericana ha desarrollado, cuando ha sido requerida, una eficaz misión de intermediación entre las autoridades estatales y los representantes de estas comunidades (por ej. *Comunidades Indígenas Enxet...c. Paraguay*, Informe 90/99).

No obstante, en países en desarrollo encadenados a planes de ajuste económico que, *inter alia*, sacrifican el gasto social para hacer frente al *servicio* de la deuda exterior contraída mientras se fugan los capitales, es una interrogante si y hasta que punto la discriminación positiva de los pueblos indígenas puede sustentarse sobre bases sólidas y duraderas más allá del interés de las fundaciones primimundistas. La población no indígena puede ver en esa discriminación la causa de los males nacionales, (re)alimentando sentimientos racistas de larga data. Avances constitucionales y legales son problemáticos por la conjunción de fuerzas capaces de movilizar una opinión pública contraria a sus pretensiones (en

casos de expropiación, titularidad y explotación de recursos o sistemas de solución de diferencias) cuando las masas populares padecen penurias...

En Guatemala, por ejemplo, el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas (1995), sometido a la verificación de la misión de NU (MINUGUA), fue central en el proceso de pacificación, pero el bloqueo de las reformas constitucionales que requería su implementación para caracterizar la República como nación pluricultural y plurilingüe por el resultado adverso del preceptivo referéndum (1999), obliga a la reflexión. Ha de llamarse la atención sobre el hecho de que al hilo de todos estos procesos se han hilvanado renovadas acusaciones de *genocidio* que no siempre encuentran los jueces competentes y dispuestos para dirimir responsabilidades penales por crímenes que se consideran internacionales (v. Cap. XXX).

La protección específica de los pueblos indígenas es, finalmente, compatible con la articulación de su participación en la vida pública del Estado a partir de su identidad, aprovechando al máximo los derechos que corresponden a sus miembros como ciudadanos para acceder, compartir o condicionar el poder político. También en este orden hay, sin embargo, un largo camino por recorrer.

La afirmación de la igualdad republicana de los ciudadanos (incluidos los indígenas) hubiera sido más persuasiva de haber sido real. Cuando la población de origen indígena absorbe un porcentaje alto de la población total los problemas del indigenismo penetran en el núcleo mismo de la configuración del Estado y de su organización política, social y económica. Así ocurre en América latina en países como Bolivia, Perú Ecuador o Guatemala, donde la población indígena es mayoritaria o alcanza porcentajes que rebasan el 40%. Nada que ver con sus índices de representación política o su papel económico y social.

En este sentido, la experiencia que ha vivido Ecuador en los últimos años, en que los movimientos indígenas han sido decisivos para (des)ocupar el sillón presidencial, es muy sugerente. En 2000 el Presidente Mahuad fue derribado por una insurrección en que participaron movimientos indígenas. Estos apoyaron en 2002 la candidatura presidencial de Lucio Gutiérrez, uno de los líderes de la insurrección de 2000. Defraudados por su errático mandato, en 2005 lo dejaron caer cuando fue destituido por el Congreso en una rocambolesca sucesión de despropósitos políticos y, probablemente, constitucionales. Otro tanto cabe decir de Bolivia. Si en 1993 el representante de un partido indigenista había asumido por vez primera la Vicepresidencia del país, diez años después la caída del Presidente Sánchez de Lozada se produjo como consecuencia, entre otras causas, de las movilizaciones indígenas. Luego estos movimientos, bajo un liderazgo fuerte, han arbitrado numerosos conflictos y en 2006, conducidos por Evo Morales, han alcanzado democráticamente el poder. Ahora se presentan como los más firmes defensores de la integridad territorial y la unidad de un Estado que son capaces de paralizar y combaten proyectos autonómicos que sirven, en su opinión, intereses criollos. Sucesos parecidos han podido registrarse en Perú o en Guatemala.

En estos y en otros países siempre puede abrirse camino en medio de una frustración secular la tentación de asumir idearios disparatados servidos por la violencia en un recorrido de ida y vuelta. Así, la reivindicación por el Movimiento Indigenista Pachacutik de un Estado quechua-aymara (*Collasuyo*) en el sur del Perú y el norte de Bolivia, envuelto en un discurso anticriollo y xenófobo que ha sido calificado como *racismo invertido*. Se entiende que los dirigentes más inteligentes de los movimientos indígenas traten de sacudirse el lastre que para sus objetivos suponen estos planteamientos.

XIX. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

82. Consideraciones generales

Una de las consecuencias inmediatas del principio de soberanía del Estado es, como sabemos, el de su autoorganización, es decir, el de su derecho a elegir y llevar adelante libremente un sistema político, económico, social y cultural y, correlativamente, el deber de los demás miembros de la sociedad internacional de respetarlo, no inmiscuyéndose en sus asuntos internos (principio de no intervención).

En el DI positivista, insensible en términos generales a la protección de los derechos humanos, considerados de la competencia exclusiva del Estado, el énfasis en la libertad no se puso en el libre albedrío de la población, sino en la prohibición de la intervención extranjera respecto de las fuerzas incondicionalmente liberadas dentro del Estado. El carácter democrático o no de las instituciones era irrelevante. Bastaba con que éstas respondieran a un ejercicio efectivo de poder sobre bases autóctonas.

Ahora, la aplicación del derecho de libre determinación a la población del Estado se presenta sugestivamente como la dimensión comunitaria de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos, traduce la soberanía popular y hace realidad el Estado democrático. El esfuerzo conceptual para sintetizar estos principios en el marco de la descolonización es, ahora, perfectamente aprovechable, incluso con mayor facilidad.

Fue así como se coló primero, por un deslizamiento de la dialéctica descolonizadora, en la geografía más propicia, la africana; en el área donde más violenta había sido la lucha anticolonialista, el cono sur; al hilo de un supuesto de violación grave y masiva de derechos, la del *apartheid* o discriminación racial; protagonizado por un país, África del Sur, bajo el control de una minoría, blanca, con responsabilidades fiduciarias incumplidas en un territorio puesto bajo su tutela, Namibia. La reacción internacional, e institucional, en esta problemática situación fue muy fuerte (v. *supra*).

Más allá de esta experiencia, las consecuencias que se quieran sacar de la libre determinación de la población del Estado a la hora de alumbrar normas de comportamiento en las relaciones interestatales, particularmente en relación con el principio de no intervención, son controvertidas (v. *infra*); pero está claro en todo caso que el reconocimiento de la libre determinación de la población de un Estado, en absoluto da jaque a su existencia o a su integridad. Todo lo contrario, fortalece su legitimidad. Con ella el *albedrío del soberano* para decidir su destino sin intervención extranjera se vincula a las libertades ciudadanas y no queda a expensas de la liberación de una fuerza entre grupos contendientes que no sea la electoral.

Cuando la libre determinación popular se trasunta en la soberanía puede decirse que el Estado soberano y democrático son uno y el mismo, siendo la no intervención en sus asuntos un principio inmovible. Pero, ¿y si no es así?

La solidaridad contra la tiranía es un clásico del Derecho de Gentes. La Francia revolucionaria y napoleónica encendió a Europa con ella. Ahora, distintas instancias políticas y doctrinales del *Primer Mundo*, sobre todo de los Estados Unidos, proponen la afirmación de un derecho de los pueblos a ser gobernados democráticamente que reclamaría de los demás una acción solidaria, haciendo caso omiso de un principio de no intervención deslegitimado como escudo de gobiernos no democráticos. En los planteamientos más radicales esa solidaridad podría conducir a la imposición de medidas coercitivas e, incluso, al empleo de la fuerza militar.

Una firme convicción en la significación unívoca de la democracia, unida a su *banalización* (que conduce a considerar democráticos regímenes *amigos* sólo por el hecho de que celebran elecciones periódicamente), alimentada por la autocomplacencia con el propio sistema y sostenida por el espíritu apostólico, el optimismo derivado de la *victoria* del neoliberalismo en la *guerra fría* y el postulado de que entre países democráticos no hay conflictos bélicos, pueden conducir, según la conocida fórmula de Groucho Marx, a espectaculares avances normativos que supongan lamentables retrocesos institucionales. La legitimidad internacional del Estado ha de sustentarse en su legitimidad interna y un Estado se legitima cuando respeta los derechos humanos y cuenta con un gobierno representativo, división de poderes, pluralismo político y elecciones, afirman quienes tratan de insuflar moralidad en las relaciones internacionales y justificar de nueva planta la unidad básica y primaria de la sociedad internacional, zarandeada por su capacidad opresiva y su ineficacia. Pero ¿quiénes serán los calificadores?, ¿cuáles las consecuencias de la calificación?

Ciertos *fundamentalismos* son particularmente peligrosos cuando cuentan con los recursos de una gran potencia. Si ya durante la presidencia de Bill Clinton se consideró el nombramiento, dentro del Departamento de Defensa, de un Secretario adjunto para la seguridad *democrática*, con la responsabilidad de examinar "cómo y cuándo la Administración debería usar la fuerza militar... para promover objetivos democráticos y humanitarios", la situación es aún más inquietante bajo un Presidente que, como George W. Bush, se ha entregado a la tarea de instaurar la democracia por su cuenta sin la menor consideración de las restricciones que pueda imponer el DI. Las credenciales del *Pentágono* como agente de la democracia no son mejores que las del caballo de Calígula como cónsul de Roma.

Cuando se habla de promover el principio *democrático* conviene distinguir entre diferentes supuestos, pues los medios lícitos para servirlo y las instancias implicadas en ello varían correlativamente. No es lo mismo proceder a la reconstrucción de un Estado *fallido*, como Camboya, Haití o Somalia, mediante un esfuerzo multilateral gestionado por la ONU con la cooperación en su caso de otras Organizaciones, como la OEA (v. Cap. XXXI), que pretender la movilización de un grupo de Estados para imponer un cambio de régimen en un país al que, simplemente, se tilda de no democrático según el baremo de los censores.

83. La solidaridad democrática

Estimular la cultura, los procesos y las instituciones democráticas con medidas positivas y ejercer la *influencia* sobre los Estados que, viniendo de la autocracia o del autoritarismo, han decidido establecer un régimen democrático representativo, es inobjetable, tanto si se hace a través de una relación bilateral como si se canaliza por organizaciones internacionales, sea la ONU, sean organismos regionales, como la OSCE en Europa o la OEA en América latina. En el año 2000 la AGNU aprobó una resolución (55/96) sobre la promoción y consolidación de la democracia. Resoluciones similares se encuentran en el repertorio de cualesquiera organizaciones regionales de intereses generales y políticos. Constituciones recientes de países que están aún saliendo de largos y cruentos conflictos civiles, como la de Guatemala (art. 149), proclaman con entusiasmo que normarán sus relaciones con otros Estados “con el propósito de contribuir al fortalecimiento de los procesos democráticos”.

La asistencia técnica en la preparación de Constituciones y leyes políticas y la presencia de estas Organizaciones en los procesos electorales se han convertido, en la práctica, en un hecho común desde que terminó la *guerra fría*. Sólo en 2004 más de una veintena de países solicitó el asesoramiento y apoyo de la ONU para la celebración de elecciones. De hecho hay una División de Asistencia Electoral en el Departamento de Asuntos Políticos de la Secretaría y en 2005 se constituyó un Fondo de las NU para la Democracia, cuyo objeto es subsidiar proyectos dirigidos a la consolidación y refuerzo de las instituciones democráticas y la buena gobernación. El envío de observadores a los comicios no está mal si se realiza en condiciones que garanticen una supervisión real de la consulta.

Asimismo, promover y consolidar los valores democráticos (y los principios del libre mercado) ha sido el primer objetivo declarado de los programas de asistencia económica de los Estados Unidos y también de la UE al insertar la llamada *cláusula (de condicionalidad) democrática* en los acuerdos de asociación y de cooperación celebrados con terceros países y ser un elemento central de su *política de vecindad*. Todo ello sin entrar a valorar hasta que punto la práctica ha sido coherente con las declaraciones de principio.

Dicho esto, y con independencia del juicio de oportunidad que merezcan, no se pueden poner tachas de legalidad a acciones sedicentemente inspiradas en un propósito democratizador que realizan los Estados, individual o colectivamente, dentro del ámbito de discrecionalidad que las normas internacionales les reconocen. En este sentido los Estados son libres en principio para mantener o no relaciones diplomáticas y comerciales con los demás y están en su derecho para vaciar en su particular molde democrático la doctrina del reconocimiento de los gobiernos extranjeros, la apertura y mantenimiento de misiones diplomáticas y agencias consulares o la celebración y vigencia de acuerdos comerciales y de cooperación.

En América, las doctrinas legitimistas del *reconocimiento de gobiernos* cuentan con una tradición secular. Conocidas bajo el nombre de sus patrocinadores (*Tobar*, canciller ecuatoriano, 1907; *Wilson*, presidente de los Estados Unidos, 1913; *Betancourt*, presidente de la República de Venezuela, 1960) han querido siempre ser

un instrumento contra los golpes de estado y los cuartelazos, crónicos en el hemisferio. Frente a ellas se levantaron otras doctrinas, partidarias estrictas de reconocer a los gobiernos *de facto* atendiendo al principio de efectividad, o —incluso— de prescindir de todo reconocimiento expreso, siendo el mantenimiento de relaciones diplomáticas bastante para implicarlo (*Estrada*, secretario de relaciones exteriores de México, 1930), criterio éste tradicionalmente seguido por España. El no reconocimiento de un gobierno *de facto* plantea, por lo demás, un problema de representación del Estado, particularmente grave cuando su control sobre el territorio es efectivo y estable. En unos casos, un legitimismo estricto puede conducir a mantener el reconocimiento del gobierno derrocado, eventualmente como gobierno en el exilio; en otros, los legitimistas, denegado el reconocimiento, actúan ignorando sus efectos jurídicos, es decir, circunscribiéndolo al más estrecho ámbito político.

Ciertas medidas de autodefensa del orden constitucional y democrático pueden desembocar en situaciones embarazosas en el orden internacional. Así la disposición del art. 138, párrafo segundo, de la Constitución de Paraguay, cuando afirma que los Estados extranjeros que por cualquier circunstancia se relacionen con gobiernos *usurpadores* “no podrán invocar ningún pacto, tratado ni acuerdo suscripto o autorizado por el gobierno usurpador, para exigirlo posteriormente como obligación o compromiso de la República”. ¿Hasta que punto podría sustentarse en este precepto la nulidad en el orden internacional de los tratados concluidos por un gobierno *de facto* paraguayo? (v. Cap. XII).

La UE y los Estados Unidos se han significado en los últimos años por la adopción de doctrinas legitimistas frente a determinadas situaciones deducidas de la terminación de la *guerra fría*; en particular, los procesos de desintegración de las federaciones soviética y yugoslava. Perplejos hasta cierto punto por su rapidez, y dubitativos ante la erosión del principio de integridad territorial por el secesionismo animado por algunos de ellos, buscaron una cierta respetabilidad para sus políticas de reconocimiento sometiéndolas aparentemente a parámetros jurídicos que habían de ser apreciados objetivamente. Entre ellos destacaban el respeto de los derechos humanos, la protección de minorías y el gobierno democrático. La práctica dejó mucho que desear (v. Cap. II).

Igualmente, las OI pueden hacer condición de admisión y permanencia en su seno la adopción de un régimen democrático, tal como sus miembros lo entienden, pudiendo suspender o, incluso, expulsar a quienes no lo respeten.

El Consejo de Europa fue una de las primeras Organizaciones que, en 1949, impuso como condición de admisión y permanencia la virtud democrática de sus miembros (arts. 3 y 4 de su Estatuto), lo que puede conducir, cuando se peca gravemente, a la suspensión del derecho de representación del Estado miembro e, incluso a una invitación a retirarse, como en la década de los sesenta hizo la Grecia de los coroneles ante el riesgo de que se consumara su expulsión (también prevista en el art. 8). Pero no ha sido sino a partir de la década de los noventa cuando otras OI han añadido parecida sanción.

En la UE, donde sólo caben los Estados *democráticos* (arts. 49 y 6.1 del TUE), el tratado de Ámsterdam (1997) elaboró un procedimiento minucioso que conduce a la suspensión de derechos, incluido el de voto en el Consejo, de los Estados miembros que incurren en una “violación grave y persistente” del estado de derecho y los principios democráticos (art. 7 del TUE). Sin llegar a aplicarlo, la inclusión del Partido Liberal (considerado de extrema derecha) en el gobierno austriaco provocó algunas medidas de cuarentena diplomática de los demás miembros de la Unión, finalmente levantadas. Partiendo de esta experiencia el tratado de Niza (2001), en vigor desde el 1 de febrero de 2003, diseñó otro procedimiento aplicable a supuestos de “riesgo claro” para evitar que acabasen en la “violación grave” del estado de derecho y los principios democráticos (art. 1.1. que modifica el art. 7 del TUE).

En América, la Carta de la OEA enmendada por el Protocolo de Washington (1992), en vigor desde el 25 de septiembre de 1997, permite la suspensión del derecho de participación de un miembro en todos sus órganos por el voto de dos tercios de aquéllos en AG Extraordinaria si su gobierno democrático es derribado por la fuerza y fracasan las gestiones diplomáticas emprendidas por la Organización para el restablecimiento de la democracia representativa (art. 9 de la Carta de la OEA revisada).

Cabe también mencionar el *Protocolo de Ushuaia* (1992) sobre compromiso democrático en el Mercosur y las repúblicas de Bolivia y Chile, acuerdo internacional llamado a aplicarse a las relaciones que resulten de los respectivos Acuerdos de integración vigentes entre los Estados partes en el Protocolo (art. 2).

El gobierno democrático es asimismo condición de participación en otros mecanismos informales como las *cumbres de las Américas*, desde la declaración de Québec (2000) y, en América del Sur, el *Grupo de Río*, la principal instancia de consulta y concertación política que reúne periódicamente a los países de la región, con la adición de sendos representantes de los países de América central y del Caribe. Esta regla fue aplicada a Panamá (1988-1994) y a Perú, con ocasión del llamado *golpe seco* de Fujimori (1992-1993), en tanto que otros Estados (Chile, Paraguay, Ecuador, Bolivia) accedieron al *Grupo* sólo después de la restauración de regímenes democráticos.

Contemplando esta cuestión desde la perspectiva del Estado democrático, la Constitución de la República Argentina, tras la reforma de 1994, condiciona al respeto del orden democrático y los derechos humanos la aprobación parlamentaria de los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales (art. 75.24).

84. La intervención por la democracia

Cuando la inquietud por la *democracia* se asocia a una violencia interna generalizada y a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos fundamentales es esta situación la que marca el territorio de la *injerencia humanitaria* y desencadena el ejercicio de las competencias del C. de S. *sub* Capítulo VII de la Carta, si considera presente una amenaza a la paz internacional (v. Cap. XXXI).

De no ser ese el caso, la intervención *pro democracia* responde a *políticas* que no han conseguido hasta ahora romper las barreras del principio de no intervención, por fluidas que puedan parecer en relación con las medidas de coerción no armada, lo que se prohíbe, no sólo a los Estados, individualmente y en cuadrilla, sino también a los organismos regionales (arts. 52.1 y 53.1 de la Carta). (V. Caps. III y XXVII).

En el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) la CIJ se manifestó en términos rotundos: el DI contemporáneo no ha evolucionado al punto de reconocer a los Estados un derecho general de intervención, directa o no, armada o no, para apoyar a la oposición interna de otro Estado cuya causa pareciera especialmente digna por los valores políticos y morales con los que se identificaría. La Corte concluyó, en consecuencia, que el apoyo suministrado por los Estados Unidos a las actividades de los *contras* en Nicaragua, bajo forma de asistencia financiera, entrenamiento, suministro de armas, información y ayuda logística, constituía una violación indudable del principio de no intervención.

¿Acaso en el hemisferio de los campeones del principio de no intervención la reforma de la Carta de la OEA ha dado paso a la previsión de medidas que arriesgan infringir el venerado principio?

La res. XXXV de la IX Conferencia Panamericana (Bogotá, 1948), en el momento fundacional de la Organización, avalaba la corriente no intervencionista. Ciertamente, la X Conferencia (Caracas, 1954) resolvió a instancias de los Estados Unidos que "el dominio o control de las instituciones políticas de cualquier Estado americano por parte del Movimiento Internacional Comunista... constituirá una amenaza a la soberanía e independencia política de los Estados americanos que pondría en peligro la paz de América". El gobierno

constitucional del socialdemócrata Jacobo Arbenz, en Guatemala, que pretendía iniciar una moderada reforma agraria a disgusto de la *United Fruit Co.* y de los terratenientes locales, cayó como un pajarito gracias a la intervención armada indirecta de los Estados Unidos, y la OEA pudo zafarse de la obligación de sacar las consecuencias de su resolución anticomunista. Más adelante, en 1962, Cuba pudo ser excluida de la Organización por su régimen, tachado de marxista-leninista, pero la imposición de medidas coercitivas, promovida por los Estados Unidos, hubo de esperar a 1964 y ampararse en denuncias de intervención cubana en otras repúblicas.

El Protocolo de Cartagena (1985), al instrumentar la reforma de la Carta, se refirió a la responsabilidad colectiva en “promover y consolidar la democracia representativa con el debido respeto del principio de no intervención” (art. 2, b, de la Carta revisada), principio que es reafirmado a continuación (art. 3, e; tb., arts. 13, 17, 19-23 y 35).

Asimismo, la res. 1080 de la Asamblea de la OEA (Santiago de Chile, junio, 1991) aúna su intención de proteger la democracia con la de evitar una incursión sobre el principio de no intervención. Adoptada por unanimidad, disponía que cualquier interrupción del proceso político democrático en un país miembro reclamaba la convocatoria urgente del Consejo Permanente y, eventualmente, la de una reunión *ad hoc* de consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores o una sesión extraordinaria de la Asamblea. En sí misma la resolución es, pues, inobjetable.

El derrocamiento de Aristide en Haití (septiembre de 1991) brindó la ocasión para exhibir el compromiso colectivo con la democracia, al negarse el reconocimiento al nuevo régimen haitiano y respaldarse la aplicación de un embargo financiero y comercial, atendiendo la violación grave de derechos esenciales que le era imputada (res. 1 y 2/91, 3 y 4/92, 5/93 y 6/94 de los Ministros de Relaciones Exteriores). Algunos (como la Argentina de Menem y la Venezuela de Pérez hubieran querido ir, incluso, más allá).

Pero cuando en abril de 1992 fue el Presidente peruano Fujimori el que decidió desembarazarse de la clase política tradicional y de los jueces que la servían, la reacción fue, digamos, más matizada y unas elecciones parlamentarias celebradas seis meses después bajo la supervisión formal de la OEA permitieron cerrar un caso especialmente embarazoso. No se quería, desde luego, que el ejemplo de Fujimori cundiera en una vecindad decepcionada por la corrupción e ineficacia de los presuntamente representantes del pueblo. Un año después, una gestión temprana de la OEA en Guatemala también impidió al Presidente Serrano un autogolpe a la medida de su nepotismo, conduciendo a su renuncia (1993). La persuasión, el diálogo y la concertación política se aplicaron también más tarde en el conato de *cuartelazo* del general *colorado* Lino Oviedo en Paraguay (1996) y en el desventurado epílogo de esta historia inacabada (1999).

En abril de 2002 el golpe de estado cívico-militar que desplazó del poder por cuarenta y ocho horas al Presidente constitucional Hugo Chávez fue condenado por la OEA, a pesar de contar con la simpatía omisiva del gobierno de los Estados Unidos. Luego, hasta la consumación del referéndum revocatorio del Presidente Chávez, previsto por la Constitución venezolana y ganado por éste (agosto de 2004) el Secretario General de la Organización, César Gaviria, desempeñó una positiva tarea de mediación entre las partes oficialista y opositora y de aval de los procesos de consulta, más meritoria por desarrollarse en un medio muy crispado, de manifestaciones y contramanifestaciones, y de paros laborales y sabotajes en el estratégico sector petrolero, de intencionalidad claramente desestabilizadora.

Por lo que se refiere a Haití, la reposición de Aristide se hizo, deliberadamente o no, cuando estaba a punto de concluir el mandato presidencial que apenas pudo desempeñar; en todo caso, fue el C. de S. de las NU (res. 940, de 1994), no los órganos de la OEA, el que autorizó la constitución de una fuerza multinacional bajo mando y control de los Estados Unidos que facilitó su retorno (v. Cap. XXXI).

En paralelo, para cuando se desperezaba el *Nuevo Orden*, Estados Unidos contaba con intervenciones armadas directas en Granada (1983) y en Panamá (1989) en las que se invocó, entre otras razones, la de coadyuvar a la restauración del gobierno democrático.

En el caso de Panamá la operación “Justa Causa” permitió la toma de posesión de la Presidencia por Guillermo Endara en una base militar de los Estados Unidos en el Canal, el control de su administración por supervisores norteamericanos y el internamiento indefinido de centenares de ciudadanos sospechosos de ser partidarios del derribado Noriega, el antiguo hombre de la CIA que hoy goza la encarecida condición de prisionero de guerra en una cárcel federal. Hay incluso quienes han criticado la operación por defecto: se enviaron *demasiado pocas* tropas; una exhibición de fuerza mayor habría tenido un efecto disuasorio de toda resistencia, ahorrando muertes (A. D'Amato).

Según el *documento estratégico de seguridad nacional* firmado por el Presidente de los Estados Unidos, George Bush, en agosto de 1991: “El resurgimiento de la democracia (en América latina) se encamina a una *realización trascendente, un hemisferio completamente democrático*. Este cambio —añadía el documento— ganó *momentum* el último año, con la elección de gobiernos democráticos en Nicaragua (Violeta Chamorro) y Haití (Jean-Bertrand Aristide), la *restauración de la democracia en Panamá* (Guillermo Endara) y otras elecciones democráticas... Cuba sigue siendo recalcitrante..., pero es sólo cuestión de tiempo el que también allí ocurra un cambio fundamental..., *reclutaremos a nuestros amigos en el hemisferio para que presionen a Cuba a aceptar lo inevitable pacíficamente*” (énfasis añadido).

La *recluta* de los países americanos para las políticas intervencionista de los Estados Unidos no ha tenido hasta ahora, sin embargo, un encaje en el sistema interamericano. En la *Carta Democrática Interamericana*, adoptada por los Estados Miembros de la OEA el 11 de septiembre de 2001 en AG Extraordinaria celebrada en Lima, las disposiciones sobre “fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática” (arts. 17-22) no van más allá de lo dispuesto por la propia Carta de la OEA en vigor.

Incluso las misiones de observación electoral se llevan a cabo sólo a solicitud del Estado miembro interesado y, en el caso de que aquéllas informen al Consejo Permanente que no existen condiciones para la celebración de elecciones libres y justas, el envío de una misión especial de la OEA para contribuir a crear o mejorar dichas condiciones requiere el acuerdo del mismo Estado (arts. 23-25).

Estados Unidos ciertamente no cesa en su empeño y cuenta con asistencias no desdeñables. Después de un comportamiento cuando menos ambiguo en relación con el golpe cívico-militar en Venezuela (abril de 2002), la Administración Bush ha tratado de modificar la *Carta Democrática* a fin de dotarla de un instrumento (un comité permanente de supervisión) que permita *aislar e intervenir* en países cuyos gobiernos *se desvíen gradualmente de la democracia*... Pero sus esfuerzos han sido hasta ahora (septiembre de 2005) baldíos. Diríase que los miembros de la OEA siguen resistiéndose mayoritariamente a respaldar una determinada ortodoxia democrática si media el riesgo de que Estados Unidos se erija en su custodio infalible.

85. Política legislativa

Guardémonos de ir deprisa. Las cuestiones que plantea la democracia, antes incluso de ser adjetivada, son tales que conviene dejar su solución en manos de los directamente interesados, la población del Estado, sin intercesiones ajenas. Al iniciar en 1988 la relación de resoluciones en pro de elecciones periódicas y genuinas la AGNU tuvo cuidado siempre de aprobar simultáneamente otras en refuerzo de los principios de soberanía y no intervención.

Los participantes en la *Cumbre Mundial 2005* (res. 60/1, septiembre de 2005), tras reafirmar que la democracia es un valor universal, reafirmaron también “que no existe un modelo único de democracia y que éste no pertenece a ningún país o región” debiendo respetarse la soberanía y libre determinación. Su compromiso se limitó a “apoyar la democracia fortaleciendo la capacidad de los países para aplicar los principios y prácticas democráticos” y “la capacidad de las NU para prestar asistencia a los Estados miembros que la soliciten”.

La experiencia de los últimos sesenta años revela la manipulación de los principios de soberanía (no intervención) y libre determinación (democracia) por las grandes potencias a fin de asentar y expandir sus zonas o *esferas de influencia* (v. Cap. III).

En este contexto, la ideología deja de ser una *filosofía de acción* universal para convertirse en una *técnica*, un *instrumento de poder* al servicio de intereses hegemónicos. Planear la defensa de esos intereses en un marco ideológico siempre será más conveniente que reconocer que se combate el derecho de otros pueblos a determinar libremente su destino.

Así, para la Unión Soviética, al implantar la democracia *popular* los países de la Europa oriental habían determinado libre e irrevocablemente su destino y disfrutaban una soberanía real en el seno de una fratría socialista cuya acción solidaria atajaría, de ser preciso, una intervención extranjera (imperialista). La síntesis de principios que reflejaba esta concepción se transformaba en antítesis cuando se trataba de los países capitalistas; usurpada la soberanía por la clase dominante, sometido el pueblo a explotación, era deber socialista asistir al proletariado a fin de facilitar su libre determinación y, con ella, la genuina soberanía del pueblo. De esta manera podía legitimarse la *intervención* socialista en el mundo capitalista y aplastar por las armas (ayuda fraterna) la revisión, incluso dentro del marco socialista, del papel de la Unión Soviética dentro de un sistema ideado para consolidar una esfera de influencia (Hungría, 1956; Checoslovaquia, 1968).

Con los Estados Unidos ocurría lo mismo, pero al revés. La democracia, ahora *representativa*, suponía una ortodoxia bajo su custodia que en la práctica se traducía en una relación de dependencia y lealtad, es decir en mero anticomunismo, siendo comunista por definición cualquier régimen, incluso elegido, que discutiera dicha relación (Guatemala, 1954; Brasil, 1964; Chile, 1973; Nicaragua, 1979). Las naciones americanas, decía el Presidente Johnson en 1965, arrogándose como de costumbre su representación, no pueden, no deben y no quieren permitir el establecimiento de *otro* gobierno comunista en el Hemisferio. Una revolución en un país cualquiera —añadió— es de la exclusiva incumbencia de este país, pero se transforma en un asunto que requiere una acción hemisférica cuando su fin es el establecimiento de una dictadura comunista. Dispuestos los intereses hegemónicos en un contexto ideológico, se afirmaba como un postulado la intervención socialista en todo país *rebelde* para, de esta manera, proponer una legítima defensa colectiva, palpablemente distorsionada. A su vez, eran los pueblos socialistas los que debían ser ayudados para determinar libremente su destino.

La desintegración del *bloque socialista* en la última década del s. XX no purifica los planteamientos democratizadores de los países capitalistas de sus condicionantes geopolíticos, estratégicos y económicos. El maniqueísmo en este juego dialéctico no tiene fin y la elección en libertad de régimen político, económico y social

parece tener sus limitaciones cuando no cuadra con el molde del neoliberalismo. Parece ser que ahora la libre determinación es de menú único.

La *comprensión* de los países occidentales con las *inevitables* violaciones de derechos humanos fundamentales y principios *democráticos* cuando sus autores son fuerzas amigas que —como, por ej., ocurrió en Argelia— se interponen como un dique al gobierno de las mayorías desheredadas, entregadas al credo de pastores fundamentalistas que son ya su única esperanza de dignidad y bienestar, choca con los apremiantes requerimientos que se hacen a otros —Cuba, por ej.— donde se coartan las libertades públicas, pero se satisfacen —o satisfacían— las necesidades básicas de una población a la que no se aterroriza con *desaparecidos* ni *ultimados* en las cunetas, lo que no pueden decir muchas de las democracias formales —y superficiales— que tachonan el planeta. El alegato de que hay que impedir el acceso democrático al poder de quienes —seguro— lo han de utilizar para acabar con la democracia *representativa* es la expresión patética de la contradicción entre los supuestos valores occidentales y las conveniencias geopolíticas, estratégicas y económicas. En el caso del Islam, aducir la dificultad de implantación de regímenes democráticos fuera del cristianismo puede ser útil para discriminar el *buen fundamentalista*, que participa del *status quo* (*petromonarquías* del Golfo), del *malo*, que lo impugna. Consuela pensar con S. P. Huntington que al fin y al cabo el modelo occidental de democracia, aplicado al mundo árabe, no hace sino reforzar las fuerzas contrarias a *Occidente*.

Pero no es la única región que plantea problemas a la democracia *representativa*. Representativa ¿de quién?, podría preguntarse allí donde la retórica de las libertades públicas se conjuga con el recurso a un cuasi permanente estado de emergencia, que permite anularlas o restringirlas, y se violentan, con durísimas políticas de *ajuste* económico, los derechos más íntimamente unidos a la satisfacción de necesidades básicas de la población. Diríase que, en este o aquel hemisferio, se han buscado las apariencias de la democracia formal para continuar sustancialmente con políticas contrarias a los intereses populares en la medida en que éstos son incompatibles con los de las clases instaladas en las instituciones y los compromisos con los acreedores extranjeros. De esta manera, quienes están dispuestos a combatir violentamente una organización política incapaz de atender las necesidades primarias de la población pueden ser responsabilizados de atentar contra el Estado *democrático* y éste puede transformar su fuerza *represiva* en *representativa*, sembrando las semillas de su descrédito y permitiendo florecer los proyectos de democracia *participativa*, que detesta. La legitimidad que emana de una elección es un componente de la democracia, pero no la agota, mengua cuando las circunstancias del proceso electoral revela sus quiebras en la participación activa y pasiva o en la transparencia, y no excusa el grave incumplimiento con las necesidades sociales más imperiosas ni el despilfarro del Estado. Partiendo de que un conflicto entre el respeto de los derechos humanos fundamentales y un orden constitucional democrático es *contra natura*, carecen de legiti-

dad quienes respondiendo aparentemente a ese orden violentan tales derechos; pero hay intereses creados en endosar internacionalmente ciertas apariencias.

La posible manipulación de valores dignos para servir causas indignas se hace más patente cuando se advierte la tendencia de sus más firmes patrocinadores en Estados Unidos a abandonar el mundo de la Carta —a pesar de todas las oportunidades que el actual reparto del poder brinda a sus propósitos— para hacer de la implantación de la democracia una misión de los Estados Unidos y de la *comunidad internacional*, en su genérica desarticulación, que podrá llevarse a cabo por la fuerza cuando se cuente con el consentimiento del C. de S. o, alternativamente, de una Organización regional o de un grupo de potencias garantes.

La invasión de Grenada (1983) se presentó en su día como la *incorporación* de los Estados Unidos a un “esfuerzo internacional puesto en marcha a petición de la Organización de Estados del Caribe oriental (Antigua, Barbados, Dominica, Jamaica, Santa Lucía, San Vicente)”. La agresión a Irak (2003) ha visto a Estados Unidos al frente de “una coalición de naciones dispuestas”. Organizaciones mayores corren el riesgo de ser instrumentalizadas (v. Cap. XXVIII).

Si las proposiciones normativas no van acompañadas de un serio y riguroso desarrollo institucional, que impida los abusos de quienes pueden hacer de aquéllas una renovada tapadera de sus arbitrariedades (lo que requiere la atribución de competencias a órganos auténticamente representativos, evitando estatutos privilegiados que pueden ser ejercitados sin controles ni garantías), mejor dejar el juicio de legitimación para la moral, la imagen y el intercambio diplomático y, en el ámbito legal, no moverse del orden más clásico: el Estado existe y, como tal, cuenta con derechos soberanos. Al fin y al cabo el registro histórico no permite ser particularmente optimista acerca de lo que cabe esperar de los países capitalistas demo-liberales cuando se empeñan en difundir sus *valores*. Detrás de los valores del *Norte* pueden avanzar cotidianamente hasta las múltiples periferias del *Sur* los renovados peones de la dominación, dispuestos a socavar las bases más profundas de la libre determinación de los pueblos con la ingeniería de formas aparentemente democráticas ocupadas por clientelas locales.

Hay que precaverse, pues, de alegatos entusiastas en pro de un *nuevo DI impuesto a recalitrantes y obstinados* por una sociedad mostrenca manejada por Estados o grupos de Estados más poderosos que representativos. Han de temerse los corolarios últimos de las teorías de la legitimidad del Estado que se formulan aisladas de la constitución de una organización universal democráticamente articulada. El principio de no intervención pone en manos de los pueblos la responsabilidad de su propio destino y entre sujetos estatales soberanos iguala, democratiza.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre el principio de la libre determinación en general, en lengua española: J.A. Obieta, *El derecho de autodeterminación de los pueblos: un estudio interdisciplinario de los derechos humanos*, Bilbao, 1982; *id.*, *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Madrid, 1985; H. Gros, "En torno al derecho a la libre determinación de los pueblos", *ADI*, 1976, 49; E. Ruiloba, "Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo", *Hom. A. Miaja*, Madrid, 1979, 303; Z. Drnas, "El derecho de libre determinación de los pueblos. Colonialismo formal. Neocolonialismo. Colonialismo interno", *AADI*, 1987-89, 193; P. Andrés, "La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. I, 1997, 103. **En otras lenguas:** J. Crawford (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988; C. Tomuschat (ed.), *Modern Law of Self Determination*, Dordrecht, 1993; A. Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Londres, 1995; R. McCorquodale, *Self-Determination in IL*, Hampshire, 2000; W.Ph. Alston, *Peoples' Rights*, Oxford, 2002; K. Knopf, *Diversity and Self-Determination in IL*, Cambridge, 2002; D. Rai, *Statehood & The Law of Self-Determination*, Leiden-Boston, 2002; A. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundations for IL*, Oxford, 2004; Y. Dinstein, "Self-Determination Revisited", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 241; F.L. Kirgis, "The Degrees of Self-Determination in the UN Era", *AJIL*, 1994, 304; R. Monaco, "Observations sur le droit des peuples dans la communauté internationale", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., 217; A. Pellet, "Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes?", *ibid.*, 255; P. Thornberry, "The Principle of Self-Determination", *Essays M. Akehurst*, Londres, 1994, 175; H. Quane, "The UN and the Evolving Right of Self-Determination", *ICLQ*, 1998, 537; M. Freeman, "The Right to Self-Determination in International Politics: Six Theories in Search of a Policy", *Review of International Studies*, 1999, 355; T. McWhinney, "Self-Determination of Peoples in Contemporary Constitutional and IL", *Liber amicorum M. Bedjaoui*, La Haya-Boston, 1999, 725; T. Meron, "Race, Liberty, Equality: An International Lawyer's Post-Colonial Perspective on Shakespeare's Tempest", *Hom Abi-Saab*, La Haya, 2001, 377.

2. Sobre la libre determinación de los pueblos coloniales en general, en lengua española: J.M. Cordero, *La emancipación de los pueblos coloniales*, Madrid, 1962; J.A. Yturriaga, *Participación de la ONU en el proceso de descolonización*, Madrid, 1967; C.M. Velázquez, "Las NU y la descolonización", *AJILADI*, 1963, 56; A. Miaja, "La descolonización en la ONU", *ONU, Año XX*, Madrid, 1966, 287; **en otras lenguas:** M. Pomerance, *Self-Determination in Law and Practice. The New Doctrine in the UN*, La Haya, 1982.

3. Sobre los casos más significativos, en lengua española: F. Villar, *El Proceso de autodeterminación del Sáhara Occidental*, Valencia, 1982; R. Mesa, *Palestina y la paz en Oriente Medio*, Madrid, 1994; C. Ruiz Miguel, *El Sahara occidental y España: Historia, Política y Derecho. Análisis crítico de la política exterior española*, Madrid, 1995; V. Abellán (ed.), *La cuestión de Timor Oriental*, Barcelona, 1996; A. Badía (ed.), *La cuestión de Sáhara Occidental ante la ONU*, Barcelona 1999; A.J. Iglesias, *El proceso de paz en Palestina*, Madrid, 2000; J. Soroceta, *El conflicto del Sahara Occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del DI*, Bilbao, 2001; R. Bermejo, *El conflicto árabe-israelí en la encrucijada: ¿es posible la paz?*, Navarra, 2002; J. Ferrer, *La aplicación del principio de autodeterminación de los pueblos: Sahara Occidental y Timor Oriental*, Alicante, 2002; M. Cajal, *Ceuta, Melilla, Olivenza y Gibraltar: ¿dónde acaba España?*, 2003; J.E. Esteve, *El Tíbet: la frustración de un Estado: (el genocidio de un pueblo)*, Valencia, 2004; A. del Valle e I. González (eds.), *Gibraltar 300 años*, Cádiz, 2004; F. Izquierdo, *Guerra y agua. Conflicto político y carestía de agua en Palestina*, Santiago de Compostela, 2005; E. Ruiloba, "Notas sobre un caso de descolonización: el Sáhara español", *ADI*, 1974, 335; J.A. Carrillo, "Libre determinación de los pueblos e integridad territorial de los Estados en el dictamen del TIJ en el caso del Sáhara Occidental", *REDI*, 1976, 33; *id.*, "La posición de España respecto de la cuestión del Sáhara Occidental: de la declaración de principios de Madrid al Comunicado hispano-argelino", *Política internacional*, 1979, 117; H. Gros, "El caso de las islas Canarias y el derecho de la libre determinación de los pueblos", *REDI*, 1978-79, 13; C. Espósito, "El asunto de Timor Oriental ante la CIJ", *ADI*, 1996, 617; C. Ruiz Miguel, "Nacionalidad española de ciudadanos saharauis: secuela de una descolonización frustrada (y frustrante)", *Rev. General de*

Derecho, n° 663, 1999, 14235; *íd.*, “Recientes desarrollos del conflicto del Sahara Occidental: autodeterminación y estatalidad”, *AMDI*, 2001; J. Soroceta, “El conflicto del Sahara Occidental en el contexto del nuevo orden Internacional”, *REDI*, 2002-1, 491; *íd.*, “El Plan de Paz del Sahara Occidental, ¿viaje a ninguna parte?”, *REEI*, n° 10, 2005; P. Andrés y C. Izquierdo Sans, “‘Eppur si muove...’ Un nuevo enfoque en las negociaciones sobre Gibraltar (A propósito de los comunicados conjuntos de 27 de octubre y 16 de diciembre de 2004)”, *REDI*, 2004-2, 741; F. Izquierdo, “Guerra y agua en Palestina: el debate sobre la seguridad medioambiental y la violencia”, *REDI*, 2004-1, 63; I. González García, “Gibraltar: cooperación transfronteriza y el nuevo foro tripartito de diálogo”, *REEI*, n° 9, 2005. **En otras lenguas:** A.H. Leibowitz, *Defining Status. A Comprehensive Analysis of US Territorial Relations*, Dordrecht, 1989; P.J.I.M. de Waart, *Dynamics of Self-Determination in Palestine: Protection of Peoples as a Human Right*, Leiden, 1994; E. W. Davies, *The Legal Status of British Dependent Territories*, Cambridge, Ma., 1995; A. Klotz, *Norms in International Relations: The Struggle against Apartheid*, Londres, 1995; L. Berat, *Walvis Bay, Decolonization and IL*, New Haven-Londres, 1990; H. Krieger (ed.), *East Timor and IL (Basic documents)*, Cambridge, Ma., 1997; P. Gold, *Gibraltar, British or Spanish?*, Londres-Nueva York, 2005; J. Quigley, *The Case for Palestin: An IL Perspective*, Durham, 2005; V. Goessel, “La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation”, *AFDI*, 1998, 24; R. Goy, “L'indépendance du Timor oriental”, *AFDI*, 1999, 203; J.M. Sorrel, “Timor oriental: un résumé de l'histoire du DI”, *RGDIP*, 2000, 37; A. Drew, “The East Timor Story: IL on Trial”, *EJIL*, 2001, 651; y sobre la opinión consultiva de la CIJ relativa a la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados: *AJIL*, Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 2005, 1; *EJIL*, Symposium: The Wall, 2005, 941 y A. Badía, “La opinión consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004”, *REEI*, n° 9, 2005.

4. En cuanto a las minorías y la libre determinación de los pueblos étnicos o nacionales, en lengua española: J. Saura, *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Madrid, 1998; X. Deop, *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, Bilbao, 2000; A. Díaz Pérez de Madrid, *La protección de las minorías en DI*, Granada, 2004; H. Gros, “El derecho a la libre determinación de los pueblos y los derechos humanos”, *A. Derechos Humanos*, 1981, 129; N. Lerner, “Las NU y las minorías a propósito de la Declaración de la AG de 18 de diciembre de 1992”, *REDI*, 1993, 269; A. Remiro, “¿Un DI de separación del Estado?”, *Meridiano CERI*, n° 12, 1996, 9; M.G. Kohen, “La creación de Estados en el DI contemporáneo”, *Cur. Euromediterráneos Banca de DI*, v. VI, 2002. **En otras lenguas:** S. Chandra (ed.), *Minorities in National and IL*, Nueva Delhi, 1985; H. Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Pensilvania, 1990 (2ª ed., 1996); N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in IL*, Dordrecht, 1990; F. Capotorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Ginebra, 1991; R. Lefebvre, M. Fitzmaurice y E. W. Vierdag, *The Changing Political Structure of Europe. Aspects of IL*, Dordrecht, 1991, 107; Y. Dinstein y M. Tabory, *The Protection of Minorities and HR*, Dordrecht, 1992; B. Driessen, *A Concept of Nation in IL*, La Haya, 1992; C. Brolmann, R. Lefebvre y M. Zieck (eds.), *Peoples and Minorities in IL*, Dordrecht, 1993; G. Gottlieb, *Nation against State. A New Approach to Ethnic Conflicts and the Decline of Sovereignty*, Nueva York, 1993; T.R. Gurr, *Minorities at Risk: a Global View of Ethnopolitical Conflicts*, Washington, 1993; H. Hannum (ed.), *Documents on Autonomy and Minority Rights*, Dordrecht, 1993; K.S. Shchadi, *Ethnic Self-Determination and the Break-up of States*, Londres, 1993; P. Thornberry, *IL and the Rights of Minorities*, Oxford, 1993; B. Bednarczyk, *Nationalism, Ethnic Minorities and HR in Post-Cold War Central and Eastern Europe*, Roma, 1994; N. Rouland, S. Pierre-Caps y J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, París, 1996; I. Plasseraud, *Les minorités*, París, 1998; B. Stern (ed.), *Dissolution, Continuation and Succession in Eastern Europe*, La Haya, 1998; A. Bayefsky, *Self-Determination in IL: Quebec and Lessons*, La Haya, 2000; K. Henrad, *Devising an Adequate System of Minority Protection. Individual HR, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, La Haya, 2000; G. Welhengama, *Minorities' Claims: From Autonomy to Secession*, Singapore, Sydney, 2000; S. Trifunovska, *Minorities in Europe, Croatia, Estonia and Slovakia*, Dordrecht, 2000; L. Mäklsoo, *Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR*, Leiden-Boston, 2003; P. Groarke, *Legitimacy, Secession and the Doctrine of Oppression*, Aldershot,

2004; S. Skaale (ed.), *The Right to National Self-Determination: The Faroe Islands and Greenland*, Leiden, 2005; Z. Skurbaty (ed.), *Beyond a One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?*, Leiden, 2005; M. G. Kohen (ed.), *Secession: IL Perspectives*, Cambridge, 2006; G. Héraud, "Minorités et conflits ethniques en Europe", en D. Bardonnnet (ed.), *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe: perspectives d'avenir*, Dordrecht, 1991, 41; G. Englefield, *Yugoslavia, Croatia, Slovenia: Reemerging Boundaries*, IBRU, Territorial Briefing, n° 3, Durham, 1992; A. Kolossov, O. Glazer y N. Petrov, *Ethnic Territorial Conflicts and Boundaries in the Former Soviet Union*, IBRU, Territorial Briefing, n° 2, Durham, 1992; M. Weller, "The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia", *AJIL*, 1992, 569; R. Goy, "L'indépendance de l'Erythrée", *AFDI*, 1993, 337; R. Yakemtchouk, "Les conflits de territoires et de frontières dans les Etats de l'ex-URSS", *AFDI*, 1993, 393; V. Baravorsky, "Conflict Developments on the Territory of the Former Soviet Union", *SIPRI Yearbook*, 1994, 169; Y. Ben Achour, "Souveraineté étatique et protection internationale des minorités", *R. des C.*, t. 245, 1994; M. Koskenniemi, "National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice", *ICLQ*, 1994, 241; R. Porteilla, "Le processus de recomposition de l'Etat sud-africain et l'empreinte des bantoustans", *Herodote*, n° 82-83, 1996, 79; O. Corten, "Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et *uti possidetis*: deux faces d'une même médaille?", *RBDI*, 1998, 1; A. Pellet, "Individual Rights, Minority Rights and Group Rights", en E. R. May (ed.), *The Dumbarton Oaks Conversations and the UN 1944-1994*, Washington, 1998, 105; T. McWhinney "Self-Determination of Peoples in Contemporary Constitutional and IL", *Liber amicorum M. Bedjaoui*, cit., 725; J. Mayal, "Sovereignty, Nationalism and Self-Determination", *Political Studies*, 1999, 474; M. Sahovic, "Le DI et la crise en ex-Yougoslavie", *Cur. Euromediterraneas Bancaja de DI*, v. III, 1999, 363; J. A. Frowein, "Les droits des minorités entre les droits de l'homme et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes", en R. Benachour y S. Laghmani (eds.), *Les nouveaux aspects du DI*, Paris, 1994, 123; O. Schachter, "Micronationalism and Secession", *Festschrift R. Bernhardt*, Berlin, 1995, 179; E. McWhinney, "Self-Determination of Peoples and Plural-Ethnic States, Secession and State Succession and the Alternative, Federal Option", *R. des C.*, 2002, t. 294, 171; L. A. Thio, "Battling Balkanization: Regional Approaches Towards Minority Protection Beyond Europe", *HILJ*, 2002, 409.

5. Sobre los derechos humanos de las minorías, en lengua española: C. R. Fernández Liesa, *Derechos lingüísticos y DI*, Madrid, 1999; C. Díaz Barrado, *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, Madrid, 1999; C. Díaz Barrado, C. Fernández Liesa y F. Mariño Menéndez, *La protección internacional de las minorías*, Madrid, 2001; S. Torrecuadrada, *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Madrid, 2001; E. Relaño, *La protección internacional de las minorías religiosas*, Madrid, 2003; A. Díaz Pérez de Madrid, *La protección de las minorías en DI*, Granada, 2004; J. Madrazo, "Hacia un encuadramiento constitucional de la problemática indígena en México", *RFDUC*, 1989-90, 481; E. Bea, "Los derechos de las minorías nacionales: su protección nacional, con especial referencia al marco europeo", en *Derechos humanos*, Madrid, 1992, 175; E. Fernández, "Identidad y diferencias en la Europa democrática: La protección jurídica de las minorías", *Sistema*, 1992, 74; J. de Lucas, "Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías...", *Rev. Est. Constitucionales*, 1993, 114; J. A. Pastor, "La protección de las minorías: Nuevos instrumentos en perspectiva", en *Los Estados y las OI ante el nuevo contexto de la seguridad en Europa*, Madrid, 1993, 6; T. Varady, "Derechos colectivos de las minorías y problemas de su protección legal: el ejemplo de Yugoslavia", *Tiempo de paz*, 1993, 40; J. M. Bautista, "El Convenio marco europeo para la protección de las minorías nacionales:...", *RIF*, 1995, 939. **En otras lenguas:** F. Ermacora, "The Protection of Minorities before the UN", *R. des C.*, 1983, t. 182, 247; J. Berting, *HR in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, Londres, 1990; A. Pellet, *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, 1990; F. Capotorti, *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Nueva York, 1991; N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in IL*, Dordrecht, 1991; Y. Dinstein y M. Tabor, *The Protection of Minorities and HR*, Dordrecht, 1992; J. Fouques-Duparc, *La protection des minorités de race, de langue et de religion*, Paris, 1992; H. Giordan, *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et DI*, Paris, 1992; I. O. Bokotola, *L'ONU et la protection des minorités*, Bruselas, 1992; G. Héraud, *L'Europe des ethnies*, Bruselas, 1993 (3ª ed.); J. Packer y K. Myntti (eds.), *The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe*, Turku/Abo, 1993; A. Phillips y A. Rosas (eds.), *The UN*

Minority Rights Declaration, Turku/Abo, 1993; A. Fenet, *Le droit et les minorités: Analyses et textes*, 1995; W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995; G. Alfredsson y P. Macalister-Smith (eds.), *The Living Law of Nations: Essays on Refugees, Minorities, Indigenous Peoples and the IIR of other Vulnerable Groups in Memory of Atle Grahl-Madsen*, Kehl-Estrasburgo, 1996; F. Varennes, *Language, Minorities and HR*, 1996; Y. Plasseraud, *Les minorités*, París, 1998; K. Henrad, *Devising an Adequate System of Minority Protection. Individual HR, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, La Haya, 2000; S. Trifunovska, *Minorities in Europe, Croatia, Estonia and Slovakia*, Dordrecht, 2000; W. Danspeckgruber (ed.), *The Self-Determination of Peoples: Community, Nation, and State in an Interdependent World*, Boulder, 2002; A.I. Eisenberg y J. Spinner-Halev (eds.), *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, Cambridge, 2004; P. Kovacs, *La protection internationale des minorités nationales aux alentours du millénaire*, París, 2005; T.H. Malloy, *National Minority Rights in Europe*, Oxford, 2005; L.A. Thio, *The International Legal Protection of Minorities in the Twentieth Century*, Leiden, 2005; M. Weller, *The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford, 2005; S. Wheatley, *Democracy, Minorities and IL*, Cambridge, 2005; Y. Ben Achour, "Souveraineté étatique et protection internationale des minorités", *R. des C.*, 1995, t. 245; D. Sinou, "L'élargissement de la protection minoritaire à travers la pratique du Comité des Droits de l'Homme de l'ONU", *L'observateur des NU*, 1997-3, 21; S. Albert, "La mise en oeuvre de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales", *ibid.*, 67; A. Pellet, "Individual Rights, Minority Rights and Group Rights", en E.R. May (ed.), *The Dumbarton Oaks Conversations and the UN 1944-1994*, Washington, 1998, 105. En 1993 comenzó a publicarse *International Journal on Group Rights* (trimestral).

6. Sobre la relación entre el principio de no intervención y el principio democrático, en lengua española: E. Jiménez de Aréchaga, *Reconocimiento de Gobiernos*, Montevideo, 1947; J. Roldán, *Democracia y DI*, Madrid, 1994; G. Palomares, "La OEA en la solución de conflictos en la defensa de la democracia", *Tiempo de Paz*, verano-otoño 1992, 56; A. Badía, "La participación de las NU en los procesos electorales: la misión de observación de las NU en Sudáfrica", *Cur. DI Vitoria*, 1994, 195; H. Caminos, "La legitimidad democrática en el sistema interamericano: un nuevo marco jurídico para la cooperación entre los organismos regionales y las NU", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., v. II, 1037. **En otras lenguas:** T.M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, 1990; R.J. Beck, *The Grenada Invasion: Politics, Law and Foreign Policy Decision-Making*, San Francisco, 1994; G.H. Fox y B.R. Roth (eds.), *Democratic Governance and IL*, Cambridge, 2000; B.R. Roth, *Governmental Illegitimacy in IL*, Oxford-Nueva York, 2000; S. Marks, *The Riddle of All Constitutions: IL, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, 2003; C. Gould, *Globalizing Democracy and HR*, Cambridge, 2004; M. Goodhart, *Democracy as Human Right: Freedom and Equality in the Age of Globalization*, Londres, 2005; N. Guilhot, *The Democracy Makers: HR and the Politics of Global Order*, Nueva York, 2005; M. Halperin y M. Galic (eds.), *Protecting Democracy: International Responses*, Lanham, 2005; A. Kuper, *Global Responsibilities: Who Must Deliver on HR?*, Londres, 2005; AA.VV., "The US Action in Grenada", *AJIL*, 1984, 131; W.M. Reisman "Coercion and Self-Determination: Construing Charter Article 2 (4)", *AJIL*, 1984, 642; O. Schachter, "The Legality of Pro-Democratic Invasion", *ibid.*, 516; *id.*, "Is There a Right to Overthrow an Illegitimate Regime?", *Mélanges M. Virally*, París, 1991, 423; T. Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance", *AJIL*, 1992, 46; Y. Daudet, "L'ONU, et l'OEA en Haiti et le DI", *AFDI*, 1991, 89; G.B. Helman y S.R. Ratner, "Saving Failed States", *Foreign Policy*, n° 89, 1992, 3; M.H. Halperin, "Guaranteeing Democracy", *Foreign Policy*, n° 91, 1993, 105; J. Crawford, "Democracy and IL", *BYIL*, 1993, 113; A. Rosas, "Internal Self-Determination", en C. Tomuschat (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, 1993, 249; S. Laghman, "Vers une légitimité démocratique?", en *Les nouveaux aspects...*, 249; AA.VV., "US Forces in Panamá: Defenders, Agressors or HR Activist?", *AJIL*, 1990, 494; A.M. Lloyd, "The Southern Sudan: A Compelling Case for Secession", *Columbia JIL*, 1994, 419; AA.VV., "The 1994 US Action in Haiti", *AJIL*, 1995, 58; R. Falk, "The Haiti Intervention: A Dangerous World Order Precedent for the UN", *HILJ*, 1995, 341; G.H. Fox y G. Nolte, "Intolerant Democracies", *ibid.*, 1; J.Y. Morin, "L'Etat de droit: emergence d'un principe de DI", *R. des C.*, 1995, t. 254, 9; J. Rawls, "The Law of Peoples", *On HR. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, Nueva York, 1995 (reproducido

en *Critical Inquiry*, Autumn 1993, 36) y el comentario de C. Espósito y F. Peñas, "La justicia como equidad y el derecho de los pueblos. Dos posibles lecturas de un ensayo de J. Rawls", *REP*, 1995, 221; R. Ben Achour, "Le DI de la démocratie", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. IV, 2000, 331.

7. Sobre los pueblos indígenas, en lengua española: S. Torrecuadrada, *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Madrid, 2001; F. Gómez Isa, *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Deusto, 2002; B. Huertas, *Los pueblos indígenas en aislamiento. Su lucha por la sobrevivencia y la libertad*, IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas), 2002; J.L. Gómez del Prado, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, Deusto, 2003; N. Álvarez, *La construcción del derecho de autodeterminación en DI y los pueblos indígenas: una perspectiva crítica*, Deusto, 2003 (tesis doctoral); F. Mariño y J.D. Oliva (eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, 2004; S.J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el DI* (trad. de *Indigenous Peoples in IL*, Oxford, 2004, 2ª ed.), Madrid, 2005; P. Andrés, "El estatuto internacional de los poderes indígenas locales", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 67; S. Torrecuadrada, "La situación jurídica internacional de los pueblos indígenas", *Cur. Derechos Humanos Donostia-San Sebastián*, v. V, 2005, 335; M.T. Ponte, "Los pueblos indígenas ante el DI", *Agenda Internacional*, P.U. Católica del Perú, n° 20, 2004, 149. **En otras lenguas:** AA.VV., *Polar Peoples: Self-Determination and Development*, Londres, 1994; E. Gayim y K. Myntti (eds.), *Indigenous and Tribal Peoples Rights. 1993 and After*, Rovaniemi, 1995; C.P. Cohen, *HR of Indigenous Peoples*, Londres-Nueva York, 1997; E. Johnston, M.G. Hinton, D. Rigney, *Indigenous Australians and the Law*, Sydney, 1997; M.A. Martínez, *Study on Treaties, Agreements and other Constructive Arrangements between States and Indigenous Populations*, Final Report, CHR, E/CN.4/Sub.2/1999/20; M.C. Lãm, *At the Edge of the State: Indigenous Peoples and Self-Determination*, Ardsley-Nueva York, 2000; S.J. Anaya (ed.), *IL and Indigenous Peoples*, Hampshire, 2003; Interamerican Institute of HR, *Memoria del Seminario Internacional sobre administración de justicia y pueblos indígenas*, Washington, 2003; P. Keal, *European Conquest and the Rights of Indigenous People: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, 2003; S. von Lewinski (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property Genetic Resources, Traditional Knowledge, and Folklore*, La Haya-Nueva York, 2003; J. Stellato, *Indigenous Peoples and Land Rights*, Roma, 2003; S. Curry, *Indigenous Sovereignty and the Democratic Project*, Aldershot, 2004; M. Mazza, *La protezione dei popoli indigeni nei paesi di common law*, Padua, 2004 (8ª ed.); J. Castellino y N. Walsh (eds.), *IL and Indigenous Peoples*, Leiden, 2005; L. Rodríguez-Pinero, *Indigenous People, Postcolonialism and IL: The ILO Regime (1919-1989)*, Oxford, 2005; D.J. Yashar, *Indigenous Movements and the State in Latin America*, Cambridge, 2005; C.P. Cohen, *Developing Rights of Indigenous Children*, Nueva York, 2006; A. de Oliveira (ed.), *Decolonising Indigenous Rights*, Londres, 2006; R.L. Barsh, "Indigenous Peoples: An Emerging Object of IL", *AJIL*, 1986, 369; G.T. Morris, "In Support of the Right of Self-Determination for Indigenous Peoples under IL", *GYIL*, 1986, 277; H. Hannum, "New Developments in Indigenous Rights", *Va. JIL*, 1988, 649; B.R. Howard, "HR and Indigenous Peoples: on the Relevance of IL for Indigenous Liberation", *GYIL*, 1992, 105; A. Mason, "The Rights of Indigenous Peoples in Lands once Part of the Old Dominions of the Crown", *ICLQ*, 1997, 812; v. número monográfico de ZAÖrV, 1999-2; C. Foster, "Articulating Self-Determination in the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", *FJIL*, 2001, 141. V. tb. biblio. Cap. VIII (tratados internacionales y pueblos indígenas).

Capítulo V

Las organizaciones internacionales

XX. CONSIDERACIONES GENERALES

86. *Perspectiva histórica*

Las primeras OI, en tanto que entidades dotadas de un sistema de órganos permanentes y voluntad autónoma, tienen su origen en el siglo XIX debido a la necesidad de los Estados de cooperar en la gestión de ciertos espacios naturales y en ámbitos científico-técnicos abiertos a la actividad humana por la segunda revolución industrial.

Se trató inicialmente de OI con una estructura orgánica modesta, caso de las Comisiones fluviales, destinadas a regular el ejercicio de la libre navegación por los ríos internacionales proclamada en el Congreso de Viena (Comisión Central para la navegación del Rin, 1831; Comisión Europea del Danubio, 1856; Comisión mixta norteamericano-canadiense sobre vías fluviales fronterizas, 1909...); así como de Uniones Administrativas concebidas para cooperar en sectores específicos: las comunicaciones y el transporte (Unión Telegráfica Internacional, 1865; Unión Postal Universal, 1874; Unión Radiotelegráfica, 1906; Oficina Central de Transportes Internacionales por Ferrocarril, 1890); la industria y las artes (Unión para la protección de la propiedad literaria y artística, 1886); el comercio y la agricultura (Oficina Internacional de Pesas y Medidas, 1875; Oficina Internacional de la Agricultura, 1905); la sanidad (Oficina Internacional de la Salud, 1907)...

En América, la I Conferencia Panamericana (Washington, 1889) estableció la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas —con una Oficina Comercial (1890) y un Comité Ejecutivo (1896) permanentes— antecesora de la Unión Panamericana (1910), con sede en Washington.

Al término de la *Gran Guerra* el fenómeno de la organización internacional recibió un fuerte impulso con la creación de la S. de N. (Parte I del Tratado de Versalles, 1919). Se trató de la primera OI de vocación universal y competencias generales que pretendía “fomentar la cooperación entre las naciones y... garantizar la paz” (Preámbulo del Pacto), aspiración política que hasta entonces sólo había encontrado acomodo en las Conferencias diplomáticas que durante el siglo XIX florecieron al son del *Concierto Europeo* surgido del Congreso de Viena (1815-1816), carentes de la permanencia e institucionalidad de las Organizaciones.

El Tratado de Versalles (Parte XIII) también creó una Organización de fines específicos, la OIT, que funcionó en estrecha colaboración con la S. de N. No prosperó, en cambio, la coordinación de las actividades de las Oficinas y Uniones Administrativas preexistentes u otras que pudieran establecerse “bajo la autoridad de la Sociedad”, según había previsto su Pacto fundacional (art. 24.1).

La S. de N. fracasó en su primer objetivo, la salvaguarda de la paz, definitivamente quebrantada por el estallido de la *segunda guerra mundial* en 1939. Su

vocación de universalidad se había truncado en la cuna, debido a la no participación de su principal promotor, Estados Unidos, la disminución de hasta una cuarta parte de sus miembros, entre retiradas temporales (de países latinoamericanos en particular, España entre 1926 y 1931), definitivas (Alemania y Japón en 1933; Italia en 1937) y alguna expulsión (de la Unión Soviética por su agresión a Finlandia en 1939), y la preterición de los pueblos sometidos al colonialismo.

La ausencia en las labores de la S. de N., no sólo de Estados Unidos, sino también de los numerosos países latinoamericanos que la abandonaron temporalmente (Argentina de 1920 a 1933; Bolivia entre 1927-1933) o para siempre (Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela entre 1924-1939), propició como contrapartida el desarrollo del *panamericanismo*, que en esta época alumbró organismos como el Instituto Interamericano de Protección de la Infancia (1924), la Comisión Interamericana de las Mujeres (1928), el Instituto Panamericano de Geografía e Historia (1928)... Sin embargo, la Convención de la Unión Panamericana (La Habana, 1928), adoptada para regular de forma más precisa la organización y funciones de la Unión, no llegó a entrar en vigor por no contar con las ratificaciones necesarias.

El fracaso de la S. de N. avivó, no obstante, la necesidad de alumbrar una nueva Organización que, aprovechando la experiencia vivida y corrigiendo sus errores, salvaguardara la *coexistencia* y sirviera a la *cooperación* pacífica entre todos los Estados. El resultado fue la creación, según los patrones cortados por las grandes potencias aliadas en Dumbarton Oaks (1944), de la ONU, cuya Carta constitutiva fue firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año, siendo miembros fundadores los Estados que habían declarado la guerra a los países del *Eje*. Concebida con competencias generales y vocación de universalidad, la ONU constituye hoy la columna vertebral del sistema de seguridad colectiva y el centro solar del multilateralismo cooperativo —a través de Programas y Fondos y de Organismos especializados— en muy diferentes órdenes.

Con 192 miembros en la actualidad, “la gran virtud de las Naciones Unidas”, afirmó su Secretario General inmediatamente después de la agresión de Estados Unidos a Iraq (marzo de 2003), “sigue siendo su legitimidad, basada en los principios fundacionales del DI aceptados por todos los Estados y expresados en las decisiones de una Organización que representa a la comunidad internacional. En el escenario internacional no hay nada que sustituya dicha legitimidad” (Informe sobre la Aplicación de la Declaración del Milenio, 2003).

La *familia* de organismos especializados de NU, con personalidad y *status* jurídico independiente, que cooperan entre sí y con la ONU sobre la base de acuerdos libremente concertados (art. 57 de la Carta), está integrada por dieciséis OI de vocación universal y larga tradición en el desarrollo de sus funciones, la de algunas incluso anterior al conflicto bélico, como la OIT, la FAO y ciertas Uniones administrativas (UPU y UIT); otras fueron creadas inmediatamente antes o al tiempo de la ONU, así, las Instituciones nacidas de la Conferencia de Bretton Woods (1944), el FMI y el BIRD (denominado más comúnmente, Banco Mundial), la OACI (1944), UNESCO (1945), OMS (1946), OMM (1947), IMCO (1948, hoy OMI); posteriores son la OMPI (1967), FIDA (1976) y ONUDI (1979). Otras Organizaciones universales de fines específicos, como la AIEA (1956) y la OMC (1994), que reabsorbió el acervo GATT, sin pertenecer propiamente al sistema de NU, mantienen con él vínculos especiales fruto de acuerdos particulares.

Se produjo al tiempo una espectacular floración de Organizaciones regionales: 1) dotadas unas de competencias generales, si bien *subordinadas* al sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta de NU (art. 53) por lo que hace al

mantenimiento de la paz y de la seguridad en la región de que se trate: la Liga de Estados Árabes (1945), la OEA (1948), la OUA (1963), sucedida por la UA (2001)..., que también han gestado su propia *familia* de organismos especializados a imagen de NU, en particular la OEA; 2) limitadas otras a satisfacer afinidades específicas, sobre todo *ideológicas*, como el Consejo de Europa (1949) o la Organización de la Conferencia Islámica (1972); *militares*, como la OTAN (1948), la UEO (1954), la Organización de Seguridad y Asistencia entre Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos (ANZUS, 1951), el Pacto de Varsovia (1955)...; o *económico-comerciales*: las Comunidades Europeas (CECA, 1951; CEEA y CE, 1957), la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, 1959), la reorganizada Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE, 1960), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, 1967), el Pacto Andino (1969), la Comunidad del Caribe (CARICOM, 1973), el Sistema Económico Latinoamericano (SELA, 1975), la Comunidad Económica de Estados del África Occidental (CEDEAO, 1975)...

Sea su ámbito universal o regional y sus fines generales o específicos, lo cierto es que las OI cubren hoy prácticamente todo el espectro de las relaciones humanas. Haciendo números, gracias a su rápido crecimiento en los últimos sesenta años estas Organizaciones son hoy alrededor de cuatrocientas, algo más del doble de Estados existentes.

Su perfil *demográfico* permite así advertir una alta tasa de *natalidad* (como la recién experimentada en Organizaciones que, tomando como modelo a las Comunidades Europeas, pretenden fomentar la integración económica en otras regiones: por ej., MERCOSUR, 1991, 1994), junto con una *mortalidad* reducida (y eso debido a circunstancias realmente excepcionales, como el desmoronamiento del bloque socialista, que arrastró sus organizaciones de cooperación militar, Pacto de Varsovia, y económica, Consejo de Ayuda Mutua o Comecon) y un llamativo índice de transmigración en la medida en que a la desaparición de una Organización suele seguir la creación de otra adaptada a las condiciones del presente, como aconteció, por ej., con la Comisión Internacional de la Navegación Aérea, relevada por la Organización para la Aviación Civil Internacional (OACI, art. 80 de la Convención de Chicago, 1944); con la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE), que se transformó en Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, art. 15 del Tratado de París, 1960); o con la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), convertida en Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI, Tratado de Montevideo, 1980)...

Ahora bien, la proliferación de Organizaciones y, con ella, la creciente diversificación de sus estructuras y medios de acción es fuente de numerosos problemas, que abarcan desde los costes (presupuestarios y diplomáticos) que los Estados miembros han de afrontar al participar en múltiples y diversas Organizaciones hasta las medidas que a nivel internacional se han de articular para la coordinación operativa entre Organizaciones afines y concurrentes, medidas que chocan con la tendencia natural de cada Organización a poner su autonomía, no digamos ya su supervivencia, por encima de cualquier otra consideración. Esta tendencia arrastra incluso a los Estados miembros cuando las distintas Organizaciones son pantallas de estrategias políticas enfrentadas o su representación descansa en departamentos sectoriales con intereses en conflicto.

El Consejo Económico y Social (CE. y S.) es el órgano principal de NU que, bajo la autoridad de la AG, asume la responsabilidad de concertar los acuerdos con los organismos especializados y coordinar sus actividades mediante consultas y recomendaciones (arts. 58, 60, 63 y 64 de la Carta), sirviéndose para ello como correa de transmisión de un Comité Administrativo de Coordinación compuesto por los más altos funcionarios de los organismos especializados y presidido por el Secretario General de la ONU. Los resultados obtenidos no han sido sin embargo espectaculares. No es fácil, desde luego, coordinar un sistema en el que los organismos especializados y la misma ONU cuentan con múltiples programas operacionales, numerosos fondos especiales, decenas de órganos subsidiarios... Y si la búsqueda de coordinación en la *familia* de NU es difícil, ya puede imaginarse lo que ocurre cuando se sugiere entre Organizaciones de sistemas diferentes o entre éstas y NU, que ha creado cinco Comisiones económicas regionales con el fin de estimular la coordinación con Organizaciones de esta naturaleza.

87. *Perspectiva estructural*

Las OI constituyen desde hace décadas uno de los signos de identidad más característico y significativo de la sociedad internacional. Nacidas de la voluntad soberana de los Estados, que son sus principales —y generalmente exclusivos— miembros, responden a la necesidad de hacer frente de modo *permanente e institucionalizado* a los problemas que plantea la *coexistencia* y, más aún, la *cooperación* exigida por la creciente interdependencia,

Las Organizaciones no han transformado la estructura interestatal de la sociedad internacional; antes al contrario, la presuponen y hasta cierto punto la salvaguardan, en la medida que han sido concebidas por los Estados para ordenar y regular sus actividades colectivas y no como centros de poder superiores a ellos o como un “*super-Estado*”, según expresión de la CIJ (*Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949; *Interpretación del acuerdo entre la OMS y Egipto*, 1980). La ONU, desde luego, no se vislumbra siquiera como un gobierno mundial, a pesar de los poderes atribuidos por la Carta al C. de S. en orden al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales (v. Cap. XXVII).

No cabe duda, sin embargo, que las OI han venido a *institucionalizar parcialmente* la sociedad internacional contemporánea. La mera existencia de la Organización proporciona un marco multilateral que propicia una dinámica de actuaciones colectivas y suscita hábitos de negociación y acuerdo que a la larga provocan una evolución expansiva de las competencias e intereses comunes y una marginación de los Estados que no están dispuestos a implicarse en el sistema. Por esta vía las Organizaciones han sido el instrumento que más decididamente ha servido a la evolución y cambio del DI contemporáneo, tanto por lo que hace a su elaboración y aplicación como a la realización y desarrollo de sus funciones y valores.

Las Organizaciones se configuran, en efecto, como el principal foro de debate y gestación de los métodos de producción normativa, coadyuvando al tiempo a su interacción y, en su caso, a la formación de normas generales (v. Cap. XIV); son asimismo las Organizaciones las que dispondrán los mecanismos para el control de la observancia de las normas y compromisos internacionales que han patrocina-

nado, los medios para el arreglo de las controversias (v. Cap. XVIII), y las sanciones aplicables (v. Cap. XX)

A las Organizaciones se debe también el avance experimentado en las funciones del DI contemporáneo, en la medida que: 1) han proporcionado un marco institucional a las relaciones entre Estados que regula el tradicional *Derecho de la coexistencia*, 2) son la espina dorsal de los nuevos campos abiertos por el *Derecho de la cooperación*, y 3) son reclamadas, en particular, para tratar de hacer realidad el esquivo *Derecho al Desarrollo*.

Las Organizaciones han enriquecido, en fin, el perfil del DI contemporáneo al introducir en él ciertas dosis de: 1) *democratización*, consintiendo la participación de todos los Estados en los procesos de elaboración y aplicación de las normas internacionales; 2) *socialización*, potenciando la actuación en la escena internacional de otros actores sociales y acentuando al tiempo el *polimorfismo* de la subjetividad internacional, y 3) *humanización*, siendo el claustro materno de afirmación de los derechos y libertades fundamentales y de los mecanismos para su garantía y control y confiriendo dimensión internacional a todo el espectro de relaciones humanas que se instrumentan mediante la cooperación (del transporte a la sanidad, de la cultura al trabajo, de la alimentación al mercado financiero...).

XXI. UNA SUBJETIVIDAD PARTICULAR

88. *Qué es una Organización Internacional*

Las OI son sujetos de DI creados por los Estados mediante tratado (u otro instrumento regido por el por el DI), dotados de órganos permanentes, con voluntad propia, jurídicamente distinta de la de los Estados miembros, en el marco de competencias atribuidas para la consecución de los objetivos convenidos.

Se trata, pues, de sujetos bien diferentes de los Estados: 1) por su *acto constitutivo*, generalmente un tratado celebrado entre Estados, y 2) por el carácter *secundario* y *funcional* de su subjetividad.

Examinemos estos elementos.

89. *El acto constitutivo: un tratado (u otro instrumento regido por el DI)*

Las OI son creadas mediante tratados entre Estados, convencidos de que la instauración de un marco permanente e institucionalizado de cooperación es el mejor medio —el único, en ocasiones— para la realización de objetivos comunes inalcanzables —o más difícilmente asequibles— en un marco autárquico o estrictamente relacional.

Son *raras* las OI creadas por instrumentos distintos al tratado y no hay que dejarse engañar por la terminología.

Así se advierte que la OPEP fue constituida en 1960 merced a una declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países exportadores de petróleo reunidos en Bagdad, o que la ASEAN fue fruto de la Declaración de Bangkok, suscrita en 1967 por los Ministros de Asuntos Exteriores de Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur y Tailandia. Pero ¿qué son estas sedicentes *declaraciones* sino tratados concluidos en forma simplificada, incorporando la voluntad de los signatarios de generar una Organización?

Supuestos aparentemente excepcionales confirman la regla del tratado como instrumento fundacional de la Organización.

Lo necesitó la ONUDI para pasar de *órgano subsidiario autónomo de NU* (res. 2089-XX y 2152-XXI de la AG) a *Organismo especializado* (Tratado de 8 de abril de 1979, en vigor desde el 21 de junio de 1985); o la Unión Internacional de Organismos Oficiales de Turismo, nacida ONG, para transformarse gracias al Tratado adoptado en 1970 por la AG de la Unión en la OMT. El caso más revelador es el del Consejo Nórdico, cuya origen en 1952 tuvo por fundamento una concatenación de *normas internas* de los Parlamentos de Dinamarca, Islandia, Noruega y Suecia (Finlandia se adhirió en 1956), a la que siguió la adopción, por los mismos Estados, del Tratado de cooperación por el que, dice expresamente su cabecera, se crea el Consejo Nórdico (Helsinki, 1962).

Buscando una auténtica excepción se ha mencionado la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE 1975)) que, sin base convencional, vino actuando progresivamente desde la *Cumbre de París* (1990) como una Organización en virtud de actos y decisiones sucesivas que condujeron a los Estados participantes a declarar su carácter de organismo regional en el marco del capítulo VIII de la Carta de las NU (Helsinki, 1992) en términos reconocidos por el C. de S. (res. 743, 1992), conferirle personalidad jurídica internacional y privilegios e inmunidades a sus órganos y agentes (Roma, 1993) y, finalmente, rebautizar la Conferencia como Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE, Budapest, 1994). La CDI ha hablado en este caso de un “acuerdo tácito” (*proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional de las OI*, 2003). Pero en realidad estamos ante un nuevo acuerdo en forma simplificada que sólo revela el pánico de los participantes a celebrar en este caso un tratado formal, no sólo por la dilación y contratiempos con los que se podría encontrar su conclusión, sino también por el designio político de algunos participantes conspicuos en mantener la OSCE con un *bajo perfil*.

No obstante, para evitar las aprensiones de quienes, transidos de formalismo, perciben los tratados como *artefactos*, parece razonable aceptar la propuesta de la CDI cuando, a efectos del proyecto de arts. sobre *responsabilidad internacional de las OI* (2003), apunta la creación de una OI mediante tratado o, eventualmente, mediante “otro instrumento regido por el DI” (art. 2).

Las formas de cooperación entre Estados sin base convencional —u otro instrumento regido por el DI— sustentan *efectividades* (observatorios, *paternariados*...), o agrupaciones *de facto* de sinergia y dimensión diversas (G-7/8, G-4, G-20, *Grupo de Río*...), pero no OI.

Asimismo, es su constitución mediante tratado (u otros instrumentos regidos por el DI) lo que distingue a las OI de las ONG, creadas por iniciativa de instituciones privadas —aunque entre sus miembros figuren Estados— en virtud de actos de Derecho interno (v. Cap. VI).

La CDI ha afirmado en este sentido que: “La definición del artículo 2 [del proyecto de arts. citado] no abarca las organizaciones creadas por medio de instrumentos regidos por el derecho interno de un Estado, a menos que después se haya adoptado y entrado en vigor un tratado u otro instrumento regido por el DI”.

Conviene sin embargo precisar que si bien un tratado es instrumento emblemático de creación de una OI, no basta por sí solo. Ha de identificarse una voluntad de las partes al respecto.

Ejemplo paradigmático es el del Tratado de la Unión Europea (TUE) que, a pesar de su cabecera, no concibió la Unión en 1992 como una OI dotada por sí misma de una personalidad jurídica internacional con la que sí contaban las tres Comunidades (CE, CEEA y CECA) entonces existentes, de acuerdo con sus respectivos tratados constitutivos. La previsión de que la UE celebrara acuerdos en el marco de los llamados *pilares* de cooperación intergubernamental, PESG y CPJP (art. 24 TUE) sembró la posibilidad de una atribución de personalidad implícita que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004) habría formalizado (art. 1.7), asumiendo la UE la personalidad de la CE (art. IV.438). Pero este Tratado no ha entrado en vigor.

90. El tratado fundacional, constitucional y unitario

Los tratados constitutivos o fundacionales de las OI, en tanto que instrumentos convencionales, están sometidos a las reglas del Derecho de los Tratados codificadas en las CV de 1969 y 1986 (v. Cap. VIII), que les resultan aplicables “sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la Organización” (art. 5). Ahora bien, el tratado por el que se crea una OI no es un tratado cualquiera. Su objeto vivificador de un sujeto de DI dotado de permanencia y voluntad propia alumbra reglas especiales dirigidas, en particular, a salvaguardar la naturaleza constitucional y la integridad del instrumento fundacional.

1) El tratado que crea una OI tiene carácter *constitucional*, lo que a veces advierte la misma cabecera del instrumento.

Al margen del nonato *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (2004), en el que la referencia a la *Constitución* rebasa los predicados que ahora proponemos, ya la veterana OIT llamo a su tratado fundacional *Constitución*, y lo mismo hacen los tratados constitutivos de otros organismos especializados de la familia de NU (FAO, UNESCO, OMS...); el título *Carta* (de la ONU, de la OEA...) evoca la misma idea.

Pero sea cual sea el *nomen iuris* del tratado en él se encuentran las reglas básicas, esenciales, que han de regir su funcionamiento (proclama principios y propósitos, instituye órganos, atribuye competencias, dispone procedimientos de deliberación y toma de decisiones, enuncia criterios y directrices de actuación); en definitiva, encarna el *Derecho originario o primario* de la Organización.

Esta circunstancia es aún más llamativa si se trata de OI de integración, como se advierte en el llamado proceso de *construcción europea*, pero debe evitarse en todo caso la tentación de analizarlos con los lentes de los constitucionalistas nacionales pues, en definitiva, el tratado constitutivo de una OI sigue siendo, en primer lugar, un tratado.

El carácter constitucional del tratado constitutivo de una Organización, su condición de *Derecho originario* o *primario* se manifiesta en la primacía de sus estipulaciones sobre:

a) las decisiones, resoluciones y otros actos de la misma Organización realizados en el ejercicio de sus competencias, es decir, su *Derecho secundario* o *derivado*; y

b) otros compromisos o acuerdos internacionales contraídos por los miembros.

En este sentido, cabe mencionar, en particular, lo dispuesto en el art. 103 de la Carta de las NU (al que expresamente remite el art. 30.1 de las CV de 1969 y 1986 sobre el Derecho de los Tratados), por cuya virtud: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las NU en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

La eficaz protección del bloque de constitucionalidad representado por el tratado fundacional de una Organización (desde el punto de vista material y formal) dependerá en gran medida de que se hayan dispuesto o no medios jurisdiccionales para su control.

Un control judicial ha sido instaurado en las Organizaciones de integración, que acompañan la atribución de amplias competencias normativas con la creación de tribunales de justicia a los que se encomienda la misión de garantizar el respeto de los tratados constitutivos. Este es particularmente el caso de las Comunidades Europeas, concebidas por el TJCE como una “Comunidad de Derecho en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus Instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta Constitucional que constituye el Tratado” (asuntos los *Verdes*, 1986). El mismo modelo pretende seguir la Comunidad Andina (arts. 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena modificado por el Protocolo de Trujillo, 1996).

Más allá del privilegiado espacio que forman estos sistemas de integración, el control judicial de las decisiones de la Organización es inexistente o muy débil. En el marco de NU no existe una vía de recurso ante la CIJ que permita impugnar directamente resoluciones y decisiones cuya conformidad con la Carta sea discutible, aunque cabe sustentar que la Corte puede apreciar dicha conformidad al elaborar la *ratio decidendi* de sus fallos (lo que es especialmente importante cuando se trata de resoluciones adoptadas por el C. de S. con fundamento en el cap. VII de la Carta). (V. Caps. XVI, XXVII, XXVIII) La Corte, sí, puede emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica que le sometan la AG, el C. de S. y, con autorización de la AG, los otros órganos de la Organización y los organismos especializados, en el ámbito de sus actividades (arts. 96 de la Carta de NU, 65 del Estatuto de la Corte) (v. Cap. XVIII).

2) El tratado por el que se crea una OI conforma una *unidad* que ha de ser aceptada en su *integridad*. Ello afecta en particular:

a) al régimen especial al que se someten las reservas formuladas al instrumento fundacional que, a menos que en él se disponga otra cosa, “exigirá la aceptación del órgano competente de esa Organización” (art. 20.3 de las CV de 1969 y 1986 sobre Derecho de Tratados; v. Cap. XI); y,

b) a los efectos de la entrada en vigor de la enmienda o revisión de estos tratados que, separándose de la regla general, en defecto de acuerdos, que los limita a las relaciones *inter partes* (CV, art. 40.4, v. Cap. XII), se aplican *erga omnes* una vez satisfechas las condiciones establecidas en sus reglas.

Esta consideración puede ser intrascendente cuando, como ocurre en las OI de integración, el tratado constitutivo condiciona la entrada en vigor de la enmienda a la ratificación unánime de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (por ej., art. 48 TUE). Pero ese no suele ser el caso de las OI de cooperación universales —y muchas de las regionales— cuyos tratados constitutivos prevén la adopción de la enmienda por el órgano plenario por mayoría cualificada de los miembros (dos tercios es la regla habitual), entrando en vigor *erga omnes* una vez aceptada y/o ratificada por éstos (normalmente en función de la misma mayoría; por ej., arts. 73 de la Constitución de la OMS, 41.c) del Estatuto del Consejo de Europa...). Algunas Organizaciones modulan la mayoría prescrita al respecto exigiendo que la misma cuente con determinados Estados miembros, como hace la Carta de NU (arts. 108 y 109.2) al requerir entre los dos tercios exigidos para la entrada en vigor de su reforma la ratificación de los cinco miembros permanentes del C. de S., o en atención a determinadas condiciones como, por ejemplo, su cuota de participación económica en la Organización (arts. VIII del BIRD y XVII del FMI) o su importancia industrial (por ej., art. 36 del tratado OIT). La minoría reacia a consentir la enmienda se ve así en la disyuntiva de aceptarla o retirarse del tratado, un derecho que particularmente le asiste en estas circunstancias (v. *infra*), y a cuyo ejercicio puede incluso verse forzado (OACI, art. 94.b).

En la OEA, sin embargo, las reformas de su Carta constitutiva entran en vigor, entre los Estados que las ratifiquen, cuando los dos tercios de los Estados signatarios hayan depositado sus ratificaciones, mientras que para los Estados restantes lo hará en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación (arts. 140 y 142 de la Carta de la OEA, XXVI del Protocolo de Buenos Aires, 1967, IX del Protocolo de Cartagena de Indias, 1985, V del Protocolo de Washington, 1992, y VIII del Protocolo de Managua, 1993). Desde un punto de vista técnico el criterio adoptado parece disfuncional, pero...

91. Una subjetividad secundaria... y ¿objetiva?

Las OI son sujetos de DI dotados de personalidad jurídica propia, distinta de la de sus miembros (v. art. 2 del proyecto de la CDI sobre *responsabilidad internacional de las OI*, 2003). Como tales, tienen capacidad para ser titulares de derechos, de los que pueden prevalerse, y obligaciones internacionales, de cuyo (in)cumplimiento habrán de responder (v. Cap. XIX).

Afirmar que la Organización es un sujeto de DI, dijo la CIJ, significa “que tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes internacionales y que tiene capacidad para prevalerse de sus derechos a través de una reclamación internacional” (*Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949). A lo que añadió: “La OI es sujeto de DI y, como tal, debe cumplir todas las obligaciones que le impongan las normas generales de DI, su instrumento constitutivo o los acuerdos internacionales en que sean Parte” (*Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto* (1980)).

El fundamento de su personalidad jurídica está implícito en el tratado constitutivo por el que determinados Estados crean una entidad jurídicamente independiente a la que atribuyen competencias y funciones cuyo ejercicio exige, según reconoció la CIJ refiriéndose a NU, que “la Organización tenga personalidad internacional y capacidad de obrar en el plano internacional” (*Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949). Se trata, pues, de una *personalidad de naturaleza funcional* verificable en todas las OI en la medida que todas, por definición, están destinadas a ejercer funciones y cumplir objetivos de interés común, no requiriéndose por eso una expresa atribución de personalidad internacional aunque, excepcionalmente, algunos instrumentos constitutivos lo hagan.

Así, por ej., el Acuerdo de Cartagena, enmendado por el Protocolo de Trujillo, 1996 (art. 48), para la Comunidad Andina, Protocolo de Ouro Preto, 1994, adicional al Tratado de Asunción, para el Mercosur; TCE (art. 281) para la CE; art. 176 de la CONVEMAR, 1982, en relación con la Autoridad Internacional de Fondos Marinos.

Cosa distinta es la determinación del alcance y contenido de la capacidad jurídica de las OI en el marco de los ordenamientos estatales, de cuya regulación sí se ocupan habitualmente los tratados constitutivos, completados en su caso por acuerdos colaterales (v. *infra*).

Ahora bien, afirmar la *personalidad jurídica internacional* de las OI no equivale a decir que su subjetividad sea del mismo grado que la de los Estados ni que todas las Organizaciones dispongan de la misma capacidad jurídica.

A diferencia de los Estados, sujetos *primarios* y *plenos* en virtud de su soberanía (v. Cap. II), las OI son sujetos *secundarios*, de naturaleza *funcional*. *Secundarios o derivados*, en primer lugar, porque deben su existencia a la voluntad de los Estados manifestada en el instrumento fundacional de la Organización, cuyo efecto es *relativo*, en la medida en que no pueden conferir derechos y, menos aún, imponer obligaciones a terceros sin mediar su consentimiento (Cap. VIII). Esta constatación limita, en principio, la *oponibilidad* de la personalidad jurídica de las Organizaciones a sus miembros y a los que la hayan reconocido, siguiendo criterios similares a los estudiados para el reconocimiento de Estados (v. Cap. II).

Ello permitió que, durante la *guerra fría*, la URSS y los países del bloque socialista insistentemente negaran personalidad internacional a las Comunidades Europeas, lo que hacían explícito en cuantas oportunidades tenían, por ej., formulando declaraciones de no reconocimiento en los tratados multilaterales en los que coincidían (v. Cap. XI).

Por otro lado, los acuerdos de sede de una Organización con Estados no miembros (como, por ej., el concluido en 1946 por Suiza con la ONU en relación con su sede en Ginebra) implican reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de la Organización.

Sólo si el número y representatividad de sus miembros —y de los terceros que en su caso las reconozcan— reflejan la *sociedad internacional en su conjunto* podrá afirmarse que se ha creado “una entidad dotada de personalidad internacional objetiva, y no simplemente de una personalidad reconocida por ellos exclusivamente”, según sostuvo la Corte refiriéndose a la ONU (*Reparación de daños sufridos al servicio de NU*, 1949).

Esta afirmación, de la que en general se benefician las Organizaciones universales, pretende en la actualidad aplicarse a todo tipo de OI. La intensa vida de relación internacional que la mayoría de OI desarrollan, incluso las de ámbito regional (caso significativo de las Comunidades Europeas), postularía, según estima parte de la doctrina, a favor de la formación de una norma consuetudinaria reconociendo la personalidad objetiva de las OI.

La CDI se inclina por esta opinión: “la personalidad jurídica de una organización, cuando existe, es una personalidad “objetiva”. No sería necesario, pues, indagar si la personalidad jurídica de una organización ha sido reconocida por el Estado lesionado antes de examinar si se puede tener a la organización por responsable internacionalmente” (proyecto sobre la *responsabilidad internacional de las OI*, 2003) (v. Cap. XIX).

92. Una subjetividad funcional. El principio de competencias de atribución

“Mientras que un Estado posee, en su totalidad, los derechos y obligaciones internacionales reconocidos por el DI, los derechos y obligaciones de una entidad como la Organización dependen de sus fines y funciones, enunciados o implícitos en su instrumento constitutivo y desarrollados en la práctica”, ha declarado la CIJ (*Reparación de daños sufridos al servicio de las UN*, 1949).

Decimos por eso que la personalidad internacional de las Organizaciones es de carácter *funcional*, porque frente a la *plenitud* de competencias de los Estados soberanos, las Organizaciones tienen *competencias de atribución*, esto es, sólo disponen de los poderes que los Estados miembros les hayan atribuido según las *reglas* que son propias a cada Organización.

“Las Organizaciones internacionales se rigen por el ‘principio de especialidad, es decir, están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución cuyos límites dependen de los intereses comunes cuya promoción esos Estados les han encomendado’, afirmó la CIJ para rechazar la op. cons. demandada por la OMS en relación con la *Legalidad del empleo de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* (1996), considerando que dicha cuestión no se correspondía con las competencias de una Organización especializada en la esfera de protección de la salud; todo lo contrario podía decirse de la AGNU (*Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, 1996).

Para determinar las competencias de una Organización se distinguen dos modos de atribución, según se trate de: 1) competencias *expresas*; 2) competencias *implícitas*, necesarias para el ejercicio de sus funciones y la consecución de sus objetivos, que se traducen en decisiones, resoluciones y otros actos de la Organización adoptados de conformidad con el tratado constitutivo o resultan de una práctica establecida, es decir, de las reglas consuetudinarias originadas por la actividad de la Organización, admitidas ya entre las *reglas de la Organización* en importantes instrumentos convencionales (por ej., art. 2.1.j de la CV sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y OI o entre OI, 1986).

Es en las competencias implícitas donde se encuentra la piedra de toque de las competencias atribuidas a una OI, noción que, sobre el modelo de los Estados de estructura federal, ha sido desarrollada por la jurisprudencia internacional como artífice del carácter evolutivo y dinámico de la vida de la Organización (CIJ, *Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949; *Legalidad de la utilización de armas nucleares en un conflicto armado*, 1996)

“Las competencias de las OI son normalmente objeto de una formulación expresa en el instrumento constitutivo. Sin embargo, las necesidades de la vida internacional pueden apuntar a la exigencia de que las OI, para la consecución de sus propósitos, puedan disponer de competencias subsidiarias no expresamente previstas en los instrumentos básicos que rigen sus actividades. Se acepta de esta forma que las OI pueden ejercer tales poderes, llamados implícitos” (CIJ, *Legalidad de la utilización de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, 1996).

Tomando como ej. la CE, la orientación que gobierna la delimitación vertical de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, definida no en función de un reparto por materias preciso y estable sino

de los objetivos a alcanzar en las disposiciones del Tratado (bases jurídicas) que para cada ámbito se establecen, propicia el recurso a la doctrina de los poderes implícitos, sobre la que el TJCE ha desarrollado una jurisprudencia constructiva, en particular por lo que se refiere a la dimensión externa de las competencias expresamente atribuidas (paralelismo entre las competencias internas y externas de la Comunidad).

La doctrina de las competencias implícitas pretende contribuir al dinamismo y autonomía de la Organización, permitiéndole realizar los objetivos convenidos en el tratado constitutivo en función de nuevos desafíos no expresamente previstos en él, sin tener que recurrir para ello al procedimiento de su revisión, lento y engorroso por lo general (v. Cap. XII). Se trata sin embargo de un camino no exento de dificultades y riesgos, en la medida en que será preciso encontrar un equilibrio entre la exigencia de flexibilidad que permita a la Organización adaptarse a las nuevas circunstancias y el respeto del marco de legalidad definido en su instrumento fundacional.

La ausencia de un control judicial que permita declarar la nulidad de las actuaciones de la OI viciadas de inconstitucionalidad (v. Cap. XVI) agudizará la politización del conflicto y puede provocar situaciones de crisis. Los Estados disconformes con las decisiones de la Organización por motivos de legalidad, desprovistos de recursos ante órganos judiciales, se verán empujados a mostrar su desacuerdo por otras vías (escatimando sus contribuciones, aplicando la política de *silla vacía* e, incluso, retirándose de la Organización). Esas actitudes pueden, cuando cuentan con un respaldo cualificado, forzar una rectificación o frenar los efectos de las decisiones más controvertidas. Así ocurrió en relación con la res. 377 (V) de la AGNU (adoptada en 1950 bajo el simbólico título “Unidos por la Paz”), debido a las facultades que se atribuyó el órgano plenario de la Organización para recomendar una acción coercitiva, lo que, según sus detractores, rompía los equilibrios institucionales acordados en la Carta en lo tocante a las competencias atribuidas al C. de S. (v. Cap. XVII). En la op. cons. sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004), la CIJ ha recordado su jurisprudencia anterior (*Ciertos gastos de NU*, 1962) al subrayar que el art. 24 de la Carta confiere al C. de S. “una competencia primordial pero no necesariamente exclusiva. La AG, de conformidad con el art. 14 de la Carta, tiene, entre otras, la potestad de recomendar medidas para el arreglo pacífico de diversas situaciones”.

Con carácter general, dada su subjetividad *secundaria y funcional*, las OI disponen de una *capacidad jurídica desigual*, tanto por lo que hace al número y diversidad de derechos y obligaciones definidos en las reglas que les son propias como por lo que se refiere a la intensidad de su ejercicio, dependiente de las funciones y propósitos asignados; así, por ejemplo, no se activará con el mismo vigor el *ius ad tractatum* en las Organizaciones de cooperación que en las de integración. En términos generales puede decirse que los poderes de una Organización decrecen a medida que se hace más universal en su composición y más general en sus objetivos (v. *infra*).

93. Capacidad jurídica de las OI en los ordenamientos estatales

El reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las Organizaciones —incluso objetiva— no implica por sí mismo el de su correlativa capacidad de obrar en los ordenamientos internos de los Estados en cuyo territorio han de desplegar sus actividades.

Los tratados constitutivos de las OI se ocupan —y preocupan— por eso de prever su capacidad de obrar (lo que con cierta impropiedad a veces se denomina la *personalidad jurídica interna* de la Organización), que será reconocida por los Estados miembros mediante la manifestación de su consentimiento en obligarse por dichos instrumentos.

Por ej., el art. 104 de la Carta de NU dispone: “La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de la capacidad jurídica que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos”; en términos similares se pronuncian los tratados constitutivos de los organismos especializados (arts. XII de la UNESCO, 27 de la OMM, XVI de la FAO...), así como los de otras OI regionales (arts. 133 de la Carta de la OEA, 40 del Estatuto del Consejo de Europa, 282 del TCE...).

El ejercicio de la capacidad jurídica de las Organizaciones en los ordenamientos estatales se manifiesta en su capacidad general de contratar —sea con personas físicas o jurídicas, otras Organizaciones, el mismo gobierno del Estado huésped o sus administraciones locales— las prestaciones de bienes y servicios que permitan el normal desenvolvimiento de la actividad de la Organización (adquirir, enajenar, arrendar muebles e inmuebles, celebrar contratos laborales, comparecer en juicio...). Todo ello según las previsiones de su tratado constitutivo y/ o los Acuerdos de sede y sobre sus privilegios e inmunidades, completados en su caso con las normas internas del Estado huésped.

La capacidad jurídica de las OI en los ordenamientos internos se equipara a veces con la que poseen las personas jurídicas (por ej., art. 282 del TCE); sin embargo, no es posible su asimilación pura y simple, entre otras razones debido a los privilegios e inmunidades concedidos a la misma Organización y sus agentes en dichos ordenamientos (v. *infra*).

XXII. CLASES

94. Planteamiento

Tributarias de los rasgos esenciales de su subjetividad internacional, *secundaria y funcional*, las OI constituyen entidades originales sobre las que es difícil —si no imposible— elaborar una teoría general. Por la misma razón, la clasificación de las Organizaciones (cualesquiera que sean los criterios a los que se recurra, numéricos, funcionales, competenciales, estructurales...) no da lugar a categorías estancas y excluyentes, sino imbricadas y yuxtapuestas, pues será normal que una misma Organización responda a uno u otro tipo, o bien ocupe un lugar intermedio, según la mayor o menor rigidez en la aplicación de los criterios de distinción. Ello no empece, sin embargo, el valor de una clasificación para la mejor comprensión y sistematización del plural estatuto jurídico de las Organizaciones y la influencia de la misma en múltiples aspectos de su funcionamiento, ya sean los concernientes a la admisión de sus miembros como a la estructura, competencias y toma de decisiones orgánicas.

Así, con este ánimo, podemos distinguir, atendiendo a su composición, objetivos y competencias, entre Organizaciones: 1) *abiertas* y *cerradas*; 2) *generales* y *sectoriales*; y, 3) de *cooperación* y de *integración*.

95. Organizaciones abiertas y cerradas

Las Organizaciones genuinamente *abiertas* aspiran a contar entre sus miembros a *todos* los Estados de un universo determinado; de ahí las facilidades de sus tratados constitutivos para la admisión de nuevos miembros, lo que no es óbice para que los que ya lo son ejerzan un control sobre la admisión (v. *infra*), y que sus objetivos —generales o específicos— afecten o interesen virtualmente a la sociedad internacional en su conjunto. Claros ejemplos de Organizaciones vocacionalmente universales son las NU, con 192 Estados miembros, y su *familia* de organismos especializados y allegados, casi todos con más de 150 en 2006. La inevitable heterogeneidad de los miembros de las Organizaciones universales dificulta, no obstante, el progreso institucional y de sus capacidades decisorias.

También son abiertas las Organizaciones *regionales* si entendemos que en ellas prevalece la vocación de incluir a todos los Estados localizados en una región determinada (sea continental, intercontinental o subcontinental). Aunque siempre cabe hacer algunas reservas, la OEA, la (O)UA y la Liga Árabe, que han gestado su propio sistema de organismos especializados, pueden ser mencionados como ejemplos.

Región en el ámbito internacional implica la continuidad de un espacio físico dividido políticamente entre distintos Estados, aunque permite enclaves y espacios internacionales interpuestos y/o yuxtapuestos que, de proyectarse en marcos organizativos propios —lo que es habitual—, propiciará la imagen de círculos concéntricos de Organizaciones entrecruzadas como aros olímpicos en la misma región (v. Cap. I). Siendo su marco de actuación una región o subregión determinada, los particulares intereses que animan la instauración de este (sub)tipo de Organización las aproximan a las tipificadas como OI cerradas, especialmente en cuanto a las condiciones y el procedimiento de adquisición de la membresía.

Las Organizaciones *cerradas* (o *restringidas*) expresan solidaridades específicas propias de la división de la sociedad internacional. Son Organizaciones *particulares*, que tienden a confundirse con las regionales cuando esas solidaridades confluyen en un espacio geográfico determinado. Esas solidaridades pueden ser variadísimas; así, por ejemplo, *estratégicas* y de *seguridad* (OTAN, UEO), *políticas* y de *defensa de los derechos humanos* (Consejo de Europa), *económica* y *financiera* (OCDE), *religiosa* (Organización de la Conferencia Islámica)... A diferencia de las anteriores, las OI restringidas se caracterizan por las condiciones excluyentes, más o menos estrictas, impuestas a la admisión de quienes pretenden ser sus (nuevos) miembros (v. *infra*). De los casi cuatro centenares de Organizaciones interestatales existentes, tres cuartas partes son de carácter restringido o cerrado.

96. Organizaciones generales y sectoriales

Las Organizaciones de *finés generales* abarcan potencialmente todos los ámbitos en que se producen relaciones interestatales, sea sobre una base universal (ONU) o regional (OEA, (O)UA, Liga Árabe), si bien es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales su propósito más característico, alrededor del cual giran los demás. Es raro que una Organización cerrada o restringida sea de fines generales; de serlo, cabe pronosticar que se trata de una Organización con vocación federalizante.

Las Organizaciones *sectoriales* o de *finés específicos* ven en cambio estatutariamente constreñidas sus funciones a un determinado sector material, que a su vez puede identificarse en OI abiertas o cerradas, regionales o universales. Piénsese, a nivel universal, en los *organismos especializados* de la *familia* de NU, y a nivel regional en los organismos similares auspiciados por Organizaciones de fines generales, como las ya citadas OEA, (O)UA o Liga Árabe.

Por ej., la Carta de la OEA (art. 124) considera Organismos Especializados Interamericanos a "los organismos intergubernamentales establecidos por acuerdos multilaterales que tengan determinadas funciones en materias técnicas de interés común para los Estados americanos". En la actualidad son seis los organismos pertenecientes al sistema, la mayoría herederos de los creados en tiempos de la Unión Panamericana (caso, por ej., de la Comisión Interamericana de Mujeres y del Instituto Panamericano de Geografía e Historia, v. *supra*).

Las Organizaciones particulares, cerradas o restringidas, suelen ser de fines específicos. Estas son idóneas para pasar de la cooperación a la integración dentro de la política de evolución gradual y permanente que asume la llamada concepción *funcionalista*.

97. Organizaciones de cooperación y de integración

La consideración del alcance y contenido de sus competencias lleva, por último, a distinguir entre Organizaciones de *cooperación* y de *integración*.

Las primeras desempeñan un papel de *concertación* en el ámbito de las competencias atribuidas, mediante: 1) la adopción de decisiones (que genéricamente denominamos resoluciones), actos unilaterales propios de la Organización, meramente recomendatorias por lo general; y 2) auspiciando y preparando proyectos de tratados finalmente sometidos a los miembros de la Organización (o incluso a terceros), llamados a ser contratantes.

✎ No hay que desdeñar por eso el papel que, frente al modelo de integración, desempeña el método de cooperación interestatal. Ajustado como un guante a los caracteres de la sociedad internacional, permite ir creando solidaridades de base sobre las que sustentar y desarrollar las relaciones entre los miembros que, a la postre, constituirán un condicionante del ejercicio de su soberanía.

Conviene, asimismo, precisar, que el esquema de cooperación no se altera porque el nivel de intensidad impuesto al valor jurídico de las resoluciones se eleve de la recomendación a una *obligación de comportamiento*

de los Estados miembros respecto de lo recomendado por la Organización o, incluso, por el carácter vinculante de la misma resolución siguiendo técnicas de *contracting in* o *contracting out*. Si se produce en cambio un cierto desplazamiento de la cooperación a la *subordinación*, pero sin confundirse con la integración, en el caso de resoluciones que imponen a los miembros destinatarios una *obligación de resultado*, que éstos habrán de satisfacer en sus ordenamientos internos mediante un hacer legislativo o reglamentario. Es el caso de las decisiones del C. de S. en el marco del Cap. VII de la Carta, que los miembros convienen (art. 25) en aceptar y cumplir (v. Cap. VIII).

Las Organizaciones de integración (o supranacionales) representan un modelo avanzado caracterizado por la transferencia de competencias estatales (soberanas) a los órganos de la Organización, a los que se dota de poder normativo con capacidad de producir efectos jurídicos vinculantes de manera automática y uniforme en los ordenamientos internos de los Estados miembros, primando sobre las disposiciones nacionales y sometiendo su cumplimiento a un control judicial propio de la Organización.

Los principios de eficacia directa y primacía son símbolo rector del Derecho Comunitario Europeo (de la UE), encomendándose por eso al TJCE la misión de garantizar su respeto por los Estados miembros (arts. 226-228 TCE) y por las mismas Instituciones comunitarias en la interpretación y aplicación de los tratados constitutivos (arts. 230-232 TCE). El TJCE ha desarrollado tales competencias al extremo de que su jurisprudencia se constituyó en artifice de los mismos principios que rigen el ordenamiento comunitario.

Otras Organizaciones que proclaman objetivos de integración regional no han logrado, por ahora, semejante nivel de desarrollo. Las que más se aproximan son, en América Latina, el Pacto devenido Comunidad Andina de Naciones (según la reforma del Acuerdo de Cartagena, 1969, llevada a cabo por el Protocolo de Trujillo, 1996), de la que son miembros Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú (Chile se retiró en 1976, aunque podría volver, y Venezuela en 2006), y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR, Tratado de Asunción, 1991, Protocolo de Ouro Preto, 1994), entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, al que se ha incorporado Venezuela en 2006 y cuenta como asociados a Chile, la Comunidad Andina y sus miembros.

El carácter gradual de todo proceso de integración somete a las Organizaciones que lo predicán —y practican— a una dinámica de evolución continua. En este sentido, conviene tener presente que los caracteres de integración *avanzan*, no sólo en función del ámbito competencial atribuido por los Estados miembros a las instituciones comunitarias (y, en este caso, en función de su alcance: exclusivo, compartido..., v. *infra*), sino también —o incluso más— en la medida en que los resortes del poder normativo de la Organización no estén en las exclusivas manos de órganos de composición gubernamental, del número de normas comunitarias adoptadas por mayoría cualificada, así como del control jurisdiccional ejercido sobre la legalidad de las decisiones comunitarias, elemento de cierre del sistema que testifica la intensidad del proceso.

Tomando lo último como punto de referencia, resulta significativo que mientras la Comunidad Andina dispone de un Tribunal de Justicia con competencia contenciosa y para actuar en los ámbitos del control de legalidad e interpretación (por vía prejudicial) de las normas comunitarias (arts. 40-41 del Acuerdo de Cartagena), el sistema de solución de controversias del MERCOSUR muestra signos de mayor transitoriedad al sustentarse, como última aspiración, en un procedimiento arbitral cuyas decisiones pueden ahora, en virtud del Protocolo de Olivos (2002), ser revisadas por un Tribunal Permanente de Revisión (cap. VII del Protocolo de Olivos, arts. 17 y ss.).

XXIII. LOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN

98. *Quienes pueden ser miembros*

Los tratados constitutivos de las OI suelen reservar el *status* de miembro a los Estados soberanos.

Los ejemplos que pueden traerse a colación abarcan todo tipo de OI, de cooperación general o específica y vocación universal (arts. 4 de la Carta de NU, 3 de la Constitución de la OMS, II de la UNESCO...), regional (arts. 4 de la Carta de la OEA, 29 del Acta constitutiva de la UA, 4 del Estatuto del Consejo de Europa, preámbulo y art. 11 del Tratado del Atlántico Norte...), o de integración (arts. 49 del TUE...).

Pero la regla admite excepciones. En unos casos se trata de apreciar la condición estatal y soberana de una entidad con evidente *manga ancha* por consideraciones de índole política.

Así se explica que en 1945 se admitiera a Bielorrusia y Ucrania, entonces Repúblicas Federadas de la URSS, como miembros originarios de la ONU, que Filipinas y la India se sumaran a la Organización en 1947, sin haber alcanzado aún su independencia; que Namibia accediera a la FAO (1977), la UNESCO, la OMS y la OIT (1978) cuando su descolonización estaba todavía pendiente; que Palestina (representada inicialmente por la OLP) y la República Democrática Árabe Saharaui (representada por el Frente Polisario) hayan sido admitidos como miembros en Organizaciones afines a sus reivindicaciones, la Liga de Estados Árabes y la OUA (UA) en particular, cuando su territorio está en su mayor parte bajo ocupación y administración extranjera...

En otros casos se trata de extender a sujetos no estatales, en atención a su naturaleza y funciones, la membresía *intuitu personae*, aplicando en su caso reglas incorporadas al efecto a los tratados constitutivos de la Organización

Intuitu personae, la CE se beneficia en la actualidad del *status* de miembro en un buen número de Organizaciones de cooperación que no prevén (o preveían) en sus tratados constitutivos tal posibilidad, caso de determinadas OI de carácter económico y comercial y sobre productos básicos (v. *infra*). También lo es de otras (como la OMC) que la mencionan por su nombre en su tratado constitutivo (art. 11.1), la Organización de las Pesquerías del Atlántico Noroeste (OPAN) o la Organización de las Pesquerías del mar Báltico.

A salvo algunas OI cuyo objeto incide en un ámbito de competencia exclusiva de la CE (caso de la OPAN, en la que la membresía de la CE asume la de los demás miembros), la regla consiste en recurrir a la participación conjunta de la Comunidad y de sus Estados miembros (por ej., en la OMC y la FAO) como expresión de sus competencias compartidas que han de ejercer inspirados en el principio de cooperación (TJCE, Dictamen 1/94). En estos supuestos se exige la formulación por la CE de *declaraciones de competencia* precisando los ámbitos en los que le corresponde actuar, y que normalmente acompañan al instrumento por el que la Comunidad formaliza su membresía en otras Organizaciones, aunque esto no siempre se hace. La representación y derecho de voto CE-Estados miembros en los órganos de la Organización de que se trate es también un problema a dilucidar (v. *infra*).

Más interesante, por su mayor alcance, es la apertura expresa que se advierte en algunos tratados constitutivos de OI de cooperación a OI de integración en general o a otros entes no estatales, atendiendo a su naturaleza y funciones.

Así, los tratados constitutivos de la UPU (art. 2) y la OMM (art. 3) admiten como miembros a *territorios no autónomos* que cuenten con servicio postal o meteorológico independiente, siempre que el Estado o Estados responsables apliquen en su nombre el tratado fundacional; el de la FAO (tras la enmienda de 1991), admite

Organizaciones de integración en general, siempre que sean miembros de la FAO todos los de la Organización aspirante y tenga ésta transferidas competencias con poderes decisorios en el ámbito de las atribuidas a la FAO; el de la OMC admite la adhesión de *territorios aduaneros distinto (del Estado) que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores...* (art. 12), lo que ha permitido contar con Hong-Kong y Taiwán, aun antes de que se adhiera la R.P. China...

99. Adquisición del *status* de miembro

El *status* de miembro se adquiere mediante la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado constitutivo de la Organización, un acto regido por el voluntarismo que caracteriza el Derecho de los Tratados (v. Cap. VIII y ss.), y por el que lógicamente se contrae la doble condición de miembro de la Organización y parte contratante del instrumento fundacional.

Ahora bien, mientras la mera expresión del consentimiento basta a los Estados —y eventualmente otros sujetos— que concibieron y fundaron la Organización (*miembros originarios* o *fundadores*, cualidad expresamente mencionada en el art. 3 de la Carta de NU), para los candidatos posteriores (*miembros admitidos*, *subsecuentes* en la OEA) la adhesión al tratado constitutivo será el último eslabón de un proceso, más o menos tortuoso y complejo, en el que los órganos competentes de la Organización —es decir, los miembros en ellos representados— verificarán el cumplimiento de ciertas condiciones de admisión de conformidad con las reglas de procedimiento previstas en el instrumento fundacional, lo que les brindará ocasión de lubricar su juicio con consideraciones de oportunidad política e interés según las circunstancias del momento.

Las condiciones y el procedimiento de admisión de miembros varían de una Organización a otra en atención a sus propósitos y funciones. No obstante, pretensiones meramente sistemáticas han hecho prosperar la distinción, ya señalada (v. *supra*), entre Organizaciones *abiertas* y *cerradas* (o restringidas) en función del grado de exigencia y severidad impuesto para la adquisición de la condición de miembro, distinción cuyo valor es en todo caso relativo y acaba siendo más bien un punto de vista sobre una realidad híbrida.

Sobre esta base, característica de las Organizaciones *abiertas* es la sumisión de los candidatos a condiciones genéricas y no excluyentes *a priori* de ninguna categoría de Estados, contrastadas por decisión o acuerdo mayoritario —simple o reforzado— del órgano u órganos competentes de la Organización. La vocación universal o regional de la Organización —sean sus fines generales o específicos— será elemento determinante. La vocación universal de las NU y de su familia de organismos especializados los sitúa en primera línea.

Si consideramos la ONU como arquetipo de OI *abierta* de vocación universal podemos advertir que los criterios impuestos en la Carta de NU para la adquisición del *status* de miembro no son formalmente tan livianos. La Carta, en efecto (art. 4.1), impone cuatro condiciones de admisión: 1) ser Estado; 2) amante de la paz; 3) que acepte las obligaciones de la Carta; y 4) esté capacitado para cumplirlas, que se someten al “juicio de la Organización”, juicio que se atribuye a dos órganos políticos (art. 4.2), la AG, que decide por el voto de dos tercios

de los miembros presentes y votantes (art. 18.2, CIJ, *Competencia de la AG para la admisión de Estados como miembros de NU*, 1950), previa recomendación del C. de S., susceptible de veto por sus miembros permanentes.

En lo peor de la *guerra fría*, los miembros permanentes del C. de S. bloquearon la admisión de candidatos alineados con el adversario so pretexto de condiciones no previstas en el artículo 4.1 de la Carta. Consultada al respecto la CIJ, sólo pudo constatar que si bien no había más condiciones que las de la Carta, su apreciación era competencia discrecional de los miembros (*Condiciones de admisión de Estados como miembros de NU*, 1948). Únicamente el acuerdo político permitió resolver entonces el atasco, con la admisión simultánea de todos los candidatos retenidos (16 Estados, España entre ellos, fueron admitidos en 1955). Más hubieron de esperar las dos Alemanias (RDA y RFA) hoy unidas, y las dos Coreas (del Norte y del Sur), aún desunidas, para ingresar (1973).

El proceso de descolonización iniciado en la década de los sesenta (v. Cap. IV) impulsó una política de puertas abiertas por las que escaparon las condiciones del art. 4 de la Carta como molinillos de viento. Desde entonces, la admisión de nuevos miembros se convirtió en un mecanismo formal y rutinario. Caso pendiente es, no obstante, el de Taiwán (la República de China), que con veintitrés millones de habitantes y un gobierno elegido democráticamente que se dice amante de la paz, ha visto hasta ahora frustrados sus intentos de membresía en la medida en que la R.P. China reivindica Taiwán como parte inseparable de China; de ahí que año tras año fracasen los esfuerzos del *lobby* taiwanés en la AG, compuesto por una veintena de Estados en desarrollo agradecidos a la política de asistencia de Taiwán, por incluir este asunto —que la R.P. China considera doméstico— en el orden del día de la Asamblea.

Adquirida la condición de miembro en la Organización *madre*, puede aquélla extenderse automáticamente a la inmensa mayoría de organismos especializados de la familia, con la única formalidad de ratificar su instrumento fundacional (así en la OIT, art. 1.3, la OMM, art. 3.b, la OMPI, art. 5.2, la OMS, art. 4, la UNESCO, art. II.1...

Organizaciones regionales de fines generales, como la OEA o la UA, y su propia familia de organismos especializados, también pueden incluirse en esta categoría si entendemos que en ellas prevalece su apertura a todos los Estados de la región.

Bien es cierto que la Carta de la OEA, después de afirmar que son miembros de la Organización todos los Estados *americanos* que la ratifiquen (art. 4), cierra la puerta a unas Malvinas eventualmente independientes cuando, según la reforma llevada a cabo por el Protocolo de Cartagena (1985) restringe esta condición a “los Estados independientes del Continente que a 10 de diciembre de 1985 fueran miembros de las NU y a los territorios no autónomos mencionados en el Doc. AG, 1939/85, de 5 de noviembre de 1985 cuando alcancen su independencia” (art. 8).

El Estado americano independiente que quiera ser miembro habrá de someterse a condiciones y reglas de procedimiento similares a la previstas en la Carta de NU, a saber, la elemental y lógica aceptación y cumplimiento de las obligaciones que entraña la condición de miembro, en particular las referentes a la seguridad colectiva, lo que apreciara la Asamblea General y el Consejo Permanente de la OEA (arts. 6 y 7).

Más difícil aún es someter a moldes los criterios que rigen la admisión de miembros en las Organizaciones cerradas o, mejor, de participación restringida a ciertos Estados. Baste decir que procedimientos más lentos y complejos —cuya apertura formal a menudo depende de que el aspirante sea invitado por acuerdo unánime de los que ya son miembros (por ej. OTAN, Consejo de Europa...)—, servirán de filtro a la verificación de condiciones marcadas por las funciones atribuidas a la Organización a cuya membresía se aspira, de manera que el candidato deberá certificar, por ejemplo, sus prioridades en materia de seguridad y defensa (art. 10 OTAN), sus aptitudes económico-financieras (a los miembros de la OPEP se les exige que su principal fuente de recursos provenga de las

exportaciones de petróleo), su filiación religiosa (art. 8 del Tratado constitutivo de la Conferencia Islámica), su virtud en la observancia de los derechos humanos bajo un régimen democrático (arts. 3 y 4 del Estatuto del Consejo de Europa; 6.1 y 49 del TUE)... Algunas de estas Organizaciones pueden llegar a confundirse con las regionales, incluso abiertas, cuando esas solidaridades se proyectan con dimensiones hemisféricas.

La misma denominación del Consejo de Europa así lo evoca, y confirma la letra de su Estatuto fundacional (1949), que se declara (arts. 3 y 4) abierto a "Cualquier Estado Europeo", capaz de reconocer y tener la voluntad de cumplir "el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Calificados como principios que constituyen el "patrimonio común" de los Estados miembros (art. 1) expresivos de estándares democráticos de ideología europeo-occidental, no fue sino hasta el fin de la *guerra fría* cuando el Consejo de Europa prodigó invitaciones de membresía a las *nuevas democracias* de Europa central y del este. Hoy son miembros del Consejo de Europa 46 Estados (desde Turquía, miembro del Consejo de Europa desde sus orígenes, 1950, a la Federación de Rusia y países caucásicos, Georgia, Armenia y Azerbaiyán, admitidos en los albores del nuevo siglo), lo que le ha valido el calificativo de Organización representativa de la *gran Europa*. Que haya prevalecido la idea de que es preferible tener dentro y no fuera a países cuyos gobiernos no son especialmente respetuosos con los derechos humanos, ha permitido al Consejo de Europa, no sólo desempeñar un papel relevante en la asistencia y cooperación con las *nuevas democracias*, sino también controlar el cumplimiento de derechos y libertades fundamentales mediante los mecanismos instituidos en la Convención Europea de derechos humanos, cuya ratificación se ha convertido en obligación *sine qua non* de sus miembros (v. Cap. XXIX).

Otra es la situación de la UE, pese a que se proclame abierta a "cualquier Estado europeo" que respete los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, comunes a los Estados miembros (arts. 6.1 y 49 TUE).

La UE cuenta, desde el 1 de mayo de 2004, con 25 Estados miembros. Pero el hecho de que la membresía de la Unión no esté cerrada otorga a las exigencias previstas en el TUE un evidente interés práctico. Si la condición de estatalidad no es problemática para los que hoy llaman con insistencia a las puertas de la Unión (pensamos particularmente en Turquía y en las repúblicas caucásicas), sí pueden serlo las otras condiciones, a saber, la *europiedad* del candidato y su virtud conforme a los valores de la Unión. El Consejo Europeo de Copenhague (junio 1993), en la perspectiva entonces de la ampliación de la Unión a los países asociados de la Europa central y del este, precisó los criterios para la adhesión: 1) Criterios políticos: "estabilidad de instituciones que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías"; 2) Criterios económicos: "existencia de una economía de mercado en funcionamiento, así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la Unión"; 3) Criterio del acervo: "capacidad del candidato de asumir las obligaciones de adhesión, incluida la observancia de los fines de la Unión Política, Económica y Monetaria"; luego (Consejo Europeo de Madrid, 1995) se insistió —como reiteradamente se le recuerda a Turquía— no sólo en la necesidad de incorporar la legislación, sino de aplicarla y hacerla cumplir. Demostrar su satisfacción se somete a un proceso lento y complejo que, en primer lugar, supone la decisión de iniciar negociaciones de adhesión, adoptada por el Consejo (que se pronuncia por unanimidad) después de haber consultado a la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento (por mayoría absoluta de sus miembros). La adhesión se hará efectiva, si las negociaciones prosperan, mediante la conclusión de un Tratado —y acta aneja— que se someterá a la ratificación del solicitante y de los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 49 TUE).

Podría decirse que en estos supuestos es donde —más claramente que en las OI abiertas—, la voluntad del candidato habrá de demostrar su capacidad para ganar la voluntad de los que ya son miembros en la satisfacción de las condiciones exigidas.

100. Derechos y obligaciones de los miembros

Ser miembro de una OI significa ser titular de un conjunto de derechos y obligaciones que habilitan para participar en las actividades de la Organización según sus reglas, en primer lugar las del tratado constitutivo. Se sugiere así una simbiosis miembro-Organización que planea sobre múltiples aspectos de su funcionamiento, desde la composición de sus órganos y el proceso de adopción de decisiones a la financiación de sus actividades.

El *status* de miembro en las OI se basa en el principio de igualdad jurídica. “La Organización”, dice el artículo 2.1 de la Carta de NU, “está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”. Ello no siempre implica una total y absoluta equiparación y reciprocidad de derechos y de obligaciones en el ejercicio de la membresía, pues sabemos que la igualdad soberana supone, llegado el caso, la libertad de consentir un tratamiento desigual o no paritario que, en las Organizaciones, persigue hacer viable o, en el mejor de los casos, más efectiva la cooperación internacional en el sector de que se trate (v. Cap. III).

En cuanto a los derechos, los miembros cuentan con el de representación en los órganos plenarios, elegibilidad en los restringidos de composición intergubernamental, participación en la adopción de decisiones con voz y voto, que expresan a través de sus delegados. Pero atendiendo a lo anterior, la presencia y calidad de voto de los miembros se puede ponderar en función de diversos criterios (v. *infra*).

Un problema especial se plantea cuando dos delegaciones pretenden representar a un mismo miembro, como aconteció con China en NU (de la que es miembro originario y con asiento permanente en el C. de S., art. 23.1 de la Carta). Frente a las pretensiones del gobierno de Pekín (R.P. de China) prosperaron durante años (1949-1971) en la ONU —y en los Organismos especializados— las del gobierno de Formosa (China nacionalista), lo que acarrió como protesta la política de *silla vacía* practicada por la Unión Soviética en el C. de S. de enero a agosto de 1950. Desde 1971 son los delegados de la República Popular los que se consideran legítimos representantes de China en la ONU mediante un simple cambio de acreditación (según decisión tomada por la AGNU por mayoría de dos tercios de sus miembros presentes y votantes, art. 18.2 de la Carta).

La representación de los Estados miembros se hace efectiva mediante el ejercicio del derecho de legación ante la Organización, esto es, a través del envío de delegaciones a órganos y Conferencias y, sobre todo, del establecimiento de Misiones o Representaciones permanentes (v. Convenio de Viena de 1975 sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones de carácter universal).

Los costes de estas misiones o representaciones permanentes inducen a muchos Estados a recurrir a sus embajadores en el país de sede de la Organización, o incluso en otros países más o menos cercanos (por ej., en la UNESCO, con sede en la capital francesa, más de un tercio de sus miembros están representados a través de sus embajadores en París, Londres, Roma...).

Mientras la Misión diplomática da lugar a una relación bilateral, la Misión permanente ante una Organización implica una relación triangular, en la que participan el Estado que envía su representación, la Organización ante la que se acredita y el Estado de sede. Esta circunstancia, junto a otras de menor entidad, impide realizar una extensión completa y automática a estas misiones del estatuto jurídico de aquéllas, y hace particularmente relevante la regulación que establezca el acuerdo de sede entre la Organización y el Estado huésped o anfitrión, y por supuesto las propias reglas de la Organización (v. por ej., Acuerdos de sede y sobre privilegios e inmunidades concluidos por NU en 1946 y 1947).

Las obligaciones de los miembros derivan del compromiso general de cooperar al logro de los objetivos propuestos. En particular, deberán: a) prestar toda clase de ayuda y facilidades a las acciones emprendidas por la Organización de conformidad con su instrumento fundacional (en este sentido, por ej., el art. 2.5 de la Carta de NU); b) adoptar las medidas tendentes a asegurar el cumplimiento de las decisiones de la Organización según los efectos jurídicos dispuestos en las reglas que le son propias, desde los más limitados de apreciar de buena fe lo recomendado a ejecutar directamente en su orden interno lo decidido institucionalmente (v. Cap. VIII); y, c) contribuir a la financiación de la Organización. El incumplimiento de estas obligaciones puede llevar aparejada, como sanción, desde la expulsión o suspensión del *status* de miembro a la limitación de los derechos inherentes a tal condición (v. *infra*).

101. La financiación de las OI

La actividad de las OI genera costes de diversa índole: 1) *administrativa*, debidos a su propia existencia (mantenimiento de sus locales, equipamiento, salarios, gastos de viaje, originados por las reuniones de sus órganos, publicación y traducción de sus decisiones...), lo que representa el grueso del presupuesto de la mayoría de las Organizaciones internacionales; y, 2) *operacional o funcional*, derivados del ejercicio de las funciones atribuidas a la Organización.

Sea como fuere, lo cierto es que las Organizaciones —sus Estados miembros— han de hacer frente a presupuestos siempre crecientes (por ej., la ONU pasó de un presupuesto de 19 millones de dólares en 1946 a 3.621,9 millones para el bienio 2006-2007, según la estimación preliminar aprobada por la AG, res. 59/278).

Para atender estos costes son excepción las Organizaciones que disponen de recursos propios, caso de las de cooperación económica y financiera, como el Banco Mundial y el FMI (que se financian a cargo de las acciones suscritas por los

Estados miembros), y las de integración, como las Comunidades Europeas (art. 268 y ss. TCE).

Desde que en 1970 se tomó la decisión de sustituir, de acuerdo con las previsiones de los Tratados constitutivos, las contribuciones financieras de los Estados miembros por recursos propios, el presupuesto comunitario se nutre básicamente de recursos de naturaleza fiscal, integrados en la actualidad por: los aranceles exteriores comunes; los gravámenes o exacciones agrícolas, un porcentaje sobre la base uniforme del IVA y un porcentaje del PIB de los Estados miembros (Decisión de 1988).

La gran mayoría de Organizaciones, carentes de recursos propios, se financia a través de las contribuciones obligatorias de los miembros, sea mediante cuotas iguales (sistema que apenas se aplica en la actualidad, por ej., en la OPEP) o ponderadas en virtud de una escala que puede atender diversos baremos: renta *per cápita* (por ej. en NU), población del Estado (por ej. en el Consejo de Europa), tonelaje marítimo (en la OMI)...; y para cuya distribución se puede, asimismo, haber acordado contribuciones máximas y mínimas.

Ello origina, sobre todo en las Organizaciones universales, que un elevado porcentaje del presupuesto ordinario sea sufragado por unos pocos Estados miembros. En este sentido, es particularmente gráfica la escala de cuotas a la que da lugar la distribución del presupuesto ordinario de NU, cuya contribución máxima se fijó recientemente (2000), tras las presiones de Estados Unidos, en el 22% (antes 25%), que es su cuota, mientras que el mínimo se sitúa en el 0,001%, que se aplica a más de cuarenta Estados.

Escala de cuotas de los Estados Miembros para financiar el presupuesto ordinario de NU de los años 2004, 2005 y 2006 (A/RES/58/1 B)

1. Estados Unidos	22%
2. Japón	19,468%
3. Alemania	8,662
4. Reino Unido	6,127%
5. Francia	6,030%
6. Italia	4,885%
7. Canadá	2,813%
8. España	2,520%
9. China	2,053%
10. México	1,883%
11. República de Corea	1,796%
12. Países Bajos	1,690%
13. Australia	1,592%
14. Brasil	1,523%
15. Suiza	1,197%
16. Federación de Rusia	1,100%

Que los 16 primeros contribuyentes sufraguen anualmente cerca del 90% del presupuesto ordinario de NU (los Estados del G-7 más del 70%) limita, no cabe duda, la autonomía de la Organización, sometida a la continúa presión de demoras y negativas de los Estados (Unidos) a cumplir con sus obligaciones financieras, y sumergida, pues, en una crisis presupuestaria crónica, que se intenta paliar mediante la racionalización y eficiencia del funcionamiento administrativo a partir de una política de crecimiento cero. Asimismo, que quienes más contribuyen participen más en el proceso de toma de decisiones de la Organización es la bandera que enarbolan determinados pretendientes a un puesto permanente en el C. de S. (v. *infra* y Cap. XXVIII).

El principio jurídico básico que rige la elaboración del presupuesto —incluso el único de carácter general, dice Amerasinghe— consiste en su aprobación por el

órgano competente de la Organización —normalmente el plenario— de acuerdo con el procedimiento establecido por lo general en su instrumento fundacional.

La Carta de NU atribuye competencia presupuestaria a la AG, que “examinará y aprobará el presupuesto de la Organización” (art. 17.1), por el voto de una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes (art. 18.2). Compete, asimismo, a la AG determinar la proporción en la que habrán de contribuir los miembros a sufragar los gastos de la Organización (art. 17.2). El incumplimiento de esta obligación implica una sanción especial (v. *infra*).

Determinadas acciones emprendidas por la Organización, no consignadas en el presupuesto ordinario, pueden ser sufragadas mediante contribuciones voluntarias de los miembros, como ocurre en NU en relación con ciertos Programas asistenciales y humanitarios (para el Desarrollo, para los Refugiados en Palestina y el Oriente Próximo, UNICEF...) y algunas operaciones de mantenimiento de la paz.

Establecer si la financiación de las operaciones de mantenimiento de la paz es un gasto al que vienen obligados los miembros de NU, debiendo consignarse en el presupuesto ordinario y distribuirse entre los miembros según el baremo normal de cuotas, ocasionó en la década de los sesenta una enconada disputa que motivó la solicitud por la AG de una opinión consultiva a la CIJ (*Ciertos gastos de NU*, 1962). La Corte estimó que la financiación de las operaciones es un gasto de la Organización en los términos del artículo 17.2 de la Carta, al ser autorizadas por sus órganos (C. de S. y AG) y encaminarse al cumplimiento del principal propósito de NU: el mantenimiento de la paz. Pero ello no disolvió la resistencia de los deudores del momento (Francia y la URSS). La práctica se inclinó entonces por contribuciones voluntarias, para lo que la AG estableció una Cuenta Especial constituida por la suma de todas ellas y que da lugar a un presupuesto de operaciones separado del ordinario de la Organización. Después, el levantamiento de las renuencias sentidas sobre todo por los países socialistas, permitió a la AG (res. 3101-XXVIII) establecer el criterio de reparto colectivo de la carga financiera de las operaciones, distribuida por categorías de Estados miembros. Pero la financiación de las Operaciones sigue siendo muy problemática (v. Cap. XXVII).

102. *Pérdida del status de miembro. El derecho de retirada*

La condición de miembro puede perderse por su *retirada* de la Organización o por su *expulsión* como sanción por infracciones particularmente graves de sus obligaciones. Una alternativa a la expulsión, menos traumática y más práctica, es la *suspensión* o la *limitación* temporal del ejercicio de ciertos derechos. Obviamente el *status* de miembro también se pierde por la *desaparición* de éste o de la misma Organización, pero estos supuestos suelen ir unidos a procesos de *sucesión* (v. *infra*)

Se ha discutido en el pasado si la retirada de una Organización es un derecho que se infiere de la misma condición de miembro o si, por el contrario, ese derecho sólo existe cuando ha sido expresamente previsto en el tratado constitutivo de la Organización; o dicho en otros términos, si es posible denunciar estos tratados sin cláusula expresa que prevea la denuncia (v. Cap. XII). Hoy es pacífica la opinión de que los miembros de las OI son titulares de un derecho de retirada, con independencia de que haya sido o no previsto en el tratado constitutivo. Su

ejercicio implica la denuncia de éste (como se explicita a menudo en la práctica convencional americana (Carta de la OEA, art. 143; Tratado de Asunción constitutivo del Mercosur, art. 21; Acuerdo de Cartagena, art. 135).

Un número creciente de OI prevé en sus tratados constitutivos la retirada voluntaria de sus miembros.

En tales casos es habitual condicionar el ejercicio del derecho de retirada a la notificación de tal intención a los órganos competentes de la Organización. Y aunque cabe dar a la retirada o, lo que es lo mismo, a la denuncia del tratado constitutivo de la Organización, efectos jurídicos inmediatos (por ej., Banco Mundial, art. VI.1; FMI, art. XV.1), por lo general éstos se aplazan, bien a una fecha o plazo fijo desde la recepción de la notificación (el 31 de diciembre del año siguiente, dispone la UNESCO, art. II 6; un año la FAO, art. XIX; dos la Carta de la OEA, art. 143...), o variable en función de los trámites y negociaciones que deban evacuarse. Organizaciones de integración regional, como la Comunidad Andina y el MERCOSUR, aunque aparentemente dan efectos inmediatos a la retirada, salvan los derechos y obligaciones referentes a los programas de liberación y otros aspectos del tratado que se acuerden, que permanecerán en vigor durante un determinado tiempo (dos años dispone el Tratado de Asunción, art. 22, cinco el Acuerdo de Cartagena, art. 135). Se trata, por lo general, de dar una oportunidad a la reconsideración de la retirada y de permitir a la Organización tomar las medidas necesarias para su reestructuración orgánica y presupuestaria.

También cabe admitir el derecho de retirada sólo después del transcurso de un tiempo desde la entrada en vigor del tratado constitutivo, como prevé la OTAN (1949), que sólo admite su denuncia pasados veinte años de vigencia del Tratado y con un efecto aplazado a un año después de la notificación de tal intención (art. 13); no obstante, cuando en 1966 Francia se retiró de la estructura militar de la Alianza se interpretó que esa decisión era compatible con lo dispuesto en el artículo 13.

En el silencio de los tratados, la práctica confirma el efectivo ejercicio del derecho de retirada al amparo de una opinión ampliamente extendida entre los voceros gubernamentales que ven en ese derecho una expresión cabal del principio de soberanía y una traducción realista de la inoportunidad de retener a un Estado en una OI contra su voluntad. Son significativas las *declaraciones y reservas* formuladas por los miembros arrogándose el derecho de retirada sin apenas condiciones y el reconocimiento expreso o implícito de su validez por los demás (por ej., la Asamblea de la OMS así lo admitió unánimemente en relación con la reserva de Estados Unidos arguyendo tal derecho)

El silencio de la Carta de NU sobre la posibilidad de retirada (probablemente debido al masivo ejercicio que se hizo del art. 1.3 del Pacto de la S. de N., que permitía la retirada), fue en cierto modo compensado con una declaración adoptada en la Conferencia de San Francisco (1945) justificando el ejercicio del derecho de retirada en al menos dos situaciones extremas: la modificación de los derechos y obligaciones de los miembros en virtud de la enmienda de la Carta adoptada sin su consentimiento y las dificultades para lograr los propósitos de la Organización (el mantenimiento de la paz y la justicia internacionales) por la falta de colaboración de los reclusos a permanecer en ella. En todo caso, Indonesia se retiró de la ONU en enero de 1965 (como protesta por el acceso de Malasia a uno de los asientos electivos del C. de S.) y de otros organismos especializados. En 1949, la Unión Soviética y otros países socialistas se retiraron de la OMS y de la UNESCO por considerarlas instrumentos capitalistas. Esta experiencia fue la que condujo, a instancias de los Estados Unidos, a la reforma de la Constitución de la UNESCO (1954) para regular la retirada, un derecho que el gobierno estadounidense ejerció en 1984, seguido (1985) por los de Gran Bretaña y Singapur, para forzar una reordenación de las actividades de la Organización, muy escorada, según su punto de vista, a favorecer la libertad de información promoviendo agencias del Sur... (eso supuso para la UNESCO un descenso presupuestario de un 30%).

Los abandonos no previstos originaron, no obstante, situaciones incómodas que pudieron salvarse gracias al retorno de los descariados; la vuelta de Indonesia a NU en septiembre de 1966 se interpretó por la AG como una “suspensión temporal”, mientras la OMS y la UNESCO consideraron ineficaces los actos de retirada y calificaron a sus autores de “miembros inactivos” hasta su reintegración en 1956, lo que permitió extraer las oportunas implicaciones presupuestarias (por ej., Indonesia hubo de pagar el 10% de la contribución debida a la ONU durante el período en el que se ausentó; y los países socialistas debieron abonar a la OMS el 5% de su cuota). La vuelta a la UNESCO de Gran Bretaña (1997) y de Estados Unidos (2003) no tuvo implicaciones presupuestarias por los años de ausencia —lo que habría sido incongruente con su status de no miembro (que Singapur mantiene) una vez ejercida la retirada prevista en el art. II.6—, pero sí ocasionó un trato disociado de sus contribuciones para el período restante del año fiscal en que el retorno se hizo efectivo, destinadas, según decisión adoptada en 1997 cuando se reincorporó Gran Bretaña (res. 29 C/74 de la Conferencia General), a financiar ámbitos de acción prioritarios de la UNESCO mediante la creación de una Cuenta Especial.

103. *Expulsión, suspensión y limitación de derechos*

La violación de las obligaciones que incumben a los miembros de una Organización puede ocasionar la pérdida de la membresía o la suspensión de los derechos que la misma implica. Se trata de sanciones que podrá imponer la Organización en función, por lo general, de la gravedad y/o del tipo de infracción cometida.

La Carta de NU, por ej., cuenta con dos preceptos previendo, uno (art. 6), la expulsión del miembro que viole repetidamente los principios de la Carta, y otro (art. 5), la suspensión del ejercicio de los derechos y privilegios inherentes a la calidad de miembro caso de haber sido objeto de acción preventiva o coercitiva por el C. de S. En ambos supuestos la decisión será tomada siguiendo el procedimiento previsto para la admisión, es decir, por mayoría de dos tercios de miembros presentes y votantes de la AG (art. 18) a recomendación del C. de S., susceptible de veto de sus miembros permanentes; sin embargo, compete sólo al Consejo restituir al Estado suspendido en el ejercicio de sus derechos y privilegios (art. 5, *in fine*).

Un número reducido pero creciente de tratados constitutivos de Organizaciones (arts. 8 del Consejo de Europa, XVI.2 del FMI; VI.2 del BIRD; 7.b, de la UNESCO, tras la enmienda de 1965; 9 bis a, de la OACI, tras su enmienda de 1947...) cuenta con disposiciones parecidas.

La práctica muestra, sin embargo, que las Organizaciones no suelen recurrir a la expulsión de sus miembros, aun contando con razones estatutarias para ello. El detrimento presupuestario que supone la cesación de la calidad de miembro —máxime si se trata de un contribuyente principal— y, sobre todo, la pérdida de acción institucional ulterior con respecto al expulsado son, entre otras, contraindicaciones de peso. La suspensión del *status* de miembro en todos o en determinados órganos de la Organización puede ser, llegado el caso, una medida más atractiva y un buen número de tratados no contempla otra, incluso para supuestos de violación grave de los principios de la Organización.

Obviamente manda la *política*. Así se explica, por ej., que la reiterada y unánime condena de África del Sur durante cerca de dos décadas por su política de *apartheid* y colonización de Namibia, en clara contravención de los principios de la Carta, sólo implicase la suspensión de su participación en algunos órganos subsidiarios de la ONU y determinados organismos especializados del sistema (FMI, BIRD, UPU, UIT)..

En América, en cambio, la imprevisión de la Carta de la OEA no evitó la expulsión de Cuba (decidida en 1962 con las abstenciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador y México), si bien se interpretó que no era el Estado en su condición de miembro el expulsado, sino el gobierno castrista por su alineamiento con el bloque comunista y siempre alegando su injerencia en los asuntos de otros países latinoamericanos.

La defensa del orden democrático se ha convertido en tiempos más recientes en una causa de suspensión del ejercicio de los derechos de participación y voto del Estado que lo infringe. Así se advierte en un número creciente de tratados constitutivos de OI, que no obstante advierten que el miembro objeto de suspensión ha de seguir observando el cumplimiento de sus obligaciones, financieras por ejemplo (v. Cap. IV).

Por otra parte, el incumplimiento de estas obligaciones —las financieras— suele asimismo acarrear, como sanción específica, la suspensión del ejercicio del derecho de voto en determinados órganos de la Organización.

Por ej., el artículo 19 de la Carta de NU prevé que el Estado que esté en mora en el pago de sus cuotas financieras para los gastos de la Organización, no tendrá voto en la AG (aunque sí podrá ejercerlo en el C. de S. de ser uno de sus miembros) “cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las cuotas adeudadas por los dos años anteriores completos”. El artículo 19 permite, no obstante, que la AG levante la limitación del derecho de voto “si llegare a la conclusión de que la mora se debe a circunstancias ajenas a la voluntad de dicho Miembro”, lo que en general aplica a Estados sumidos en graves crisis humanitarias y/o alimentarias. Otros tratados contienen disposiciones similares (arts. 4 de la UNESCO, 8 de la OMI, 13.4 de la OIT, 9 del Consejo de Europa...).

La crisis relativa a los gastos ocasionados para el mantenimiento de ciertas operaciones de paz (v. *supra* y Cap. XXVII), y la disposición de Estados Unidos a solicitar que se retirase el voto en la AG a los morosos (entre ellos, Francia y la URSS), constituyó el más enconado punto de fricción sobre la aplicación de este precepto. Puesto que la URSS amenazó con la retirada, hubo de llegarse al entendimiento de no poner a votación los proyectos de resolución sometidos a la Asamblea. Este fue el origen de la regla del consenso (v. *infra*). Al utilizar la demora en el pago de cuotas como arma para presionar a la Organización, Estados Unidos siempre ha cuidado mantenerse dentro de los límites del art. 19 para evitar situaciones engorrosas... No todos tienen la misma fortuna, ni siquiera como morosos, y es habitual el espectáculo de delegados que se ausentan de la sala cuando se llama a votación...

104. Sucesión en calidad de miembro de una OI

La sucesión en calidad de miembro de una Organización no deja de constituir un supuesto de sucesión en materia de tratados (v. Caps. II y XII). Pero tratándose ahora del tratado constitutivo de una OI está sometido a reglas propias (v. art. 4, *α*, del CV sobre sucesión de Estados en materia de tratados, 1978), lo que de nuevo nos aboca a la casuística. No obstante, como en otros supuestos de sucesión, la clave parece estar en determinar la continuidad de la personalidad internacional del Estado miembro involucrado en la misma. La práctica de NU puede ilustrar el aserto, de particular interés en la medida en que ha sido seguida por otras Organizaciones.

La Carta no dispone de reglas específicas relativas a la sucesión en el *status* de sus miembros. Fue la AG (Sexta Comisión, Asuntos jurídicos) la que, a raíz del desmembramiento (1947) del Imperio Británico de la India (miembro originario de la ONU) en dos Estados soberanos, India y Pakistán, fijó los criterios que podían servir en el futuro para resolver esta cuestión. A tales efectos la AG consideró que:

1) Por regla general, el Estado que es miembro de NU (pensando entonces en la India) no deja de serlo por el simple hecho de que su constitución o sus fronteras sufran modificaciones, y sus derechos y obligaciones no terminan sino con su extinción como persona jurídica reconocida como tal en el DI;

2) Cuando se crea un nuevo Estado, cualesquiera que sean su territorio y población, haya formado parte o no anteriormente de un Estado miembro de las NU (en este caso Pakistán), el nuevo Estado no puede reclamar el estatuto de miembro de la Organización, a no ser que sea admitido oficialmente como tal con arreglo a las disposiciones de la Carta;

3) Por lo demás, cada caso debe ser juzgado con arreglo a sus propias circunstancias. (Un as en la manga que ha servido a la Organización para resolver a discreción las situaciones más problemáticas y conflictivas).

No tienen por qué serlo, sin embargo, los casos de unificación o fusión de Estados miembros, como tampoco los de cesión territorial que supongan una mera alteración de fronteras, conservando las partes su respectiva personalidad, pues en ellos se da el elemento de continuidad de la personalidad internacional del Estado o de los Estados miembro(s) implicados. La práctica de NU confirma que, en los casos de unificación, el Estado resultante no ha solicitado su admisión cuando los antecesores ya eran miembros.

Así ocurrió con la República Árabe Unida (RAU), constituida por breve tiempo (1958-1961) entre Egipto y Siria; con Tanzania (Tanganica y Zanzíbar, 1961); y, más recientemente, con Alemania y Yemen. La RFA notificó al Secretario General, mediante Carta del Ministro de Asuntos Exteriores (de 3 de octubre de 1990), que desde la fecha de la unificación su país sería designado con el nombre de Alemania. En el caso de Yemen, los Ministros de Asuntos Exteriores de las dos Repúblicas notificaron al Secretario General (Carta de 19 de mayo de 1990) que, tras confirmarse la unificación, la República de Yemen será un solo Estado miembro de la ONU, figurando como fecha de admisión la de la República Árabe de Yemen, la primera en acceder a la Organización.

La Carta de la OEA contiene una particular e infrecuente cláusula según la cual tendrá su lugar en la Organización "toda nueva entidad política que nazca de la unión de varios de sus Estados miembros y que como tal ratifique esta Carta". Eso supondrá la pérdida de la calidad de miembro para cada uno de los Estados que hayan constituido la nueva entidad (art. 5).

Tampoco son problemáticos los casos de secesión y de disolución cuando estas calificaciones son pacíficas, pues está claro que los nuevos Estados han de acudir a las reglas de la Organización para adquirir el *status* de miembro, y no ha de hacerlo el Estado que continúa con la identidad del que ya lo es.

Así, por ej., Bangladesh, separado de Pakistán, fue admitido en NU en 1974, y Eritrea, separada de Etiopía, en 1993. En ese mismo año la aplicación de esta regla a la República Checa y a Eslovaquia tampoco planteó problema, al no pretender ninguna de ellas ser continuadora de Checoslovaquia (miembro originario de NU); ambas solicitaron y obtuvieron la admisión como nuevos miembros. Recientemente, cuando Montenegro decidió separarse de Serbia pacíficamente, no planteó ningún conflicto considerar a Serbia continuadora de la membresía de Serbia y Montenegro en NU, siendo Montenegro admitido como nuevo miembro (22 de junio de 2006).

Tratándose de la disolución de la Unión Soviética, los suscriptores de los acuerdos de Minsk y Alma Ata (1991) convinieron apoyar a la Federación de Rusia

como continuadora de la Unión Soviética. Dicha pretensión (comunicada al Secretario General y puesta en conocimiento de los miembros sin que plantearan objeción), llevó a Rusia a ocupar el lugar de la antigua URSS con todas sus consecuencias, es decir, como miembro permanente del C. de S., sin que tuviera lugar una modificación del art. 23 de la Carta que los cita por sus nombres. Salvo Ucrania y Bielorrusia, que ya eran miembros de NU desde sus orígenes, el resto de repúblicas recién nacidas (Armenia, Azerbaiyán, Georgia, Kazajistán, Kirguistán, Moldavia, Tayikistán, Turkmenistán y Uzbekistán) o *renacidas* (Estonia, Letonia y Lituania) debieron solicitar su admisión, que obtuvieron entre 1991 y 1992. La misma práctica se siguió en otras OI.

Extinta la Unión Soviética, hubiera sido más coherente jurídicamente que todas las nuevas Repúblicas, salvo las ya admitidas (Ucrania y Bielorrusia), hubieran solicitado su ingreso en la Organización. Pero los problemas que hubiera generado esta situación, sobre todo respecto de la composición del C. de S. y el temor a la reforma de la Carta que hubiera podido implicar, hicieron que, gracias al apoyo expreso de las Repúblicas implicadas y a la aquiescencia del resto de miembros de NU, las consideraciones políticas engrasaran el discurso legal más riguroso. Como ya advirtió la AG en sus directrices, cada caso debe ser juzgado con arreglo a sus propias circunstancias.

Caso particular es el que se presenta en relación con la disolución de un Estado del que nacen otros que ya existieron con anterioridad, Estados *resucitados* que no habrán de solicitar su admisión como nuevos miembros si ya lo fueron en su anterior vida (así, tras la disolución de la RAU, Egipto y Siria se entendieron resucitados en la condición que ostentaban antes de su unificación).

La cuestión se complica si la calificación es controvertida y las partes interesadas no se ponen de acuerdo sobre cuál de ellas es continuadora —si una o más lo pretenden— del Estado miembro de la Organización.

En relación con Yugoslavia, la pretensión de la RFY (Serbia y Montenegro) de ser continuadora de la RFS de Yugoslavia (miembro originario de NU), chocó con la fuerte oposición de algunas de sus entidades segregadas (Croacia, Eslovenia y Bosnia y Herzegovina), que habían postulado su admisión y devenido nuevos miembros de la ONU en mayo de 1992 (la antigua República yugoslava de Macedonia ingresó un año después, en abril de 1993). Pero no sólo fue la controvertida calificación del supuesto (secesión, disolución) entre los Estados implicados lo que provocó la disparatada situación vivida en el caso yugoslavo. La búsqueda de un efecto punitivo sobre la RFY llevó al C. de S. (res. 777, de 1992, y 821, de 1993) a recomendar a la AG (lo que ésta aceptó, res. 47/1, 1992, y 47/229, 1993) la exclusión de sus trabajos y de los del C.E. y S. sobre la base de que habiendo Yugoslavia dejado de existir la RFY no podía asumir automáticamente su lugar en la Organización y debía, como las demás repúblicas ex yugoslavas, solicitar y obtener su ingreso como nuevo miembro de NU. Esta actuación tuvo su reflejo en otros organismos (UNESCO, OACI, IMO, AIEA). Tras la caída del Presidente Slobodan Milosevic los nuevos dirigentes de la RFY dieron los pasos conducentes a su admisión como miembro de NU, efectiva el 1 de noviembre de 2000. Posteriormente (2003) la RFY cambió su nombre por Serbia y Montenegro (v. Cap. II).

Hasta su admisión como miembro, la actuación de la ONU con respecto a la RFY —que tuvo su reflejo en otros organismos especializados y afiliados, como la OACI, la UNESCO, la AIEA...— se pareció más a una suspensión irregular conforme a la Carta e incoherente con la posición de principio adoptada por el C. de S. y la AG. La RFY pudo participar en otros órganos de NU de los que formaba parte la antigua Yugoslavia, conservar sus oficinas, circular documentos y pagar sus cuotas, mientras la bandera de la *extinta* Yugoslavia seguía ondeando entre las de los demás miembros en la sede de la Organización.

105. Otras modalidades de participación en las OI

Las Organizaciones se muestran cada vez más receptivas a la regulación de modalidades de participación con derechos (y obligaciones) limitados. La denominación y *status* varían, como puede suponerse, de una Organización a otra, si bien es general la regla que limita los derechos a intervenir con voz pero sin voto en todos o en ciertos órganos de la Organización de que se trate. Bajo esta premisa, miembros asociados, parciales, afiliados, observadores y con *status* consultivo forman la tropa de participantes con derechos limitados.

El status de *asociado* suele estar reservado a Estados —también a veces a territorios no autónomos en la antesala de la estatalidad (por ej., art. II.3 de la FAO y la UNESCO)—, y tener carácter transitorio hasta que el sujeto en cuestión cumpla las condiciones requeridas para ser miembro.

Una categoría especial de asociados (calificados de *invitados*) fue la que inauguró el Consejo de Europa tras el fin de la *guerra fría* con el objeto de que participaran en sus deliberaciones representantes de Estados de Europa central y del este, lo que a la postre se concibió como paso previo a la adquisición de la plena membresía.

Como reminiscencia de su pasado de ONG, la OMT (art. 7 de su tratado fundacional), atribuye el *status* de *afiliado* a las entidades internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, que demuestren intereses turísticos, con derecho a participar en las actividades de la Organización a título individual o agrupadas en el denominado Comité de afiliados.

Se denomina *miembros parciales* a quienes, no siendo en realidad miembros, participan en ciertos órganos de la Organización, *status* que, por ej., tuvo Suiza en el Estatuto de la CIJ —debiendo contribuir a su financiación— hasta que formalizó su ingreso en la ONU (2002).

La condición de *observador* se fija normalmente sobre bases *ad hoc* (como, por ej., son las que determinaron la concesión de dicho estatuto a los Estados Unidos en el Consejo de Europa, res. 95/37 (1996) de su Comité de Ministros); de ahí que incluso en el seno de una misma Organización dispongan de este *status* entidades de diversa naturaleza y que sus derechos y obligaciones puedan también diferir.

La práctica de NU es en este sentido reveladora. Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que en virtud del art. 70 de la Carta, la ONU (el CE y S. y sus comisiones) y los organismos especializados podrán reconocerse mediante arreglos la condición de observador para intervenir sin voto en las deliberaciones de los órganos del otro. Pero, además, en la práctica la condición de observador se ha conferido en NU a: a) *Estados no miembros* (en la actualidad la Santa Sede); b) ciertos *movimientos de liberación nacional* reconocidos por la OUA (res. de la AGNU 3280 (XXIX), 1974, lo que en concreto condujo al reconocimiento de tal *status* a la OLP (res. 3237 (XXIX), 1974) y al SWAPO (res. 31/152, 1976) hasta la descolonización de Namibia y su ingreso en NU como Estado miembro (1990); Palestina (así designada a todos los efectos por la res. 43/177, 1988), mantiene aún su *status* de observador, no se sabe a ciencia cierta en qué categoría; c) *otras OI*, entre las que destacan la OEA, la OUA, el Consejo de Europa, la CE, la CSCE-OSCE, la Organización de la Conferencia Islámica, la Comunidad del Caribe, la CEI, el Foro del Pacífico Sur..., y d) algunas ONG, como el Comité Internacional de la Cruz Roja (1990), la Orden Soberana y Militar de Malta (1994) y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1994) que hasta entonces sólo tenían, como otras ONG, un *status consultivo* (v. *infra*). En estos supuestos el contenido jurídico de la condición de observador permite la participación en los órganos, interviniendo en el debate cuando se es autorizado para ello y, eventualmente, formulando propuestas que, en todo caso, necesitarán el respaldo de algún Estado para ser sometidas a votación de los miembros. Las

reticencias de ciertos Estados (encabezados por Estados Unidos) a la desviación de la práctica anteriormente establecida ha conducido, sin embargo, a que la AGNU decidiera (res. 46/496, de 1994) que, en adelante, la concesión de la condición de observador se limite con carácter general a sujetos de DI, Estados y OI, lo que no impedirá que este *status* pueda concederse *ad hoc* a otras entidades en relación con ciertos períodos de sesiones o para tareas de órganos determinados. De hecho en 1999 el estatuto de *observador* se concedió a la UICN, tal vez porque, además de su reconocido papel en el movimiento conservacionista, es un híbrido que en su heterodoxa composición admite a los Estados como miembros (v. Cap. VI).

Un caso muy singular de *melting pot* lo ofreció la UEO en los años en que unos miembros (a su vez de la UE) querían convertirla en brazo armado de la UE y otros querían hacer de ella el brazo europeo de la Alianza Atlántica. Así acabaron semi-dentro como *asociados* (1992) los miembros no americanos de la OTAN ajenos a la UE (Islandia, Noruega y Turquía), como *partenaires* los países de Europa central y del este candidatos a las membresías europeas y atlánticas, luego satisfechas, y como *observadores* los miembros de la UE procedentes de la neutralidad y el no alineamiento (Austria, Finlandia, Irlanda, Suecia)...

XXIV. ESTRUCTURA ORGÁNICA

106. Planteamiento

A diferencia de las Conferencias internacionales, las OI cuentan con un sistema de órganos permanentes mediante los que expresan una voluntad independiente de la de los Estados miembros. Los órganos son por tanto los medios de acción para el ejercicio de las funciones y la consecución de los fines de una Organización, no existiendo por eso un modelo orgánico uniforme sino extremadamente diverso y frecuentemente variable en el tiempo en atención a la naturaleza de las actividades y las circunstancias a las que cada Organización ha de hacer frente.

Haciendo abstracción de las peculiaridades de la estructura institucional u orgánica de cada Organización, clasificaremos los órganos atendiendo a su modo de creación (*principales y subsidiarios*) y a su composición (*intergubernamental o no y mixta*) y consideraremos los métodos a los que recurren para la adopción de sus decisiones.

107. Órganos principales y subsidiarios

Los órganos principales son los previstos como tales, expresa o implícitamente, en el tratado constitutivo de la Organización.

Por ej., el artículo 7.1 de la Carta de NU cita como tales: una Asamblea General, un Consejo de Seguridad, un Consejo Económico y Social, un Consejo de Administración Fiduciaria, una Corte Internacional de Justicia y una Secretaría.

Ahora bien, no todos los órganos mencionados en el tratado constitutivo son necesariamente *principales*. Puede tratarse de órganos consultivos o de apoyo a

los principales o, incluso, con funciones específicas en áreas concretas de la Organización, a los que se quiere dotar de mayor consistencia y visibilidad sin por ello incorporarlos al *núcleo duro* de la estructura orgánica.

Así en la UE, junto a los órganos principales, denominados Instituciones (en la actualidad, el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas, art. 7 TCE), se regulan otros que no son tales, como el Comité de las Regiones, órgano auxiliar de carácter consultivo (art. 263 TCE), o el Banco Central Europeo (arts. 105-113 TCE), que goza de personalidad jurídica propia.

La estructura orgánica originaria de una Organización puede ser alterada mediante la enmienda del tratado constitutivo.

Por ej., si el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa entra en vigor el Tribunal de Cuentas perderá (art. I-31) la condición de Institución que le confirió el TUE (1992), en tanto se hará del Consejo Europeo una Institución de la Unión (art. I-19).

Entre las propuestas de reforma de la Carta de NU presentadas por el Secretario General en su informe *Un concepto más amplio de libertad...* (marzo de 2005), figura la supresión del Consejo de Administración Fiduciaria, órgano principal de NU, hibernado desde que en 1994 se independizó Palaos, el último territorio sometido a fideicomiso, y finalmente liquidado a finales de 2005 (v. Cap. IV).

Los órganos principales están facultados para crear órganos subsidiarios, destinados a prestarles asistencia en el desempeño de sus actividades y subordinados a su dirección y control. Se trata de una facultad habitualmente prevista en el tratado constitutivo, sea con carácter general (por ej., arts. 7.2 de la Carta de NU y 53 de la Carta de la OEA respecto de todos sus órganos principales) y/o específico (por ej., art. 29 de la Carta de NU en relación con el C. de S., 69 para el CE. y S.); pero de no ser así ha de entenderse que se trata de una competencia implícita de los órganos principales exigida para el desempeño de sus funciones (CIJ, *Efectos de las sentencias del TANU*, 1954). El organigrama de las OI se complica en la medida en que los órganos subsidiarios están, por la misma razón, implícitamente capacitados para crear sus propios órganos subsidiarios (*subsi de subsi*), y así sucesivamente...

El origen y denominación de los órganos subsidiarios (se les llama también *auxiliares*, *secundarios*, *subordinados...*) no debe, sin embargo, llevar al error de menospreciar la importancia de sus funciones e, incluso, su frecuente autonomía frente a sus mentores. Sirva como ejemplo la ONU donde pululan cientos de órganos subsidiarios. Entre los creados por la AG se cuentan el TANU, con competencia para resolver los litigios entre la ONU y sus funcionarios y cuyas sentencias son vinculantes para la misma Organización (CIJ, *Efectos de las sentencias del TANU*, 1954), el *Comité de los Veinticuatro*, motor de estimulación y control del proceso descolonizador (v. Cap. IV), o la UNCTAD (res. 1995-XIX), que de hecho tiene la estructura e independencia de un organismo especializado. Entre los instituidos por el CE. y S. para la consecución de sus objetivos cabe mencionar la Comisión de Derechos Humanos (res. 5-I y 9-II), desaparecida en 2006 al ser sustituida por un Consejo de Derechos Humanos, ahora dependiente de la AG (v. Cap. XXIX). Entre los establecidos por el C. de S. invocando al Capítulo VII de la Carta figuran los Tribunales penales para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del DI humanitario cometidas en la ex Yugoslavia y en Ruanda (res. 808 y 827 de 1993 y 955, de 1994), el Comité contra el Terrorismo (res. 1373, de 2001) y el Comité 1540 (res. 1540, de 2004) para el seguimiento y control de las medidas decididas por el Consejo para combatir la proliferación de armas de destrucción masiva.

La importancia de las funciones desempeñadas por un órgano subsidiario puede aconsejar su elevación a principal, condición que la Carta de la OEA (merced al Protocolo de Buenos Aires, 1967) confirió al Comité Jurídico Interamericano y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 53, d y e).

108. Órganos intergubernamentales

Los órganos, principales o subsidiarios, pueden en función de su composición ser, a su vez, intergubernamentales, no gubernamentales y mixtos.

Los órganos intergubernamentales están compuestos por representantes de los gobiernos de los Estados miembros, cuyas instrucciones han de seguir; de ahí su consideración de órganos *políticos*. He aquí una de las manifestaciones más palpables del carácter sustancialmente interestatal de las OI, al punto que son de composición gubernamental la mayoría de sus órganos principales o, al menos, aquéllos a los que el tratado fundacional ha atribuido mayores y/o decisivas competencias.

En NU son de composición gubernamental cuatro de sus seis órganos principales: la AG y los Consejos de Seguridad y Económico y Social. También lo fue hasta su desaparición el de Administración Fiduciaria.

En la UE, el Consejo, la única Institución de la Unión que formalmente encarna la representación de los Estados miembros, es la que asume los más importantes poderes de decisión.

Entre los órganos intergubernamentales puede haberlos de composición plenaria y (s)electiva. Con el fin de satisfacer el principio de igualdad soberana entre los miembros todas las Organizaciones poseen al menos un órgano principal de composición plenaria (*Asamblea General* se denomina en la ONU y la OACI; *Conferencia* en la OIT, la FAO y la UNESCO; *Congreso* en la OMS y la UPU; *Junta de Gobernadores* en el BIRD y el FMI...); pero pueden ser más, sobre todo en las OI regionales y cerradas, en la medida en que el número de sus miembros y/o sus funciones lo permitan.

Así, por ej., en la OEA, son de composición plenaria la mayoría de los órganos designados como principales de la Organización, la Asamblea General, la Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores y los tres Consejos: el Permanente, el Económico y Social y el de Educación, la Ciencia y la Cultura (art. 53).

Los órganos plenarios desempeñan funciones de distinta naturaleza y alcance según la Organización de que se trate, si bien suele ser el órgano deliberante por excelencia al que se atribuyen competencias generales a tono con su plena representatividad. Cuestión distinta es la de los efectos jurídicos de sus decisiones, a menudo meramente recomendatorias en el ámbito de sus competencias materiales (v. Cap. VIII).

Es el caso de la AGNU, a la que la Carta (art. 10) atribuye la capacidad de "discutir cualesquier asunto o cuestión dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualesquiera de los órganos creados por esta Carta", pero sólo "podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los miembros de las NU o al C. de S. o a éste y a aquéllos", y eso en la medida en que el C. de S. no esté desempeñando sus funciones, a menos que sea el mismo Consejo el que lo solicite (art. 12).

Al órgano plenario le corresponderá por lo general aprobar el presupuesto de la Organización (que normalmente prepara el Secretario o Director General), así como la designación de los miembros que componen los órganos electivos (por ej., arts. 17 y 18 de la Carta de NU).

La generalidad de competencias desempeñadas por los órganos plenarios y el hecho de que, al menos en las Organizaciones universales, el número de sus miembros aconseje espaciar sus sesiones ordinarias (por ej., la AGNU se reúne en sesión plenaria una vez al año, a partir del segundo martes de septiembre), propicia la creación de comisiones o grupos de trabajo permanentes que, al modo de las comisiones de las asambleas nacionales, desbrozan el camino de las decisiones a tomar por el pleno; así, por ej., en la AGNU funcionan seis comisiones para tratar de cuestiones políticas y de seguridad (Primera Comisión), económicas y financieras (Segunda Comisión), sociales, humanitarias y culturales (Tercera Comisión), de territorios no autónomos (Cuarta Comisión); administrativas y presupuestarias (Quinta Comisión) y jurídicas (Sexta Comisión), la cual desempeña una importante labor en la codificación y el desarrollo progresivo del DI llevada a cabo por la ONU (v. Cap. XIV).

Asimismo, todas las Organizaciones universales y la mayoría de las regionales cuentan entre sus órganos principales con uno o más órganos restringidos, *órganos (s)electivos*, a menudo dotados de competencias ejecutivas y de gestión. Cómo proceder a la designación de quienes han de formar parte de ellos es una importante cuestión, con frecuencia polémica.

Los criterios que regulan la (s)elección (por el órgano plenario) de los miembros de los órganos restringidos son, de nuevo, heterogéneos en virtud de las funciones a desempeñar. Así, por ej., en las OI de cooperación financiera (caso del FMI y el Banco Mundial) se atiende al número de acciones o participaciones suscritas, en las de cooperación comercial (caso de la OMC) a la importancia del miembro en el comercio mundial, en las de cooperación marítima (OMI) al tonelaje de la flota matriculado...; criterios que podrán aplicarse en estado puro o combinados con la regla de la *distribución geográfica equitativa*, que es la que en general rige en NU mediante el reparto de los Estados miembros en cinco grupos regionales: África, Asia, Latinoamérica-Caribe, Europa occidental (y otros) y Europa oriental.

Mención especial merece la composición del C. de S. de NU, órgano (s)electivo al que la Carta atribuye la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (art. 24). El Consejo se compone de quince miembros, de los que cinco tienen asiento permanente, según el orden nominado de la Carta (art. 23.1): la República de China, Francia, la Unión Soviética (asiento ocupado actualmente por la Federación de Rusia, v. *supra*), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América. Los diez restantes son miembros no permanentes elegidos por la AG por un período de dos años, estando prohibida la reelección del miembro saliente para el período subsiguiente (art. 23.2). La Carta ha establecido dos criterios para su elección (art. 23.1), a saber, "la contribución de los Miembros de las NU al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales..." *lógica directriz a tenor de la responsabilidad primordial atribuida al Consejo*, y el reparto geográfico —que es el que a la postre ha primado— según la siguiente distribución: tres para el grupo africano, dos respectivamente para los grupos asiático, latinoamericano-caribeño y europeo occidental, y uno para el europeo oriental.

El aumento del número de miembros de las Organizaciones, particularmente en las universales, tiende a proyectarse en el de sus órganos selectivos. Así, el ingreso de los nuevos Estados surgidos de la descolonización en la ONU (que de los 51 fundadores de 1945 pasó a 113 miembros en la década de los sesenta) condujo a la enmienda de la Carta (1963) aumentando los miembros del C. de S. de 11 —incluidos los cinco permanentes— a los 15 actuales (en la misma fecha los

miembros del CE. y S. pasaron de 18 a 27, procediéndose en 1971 a una segunda ampliación de éste órgano a 54 miembros).

Ahora que los Estados miembros de NU suman 192, la ampliación y distribución equitativa de los asientos del C. de S. es tema prioritario del proceso de reforma de la Carta iniciado apenas concluyó la *guerra fría*. “Ninguna reforma de las NU será completa sin una reforma del Consejo de Seguridad”, ha reiterado en cuantas ocasiones ha tenido oportunidad su Secretario General. Pero hoy no se trata —o no se trata sólo— de un problema de número. Más bien ha sido el cambio en la distribución del poder mundial, debido al colapso del llamado *Estado revolucionario* y al auge de las nuevas potencias emergentes, lo que ha hecho saltar la voz de alarma ante la anacrónica composición del Consejo, en agudo contraste con las realidades del siglo XXI. Pero hasta ahora ninguna propuesta de reforma cuenta con el respaldo necesario para prosperar (v. Cap. XXVIII)

109. Órganos no gubernamentales

Los órganos no gubernamentales, que pueden ser colegiados y unipersonales, se integran con personas que ejercen sus funciones a título individual, formalmente independientes de los Estados miembros de la Organización o de cualesquiera otros. Los órganos no gubernamentales pueden estar compuestos de *agentes internacionales* o representar *fuerzas políticas y sociales* de los Estados miembros.

Agente internacional es “cualquier persona a través de la cual la Organización actúa” (CIJ, *Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949).

Esta amplia caracterización incluye desde los *funcionarios* internacionales al servicio continuo y exclusivo de la Organización —cuya selección por lo general se realiza mediante concurso— a los cargos electivos de determinados órganos (por ej., los jueces de la CIJ o los miembros de la CDI), y a los expertos contratados por la Organización para cumplir una misión determinada (por ej., los relatores designados por la CDH o los miembros de los comités previstos por los diversos pactos de derechos humanos). Todos ellos gozan de privilegios e inmunidades en el desempeño de sus funciones.

Los órganos no gubernamentales electivos, que son los que particularmente nos interesan a los efectos de dibujar el organigrama de las OI, son de muy distinta naturaleza y función. Limitándonos a los más significativos podemos citar:

1) Los órganos unipersonales (Secretario General, Director General), llamados a desempeñar funciones administrativas como principal funcionario de la Organización y jefe de la Secretaría. A estas funciones pueden venir añadidas las político-diplomáticas y de representación de la Organización.

El Secretario General de NU es elegido por la AG a recomendación del C. de S. (art. 97 de la Carta), susceptible de veto de sus miembros permanentes (el más reciente fue el emitido en solitario por Estados Unidos en catorce rondas sucesivas para impedir la reelección del egipcio B. Boutros-Ghali, 1997). La Carta (art. 99) confiere al Secretario General el crucial cometido de llamar la atención del C. de S. respecto de cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro la paz y seguridad internacionales, debiendo por otro lado desempeñar en este u otros ámbitos las funciones que le encomienden los órganos políticos de la Organización (art. 98), encomienda frecuente en relación con controversias y situaciones susceptibles de amenazar la paz y la seguridad internacionales.

2) Los órganos colegiados con funciones de decisión, gestión y ejecución, particularmente importantes en OI de integración.

Mención especial merece al respecto la Comisión de la UE, compuesta —desde que en 2004 inició su actual mandato, de cinco años— de un comisario por cada Estado miembro, estatutariamente independientes. Esta Institución encarna el interés general y ejerce diversas funciones (de gestión y decisión, de control del cumplimiento de Derecho Comunitario, de representación), pero es el (casi) monopolio de la iniciativa normativa la más singular y privilegiada de sus prerrogativas (arts. 211, 249 ss. TCE). El nombramiento de la Comisión sigue los siguientes pasos: los gobiernos de los Estados miembros, previa consulta al PE, designan de común acuerdo al Presidente, quien en consulta con aquéllos designa a los demás miembros de la Comisión, sometiéndose colegiadamente, Presidente y comisarios, al voto de aprobación del PE, paso previo a su nombramiento de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros (art. 214 TCE).

3) Los tribunales internacionales, que pueden ejercer un abanico de competencias: *contenciosas*, por las que resuelven controversias entre Estados miembros a través de decisiones vinculantes; *consultivas*, mediante las que emiten dictámenes sobre las cuestiones jurídicas que le sometan los órganos autorizados de la Organización; *constitucionales*, relativas al control del respeto del Derecho originario en la adopción de decisiones por la Organización; y *administrativas* para dirimir los litigios entre la Organización y sus funcionarios.

Emblemática es la CIJ, órgano judicial principal de NU (arts. 7 y 92 de la Carta), con capacidad para ejercer una doble jurisdicción: contenciosa, mediante la que puede dirimir toda suerte de controversias entre Estados, incluso no miembros de la Organización, y consultiva sobre cualquier cuestión jurídica que le sometan la AG, el C. de S., así como otros órganos de NU y los organismos especializados autorizados para ello por la AG (arts. 96 de la Carta y 65 del Estatuto de la Corte). La Corte se compone de quince magistrados, de los cuales no podrá haber dos de la misma nacionalidad (art. 3 de su Estatuto). Serán elegidos por la AG y el C. de S., por mayoría absoluta en votación separada —no operando en este caso el derecho de veto de los miembros permanentes— sobre la base de una lista de candidatos elaborada por el Secretario General. La capacidad y experiencia en las funciones a desempeñar y la representación geográfica equitativa son las directivas generales impuestas por el Estatuto (arts. 2 y 9) para la elección. Este último criterio conduce a un reparto geográfico que garantiza tres jueces al grupo africano, dos respectivamente a los grupos asiático, latinoamericano-caribeño y europeo occidental, y uno al grupo europeo oriental, a los que se han de sumar cinco jueces de la nacionalidad de los miembros permanentes del C. de S., que se han asegurado *de facto* membresía permanente tanto en la Corte como en cualesquiera otros órganos —gubernamentales o no— de composición restringida de la Organización. La ONU cuenta, asimismo, con un Tribunal Administrativo (TANU) para resolver los contenciosos de la función pública; mientras que el Tribunal Administrativo de la OIT extiende su jurisdicción a otros organismos especializados.

En todo caso, son las Organizaciones de integración las que más habitualmente se distinguen por contar con tribunales de justicia con amplias competencias (TJCE, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Tribunal Permanente de revisión del MERCOSUR...; v. *supra* y Cap. XVIII).

4) Los órganos parlamentarios compuestos con representantes de los pueblos de los Estados miembros que, o bien son reclutados por y entre los miembros de las Asambleas y Cámaras legislativas nacionales (caso de la Asamblea del Consejo de Europa y, por ahora, el Parlamento Andino), o bien son elegidos por sufragio universal y directo, procedimiento que desde 1979 se aplica para la designación de los miembros del PE, Institución de la Unión (art. 7 TCE). Las competencias atribuidas a los órganos parlamentarios de las OI pueden oscilar

entre un modesto papel consultivo y un poder de codecisión en la formación de normas, lo que los acerca, aunque sin identificarlos, con las funciones legislativas desempeñadas por sus congéneres en los ordenamientos internos, como paso a paso se viene reconocido al PE, a través de las sucesivas reformas de los Tratados constitutivos, mediante la ampliación de los ámbitos materiales de codecisión con el Consejo (arts. 189 ss. TCE).

Consideraciones de índole funcional explican la *composición mixta* de los órganos de la OIT (tanto el plenario, Conferencia General, como el restringido, Consejo de Administración), integrados por *delegaciones tripartitas*, que respectivamente representan al Gobierno, a los patronos y a los trabajadores de los Estados miembros (arts. 3, por lo que hace a la Conferencia General, y 7, al Consejo de Administración) y cuya independencia se trata de asegurar mediante la atribución a cada delegado sindical del derecho de voto individual (art. 4). Hay quienes proponen expandir una estructura similar de representación a otras Organizaciones, particularmente de la *familia* de NU, con el fin de favorecer su *democratización* mediante la participación de *actores* no estatales (v. Cap. VI).

110. Métodos de adopción de decisiones

En el ámbito de sus competencias todas las OI tienen la facultad de expresar mediante actos de sus órganos una voluntad propia, distinta desde el punto de vista jurídico de la de sus miembros. Tales actos resultan de procedimientos y métodos de votación diversos: unanimidad, mayorías —simple, absoluta o cualificada— consenso... Su examen adquiere particular interés en relación con los órganos intergubernamentales.

La regla de la unanimidad es en la actualidad minoritaria, prevista sólo en los tratados constitutivos de algunas OI regionales y/o de fines específicos (por ej., OCDE, UEO y la UE, donde la unanimidad del Consejo cuenta aún con no menos de una veintena de bases jurídicas). Su ventaja: asegurar la igualdad formal entre todos los Estados miembros y garantizar que ninguno de ellos quedará vinculado por una decisión adoptada sin su consentimiento, lo que al tiempo propicia su observancia voluntaria. Pero aquí reside igualmente su principal lastre, el veto *de facto* que tiene cada Estado miembro y el bloqueo del proceso decisorio que su ejercicio puede implicar. Esto explica que la mayoría de Organizaciones que mantienen la unanimidad en sus tratados constitutivos modere su efecto paralizador —advertido en el mismo tratado o deducido de su práctica establecida— impidiendo que la abstención impida la decisión. Lo normal en este caso es que los efectos vinculantes del acto —si los tiene— se circunscriban a quienes votaron a favor (principio de *unanimidad fraccionada*).

El TCE (art. 205.3) y el TCEEA (art. 118.3) disponen: "Las abstenciones de los miembros presentes o representados no impedirán la adopción de los acuerdos del Consejo que requieran unanimidad".

En el ámbito de la PESC, donde la regla general de adopción de decisiones por el Consejo Europeo es la unanimidad, se advierte asimismo que las abstenciones no impedirán la adopción de tales decisiones (art. 23.1 TUE), fórmula que en este marco se ha dado en llamar de *abstención constructiva*, probablemente por ese afán comunitario de distinguirse de los demás, dado que se permite a los abstencionistas (siempre que no superen más de un tercio de los votos ponderados conforme al art. 205.2 TCE) formular una “declaración formal” excluyendo para sí la aplicación de la decisión que es obligatoria para la Unión.

De conformidad con las previsiones de los tratados fundacionales, la regla de las mayorías es el método más frecuente de adopción de decisiones, pudiendo graduarse en función de la importancia de la cuestión.

Así, el procedimiento de adopción de decisiones de la AGNU distingue entre cuestiones importantes, sometidas a una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes (cuestiones entre las que se enumeran las recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz, la admisión de nuevos Estados miembros, la elección de los representantes en los órganos selectivos... art. 18.2 de la Carta) y las decisiones sobre otras cuestiones (incluida la determinación de cuáles son importantes) que se deciden por mayoría de miembros presentes y votantes.

El sistema de mayorías facilita la adopción de decisiones proporcionando dinamismo y autonomía a la Organización frente a los Estados miembros. En cambio, su mayor inconveniente estriba en que la minoría reluctante pueda impedir en la práctica la aplicación eficaz de la decisión, lo que es probable si entre los reticentes se encuentran quienes por su poder y recursos deberían asegurar su cumplimiento.

Es por eso que, para evitar alimentar la frustración con un rimero de victorias pírricas, se confiere a veces distinto valor al voto de los miembros, bien acudiendo al voto ponderado (procedimiento adoptado en la UE para la formación de la voluntad comunitaria expresada por mayoría cualificada del Consejo, art. 205 TCE), bien confiriendo a determinados miembros el derecho de veto, del que disfrutan, por ej., los cinco miembros permanentes del C. de S., cuyo voto afirmativo se requiere para la adopción de decisiones en asuntos que no sean de procedimiento (art. 27.3 de la Carta), si bien, según una práctica establecida que ha hecho costumbre,, su abstención no equivale a veto (CIJ, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continúa de África del Sur en Namibia*, 1971).

Cuestión crucial de la reforma del C. de S. es el privilegio del veto de los miembros permanentes, criticado por todos quienes no lo son. En el marco de este discurso han circulado decenas de propuestas, que van desde la eliminación del privilegio hasta imaginativas combinaciones dirigidas a la restricción y/o regulación de su ejercicio o, más modestamente, a pedir de los miembros permanentes moderación en el uso. Con carácter general se propone, además, que se definan con precisión las cuestiones de procedimiento en las que no sería operativo el veto de conformidad con el art. 27.2 de la Carta. Pero al parecer se trata de un debate estéril, ante la resistencia de los (actuales) miembros permanentes, dispuestos a aprovechar su privilegio para bloquear cualquier reforma que afecte a su estatuto (v. Cap. XXVIII).

El consenso es el procedimiento de adopción de decisiones sin voto, que supone la búsqueda de un compromiso o acuerdo general mediante una concertación de los miembros que evite la objeción dirimente.

Son excepción los tratados constitutivos de OI que prevén el consenso como método de adopción de decisiones (por ej., el Acuerdo OMC, 1994, art. 9). Sin embargo, su práctica se extendió a partir de la década de los sesenta, particularmente en las Organizaciones universales, a fin de lograr decisiones aceptadas por todos los grupos de Estados, renunciando los países en desarrollo a prevalerse de su mayoría en los órganos plenarios (donde un Estado es un voto), a cambio de lograr el apoyo de los más poderosos. De esta manera se extrema la condición residual de las mayorías previstas en los instrumentos constitutivos para la adopción de decisiones que, no obstante, podrán activarse caso de no lograrse el ansiado consenso (asimismo art. 9 del Acuerdo OMC).

Si evitar las minorías discrepantes es la ventaja del consenso, su mayor inconveniente puede estar en la ambigüedad e imprecisión de los compromisos asumidos. Buena prueba de ello son los problemas de interpretación que presentan a menudo las decisiones o resoluciones adoptadas sin votación.

La membresía de la CE en otras Organizaciones en que también participan sus Estados miembros plantea problemas particulares en el ejercicio del derecho de voto comunitario. Lo normal es que el voto se ejerza de manera alternativa —según estén en juego competencias comunitarias o nacionales— y que, caso de corresponderle su ejercicio, la Comunidad cuente con un número de votos equivalente al de Estados miembros que participan en la Organización o, en su caso, en el órgano considerado (por ej., art. 9.1 del Acuerdo OMC, II de la Constitución de la FAO). Pero también se dan otras fórmulas; así, el Acuerdo de Canberra relativo a la Antártida (1980, art. XII) otorga un solo voto a la CE cuando interviene en lugar de los Estados miembros en la Comisión para la conservación de los recursos marinos antárticos y el Protocolo al Acuerdo de Madrid sobre Registro Internacional de Marcas (1989, arts. 10.3.a y 10.b) otorga un derecho de voto *adicional* a la CE en atención a la naturaleza del Derecho comunitario de marcas, que no se superpone al de los Estados miembros, sino que coexiste con él.

XXV. DINÁMICA Y SUCESIÓN DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

111. Cambio y extinción

Las Organizaciones, como los Estados, pueden experimentar transformaciones más o menos profundas fruto de una dinámica propia, desde la alteración de su membresía y estructura orgánica (generalmente por ampliación y desarrollo), a un cambio de orientación política, funciones y hasta denominación, como índice revelador de los nuevos objetivos convenidos (por ej., de CEE a CE, de Pacto a Comunidad Andina, de OUA a UA...). Tales cambios podrán exigir —o no— la enmienda de su instrumento constitutivo (lo que dependerá del tipo de OI y/o del *lifting* operado), pero la Organización continuará existiendo como tal en la medida en que mantenga su personalidad jurídica internacional.

Si, por ej., nos fijamos en una de las incidencias más comunes en la vida de las OI, el ingreso de nuevos miembros, mientras en las Organizaciones de cooperación no acarrea en principio enmienda alguna del

instrumento fundacional, tratándose de Organizaciones de integración su complejo sistema orgánico y competencial exigirá numerosas modificaciones, como muestran las costuras de los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas consecuentes con a las sucesivas adhesiones a la Unión, instrumentadas mediante acuerdos prolijos acuciosamente negociados.

Ahora bien, aunque el supuesto sea infrecuente, las OI también pueden extinguirse, dejar de existir, en casos de cambio fundamental —radical, incluso— de las circunstancias que originaron su creación.

Así, el desmoronamiento del *bloque socialista* ocasionó la extinción y terminación de los tratados constitutivos de sus organizaciones de cooperación político-militar, el Pacto de Varsovia, y económico-comercial, el Consejo de Ayuda Económica Mutua o Comecon.

Es raro que el tratado constitutivo de una OI se concluya por tiempo limitado. La excepción que confirma la regla la proporcionó el Tratado CECA, que terminó en julio de 2002 de conformidad con su cláusula de duración de cincuenta años (art. 97). Lo normal es que los tratados constitutivos de OI no regulen su terminación mediante cláusulas de duración (silencio que, por ej., guardan la Carta de NU y, salvo las instituciones financieras, los instrumentos fundacionales de la familia de organismos especializados), presumiéndose concluidos por tiempo ilimitado. Hay, incluso, tratados que expresan en su articulado su vocación inmortal (por ej., art. 51 TUE; art. 134 del Acuerdo de Cartagena constitutivo de la Comunidad Andina).

112. La sucesión

Asistimos a una relación sucesoria o sucesión de Organizaciones, por analogía con la de los Estados, en la medida en que una Organización —sucesora— sustituye a otra Organización —predecesora— en el ejercicio de sus funciones. Si bien la sucesión de OI suele tener otros objetos (patrimonio y agentes, en particular), lo esencial estriba en las competencias heredadas. De ahí que, en términos generales, podamos calificar la sucesión de Organizaciones de *sucesión funcional*, lo que, de ser el caso, puede implicar su acervo normativo y jurisprudencial.

P.R. Myers tipifica la sucesión de OI tratando de ajustar algunas de sus modalidades a las de la sucesión de Estados. Así, menciona:

- 1) La *unificación* de dos o más OI; caso, por ej., de la Agencia Espacial Europea, nacida (1975) de la fusión de las Organizaciones Europeas para el Desarrollo de Objetos Espaciales y sobre la Investigación Espacial;
- 2) La *absorción* de una Organización por otra; lo que con ciertas matizaciones ejemplifica en la CECA, cuyas competencias (desde julio de 2002) fueron reconducidas al ámbito cubierto con carácter general por la CE que, asimismo, asumió los derechos y obligaciones derivados de los acuerdos internacionales celebrados por aquella (Decisiones de 19 de julio de 2002);

- 3) La *separación* o escisión de un órgano de una OI al que se dota de personalidad jurídica internacional propia; así, por ej., la ONUDI pasó de órgano subsidiario de NU a organismo especializado de su familia (1979). El mismo autor añade otros dos tipos, sin parangón con la sucesión de Estados:

- 4) La *transferencia de funciones* específicas de una Organización que no se extingue a otra. Así, la UE cedió al Consejo de Europa sus competencias en materia socio-cultural (1959); y, más recientemente, a la UE el Centro de Satélites (con sede en Torrejón de Ardoz, España) y el Instituto de Estudios Estratégicos (reconvertido en el Instituto de Estudios de Seguridad de la UE, con sede en París), agencias que comenzaron a funcionar en 2002 para desempeñar tareas técnicas, científicas y de gestión en el marco del segundo pilar (PESC) (Acciones comunes del Consejo de 20 de julio de 2001).

- 5) La *sustitución* de una Organización por otra de nueva planta.

La rica y compleja problemática que toda relación sucesora origina se acentúa en la sucesión de Organizaciones a consecuencia del principio de especialidad que las caracteriza. Las soluciones materiales que debido a ello aporta la práctica han sido tan variadas, según el tipo de Organización y el objeto de la sucesión, que es imposible establecer reglas generales.

Ahora bien, dado que la sucesión entre Organizaciones habrá de contar, directa o indirectamente (por conducto de la OI), con el acuerdo de los Estados miembros (de una y otra Organización, no necesariamente coincidentes), hay quienes (M. Bettati) señalan dos modelos o técnicas jurídicas de sucesión (sin que esté excluida su combinación), según el instrumento que prioritariamente exprese este acuerdo de voluntad, a saber, el tratado constitutivo de la nueva Organización o la directa actuación de las Organizaciones implicadas, sea mediante sus decisiones (del órgano plenario, por lo general) y/o acuerdos entre ellas.

Lo segundo será normal en la sucesión de Organizaciones de tracto temporal *discontinuo* o *disociado*, supuesto en el que, dada la habitual disparidad de sus miembros, la transferencia de titularidad de los distintos elementos que implica la sucesión exigirá por lo general la coordinación de actos jurídicos concatenados de o entre las Organizaciones concernidas. Lo ejemplifica la sucesión de la S. de N. por la ONU.

Un conjunto normativo de resoluciones y acuerdos, adoptados en 1946, componen el marco sucesorio: 1) Resoluciones paralelas de la AGNU (24 (I) de 12 de febrero) y de la S. de N. (de 18 de abril), la primera sobre la transferencia a NU de ciertas funciones y poderes de carácter técnico y activos de la S. de N.; mediante la segunda la Asamblea General de la SDN acuerda su disolución y la constitución de un Comité de Liquidación; 2) Acuerdo ONU-S. de N., de 19 de julio, relativo a la transferencia de haberes, y Protocolo de ejecución, de 1 de agosto, incorporados ambos como anexos de la res. 79 (I) de la AGNU, de 7 de diciembre.

Que no se llevara a cabo una transferencia explícita de funciones políticas entre ambas Organizaciones no impidió que, a resultas de la op. cons. solicitada por la AGNU sobre las competencias de la ONU en los territorios bajo *mandato* de la S. de N., la CIJ afirmara que NU había sucedido a la S. de N. en la supervisión del mandato de África del Sur en el sudoeste africano (*Estatuto internacional del sudoeste africano*, 1950) (v. Cap. IV).

La desaparición de la CPJI, a la que arrastró la extinción de la S. de N., y la creación de la CIJ como órgano judicial principal de NU (art. 92 de la Carta), dio lugar a un supuesto particular de sucesión sin instrumento jurídico por medio. De ahí que haya sido calificado como *sucesión imperfecta* (S. Torrecuadrada). El nexo de continuidad entre ambos órganos judiciales salta, sin embargo, a la vista. La CIJ se establece en la sede de la CPJI (el Palacio de la Paz de La Haya), asume su jurisprudencia, y su Estatuto (art. 92 de la Carta), afirma su jurisdicción sobre la base de las declaraciones de aceptación vigentes hechas de conformidad con el artículo 36.2 del Estatuto de la CPJI (art. 36.5 del Estatuto de la CIJ) y de los instrumentos convencionales vigentes que estipularon el recurso a la CPJI (art. 37) (v. Cap. XVIII).

Técnica similar a la sucesión discontinua se ha aplicado en los casos, excepcionales, de transferencia de competencias entre Organizaciones existentes (en este sentido, la serie de decisiones adoptadas, en 1959, por la UEO y el Consejo de Europa para realizar la transferencia de competencias socio-culturales, ya citada).

Si en cambio se trata de una *sucesión-transformación* o *sucesión simultánea* de OI, supuesto en que una Organización nace precisamente para suceder a otra, que se extingue al mismo tiempo, será habitualmente el acto constitutivo de aquélla el que marcará la pauta, sobre todo si hay una coincidencia de miembros.

Ejemplos: la sucesión de la Convención Internacional de la Navegación Aérea (CINA, París, 1919) por la OACI (art. 80 del Convenio de Chicago, 1944); la sucesión de la OECE (1948) por la OCDE (art. 15 del Tratado de París); más recientemente, la sucesión de la OUA por la UA, cuya Acta constitutiva reemplazó (art. 33.1), una vez en vigor (julio de 2001), a la Carta de la OUA, previéndose no obstante la vigencia de ésta durante un período transitorio (que concluyó en mayo de 2002).

La expresa atribución de personalidad internacional a la *nueva* UE de conformidad con las previsiones del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (arts. I-1 y I-7), refleja simultaneidad en la sucesión y continuidad jurídica entre la *antigua* UE y la CE, sus instituciones, acervo normativo, jurisprudencia..., existentes en el momento de la entrada en vigor del Tratado (art. IV-438), que tendrá por efecto la derogación del Tratado CE y del Tratado UE (art. IV-437).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre las OI en general, en lengua española: A. Truyol, "La Organización mundial en perspectiva histórica", en *ONU, año XX*, Madrid, 1966, 51; J.D. González Campos, *Derecho de las OI*, Curso Esc. Func. Internacionales, Madrid, 1966-67; M. Seara-Vázquez, *Tratado general de la OI*, México, 1974 (2ª ed., 1982); M. Medina, *Las OI*, Madrid, 1976; M. Díez de Velasco, *Las OI*, Madrid, 1977 (14ª ed., 2006); U. Figeroa, *Manual de organismos internacionales*, Santiago de Chile, 1989; J.A. Pastor, *Curso de DI público y OI*, Madrid, 1980 (9ª ed., 2003); X. Pons, *Codificación y desarrollo progresivo del derecho relativo a las OI*, Barcelona, 1995; A. Rey, *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las OI*, Valencia, 2006; A. El Erian, "La organización jurídica de la Sociedad internacional", en M. Sorensen, *Manual de DIP*, México, 1973, 99; H. Llanos, "Las OI como sujetos de DI", *AIILADI*, 1987. **En otras lenguas:** G. Abi-Saab (ed.), *Le concept d'OI*, París, 1980; D. Bowett, *The Law of International Institutions*, Londres, 1982 (4ª ed.); F. Morgenstern, *Legal Problems of IO*, Cambridge, 1986; R.J. Dupuy (ed.), *Manuel sur les OI*, Dordrecht, 1988 (2ª ed., 1999); SFDI, *Les OI contemporaines*, París, 1988; M. Bertrand, *The Third Generation World Organization*, Dordrecht, 1989; C. Archer, *IO*, Londres, 1992 (3ª ed., 2001); H.T. Adam, *Les organismes internationaux spécialisés. Contribution à la théorie générale des établissements publics internationaux*, París, 1992; E. David, *Droit des OI*, Bruselas, 1994-1995 (7ª ed.); D. Dormoy, *Droit des OI*, París, 1995; H. Schermers y N.M. Blokker, *International Institutional Law*, La Haya, 1995 (4ª ed., 2004); A. Leroy Bennet, *IO. Principles and Issues*, Nueva Jersey, 1995; M.C. Smouts, *Les OI*, París, 1995; H. Schermers, *International Institutional Law* (3ª ed. con N.M. Blokker en un solo v. titulado *Unity within Diversity*, Dordrecht, 1995); S.A. Voitovich, *International Economic Organizations in the International Legal Process*, Dordrecht, 1995; Ch.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of IO*, Cambridge, 1996 (2ª ed., 2005), con amplia bibliografía; M. Martín Martínez, *National Sovereignty and IO*, La Haya, 1996; T. Sato, *Evolving Constitutions of IO*, Londres, 1996; A. Scidl-Hohenveldern y G. Loibl, *Das Recht der IO einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften*, Colonia, 1996; N. White, *The Law of IO*, Manchester, 1996 (2ª ed., 2005); SFDI, *L'effectivité des OI: mécanismes de suivi et de contrôle*, Journées franco-helléniques, París, mai, 1999; A. Reinisch, *IO before National Courts*, La Haya, 1999; B. Conforti, *The Law and Practice of the UN*, La Haya, 2000; I.Y. McWhinney, *The UN and a New World Order for a New Millennium*, La Haya, 2000; N.M. Blokker y H.G. Schermers (eds.), *Proliferation of IO: Legal Issues*, La Haya, 2001; J.M. Coicaud y V. Heiskanen (eds.), *The Legitimacy of IO*, Nueva York, 2001; U. Draetta, *Il diritto delle OI. Parte speciale*, Milán, 2001 (2ª ed., 2005); Ph. Sands y P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, Londres, 2001 (5ª ed.; reimpresión 2003); L. Boisson de Chazournes, *IO and International Dispute Settlement*, Nueva York, 2002; J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, 2002; M. Barnett y M. Finnemore, *Rules for the World: IO in Global Politics*, Nueva York, 2004; G. Schiavone,

IO: A Dictionary and Directory, Basingstoke, 2005; P. Weiss, *Les OI*, París, 2005. V. tb. el extenso artículo exploratorio de C.W. Jenks, "Some Constitutional Problems of IO", *BYIL*, 1945, 11; C. Broelmann "The Legal Nature of IO and the Law of Treaties", *ARIEL*, 1999, 141; J. Cardona, "L'incidence des OI sur les transformations du DI: réflexions au terme du XX siècle", *Hom. K. Vasak*, Bruselas, 1999, 975; J.E. Álvarez, "IO: Then and Now", *AJIL*, 2006, 324.

2. Acerca del nacimiento, terminación y sucesión de OI por virtud de tratado y sus caracteres, en lengua española: E. Albertí (ed.), *El proyecto de nueva Constitución europea: balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, 2004; A. Mangas, *La Constitución europea*, Madrid, 2005; AA.VV., *DI y Tratado Constitucional europeo*, Madrid, 2006; E. Arroyo, "Las CCEE, la UE y el problema de la sucesión de OI", *RIE*, 1986, 420; F. Mariño, "Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el DI", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. III, 1999, 315; F. Aldecoa, "Comentarios al Tratado por el que se establece un Constitución para Europa. ¿Qué es? ¿Un Tratado o una Constitución?", en *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Madrid, 2004, 19; J. Roldán, "El DI y el Tratado Constitucional europeo", *REEI*, n° 8, 2004; A. Olesti, "El futuro de la UE ante la adhesión de nuevos Estados y las perspectivas financieras", *REEI*, n° 10, 2005; S. Torrecuadrada, "La sucesión entre OI y la Unión", *ADI*, 2005, 227. **En otras lenguas:** P.R. Myers, *Succession between IO*, Londres, 1993; O. de Schutter y P. Nihoul, *Une Constitution pour l'Europe: réflexions sur les transformations de l'UE*, Bruselas, 2004; J. Ziller, *The European Constitution*, Londres, 2005; Monaco, "Le caractère constitutionnel des actes constitutifs des OI", *Mélanges C. Rousseau*, París, 1974, 153; E. Decaux, "La CSCE au lendemain du Conseil de Rome: un bilan de la transition institutionnelle", *EJIL*, 1994, 267; J.C. Piris, "L'UE a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?", *RTDE*, 1994, 599; J. Crawford, "The Charter of the UN as a Constitution", G. Abi-Saab (ed.), *The Changing Constitution of the UN*, Londres, 1997, 3; P.M. Dupuy, "The Constitutional Dimension of the Charter of the UN Revisited", *Max Planck Yearbook of UN Law*, 1997, 1; Ch. Bertrand, "La nature juridique de l'OSCE", *RGDIP*, 1998, 365; C.A.A. Packer y D. Rukare, "The New African Union and Its Constitutive Act", *AJIL*, 2002, 365; A. Abass y M.A. Baderin, "Towards Effective Collective Security and HR Protection in Africa: An Assessment of the Constitutive Act of the New African Union", *NILR*, 2002, 1.

3. Sobre la personalidad internacional y las competencias de las OI, en lengua española: J. Martín y Pérez de Nanclares, *El sistema de competencias de la CE*, Madrid, 1997; D.J. Liñán y C. López Jurado (eds.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura UE*, Granada, 2003; L.M. Hinojosa, *El reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros*, Valencia, 2006; J. Martín y Pérez de Nanclares, "La delimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia", *RDCE*, 2002, 343; J. Diez-Hochleitner, "El sistema competencial de la UE en el proyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea", en E. Albertí (ed.), *El proyecto de nueva Constitución...*, cit., 203. **En otras lenguas:** E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des OI*, Kluwer, 2002; V. Michel, *Recherches sur les compétences de la CE*, París, 2003; L. Azoulay y L. Burgorgue-Larsen (eds.), *L'autorité de l'UE*, Bruselas, 2006; P. Reuter, "Quelques réflexions sur la notion de 'pratique internationale' spécialement en matière d'OI", *Studi G. Sperduti*, Milán, 1984, 191; H. Caminos, "L'exercice des pouvoirs implicites par le Secrétaire général de l'OEA dans le cadre de l'établissement de la paix en Amérique centrale", *AFDI*, 1989, 189; D. Akande, "The Competence of IO and the Advisory Jurisdiction of the ICJ", *EJIL*, 1998, 437; G. Cahin, "La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux OI", *RGDIP*, 2003, 535. V. tb. biblio. Cap. VIII (capacidad convencional de las OI).

4. Sobre la participación y financiación de las OI, en lengua española: M. Pérez González, *Retirada y 'silla vacía' en la OI. Sus efectos*, Madrid, 1974; J. Santos, *La participación de la UE en OI*, Madrid, 2002; F.X. Pons, "Los criterios para el otorgamiento de la condición de observador en la AGNU", *RFDI*, 1995, 438; J. Coderch, "La financiación de NU", en *Las NU y el DI*, Barcelona, 1997, 69. **En otras lenguas:** A. Zarb, *Les institutions spécialisées du système des NU et leurs membres*, París, 1980; K.R.G. Sybesma, *The Status of Observers in the UN*, Bruselas, 1981; S. Ogata y P. Volcker (eds.),

Financing an Effective UN, Nueva York, 1993; K.D. Magliveras, *Exclusion from Participation in IO. The Law and Practice Venid Member States' Expulsion and Suspension of Membership*, La Haya, 1999; E. Suy, "The Status of Observers in IO", *R. des C.*, 1978, t. 160, 75; J.P. Cailloux, "Le retrait des États-Unis de l'UNESCO", *AFDI*, 1984, 734; M.C. Dock, "Le retrait des États membres des OI de la famille des NU", *AFDI*, 1994, 106; J.F. Flauss, "Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe", *EJIL*, 1994, 401; D. Shraga, "La qualité de membre non représenté: le cas du siège vacant", *AFDI*, 1999, 649.

5. En relación con la sucesión de Estados como miembros de una OI, en lengua española:

J.D. González Campos, "Notas sobre la práctica de las OI respecto a los efectos de la sucesión de Estados en el estatuto de miembros de la organización", *REDI*, 1962, 465; A. Dastis, "La desintegración de la Unión Soviética y la cuestión de la sucesión en las NU", *REDI*, 1992, 249; *id.*, "La crisis de Yugoslavia en las NU", *REDI*, 1992, 686. **En otras lenguas:** K.G. Bühler, *State Succession and Membership in IO: Legal Theories versus Political Pragmatism*, La Haya, 2001; J.F. Flauss, "Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe", *EJIL*, 1994, 401. V. tb. biblio. Cap. II (sucesión de Estados).

6. Sobre la estructura y funcionamiento de las OI, en lengua española: F.X. Pons, *Los expertos y las personas que tienen relaciones oficiales con la ONU*, Barcelona, 1994; C. Martí de Vesces, "La condición jurídica de los funcionarios internacionales y el TIJ", *REDI*, 1975, 373; J.M. Ruda, "Los Estados y los funcionarios internacionales", *Hom. A. Miaja*, Madrid, 1979, 754; S. Torres, "Los órganos subsidiarios: Contribución al estudio de las estructuras de las OI", *Hom. A. Truyol*, Madrid, 1986, 1149; S. Salinas, "Los comités intergubernamentales del Consejo de Europa. Mecanismos de funcionamiento y aportaciones a la construcción europea", *Rev. Aragonesa de Administración Pública*, n° 24, 2004, 45. **En otras lenguas:** Z.M. Klepacki, *The Organs of IO*, La Haya, 1978; SFDI, *Les agents internationaux*, París, 1985; C.F. Amersashingc, *The Law of the International Civil Service*, Oxford, 1988; H. Mouritzen, *The International Civil Service: a Study of Bureaucracy*, Aldershot, 1990; J. Leinoine, *The International Civil Servant: an Endangered Species*, La Haya, 1995; R. Monaco, "Les principes régissant la structure et le fonctionnement des OI", *R. des C.*, 1977, t. 156, 79; T. Meron, "Status and Independence of the International Civil Servant", *R. des C.*, 1980, t. 167, 285; M. Bettati, "Recrutement et carrière des fonctionnaires internationaux", *R. des C.*, 1987, t. 204, 171; S. Torres, "The Organs of IO. Subsidiary Organs", en R.J. Dupuy (ed.), *Manuel sur les OI*, cit., 121.

7. Sobre los procedimientos de adopción de decisiones, en lengua española: V. Blanco, *El voto ponderado*, Madrid, 1981; M. Marín, *Votos y vetos en la Asamblea General de las NU*, México D.F., 2004; J. Ferrer Lloret, *Consenso en el proceso de formación institucional de normas en el DI*, Barcelona, 2006; L. Martínez Sanseroni, "Consentimiento del Estado y OI", *REDI*, 1985, 41; **en otras lenguas:** P.C. Szasz, *Selected Essays on Understanding International Institutions and the Legislative Process*, Ardsley, 2001; H. Cassan, "Le consensus dans la pratique des NU", *AFDI*, 1974, 456; B. Conforti, "Le rôle de l'accord dans le système des NU", *R. des C.*, 1974, t. 142, 203; A. Cassese, "Consensus and some of its Pitfalls", *REDI*, 1975, 754; J. Kranz, "Le vote ponderée dans les OI", *RGDIP*, 1981, 313.

Capítulo VI

La sociedad civil internacional

XXVI. CONSIDERACIONES GENERALES

113. Las fuerzas transnacionales

La sociedad internacional está sufriendo transformaciones de un calado tal que, en ocasiones, amenazan la operatividad de conceptos jurídicos básicos hasta ahora del orden internacional. Es el caso del concepto de sujeto de DI. En la fecha canónica del nacimiento de la sociedad internacional —y del Derecho regulador de sus relaciones—, la paz de Westfalia (1648), las organizaciones políticas de referencia eran los Estados, superada la vinculación con una autoridad superior, al estilo del Sacro Imperio Germánico, o de la Autoridad Papal. Por eso, la denominación *mundo westfaliano* responde al imaginario depositado en una sociedad de Estados soberanos e iguales (v. Cap. I).

La existencia de fuerzas transnacionales ha constituido un desafío constante para las estructuras del DI desde hace décadas. Ya advirtieron los teóricos del momento la necesidad de que empresas y corporaciones transnacionales, las más características antaño de estas fuerzas, quedaran embridadas por las normas y obligaciones internacionales so pena de que su descontrol pudiera abrir brecha en el sistema internacional y contribuir a la deslegitimación e ineficacia de las soluciones que su ordenamiento provee.

Pero el problema —el poderío creciente de las corporaciones transnacionales— no sólo no se ha resuelto sino que, haciendo *surfing* sobre el lomo de la gran ola de liberalización económica que caracteriza el mundo globalizado, se ha agudizado. Los perfiles de la situación son, además, distintos, porque la actividad transnacional de las corporaciones es bien evidente, tejiendo redes y coaliciones (ONG de los negocios) que transmiten su voz a las conferencias internacionales, a la gestión de los regímenes internacionales, a la formulación de las políticas gubernamentales. Además, favorecidas por la filosofía desreguladora, se han involucrado en una creciente práctica de autonormación que va ocupando cada vez más espacios normativos (la nueva *lex mercatoria*, la estandarización promovida por la ISO).

Como no podía ser menos, el efecto que se deriva de la corriente contraria, la expansión normativa internacional a áreas que afectan a la actividad de las corporaciones transnacionales, ha acabado por exacerbar la exigencia de su responsabilidad (jurídica, social, ética) por una pléyade de actores tradicionales

y no tan tradicionales. De todo ello, por las razones que iremos desgranando, debe darse cuenta y debe dar cuenta, y contar para, el DI. Porque en este proceso algo puede haber cambiado.

Por otro lado, otra de las fuerzas transnacionales cuya pujanza, por cantidad, persistencia y efectos de la acción, e incluso reconocimiento internacional, está penetrando a gran velocidad en el entramado institucional y normativo del sistema internacional es la *organización no gubernamental*. En este caso, también ha contribuido a exacerbar su actividad la mencionada expansión normativa del DI hacia la regulación de problemas de índole transnacional en áreas en las que está presente el asociacionismo privado con la finalidad de la defensa del interés público. Si su presencia no es un factor novedoso, pues la acción transnacional de asociaciones de particulares cuenta con siglos de existencia, sí lo son la forma en que se presenta, cómo se incardina en los procesos de creación normativa hasta rozar las funciones negociadoras, de qué manera participa como agente para el control del cumplimiento de las obligaciones internacionales, desplegando un bastante asentado *droit de regard* dentro y fuera de concretos *régimenes internacionales* (v. Cap. XV), activando variados mecanismos, formales e informales de monitorización..., cómo entra en estrecha asociación con las OI, concretando una diversidad de estatutos consultivos que la han constituido en una pieza casi insustituible para el cumplimiento de determinadas funciones en ámbitos tan variados como la cooperación al desarrollo, la asistencia humanitaria, la protección internacional del medio ambiente, la normativa internacional de los derechos humanos... ¡Incluso el C. de S., a través de mecanismos informales de conexión (la *fórmula Arria*) se ha beneficiado del conocimiento que determinadas ONG, por su mayor proximidad al terreno de operaciones, tienen de las crisis humanitarias de los últimos tiempos! (v. *infra*) Y, en fin, su capacidad para autonormarse, los problemas que suscitan su heterogeneidad y desmesurado número, la falta de transparencia interna y legitimación que, como dardos en el combate ideológico, sobre ellas se proyecta, si se han convertido en actores irresponsables...

Son estos dos —ONG y corporaciones transnacionales— actores, no los únicos, que se predicán y se ubican al amparo del paraguas conceptual de la sociedad civil internacional. La fluidez del concepto de *sociedad civil* encuentra también proyección en el ámbito internacional.

Véase, si no, la definición del término contenida en el Informe del Secretario General de las NU relativo a los *Arreglos y prácticas para la interacción de las ONG en todas las actividades del sistema de NU* (julio de 1998). Allí se entiende por sociedad civil la esfera en la que se autoorganizan movimientos sociales alrededor de objetivos, clientela e intereses temáticos. Inclusive aunque no se construyese el concepto de sociedad civil internacional para englobar todas las relaciones transnacionales que no pasan por el cauce tradicional del Estado, habría desde luego que integrarlas en el tradicional y más amplio de sociedad internacional. Lo que se está produciendo es un desafío a la falta de habilidad del

actual sistema interestatal para tratar con los problemas globales de una forma democrática, legítima y efectiva. El concepto de sociedad civil global hace referencia a la transnacionalización de la vida social, a la interacción de individuos, pueblos, grupos y entidades de diversa condición, que resulta en la creación de redes, de un entramado de contactos efectuado a través de las fronteras del Estado y fuera de los cauces tradicionales de las relaciones internacionales.

114. Importancia actual de la sociedad civil internacional

En su Informe *Un concepto más amplio de la libertad...* (marzo de 2005) el Secretario General de NU, Kofi Annan, realiza no menos de veinte llamamientos a la participación de las organizaciones de la *sociedad civil* en la vida internacional en un sentido político, de intervención cívica. La Secretaría de la ONU es, desde luego, una gran animadora de esta participación. Baste advertir como la *sociedad civil* aparece como una de las rúbricas de referencia en la portada misma de la página *web* de la Organización.

¿Por qué se habla hoy con tanta profusión de sociedad civil internacional y por qué tiene una repercusión evidente en el ámbito del DI?

Primero, por el propio auge de los actores no estatales en el ámbito de las relaciones internacionales. De los dos que examinaremos, ONG y corporaciones transnacionales, no sólo por los datos cuantitativos, sino también por su penetración en las estructuras de poder internacional, se ha llegado a afirmar que el sistema internacional está hoy estructuralmente caracterizado por redes horizontales y verticales de actores no estatales. Resulta exagerado aceptar tal reversión del sistema internacional, pero hay ya que introducir esa perspectiva para poder comprender la deriva de la sociedad internacional.

Segundo, porque la proliferación de los actores no estatales implica un creciente desafío a un sistema tan estatocéntrico como el internacional. Desafío que no tiene por qué interpretarse como alternativa y radical impugnación del modelo estatal. Tanto ONG como empresas y corporaciones transnacionales entran en interacción con los Estados en muy diferentes claves, pero no hay una línea de pensamiento que pueda articular un modelo de relaciones internacionales que pueda sustituir al Estado como forma básica de organización política de la sociedad internacional (v. Cap. I). La presión de dichos actores va en otra dirección, encaminada a parasitar, manipular o ejercer influencia sobre el sistema internacional, pero sin transformar sus estructuras básicas.

Tercero, porque este desafío para el Estado, como actor esencial y piedra angular de la sociedad internacional, coexiste con la permanente situación de crisis de identidad en la que éste se encuentra, al menos en sus modelos tradicionales.

Cuarto, por las complejidades crecientes que se acentúan en el entramado societario internacional, entre ellas, por la eclosión de problemas de alcance transnacional que sólo pueden gestionarse en ámbitos superiores al Estado y que afectan directamente a los agentes de la sociedad civil: violaciones de los derechos humanos por gobiernos y corporaciones transnacionales, daños al medio ambiente de escala global como el cambio climático, constitución de un mercado a escala universal, globalización de los flujos financieros, incesantes movimientos migratorios, etc. Es natural que problemas de diferente calado hagan emerger nuevas técnicas de cooperación entre los actores tradicionales para hacerles frente. Entre ellas, la proliferación de los *regímenes internacionales*, el recurso al transgubernamentalismo, o la cooperación entre entidades subestatales, a más de múltiples técnicas informales. Estas nuevas técnicas constituyen campos abonados para la penetración de las organizaciones de la sociedad civil, para que éstas interactúen, influyeran y presionen a los actores estatales.

Y, quinto, porque se ha producido en las últimas décadas una expansión acelerada y prodigiosa, una multiplicación que parece no tener fin, de las reglas del ordenamiento internacional. Este fenómeno no debe ser sólo medido en términos cuantitativos sino también en lo que significa de avance hacia campos no tradicionales en los que se ha topado con la presencia e intereses de los actores no estatales. Son estos sectores más innovadores y progresivos del ordenamiento internacional los que reconocen con más frecuencia la existencia de estas fuerzas o agentes normativos de nuevo cuño, bien como partícipes del proceso decisorio internacional, bien como vigilantes de que los actores tradicionales cumplen con los estándares normativos que de él surgen. En muchos casos, ese reconocimiento normativo no es más que el tributo a las presiones de los actores no estatales para participar en el proceso o para que este se encamine en una dirección determinada. En la lucha por la norma, en el juego en torno a las reglas internacionales, los actores no estatales han atravesado la epidermis, pero todavía no se han instalado en los centros neurálgicos.

XXVII. DOS ACTORES NO ESTATALES: LAS ONG Y LAS CORPORACIONES TRANSNACIONALES

115. Las ONG

Hay quien ha sostenido que el activismo mostrado por las ONG en la segunda mitad del siglo XX ha supuesto una revolución tan significativa como fue la emergencia del Estado nación en el siglo anterior. Dicho diagnóstico, exagerado, tiene posos de verdad.

Desde una perspectiva cuantitativa se advierte su creciente participación en *cumbres* o conferencias internacionales.

Así, por ej., en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002), se acreditaron ocho mil veintiséis representantes de novecientas veinticinco organizaciones de la sociedad civil. En la IX Sesión de la UNCTAD (Sao Paulo, 2004), participaron doscientas siete ONG con estatuto consultivo y otras ciento ochenta y ocho organizaciones de la sociedad civil especialmente acreditadas para la ocasión.

Desde una perspectiva cualitativa se advierte la variedad de campos de actividad internacional en que se hallan instaladas las ONG: desde los derechos humanos y el medio ambiente o la cooperación al desarrollo —marcos naturales de actuación— al desarme, la codificación del DI, la adopción de estándares de conducta o el mismo sistema de seguridad colectiva —espacios en los que su presencia puede provocar cierta sorpresa— es difícil encontrar un ámbito que no las haya concitado.

De ahí que una semana antes del inicio de la AG de NU a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno que debía pronunciarse sobre la reforma de la Organización (septiembre de 2005) la Secretaría General de la ONU reuniera en Nueva York una Conferencia con tres mil quinientos representantes de mil ciento sesenta ONG y fuerzas sociales de ciento veinticuatro países como caja de resonancia de la Cumbre.

Para entender este fenómeno asociacionista y su impacto en las estructuras del sistema internacional debe trascenderse de la concepción de las ONG como actores sociales, entes dedicados a la gestión de actividades de corte asistencial, de carácter cooperativo. Las ONG son, sin duda, esto y en una gran proporción, pero sólo si se considera que constituyen cauces autónomos de participación política puede explicarse la contundencia con que impactan en las estructuras internacionales y la hostilidad —el recelo, al menos— que suscitan en determinados sectores.

Las ONG han existido siempre, incluso antes del siglo XIX, cuando se organizaban asociaciones de ciudadanos para luchar contra la esclavitud, como la *Pennsylvania Society for Promoting the Abolition of Slavery* (de 1775). Pero la característica de la era actual es la de su crecimiento exponencial.

El *Yearbook of International Organizations* recoge unas cuarenta mil, lo que ya de por sí anuncia uno de los problemas que debe afrontarse, la gestión de su desbordante número. Inclusive en proporciones más moderadas pueden suponer un desafío para los foros internacionales que las acreditan como observadoras: ya en la Cumbre de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) se acreditaron unas mil cuatrocientas y, casi diez años después, en la Cumbre de Durban contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (2001), concurrieron unas dos mil novecientas.

Este crecimiento exponencial se debe a varios factores:

1) la retroalimentación del proceso: generadas las ONG en el *Norte*, como manifestación de la insatisfacción ciudadana por los cauces oficiales de expresión política y de ayuda al desarrollo, se proyectan hacia el *Sur* y, además, se engolfan en la creación de múltiples redes de relación;

2) La importancia en aumento de las ONG en el cumplimiento de diferentes funciones del sistema internacional: sustituyen al Estado, prolongan el entramado de cooperación al desarrollo, facilitan informaciones básicas,...; y,

3) la relación asociativa profunda creada entre las ONG y las OI a través de múltiples cauces que trascienden las más de las veces los vínculos formales.

Aunque las ONG se hayan presentado desde posiciones interesadas como las adelantadas de un modelo alternativo de sociedad internacional cuya pretensión fuese la de dar por superado al Estado, la proliferación de ONG y la componente política de su activismo no representa la encarnación de un modelo radicalmente distinto de sociedad internacional. En sus relaciones con los Estados y las OI, las ONG pueden llegar a acomodarse, como ha advertido A.M. Slaughter, en diversos tipos o modelos relacionales: unas siguen el *modelo institucionalista*, que se inspira en la cooperación con Estados, organizaciones o regímenes internacionales y que muy bien podrían encarnar ONG como las que se asocian con la Oficina de Ayuda Humanitaria de la UE, a través de los correspondientes contratos, para continuar su labor asistencial. Otras apuestan por el desempeño de actividades de denuncia y, en ese sentido, siguen un *modelo liberal*, caracterizado por situarse frente al Estado, en vigilancia de sus políticas y denuncia de sus incumplimientos. Es la actividad principal de ONG como *Amnistía Internacional*, *Greenpeace* o *Human Rights Watch*. Finalmente, una tercera posibilidad se abre cuando la ONG actúa en ignorancia del Estado: así ocurre bajo el *modelo del mercado*, en el que se desenvuelven como fuerzas autónomas. Muchas actividades de la *Cámara Internacional de Comercio*, de las llamadas ONG de los negocios, de la *Oficina Internacional de Estandarización (ISO)* podrían obedecer a esta lógica. Pero los modelos descritos no se presentan como tipos puros, no actúan a guisa de categorías de ONG; nos ilustran acerca de los tipos de relaciones que entablan con los Estados y más de uno, o todos, pueden corresponder a la actividad desplegada por una misma organización.

Las ONG no despiertan entusiasmos unánimes. El aluvión de críticas que recogen, desde todas las posiciones, interesa porque se proyectan como parte del discurso impugnador de sus pretensiones. Las ONG han sido anatematizadas como los “nuevos potentados de las relaciones internacionales”, “defensores de intereses particulares”, primmundistas, “irresponsables jurídica, social, política y éticamente”, agentes del imperialismo, conchabados frente al Estado con los funcionarios de las OI, anestelistas de las movilizaciones populares, y un largo etcétera.

Sin perjuicio de que no se pueden aplicar generalizaciones a un colectivo tan dispar, de decenas de miles de integrantes, estas descalificaciones no son de recibo si con ellas se trata de combatir la presencia internacional de las ONG, que es ya ineludible, pero pueden ser consideradas, en lo que tengan de verdad, a la hora de determinar las modalidades de su participación en los sectores en que están presentes.

Pero ¿qué es una ONG? No existe una definición jurídica aquilatada por la práctica internacional, o que derive del Derecho comparado. La razón de esta carencia bien puede encontrarse en la evidente falta de interés de los Estados en

concederles un estatuto jurídico internacional determinado. Resulta abonada, además, por la heterogeneidad con que las legislaciones nacionales e, inclusive, las OI las tratan. En cuanto a las legislaciones nacionales, éstas las califican como asociaciones, fundaciones u otro tipo de entidades privadas. En el caso de las OI resulta sintomático que sólo una, el Banco Mundial, maneje hasta nueve definiciones de organismos de la sociedad civil según las acciones concernidas.

Algún intento armonizador sí que ha habido, pero de modesto alcance. Es el caso de la *Convención europea sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las ONG internacionales* (1986), celebrada bajo los auspicios del Consejo de Europa, de la que sólo son partes (en octubre de 2005) diez Estados (entre los que no se encuentra España). La definición que adopta es más bien magra, pues exige en su art. 1 “de las asociaciones, fundaciones y otras instituciones privadas” que cumplan sólo las siguientes condiciones: finalidad no lucrativa de interés internacional; creación por un acto relevante de Derecho interno; ejercicio de una actividad efectiva en al menos dos Estados; sede en el territorio de un Estado. Ciertamente es que el objeto de la Convención es limitado: el reconocimiento mutuo de la personalidad jurídica de estos entes.

Del lado de la codificación privada, el IDI abordó en fecha tan temprana como 1923 (sesión de Bruselas) y luego en 1950 (sesión de Bath) tal tarea definitoria, concibiendo a las ONG como asociaciones de carácter privado, sin espíritu de lucro y persiguiendo fines de interés internacional.

Pero, si no hay un pensamiento doctrinal uniforme que pueda ahormar a estos actores en unos parámetros jurídicos concretos, reconocidos internacionalmente, sí pueden avanzarse algunos rasgos comunes que definen, con carácter general, qué puede entenderse por ONG. Tales rasgos provienen de la práctica internacional, de los requerimientos que dirigen las OI a las ONG que buscan entablar con ellas algún tipo de relación oficial. Son los siguientes:

1) En atención a su origen las ONG son actores de carácter privado, no creadas por tratado o acto internacional alguno. Se encuentran, por tanto, constituidas en virtud del Derecho interno de un Estado.

En algunos Estados, la creación se somete a la legislación que genéricamente preside la constitución de asociaciones y fundaciones.

Es el caso de España, donde se encuentran sometidas a la legislación sobre asociaciones (L.O. 1/2002) o sobre fundaciones (Ley 50/2002). En la misma línea, en Perú, o en Brasil, es el Código civil la ley reguladora para la constitución de ONG, bajo el formato de asociaciones o fundaciones. Algunos países, atendiendo al tipo de ONG de que se trate, exigen un paso más, por lo normal un registro, o la adquisición de un estatuto, como sucede en Chile: las ONG que se dedican al desarrollo deben constituirse inicialmente como corporaciones — en virtud del Código civil — y después solicitar el estatuto tipo de “corporación de ONG de desarrollo” (Decreto Supremo n° 232 del Ministerio de Justicia).

En otros países se ha ido imponiendo la tendencia dirigida a la adopción de leyes específicas sobre ONG.

Es el caso de México, donde se constituyen previamente como asociaciones en virtud del Código civil federal y luego, gracias a la Ley federal de fomento a las actividades realizadas por las organizaciones de la sociedad civil (Ley federal de 9 de febrero de 2004), se establece la obligación de registro y diversos órganos de control de las ONG allí acreditadas. Con una filosofía de control similar a la manifestada por México, otros países cuentan también con leyes específicas sobre ONG, como sucede en el caso de África del Sur (1997), Azerbaiyán (2000), Malawi (2001), Tanzania (2002) o Zimbabwe (2004).

No cabe duda de la finalidad de control que inspira a algunas de estas leyes, que manifiesta la tensión estatal/no estatal característica de todo lo que ocurre en torno al fenómeno ONG, pero también pueden localizarse rastros de los enfrentamientos *Norte/Sur*, puesto que cuando la ley viene adoptada por un país en desarrollo, en el punto de mira de la misma se encuentran, en gran medida, las ONG internacionales que en su territorio actúan y que, por lo general, suelen ser ONG del *Norte*.

2) Un segundo rasgo exige de las ONG que sean *independientes*, fundamentalmente de los gobiernos, aunque tal virtud debe ejercerse también respecto de otras entidades con las que estos actores entran en relación. La expresión *no gubernamental* explicita que los gobiernos —los Estados— no pueden ser miembros de ONG.

La membresía de las ONG, por lo demás, difiere considerablemente, no se encuentra sometida a reglas, ni en cuanto a la cantidad, ni en cuanto a la condición de sus afiliados. Las hay de masas, como *Amnistía Internacional*, cuya sección española cuenta con veinticinco mil miembros; las hay que no son más que un aparato organizativo carente de afiliación. La única prohibición, inherente a su naturaleza es, precisamente, que los gobiernos no formen parte de ellas. Y aún así algún híbrido puede localizarse: *The World Conservation Union* (IUCN), por ej., cuenta entre sus miembros con ONG nacionales (setecientas sesenta y ocho) e internacionales (ochenta y dos) y, además, con ciento doce agencias gubernamentales y ochenta y dos Estados miembros. Pero es una rareza.

Tampoco los gobiernos deben inmiscuirse en la vida de la organización y utilizarla como correa de transmisión de sus políticas. Pero el fenómeno existe y se ha llegado a acuñar un término que alude a la dependencia gubernamental de algunas de estas entidades: QUANGO o, en términos castellanos: ONG cuasigubernamentales, formalmente independientes, pero materialmente dependientes, por lo general de la financiación de sus gobiernos.

La financiación es una de las piedras de toque en este ámbito. Por eso, para preservar su independencia, algunas ONG no aceptan más fondos que los que alleguen sus socios y, en hipótesis, donen particulares. *Greenpeace* se sitúa en esta línea, al rechazar las contribuciones financieras de gobiernos y empresas, pero aceptar —junto a las cuotas de sus socios— donaciones de personas físicas. *Amnistía Internacional* sólo rechaza la financiación de gobiernos. Pero otras ONG tienen en la financiación externa, pública y privada, su razón de ser, sobre todo aquéllas cuyo mandato las dirige a participar en la asistencia y cooperación al desarrollo. Sin fondos provenientes de donantes privados o públicos no podrían realizar actividad alguna. Aquí, de nuevo, la financiación —por la que se compite de manera despiadada— puede convertirse en la manera de debilitar o hacer desaparecer la independencia exigida a toda ONG. Por eso deben ser transparentes, rendir cuentas de los fondos recibidos y de la gestión de los mismos, exigencias que suelen estar contenidas en sus estatutos y que conforman una dimensión de la más amplia responsabilidad que se requiere de estos actores no estatales.

3) Se exige de las ONG que cuenten con una *determinada estructura organizativa*, unas mínimas dosis de formalismo orgánico. Tal requisito, que pretende garantizar una cierta estabilidad y permanencia de estos actores, no deriva sólo de las respectivas legislaciones internas que presiden su constitución y las dotan de personalidad jurídica en el país de que se trate; también aparece en las reglas que las OI aprueban como marco de relación con las ONG.

En el caso de NU la res. 1996/31 del CE y S exige, entre otros requisitos, para la concesión de estatuto consultivo, una sede, un jefe administrativo y, lo que es más interesante, una constitución adoptada de forma democrática, una estructura representativa y mecanismos apropiados de rendición de cuentas. De ser cierto que la participación de las ONG en las estructuras del sistema internacional favorece su democratización, nada más cabal que exigir de las ONG la práctica de la virtud democrática en su organización interna. Lástima que, a menudo, no se verifiquen estos requisitos como es debido.

Otra institución internacional, con rica apertura hacia la sociedad civil, como la OEA, incluye también esa exigencia en sus Directrices para la participación de las organizaciones de la sociedad civil en sus actividades (re. 759 (1217/99).

4) Las ONG no deben perseguir fines lucrativos. No deben defender directamente fines comerciales ni distribuir beneficios entre sus miembros. Este es el rasgo que las diferencia de otro de los componentes emergentes de la sociedad civil: las corporaciones transnacionales.

Pero éstas, que no pueden ser concebidas como ONG, sí pueden, en cambio, crear y ser miembros de ONG, conocidas como las ONG de los negocios (BINGO, en sus siglas anglosajonas), de las que la *Cámara Internacional de Comercio* es un ejemplo entre muchos. En las negociaciones para la celebración de tratados ambientales, las corporaciones transnacionales más implicadas en el sector participaron a través de diversas ONG de los negocios, como la *Global Climate Coalition*, en la que estaba *British Petroleum* hasta que la abandonó en 1997 en pro de la defensa de posturas más moderadas. Es ésta una muestra más de la irreductible diversidad de las ONG que, desde la perspectiva de los fines que persigue, incluyen en sus filas dos categorías tan contrapuestas como las ONG de los negocios y las que pretenden la defensa del interés público (aunque las primeras considerarán sesgada esta afirmación).

La obtención de beneficios como consecuencia de sus actividades no descalifica a una organización como ONG. Sólo que, en este caso, rige el principio de prohibición de su distribución a los miembros bajo cualquier forma (reparto de dividendos u otras compensaciones). Las actividades económicas del sector terciario no pueden ser el objeto esencial de su existencia, pero sí está admitido que puedan recurrir a ellas, con tal que la finalidad de la obtención de beneficios sea la de sufragar las actividades esenciales descritas en su mandato o misión.

En el mismo orden de consideraciones la prohibición no alcanza el pago de salarios y dietas razonables a favor de los agentes de la entidad, que no están obligados al voluntariado. En todo caso, la ONG habrá de hacerse cargo de los gastos que conlleva su representación y gestión.

5) Las ONG deben dedicarse a la persecución de finalidades lícitas. Obviamente una asociación de malhechores no es una ONG. Pero hay casos muy vidriosos. La investigación de los crímenes del 11 de septiembre han desvelado una trama en que ONG islámicas con objetivos aparentemente asistenciales y caritativos

podían ser canales de financiación de grupos terroristas, como *Al Qaeda*. Ahora bien, ¿cuál es el parámetro para medir la licitud de las actividades de una ONG? Si es de alcance nacional, no tiene sentido sino en relación con el ordenamiento del Estado en virtud del cuál se ha constituido. Si realiza actividades transnacionales la vara de medir correspondería al ordenamiento del Estado donde las realiza.

6) Las ONG cuentan con específicas funciones y objetivos, con un ámbito de actividad marcado por un mandato. Como la creación de una ONG es un acto de Derecho interno, las exigencias al respecto son variables, en estricta dependencia de la legislación que preside su constitución. Pero, en todo caso, la ONG debe contar con un mandato, es decir, con la expresión más o menos formal de sus funciones y objetivos, según se encuentran contenidos en una carta constitutiva, declaración política o en cualquier otra forma pública.

La legislación de los Estados no suele requerir un alto grado de concreción sobre los objetivos y funciones de las ONG, pero todo depende del tipo de legislación que cada Estado se da para regular la actividades de las entidades y asociaciones de carácter no lucrativo.

Por ej., el Código civil de México no concreta más que la necesidad de que se registren los estatutos de las asociaciones (en esa categoría se insertan las ONG), con determinación de su objeto. Eso sí, la Ley Federal de fomento a las actividades realizadas por las organizaciones de la sociedad civil, de 9 de febrero de 2004, conceden sus beneficios a las que se dediquen a determinadas actividades (entre otras la asistencia social, la participación ciudadana en los asuntos públicos, apoyo para el desarrollo de los pueblos indígenas... descritas en su art. 5). Por su parte, la ley de Kirguistán sobre organizaciones no comerciales, de 1 de octubre de 1999, sostiene también la necesidad de que la Carta constitutiva de la entidad describa la actividad que va a desempeñar, determinando que un cambio en la misma exigiría que se pronunciase el órgano de gobierno máximo de la entidad y recuerda que dichas entidades tienen el derecho a realizar actividades no prohibidas por el Derecho y "que no contradigan los objetivos establecidos en su carta constitutiva, programas y otros actos de la organización" (arts. 10 y 12). En un sentido similar, la sudafricana *Non-Profit Organisations Act* de 1997 exige también como un requisito para la inscripción de este tipo de entidades que la solicitud que se presente contenga los objetivos principales de la organización.

El mandato tiene una clara repercusión o lectura en el ámbito internacional. Su coincidencia con las competencias de una determinada OI marcará la posibilidad de que se entablen relaciones entre ambas entidades.

En el caso de NU tendrá esta cuestión una repercusión directa en el tipo de estatuto que el CE y S conceda a la ONG. La res. 1996/31 discrimina positivamente a las entidades vinculadas con la mayoría de las actividades que conciernen al Consejo ofreciéndoles el estatuto de observador más apreciado, a saber, el estatuto consultivo general; es el caso, por ejemplo, de *Caritas Internationalis*, *Cámara Internacional de Comercio*, *Médicos sin Fronteras Internacional*, o *World Wide Fund for Nature International*. Por el contrario, si las ONG se limitan a desplegar una actividad de carácter específico, si su competencia abarca sólo unos pocos campos de la actuación del Consejo, su estatuto será más limitado, a saber, el estatuto consultivo especial. En este caso se encuentran, entre otras, *Amnistía Internacional*, *Comisión Internacional de Juristas*, *Freedom House* o *Human Rights Watch* (v. *infra*)

116. Las Corporaciones transnacionales

Una de las señas de identidad del presente, bajo el manto de la *gran metáfora* que preside nuestro tiempo —la globalización o mundialización—, en afortunada expresión de F. Vallespín, es la emergencia pujante y preocupante de las corporaciones transnacionales como actores en el entramado societario internacional. El diagnóstico sobre el fenómeno corporativo, y cualquier propuesta que plantee su participación en las instituciones y foros internacionales, debe partir de una percepción básica: la diseminación de las corporaciones dista mucho de ser universal, es un fenómeno del Norte. El Informe Mundial sobre Inversiones de 2004 de la CNUD sitúa con sede en Estados Unidos, Japón y la UE al noventa por ciento de las cien primeras corporaciones; entre las que no son del Norte, treinta y dos de las cincuenta primeras se encuentran en Asia. Pero su actividad se expande por todo el orbe, por un mundo con un índice de transnacionalización tan agudo que autorizadas voces se preguntan si son las corporaciones transnacionales las que regulan el mundo. Aunque sea por esto, para evitarlo, la normativización del fenómeno corporativo es un desafío pendiente para la sociedad internacional, aunque en unas coordenadas muy distintas a las de épocas anteriores.

En efecto, el interés que el DI deposita en las corporaciones transnacionales viene de antiguo, con un enfoque animado por el deseo de sujetarlas al control de las normas internacionales, dada la natural tendencia corporativa a evadir la sujeción a las regulaciones nacionales. Esta perspectiva, clásica, fue la del NOEI y sigue, con otro acento, sin solución de continuidad, como expresan las *normas sobre responsabilidad de las corporaciones transnacionales y otras empresas en relación con los derechos humanos* (agosto de 2003), adoptadas por la subcomisión sobre promoción y protección de los derechos humanos de la CDH. Pero no es la única.

Iniciativas propulsadas por el Secretario General de NU, Kofi Annan, como la del *Pacto Mundial* (*Global Compact*) pretenden incentivar el compromiso voluntario de las corporaciones transnacionales en orden al cumplimiento de diez principios fundamentales de respeto de derechos humanos, laborales y medioambientales y de lucha contra la corrupción, significativos de una ciudadanía corporativa responsable, íntegra y transparente. En septiembre de 2005 la iniciativa contaba con una cincuentena de redes nacionales y más de dos mil cuatrocientas corporaciones participantes y a fin de hacerla progresar se tenía el propósito de dotar la iniciativa, a propuesta de la Oficina del Pacto, dependiente de la Secretaría de NU, de una cierta trama orgánica adicional (un Consejo, un foro anual de redes nacionales y una Cumbre de Líderes trienal). La iniciativa no ha estado, en todo caso, exenta de críticas que podrían ver reforzado su fundamento si con ella corporaciones implicadas en la violación de los principios que se predicen lavan su imagen por un módico precio y hacen mercadotecnia, mientras obligaciones asumidas por los Estados para, incorporadas y desarrolladas en los Derechos internos, regular la conducta de esas mismas corporaciones, se disipan...

Las corporaciones transnacionales se han trasmutado también en actores que no se limitan a dar cumplimiento a su objetivo social sino que han trascendido al plano internacional en tres dimensiones:

1) La participación en la *gobernanza* mundial, en el sentido que NU da a este término (v. *infra*), ciertamente pedante.

Aunque no lo hagan con la misma profusión que destinan a las ONG, algunas OI —como la UIT (art. 19 de su Convenio) o la OMT (art. 7.1 de sus Estatutos), conceden a entidades del sector privado la posibilidad de constituirse como miembros *afiliados* (v. Cap. V) En el mismo sentido, *regímenes internacionales* conceden un papel en su gestión a entidades privadas: Así ocurre, por ejemplo, en el caso del *Intergovernmental Panel on Climate Change*

2) El compromiso con el desarrollo de lo que ha sido calificado como un *Derecho global sin Estado* (G. Teubner), que se concreta en la reglamentación privada de algunas parcelas de la actividad transnacional, al estilo de la *lex mercatoria*; y,

3) Una activa labor en las diversas fases del *proceso internacional*, pues participan con estatutos consultivos en Conferencias internacionales y en las negociaciones de acuerdos internacionales, bien a través de las ONG de los negocios, bien directamente.

El problema que las corporaciones transnacionales presentan al DI se ha agudizado, bien porque a caballo del proceso globalizador su control se hace más dificultoso, bien porque su inserción en los entramados institucionales se ha reforzado. Por eso interesa al DI, porque su figura discutida, su influencia incontrolable, su acción que bordea el sistema internacional, cuando no propende a ignorarlo, son las propias de actores de primer orden cuya responsabilidad debe formularse a cambio de una participación graduada y consecuente. Contemplar a las corporaciones transnacionales como un objeto tradicional de la regulación internacional olvida, por ello, dos realidades: que son un objeto más bien refractario, por la falta de consenso internacional sobre cómo llevar a cabo dicha regulación y que, más que objetos, son ya agentes que juegan un cierto papel en los *procesos internacionales*.

La falta de un régimen jurídico internacional aplicable a las corporaciones transnacionales, que encuentra explicación en las disensiones entre los países del *Norte* y del *Sur*, es la causa de que, como ocurre con las ONG, tampoco pueda formularse una definición jurídico internacional de este actor transnacional. A la hora de identificar una corporación transnacional se constata la diversidad más absoluta. Pueden revestirse de muy diferentes formas legales. Quizás sirva con entender que se trata de una empresa que, a través de la inversión directa en el exterior, controla y dirige filiales en países diferentes a aquél donde tiene su sede. Los rasgos característicos del fenómeno serían un cierto grado de formalismo, una unidad económica, una dirección única y un único control.

Eso sí, encontramos definiciones de trabajo, perfiladas por OI que, por regla general, han debatido acerca de formas para controlarlas. Los resultados se han volcado en códigos de conducta, no en textos de alcance obligatorio. Entre ellos cabe destacar la *Declaración sobre inversión y empresas multinacionales* (1976) elaborada por la OCDE, o la *Declaración tripartita de principios concernientes a las empresas multinacionales y la política social* (1977) elaborada por la OIT cuando las tesis del NOEI navegaban con viento de popa.

Rotas las cadenas que aherrojaban la expansión inmisericorde de las tesis liberales tras la caída del *muro de Berlín*, el curso de los acontecimientos no ha

modificado drásticamente el enfoque tradicional de la regulación internacional de las corporaciones transnacionales. Si en el caso de las ONG se atisbaba la emergencia de una serie de requerimientos de Estados y OI con la finalidad de regular el diálogo internacional en términos característicos de un estatuto consultivo, en el caso de las corporaciones sólo hay un goteo de actitudes similares.

Por ello, en primer término, no existe un marco jurídico internacional específico que reconozca de tales actores su aptitud relacional en la misma medida que para las ONG, con ser el de éstas no muy ambicioso de contenido. Las corporaciones siguen siendo percibidas, para el DI, como objeto de la regulación. En segundo término, desde esta perspectiva clásica, tampoco existe un marco jurídico internacional específico, aunque haya habido intentos, frustrados por la tensión regulación/desregulación que preside esta materia, por las posiciones enfrentadas de países occidentales y en desarrollo y, por supuesto, por las propias resistencias corporativas, que tanto eco encuentran en los países donde estos entes tienen su sede.

Entre los rasgos que caracterizan la regulación internacional actual de las corporaciones transnacionales pueden mencionarse:

En primer lugar, se cuenta desde 1994 con un marco institucional (la OMC) que absorbe la regulación de algunas de las cuestiones que afectan a las corporaciones transnacionales. En particular, el *Entendimiento para la solución de controversias*, aunque no propicia un *ius standi* directo de las empresas, ha posibilitado en varias formas la emergencia de sus intereses. Algunos casos, resueltos entre Estados partes, no son sino resultado del enfrentamiento directo entre corporaciones transnacionales.

En segundo lugar, si en 1995 fracasó el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) que los países miembros de la OCDE pretendían adoptar entre sí para luego proyectarlo sobre los Estados del Sur, han proliferado los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, de los que se cuenta en la actualidad con más de dos mil, de contenido y estructura casi miméticos, con cláusulas relativas a un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras, a la concesión del trato nacional, de la cláusula de nación más favorecida, del derecho a una indemnización en caso de medidas expropiatorias o a la libre transferencia de rentas, junto con la posible internacionalización de los mecanismos de solución de controversias, en la dirección del arbitraje o del mismo CIADI (v. Cap. XXII).

En tercer lugar, la exigencia de responsabilidad de las corporaciones transnacionales, formulada en diversas direcciones y con diferentes sentidos — jurídica y social, ética y política — ha generado una amplia oleada de apoyos y encontrado tal eco que, si no es la causa de que se adopten reglas jurídicas constringentes al respecto, sí explica el recurso extenso a los códigos de conducta. De estos, los hay de muy variada factura: códigos corporativos, que adoptan las mismas empresas, códigos que las ONG enarbolan contra ellas, o la antes mencionada iniciativa *Pacto Mundial (Global Compact)*.

Finalmente, en cuarto lugar, se han abierto con el retraimiento del Estado y la desregulación pública internacional nuevos márgenes para la cooperación regulatoria entre las propias corporaciones transnacionales, que han llevado a la aparición de *regímenes internacionales* de carácter privado y, en expresión más rotunda y grandilocuente, a la emergencia de una autoridad privada en las relaciones internacionales, progresivamente comprometida en un proceso autoritativo de toma de decisiones, realizando incursiones en lo que parecía ser la antigua prerrogativa, el monopolio de los Estados, a saber, la adopción de normas a escala internacional.

De manera muy significativa se ha llegado a formular la idea de un *Derecho global sin el Estado* (G. Teubner). Se acuña así una etiqueta más que se mueve en la misma línea de exigencias ideológicas y, también, de constatación de tendencias que encuentran una plasmación cierta en la vida real, en el tráfico privado económico transnacional. Se defiende y postula el adelgazamiento del Estado, la consagración del Estado minimalista, el *soft-State*, su sustitución por los actores globales en los que en realidad se residencia el poder político y económico y, como corolario, ¿por qué no?, el normativo: las corporaciones transnacionales y su capacidad de tejer redes de relación privada, de abrir un espacio propio que, como cualquier otro, acaba por necesitar reglas que presidan la conducta de los sujetos que desempeñan sus actividades en este ámbito. En puridad, ni siquiera se encuentran solas en ese nuevo espacio, ya que conviven con otras formas asociativas que tampoco han obtenido nunca reconocimiento formal internacional y que, por el mismo activismo de aquéllas, adquieren una relevancia insospechada. En este caso se encuentran las asociaciones sindicales, las asociaciones profesionales e incluso las deportivas, las llamadas *fuerzas sociales*.

XXVIII. ACTORES NO ESTATALES Y SISTEMA INTERNACIONAL

117. La apertura del sistema internacional a los actores no estatales

Más allá de la recurrente crisis del Estado, es todavía innegable su centralidad en la ordenación de las relaciones societarias internacionales y, por ende, en todo lo atinente al DI. Pero la índole transnacional de los problemas que acucian en nuestro tiempo ha provocado un poderoso efecto *llamada* sobre los actores no estatales en su potencial gestión. De ahí ha surgido el concepto polisémico de *gobernanza*, cuya asunción implica, sin discutir el grado en que esto ocurra, que no todo principia y acaba en el Estado, que las fuerzas sociales que orbitan en su rededor tienden a influirle, presionarlo, complementarlo y/o anularlo. En esta dirección, el sistema internacional se encuentra ante un auténtico desafío, cuya ingesta resulta clave para su futuro: el reconocimiento de las diversas lógicas que interactúan en la sociedad internacional y que no siempre se encuentran presen-

tes en los procesos decisorios internacionales y, entre ellas, la que encarnan los actores no estatales. El desafío, por tanto, no es otro que vertebrar su participación en el sistema internacional en unos términos que hagan justicia a los impulsos provenientes de la *sociedad civil*. Así debe entenderse, y así se hace en el ámbito de NU, el término *gobernanza* internacional. No hay camino alternativo al Estado, no hay fuga del sistema internacional hacia otro tipo de modelo de ordenación política que prescinda de él.

Tal participación, además, ya se está produciendo, con lo que el reto no está tanto en si el sistema internacional debe abrirse a los actores internacionales cuanto en las modalidades de apertura que deben practicarse. Sin embargo, la realidad de las conexiones de los actores no estatales con las OI va mucho más allá de lo que se deduce de las reglas admitidas. Por eso, porque la tensión a la que está sometido el sistema es incuestionable y su reforma no recoge entusiasmos unánimes, los arreglos informales constituyen una solución cada vez más frecuente. Causas de ello son:

- 1) la insuficiencia de los reconocimientos formales de los actores no estatales, por regla general de modesto contenido, que gira en torno a la concesión de un estatuto consultivo y de observación de los trabajos de la organización de que se trate;
- 2) la falta de consenso entre los Estados miembros de la Organización para profundizar en los estatutos reconocidos, por el recelo de muchos de ellos a desvirtuar su naturaleza interestatal;
- 3) la presión y el escrutinio constante de los actores no estatales para involucrarse más en la vida de la Organización, pues no encuentran satisfacción en lo obtenido para colmar su sed participativa; y,
- 4) la dificultad para formular un tratamiento homogéneo a un colectivo tan dispar como el de los actores no estatales.

Una cuestión esencial es que las regulaciones que ofertan las OI se dirigen sobre todo a las ONG y conceden poca cancha a las corporaciones transnacionales. Aún así, como se refleja en el Informe del Secretario General de NU sobre *Arreglos y prácticas para la interacción de las ONG en todas las actividades del sistema de NU* (julio de 1998), también el sector privado entra en la interlocución pretendida, por lo menos en el sistema de NU. Pero, al establecer los estatutos consultivos de los actores no estatales, son excepción las OI que ofrecen esa posibilidad a actores distintos de las ONG. Entre ellas, ya hemos destacado, se encuentran la UIT y la OMT.

Refiriéndonos, pues, a las ONG, las relaciones que con ellas entablan las OI responden a la siguiente tipología:

En primer término, las *relaciones formales*, de consulta, que corresponden por lo normal a la concesión del estatuto consultivo. De ellas constituye un ejemplo el estatuto otorgado por el CE y S. con base en el art. 71 de la Carta (v. *infra*)

En segundo término, las *relaciones operacionales*, que implican el compromiso de las ONG con la puesta en marcha de programas específicos de las OI, como por ej. los denominados acuerdos-marco de asociación de ONG con la Oficina de Ayuda Humanitaria de la CE.

En tercer lugar, las *relaciones informales*, esporádicas o no, de las que hay más de una muestra en el citado Informe del Secretario General, por ej., las reuniones oficiosas con miembros del C. de S. en el marco de la *fórmula Arria* (v. *infra*).

Y, en cuarto lugar, las *relaciones de vigilancia* o supervisión de cumplimiento de normas o estándares de conducta, como se dan, por ej., en torno a la Convención de NU sobre los derechos del niño (1989), que encomienda tales funciones implícitamente a ONG (art. 45.a).

Pero la noción de *gobernanza* internacional no se agota en la apertura de las OI a los actores no estatales. También debe incluirse en la misma política la que propician los *regímenes internacionales*, una variedad de tratados, dotados de un cierto grado de institucionalización (v. Cap. XV), con una posición específica en su seno de los actores no estatales. Los convenios ambientales dan muestra de ello, así, por ej., el Convenio para la protección de la capa de ozono (1985), que admite ONG como observadores en la Conferencia de Partes (art. 6.5). Yendo más lejos, la *Convención de Ramsar* sobre humedales (1971) confiere su Secretariado a una ONG, ciertamente muy particular, la IUCN (v. *supra*).

118. La posición de las ONG en Naciones Unidas

El sistema de NU no contiene un reconocimiento formal y general de la participación de las ONG en su seno. La base que ha dado pie a la relación consultiva de las ONG con NU, mejor aún, con su CE y S, es el art. 71 de la Carta, que permite a este órgano llevar a cabo los arreglos pertinentes con ONG relacionadas con las materias de su competencia, tanto de carácter internacional como nacional, aunque en este último caso se requiere la consulta previa con el Estado en que se ha constituido la ONG. Para los padres de la Carta de San Francisco ese era el lugar idóneo para vertebrar la relación con las ONG, percibidas entonces como entidades de carácter no político. De ahí que tratándose de la AG y del C. de S. no se concibiese relación alguna con actores no estatales.

Sin embargo, partiendo de la base mínima ofrecida por el art. 71 de la Carta, la implicación de los actores no estatales en las actividades de NU y de sus organismos especializados se ha venido produciendo por la fuerza de los hechos, la presión de la sociedad civil y el interés declarado de los órganos no gubernamentales, programas y funcionarios de la Organización, encabezados por su Secretario General, amén de una porción de Estados partidarios de una política de apertura. Las ONG han ido penetrando empírica y desigualmente en los tejidos del sistema, sus órganos, sus programas.

La reglamentación vigente de la relación con el CE y S aparece presidida por su res. 1996/31, modificativa de anteriores reglamentaciones e impulsada por el

vibrante papel que la sociedad civil había desempeñado en la *Cumbre de la Tierra* (Río de Janeiro, 1992).

La resolución perfila tres tipos de relación para las ONG: un estatuto consultivo *general*, un estatuto consultivo *particular* y la inserción en una Lista (*The Roster*). Con cifras relativas a 2005, ciento treinta y seis ONG pertenecen a la primera categoría, mil seiscientas treinta y nueve a la segunda y novecientas cuarenta y cuatro están inscritas en la *Lista*.

Para gozar del estatuto consultivo *general* una ONG ha de: 1) abarcar con su mandato la mayor parte de las actividades del Consejo; 2) haber realizado una contribución constante y sostenida; 3) gozar de implantación suficiente; y 4) estar representada en un número significativo de países de las diferentes regiones del mundo.

Una vez admitida verá reconocido el derecho a: 1) insertar temas de su interés en la agenda del Consejo; 2) designar representantes para que asistan a sus reuniones y a las de sus órganos subsidiarios; 3) dirigirse oralmente ante ellos; y 4) circular declaraciones con una extensión máxima de dos mil palabras.

El estatuto consultivo *especial* está abierto a las organizaciones cuyo mandato solo cubre alguno de los campos de las actividades del Consejo. Pueden asistir a las reuniones del Consejo y de sus órganos subsidiarios y circular declaraciones escritas de hasta dos mil palabras, pero carecen de acción sobre la agenda y de voz ante los órganos.

Finalmente, las organizaciones insertas en la *Lista* pueden ser consultadas cuando así lo estime el Consejo o sus órganos.

En los tres casos la res. 1996/31 habilita a las ONG a presentar su solicitud para participar en las Conferencias internacionales organizadas bajo los auspicios de NU.

Las ONG con estatuto consultivo deben presentar un informe cuatrienal ante un órgano subsidiario del CE y S, el *Comité sobre ONG*, que ejerce funciones de control, examinando los informes y, además, analizando las solicitudes de admisión en el estatuto consultivo, o de recalificación. Es un órgano de composición intergubernamental —lo integran 19 países— cuya práctica (J.D. Aston) revela un consenso sobre dos parámetros básicos: en primer lugar, la necesidad de que NU permanezca como una institución de corte intergubernamental, por encima de todo; en segundo lugar, y subordinado a lo anterior, la valoración positiva de la contribución de las ONG al funcionamiento del sistema. Pero, más allá de ese acuerdo básico, lo que se desprende de la actividad del *Comité sobre ONG* es un profundo desacuerdo acerca de cuál debe ser la contribución de las ONG y cómo debe moldearse su estatuto participativo; otra nota característica de su gestión es la altísima politización, que convierte su labor en un auténtico *do ut des* negociador entre sus miembros sobre las ONG más arriscadas, por lo normal las que denuncian incumplimientos de las normas internacionales. En la expresión gráfica de Aston, este es uno de los casos en los que “se pone al zorro a cuidar del gallinero”.

Las insuficiencias del estatuto consultivo brindado a las ONG han sido reiteradas y denunciadas, individual y colectivamente; en este último caso por la CONGO (Conferencia de ONG con estatuto consultivo con NU), la asociación que

pretende defender y asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos que se reconocen en la res. 1996/31. La querella fundamental reside en el deseo de extensión del citado estatuto a todos los órganos de la Organización, apoyado por algunos países y por el mismo Secretario General, y que ha encontrado cierto eco en el Informe del *Grupo de Personas Eminentes* encargado de examinar las relaciones entre las NU y la sociedad civil, al proponer que la AG permita que en sus procesos haya una participación debidamente planificada de agentes distintos a los gobiernos centrales. Determinadas ONG presentaron una propuesta de resolución ante la AGNU el 23 de marzo de 2001 a fin de extender a sus sesiones especiales los derechos reconocidos por la res. 1996/31, con la salvedad del derecho de dirigirse a la Asamblea, que quedaría a discreción del Presidente.

Aunque esta propuesta no tuvo el apoyo requerido, lo cierto es que los vínculos entre las ONG y la AGNU existen, en diversas direcciones. Excepcionalmente, el CICR (1990) y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (1994) tienen reconocido el estatuto de *observador* en atención a su extraordinario papel en el campo del DI Humanitario. En 1999 también se reconoció este estatuto al UICN, a pesar de que la misma AG en 1994 (res. 46/496) había decidido limitar en principio la cualidad de *observador* a Estados y OI (v. Cap. V), pero se justificó por el hecho de ser el UICN una ONG de composición heterodoxa, en la medida en que entre sus miembros hay gobiernos. Existen, además, prácticas informales de acercamiento entre las ONG y las diversas Comisiones de la Asamblea y relaciones formales con las sesiones especiales, en las que se determinan caso por caso específicas formas de participación que a la postre son muy similares —suelen incluir la posibilidad de realizar declaraciones ante el Comité plenario y, en número limitado, dirigirse al pleno de la Asamblea—, aunque la AGNU guarde buen cuidado en no concederles valor de precedente.

Con el C. de S. los vínculos formales son inexistentes, aunque el Consejo ha tenido en cuenta a las ONG en algunas de sus resoluciones (por ej., res. 1333 (2000), sobre la situación en Afganistán; 1502 (2003), sobre protección del personal de NU, el personal asociado y el personal humanitario en las zonas de conflicto; 1599 (2005), sobre la situación en Timor Oriental). Pero las prácticas de acercamiento han sido constantes. Las ONG constituyeron en 1995 un *Grupo de Trabajo de ONG sobre el Consejo de Seguridad*, que integran Amnistía Internacional, *Earth Action*, el Consejo Mundial de las Iglesias, el Movimiento Federalista Mundial y el Comité de Juristas por una Política Nuclear, entre más de treinta y dos organizaciones miembros, junto a otras cien asociadas. Tal Grupo inició en 1996 una práctica de reuniones con miembros de este órgano; pero la propuesta de formalizar la celebración de sesiones informativas con los Presidentes de turno del Consejo fue rechazada, si bien se aceptó que pudieran celebrarse reuniones oficiosas del Grupo con delegaciones de miembros del Consejo. Las reuniones se han sucedido de forma continuada, con un ritmo creciente: de dieciséis en 1996, a más de cuarenta en 2004, incluyendo delegaciones de miembros permanentes e incluso con la Presidencia.

Mención particular merece otro tipo de contactos con el C. de S. conocidos como *fórmula Arria*, en atención al embajador Diego Arria, representante venezolano en el Consejo, interesado en que éste escuchara en 1993, en sesión oficial, el testimonio sobre el conflicto de los Balcanes de un sacerdote que se había puesto en contacto con él. La negativa del Consejo derivó en una reunión informal, a invitación de Arria, con los miembros del Consejo que quisieron asistir. A partir de esa fecha, y sobre todo desde 2000, la *fórmula Arria* ha ido ganando aceptación, tal vez porque sus características de informalismo, contingencia y flexibilidad, han diluido las resistencias de los *miembros permanentes* del Consejo.

La mayoría de las reuniones han tenido lugar con ONG humanitarias, para obtener información de primera mano de conflictos y crisis internacionales sobre las que se estaba interesando el Consejo, como la situación en la R. D. del Congo (con *Human Rights Watch* y Amnistía Internacional, en junio de 2001) o la transición en Timor Oriental (con *International Peace Academy* y el *International Crisis Group*, el mismo mes de 2001). El influjo de estas reuniones sobre los trabajos del Consejo ha sido más que evidente, reflejándose en resoluciones que han hecho suyas propuestas específicas de las ONG, como es el caso de la res. 1314 (2000), relativa a la situación de los niños en los conflictos armados. No sólo eso. ONG y particulares se han ido habituando a transmitir comunicaciones al Consejo en relación con asuntos de su agenda. En el año 2000, por ejemplo, las comunicaciones fueron más de doscientas, concernientes a veinticuatro asuntos.

Más allá de las relaciones oficiales y oficiosas con estos órganos principales de NU, el tratamiento disperso con que se concibe la relación con las ONG es producto de que se hayan sobrepasado las previsiones oficiales, penetrando en todas direcciones del entramado organizativo, lo que alcanza a la Secretaría —que no cuenta con un Departamento que se responsabilice de las relaciones con la sociedad civil, ni un oficial responsable en exclusiva—, a los Departamentos materiales —el relativo al Desarme alcanza una relación frecuente con las ONG competentes en la materia, hasta llegar a coordinar su participación en las conferencias y reuniones intergubernamentales que se celebran bajo los auspicios de NU—, a los Fondos —entre los que destaca Unicef, que ha establecido cauces especiales de relación consultiva con ONG, con independencia de que hayan sido reconocidas o no por el CE y S.

119. Los actores no estatales y sus relaciones con otras organizaciones internacionales

Fuera de las NU los actores no estatales, sobre todo las ONG, se manifiestan tan hiperactivos como dentro de ellas. Bien es cierto que no todos los marcos institucionales muestran una apertura similar a la participación de la *sociedad civil*, pero son escasas las Organizaciones que no lo hacen.

Entre las que sí, destaca la OEA, cuyas *Directrices para la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA* (Res. 759, de 1999) se dirigen no sólo a ONG, también a otras fuerzas sociales, sector privado incluido. La amplitud del estatuto concedido —del que disfrutaban una cincuentena de actores— es tal que las *Directrices* acaban puntualizando que no han de ser interpretadas como una concesión de funciones negociadoras —facultad exclusiva de los Estados— y que se preservará el carácter intergubernamental de órganos, organismos y demás entidades de la OEA. Se las habilita para asistir a las reuniones del Consejo permanente, del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI) y sus organismos subsidiarios, así como a las conferencias cuya

celebración auspicio la propia OEA. Al margen de estas relaciones formales, también se han desarrollado mecanismos de contacto informales: asistencias como invitados especiales a la AG y del CIDI, acuerdos de cooperación con la Secretaría y otros organismos de la organización regional o participación en las conferencias por parte de organizaciones no acreditadas.

Entre otras OI de corte regional, la *Unión Africana* hace un llamamiento en el preámbulo de su Acta constitutiva a entablar relaciones de asociación con segmentos de la sociedad civil, pero todavía no ha dado desarrollo completo al mismo, si bien el proceso para hacerlo es muy activo, concretándose en: 1) las numerosas previsiones contempladas en el estatuto del Consejo Económico, Social y Cultural de la UA, cuyo funcionamiento se ha activado en marzo de 2005; y, 2) la constitución en 2003 de un grupo provisional de trabajo UA-Sociedad civil, tras la celebración de sendas conferencias OUA-UA/organizaciones de la sociedad civil en 2001 y 2003, con el encargo de elaborar un código de conducta y de ética.

La ASEAN, por su parte, mantiene también relaciones formales con cincuenta y siete ONG y organizaciones del sector de los negocios, en virtud de las Directrices para su afiliación adoptadas por su Comité permanente en junio de 1986. Estas Directrices revelan algunas rarezas, pues plantean sin disimulo la posibilidad de entablar relaciones con ONG de naturaleza gubernamental o cuasigubernamental y, además, limitan las relaciones a ONG constituidas en países miembros de la organización, salvo que la propia ASEAN lo acepte y la ONG candidata cuente con el consentimiento del Estado tercero de su nacionalidad.

A la inversa, en el caso del *Consejo de Europa*, el estatuto consultivo ofrecido en la Res. 2003 (8) sólo alcanza a las ONG internacionales, mientras que las ONG nacionales sólo pueden aspirar a un estatuto menor, asociativo, que determina la Res. 2003 (9). Pero el desarrollo formal de las relaciones es abrumador, con una Conferencia plenaria que reúne a las ONG con estatuto consultivo, un Comité de enlace y grupos de interés.

El caso de la OMC y sus relaciones con las organizaciones de la sociedad civil se sitúa en el reverso de la práctica anterior, a buen seguro por el desencuentro y hostilidad manifiesta entre la comunidad intergubernamental, apoyada por las corporaciones transnacionales, y las ONG, en lo esencial dedicadas al medio ambiente. La OMC ha demostrado una gran resistencia a aceptar la participación de los actores no estatales, lo que ha sido calificado en algunos ambientes doctrinales como una anomalía histórica. Pero ésta no se debe a que falten mimbres, pues el art. V.2 del Acuerdo OMC, a diferencia del GATT, incluye una disposición semejante al art. 71 de la Carta de NU y, por lo tanto, propicia una base para construir una relación similar con las ONG. Inclusive, el Consejo General de la OMC adoptó en julio de 1996 unas *Directrices para la adopción de disposiciones sobre las relaciones con las ONG*, ciertamente de escaso contenido, dirigidas sobre todo a ofrecer una mayor información, una mayor transparencia en los trabajos de la Organización, sin atisbar en absoluto la concesión a las ONG de estatuto consultivo.

La directriz VI es un compendio, la quintaesencia de la filosofía de la OMC en sus relaciones con las organizaciones de la sociedad civil, una muestra de la tensión evidente que mueve, en ocasiones, la voluntad de los Estados a blindar el carácter intergubernamental de las organizaciones que constituyen: "...existe actualmente la opinión difundida de que no sería posible que las ONG participaran directamente en la labor de la OMC o en sus reuniones. También es posible llegar a estrechar las relaciones de consulta y cooperación con las ONG de manera constructiva mediante los procesos apropiados en el plano nacional, donde reside la responsabilidad fundamental de tener en cuenta los diferentes elementos de interés público que concurren en la formulación de políticas comerciales". Opción, pues, por negar el estatuto consultivo a las ONG y entender que el lugar natural para su interacción no es otro que la sede donde se desenvuelven los procesos nacionales.

En el caso de las Conferencias ministeriales la OMC sí permite la asistencia de los actores no estatales, pero no directamente, sino a través de un Centro para las ONG que les facilita información de lo que acontece en las reuniones oficiales y a través de la celebración de *Symposia*, fuera de la cumbre oficial, un ejemplo más de actividad paralela.

Finalmente, en el ámbito de la *Unión Europea* tampoco se reconoce un estatuto consultivo oficial a favor de las ONG u otros actores no estatales, aunque el entramado institucional cuenta con un órgano como el Comité Económico y Social, de similares características al de la ONU, que entabla relaciones frecuentes con las organizaciones de carácter económico y social de la sociedad civil de la UE y de terceros países. Lo cierto es que en los tratados constitutivos no existe ninguna disposición similar a la que se observa en la Carta de las NU o en el Acuerdo OMC. La única mención se encuentra en el art. 257 TCE, creación del Tratado de Niza, por el que se determina que el Comité Económico y Social “estará constituido por representantes de los diferentes componentes de carácter económico y social de la sociedad civil organizada”. La Comisión, que se muestra contraria a la previsión de un *status* consultivo por la naturaleza especial de la Comunidad/Unión Europea, argumentó en su documento de reflexión *La Comisión y las ONG: el esfuerzo de la colaboración* (enero de 2000) que el proceso decisorio sólo necesita de la legitimación de los representantes elegidos por el pueblo europeo. En realidad, la Comisión no se muestra contraria a los procesos consultivos con los organismos de la sociedad civil, pero siempre que se hagan sobre una base contingente, sin formalismos que los doten de permanencia. Por otra parte, es cierto también que no todas las ONG se muestran favorables a los estatutos consultivos oficiales y son partidarias de relaciones *de facto* más flexibles. Al fin y al cabo el proceso de acreditación representa siempre un riesgo, un filtro que no siempre permite el acceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre el impacto de actores no estatales de la sociedad civil en el DI, en lengua española:

L. Pérez-Prat, *Sociedad civil y DI*, Valencia, 2004; A. Miaja, “El DI ante las sociedades multinacionales”, *ADI*, 1975, 169; J.C. Beltramino, “Papel actual de actores no gubernamentales y DI”, *AIILADI*, 2001, 293. **En otras lenguas:** I. Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under IL*, Cambridge, 1987; P. Merciai, *Les entreprises multinationales en DI*, Bruselas, 1993; P.T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, 1995; E.M. Graham, *Global Corporations and National Governments*, Washington, 1996; G. Teubner, *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1997; A.C. Cutler, V. Haufler y T. Porter (eds.), *Private Authority and International Affairs*, Nueva York, 1999; R. Hofmann (ed.), *Non-State Actors as New Subjects of IL*, Berlín, 1999; A. Florin (ed.), *The Third Force. The Rise of Transnational Civil Society*, Washington, 2000; B. Arts, M. Noortmann y B. Reinalda, *Non-State Actors in International Relations*, Aldershot, 2001; H.H.K. Rechenberg, “Non-Governmental Organizations”, *EPIL*, v. III, 1997 (2ª ed.), 612; P. Fischer, “Transnational Enterprises”, *EPIL*, v. IV, 2000 (2ª ed.), 21.

2. Las ONG han tenido un tratamiento específico, en lengua española:

M. Abad, *¿Una alternativa solidaria a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global*, Madrid, 2004; C. Teijo, *OI no gubernamentales y DI*, Madrid, 2005; J.M. Sobrino, “La determinación de la personalidad jurídica

de las OI no gubernamentales: contribución del Consejo de Europa", *REDI*, 1990-1, 101. **En otras lenguas:** M. Bettati y P.M. Dupuy, *Les ONG et le DI*, París, 1986; Y. Beigbeder, *Les organisations non gouvernementales*, París, 1991; *id.*, *Le rôle international des organisations non gouvernementales*, Bruselas, 1992; M. Edwards y D. Hulme, *Non-Governmental Organisations. Performance and Accountability*, Londres, 1995; S. Charnovitz, "Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance", *MichJIL*, 1997, 183; J. Gupta, "The Role of Non-State Actors in International Environmental Affairs", *ZaöRV*, 2003, 459.

3. Sobre la relación de las ONG con OI, en lengua española: M. Pérez González, "Las organizaciones no gubernamentales en el ámbito de la OI", *REDI*, 1976-2, 299; X. Pons, "La actualización de las disposiciones que rigen el estatuto consultivo de las organizaciones no gubernamentales en NU", *ADI*, 1998, 381. **En otras lenguas:** T.G. Weiss y L. Gordner (eds.), *NGO's, the UN and Global Governance*, Boulder, 1996; P. Willets (ed.), *The 'Conscience of the World'. The Influence of Non-Governmental Organisations in the UN System*, Washington, 1996; *id.*, "From 'Consultative Arrangements' to 'Partnership': The Changing Status of NGOs in Diplomacy at the UN", *Global Governance*, nº 6, 2000, 191; D.C. Esty, "Non-Governmental Organizations at the WTO: Cooperation, Competition, or Exclusion", *Journal of International Economic Law*, 1998, 123.

PARTE SEGUNDA
**LA FORMACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL**

Capítulo VII

Los actos unilaterales como fuente de obligaciones internacionales

XXIX. INTRODUCCIÓN

120. Normas y obligaciones

En la medida en que el consentimiento de los sujetos es, en principio, esencial en la formación del DI, *norma* y *obligación* tienden a confundirse. Los sujetos están obligados por las normas justamente porque, de una u otra forma, las han consentido.

No obstante, la distinción entre *norma* y *obligación* puede —y ha de ser— mantenida por varias razones:

1) Las normas imperativas (*ius cogens*), aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados *en su conjunto*, según la expresión del artículo 53 de la CV sobre el Derecho de los Tratados, obligan a todos los sujetos, con independencia de su actitud frente a la norma cogente (v. Cap. I).

2) La vocación de aplicación general de la *norma* hace en su caso más flexible la apreciación del consentimiento y amplía la relevancia de la *pasividad* como base de su oponibilidad a un sujeto determinado.

3) *Normas y obligaciones* cuentan con métodos de formación que, aun interactivos, les son propios. Las *normas* se producen tradicionalmente por vía consuetudinaria. Las *obligaciones* mediante el acuerdo de dos o más sujetos o el acto unilateral de uno de ellos.

121. Los actos unilaterales

¿Puede un acto unilateral por sí solo, *independientemente*, provocar el nacimiento de una obligación —o la pérdida de un derecho— para el sujeto internacional al que le es imputable? La cuestión no tiene que ver con el ejercicio unilateral de facultades o derechos reconocidos por normas generales (por ej. la declaración estableciendo un mar territorial de doce millas) o reglas particulares (por ej. la declaración aceptando la jurisdicción de la Corte en los términos previstos por el art. 36.2 de su Estatuto) ni, por supuesto, con su infracción (que,

por otra parte, puede relacionarse con el proceso de creación de normas consuetudinarias). Determinados actos unilaterales adquieren significación jurídica en el marco de la formación y entrada en vigor de los tratados. Otros la tienen en relación con su aplicación, interpretación y modificación. También las resoluciones de las OI se conciben como actos unilaterales cuyo valor normativo y obligacional depende de los tratados constitutivos y las reglas de la Organización (v. Caps. VIII, IX, XI, XIII, XVI y XVIII).

La cuestión planteada ha sido muy discutida, especialmente por dos motivos: 1) porque se ha debatido habitualmente en una atmósfera litigiosa, y 2) porque bajo la cobertura de los *actos unilaterales* caben no sólo declaraciones expresas de voluntad (actos unilaterales *stricto sensu*) sino también una voluntad expresada mediante comportamientos, incluso omisiones.

Cuando un Estado no tiene un tratado al que asir sus pretensiones o normas generales en que ampararlas, buscará en los actos de sus contradictores la cuerda con la que ahorcarlos. Cabe suponer que estos no irán por su propio pie al patíbulo.

La complejidad deducida de la variedad de actos unilaterales identificables, su solapamiento, los conceptos alternativos que pueden situarse en el origen de los efectos jurídicos que de ellos se predicen, su dependencia de las circunstancias de cada caso y la importancia adquirida en la práctica explican tanto que la CDI decidiera (1997) iniciar los trabajos preparatorios de codificación y desarrollo progresivo de las normas aplicables a los actos unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, como —más adelante (2004)— ceñir su objeto a las *declaraciones unilaterales* “aun teniendo presente que un Estado puede obligarse por comportamientos distintos de declaraciones formales”.

Como resultado de estos trabajos en 2006 la CDI aprobó un conjunto de diez *principios rectores* o directrices aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, con sus correspondientes comentarios, y los *señaló* a la atención de la AGNU. Formular unas directrices se concedía más con la naturaleza de la cosa que redactar el anteproyecto de un tratado codificador, teniendo además en cuenta el descreimiento de quienes —dentro y fuera de la Comisión— entienden que no existen reglas aplicables a lo que consideran una entelequia.

El *fundamento* de los *efectos jurídicos* de los actos unilaterales de los Estados se encuentra en los *principios de soberanía* —que sustenta su capacidad para asumir obligaciones internacionales unilateralmente— *buena fe y confianza recíproca*, —esenciales en todos los órdenes, pero en el internacional, dadas sus características, indispensables.

En el caso de los *Ensayos Nucleares* (1974) la Corte afirma que “uno de los principios básicos que presiden la creación y ejecución de obligaciones jurídicas, *cualquiera que sea su fuente*, es el de la buena fe” (énfasis añadido) y añade: “la confianza recíproca es una condición inherente a la cooperación internacional... Los Estados interesados pueden entonces tener en cuenta declaraciones unilaterales y actuar de conformidad con ellas... pueden exigir que la obligación creada mediante ese acto sea respetada” (v. tb. *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*, 1984).

Conviene, de todos modos, observar una actitud prevenida frente a los actos unilaterales, cuya relevancia *obligacional* ha de ser apreciada de forma muy estricta, por motivos de varia naturaleza e importancia:

1) Por limitar la libertad de acción de los sujetos a los que se imputan.

“Cuando los Estados hacen declaraciones que limitan su libertad de acción futura, se impone una interpretación restrictiva” dijo la CIJ en los asuntos *Ensayos Nucleares*, 1974, una de las decisiones más señeras en este punto.

2) Porque un mismo acto puede ser objeto, según la sensibilidad del intérprete, de más de una calificación, ora como una de las cuentas de la práctica que compone el elemento *material* de la costumbre, ora como medio de prueba de su elemento *formal*, ora como uno de los componentes de un acuerdo atípico (v. Caps. VIII y XIII)

3) Porque la intrusión en la validez del acto de las normas constitucionales del sujeto al que se imputa apenas ha sido hasta ahora considerada (v. *infra*).

XXX. LAS DECLARACIONES UNILATERALES

122. *Afirmación como fuente de obligaciones internacionales*

Considerada la jurisprudencia, cabe afirmar que, bajo ciertas condiciones, declaraciones verbales o escritas de los representantes de un Estado en relación con determinadas situaciones de hecho o de derecho producen por sí solas, sin necesidad del concurso de la voluntad de otros sujetos, un efecto de creación de obligaciones y/o pérdida de derechos para quien los realiza.

Aunque el Estatuto de la Corte de La Haya no menciona (art. 38) los actos unilaterales entre las fuentes del DI que ha de aplicar para decidir las controversias que le son sometidas, ya en 1933 la CPJI (*Estatuto jurídico de la Groenlandia Oriental*) había sostenido que la respuesta a la gestión del representante diplomático de un Estado (Dinamarca) por el Ministro de Relaciones Exteriores de otro (Noruega) en nombre de su Gobierno, en un asunto de su competencia, obliga al país del cual es Ministro. A partir de ahí han podido contarse numerosos pronunciamientos de la Corte en relación con una gran variedad de asuntos.

De especial interés al respecto es la doctrina sentada en los asuntos de los *Ensayos nucleares* de Francia en el Pacífico (1974). La Corte estimó, tras analizar una serie de declaraciones de la Presidencia de la República Francesa y de sus Ministerios de Relaciones Exteriores y de Defensa, que Francia se había obligado a dar por terminadas sus pruebas nucleares en la atmósfera al finalizar la campaña de 1974. “Las declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales y afectan a situaciones de derecho o de hecho pueden tener como efecto crear

obligaciones jurídicas”, afirma la Corte, que añade: “Cuando el Estado autor de la declaración tiene la intención de obligarse de acuerdo con sus términos, esta intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico...”.

123. Tipología

Podemos identificar los *tipos* más característicos de las declaraciones unilaterales atendiendo a su objeto:

1) *Reconocimiento* —ya considerado en el ámbito de la dinámica de los Estados (v. Cap. II)— es el acto por el que un sujeto verifica la existencia de un hecho, situación o pretensión creada o sustentada por otro, acepta los efectos que de ella se derivan y se priva de impugnarlos en adelante.

2) *Renuncia* es el acto por el que un sujeto abandona un derecho o pretensión, cerrándose a sí mismo la facultad de reclamarlo en el futuro. Así la renuncia de Jordania a Cisjordania (1988), que había ocupado hasta que en 1967 fue desalojada por Israel como resultado de la llamada *guerra de los seis días*.

3) *Promesa* es el acto por el que un sujeto se impone un cierto comportamiento de *hacer* o de *no hacer* respecto de otro.

Se trata de tipos solapados cuyos efectos no son exclusivos de actos unilaterales. *Solapados*, porque los diferentes objetos tipificados pueden ser contemplados como prismas de un mismo acto: *prometer* conduce frecuentemente a *reconocer*; *reconocer* supone también a menudo *renunciar* y viceversa. *No exclusivos*, porque los efectos deducidos de tales tipos pueden ser también la consecuencia implícita de otros actos. Así, por ej., la conclusión de un acuerdo estableciendo relaciones diplomáticas implica necesariamente el reconocimiento recíproco de las partes y la renuncia a la pretensión que una de ellas pudiera tener sobre la totalidad del territorio de la otra.

124. Régimen aplicable

Para que una declaración unilateral satisfaga uno de estos objetos han de reunirse estas *condiciones*:

1) *Imputación al sujeto*: tratándose de Estados la declaración ha de emanar de —o ser confirmada por— persona que por su cargo (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Ministro de Asuntos Exteriores) lo representa en las relaciones internacionales (v. Cap. III), o que atendiendo a la práctica o a otras circunstancias está habilitada al efecto. En este caso la flexibilidad se alía con la incertidumbre. Además, cabe que la declaración de persona no autorizada o habilitada para actuar en nombre del Estado sea confirmada por quien sí lo está, y no sólo de forma expresa, sino también mediante actos que se consideren *concluyentes*.

Las funciones y facultades de la persona en cuestión serán decisivas para apreciar este criterio en el caso concreto. Hay una tendencia a conceder relevancia a las declaraciones de titulares de una cartera ministerial o de un rango equivalente siempre que se produzcan en el ámbito de su competencia.

En el caso que enfrentó a Francia y Gran Bretaña por la soberanía sobre las islas *Minquiers y Ecréhous* (1953), la CIJ consideró irrelevante una carta del Ministro de Marina francés —cuya copia fue trasladada al *Foreign Office* por el embajador de Francia en Londres— en la que se constataba la posesión de las Minquiers por Gran Bretaña, arguyendo que el objeto de la misiva era aclarar algunos puntos en relación con una negociación sobre la protección de unos criaderos de ostras, nada que ver con la soberanía territorial, cuestión que escapaba, además, a la competencia de dicho ministro. (V. tb. CIJ, *Timor Oriental*, 1995; *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio*, 1996, Rec. 1996).

En cambio en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo* (2006) la Corte afirmó que no había que excluir en principio que un ministro de justicia pudiese, bajo determinadas circunstancias, obligar con sus declaraciones al Estado que representa, si bien en el caso en cuestión estimó que las manifestaciones de la ministra de justicia de Ruanda no habían producido el efecto jurídico pretendido por el demandante, la R. D. del Congo (v. *infra*).

Un problema particular puede surgir cuando la declaración procede del representante de un sujeto *no reconocido*. No parece lógico que un sujeto pueda exigir la observancia de una obligación internacional de otro al que no reconoce como tal. Asimismo, en el caso de Estados nacidos de procesos secesionistas no cabe sustentar que, una vez reintegrados al Estado matriz que les negó su reconocimiento, deba éste sucederlos en obligaciones asumidas por aquéllos mediante actos unilaterales. La posición de Taiwán respecto de China y de terceros países puede ser contemplada a la luz de estas consideraciones.

Otro problema a considerar es la virtualidad de actos emanados del representante de un sujeto cuyo estatuto (por ej. neutralidad, miembro de una Organización de integración...) limita el ejercicio de su soberanía. Cabe proponer que en este caso el acto no puede producir los efectos jurídicos pretendidos.

2) *Voluntad* no viciada y libremente expresada de *obligarse conforme al DI*. Este es el elemento decisivo, no la forma, que puede ser verbal o escrita atendiendo al principio de libre elección que rige en el DI (CIJ, *Templo de Préah Vihear*, 1961; *Ensayos Nucleares*, 1974).

Si esa voluntad no existe o no puede probarse el acto será *político*. Hay actos (como el reconocimiento de gobiernos) que por definición tienen esta naturaleza; pero generalmente la calificación será una operación controvertida por los sujetos interesados.

La jurisprudencia de la CIJ cuenta con casos en que la Corte ha identificado actos unilaterales como fuente de obligaciones jurídicas (*Ensayos Nucleares*, 1974) y otros en que los actos han sido considerados políticos (*Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986; *Controversia Fronteriza entre Burkina Faso y Mali*, 1986).

En el asunto de los *Ensayos nucleares* (1974) la Corte fijó su atención en el hecho de la pluralidad de declaraciones coincidentes emanadas de distintos órganos relevantes de la República Francesa, a las que consideró *como un todo*.

En el asunto de la *Controversia Fronteriza* entre Burkina Fasso y Mali (1986) la Corte, tras advertir que para apreciar la intención del sujeto han de tenerse en cuenta todas las circunstancias del acto, consideró que carecía de fundamento interpretar que una declaración hecha por el Jefe de Estado de Malí en una rueda de prensa, manifestando su voluntad de atenerse a las conclusiones de una Comisión de Mediación de la OUA sobre la línea fronteriza con Burkina Fasso, tenía consecuencias jurídicas; y ello porque en el caso en cuestión —a diferencia de lo que ocurría en los asuntos de los *Ensayos Nucleares*, donde las conductas denunciadas (las pruebas atómicas atmosféricas en la alta mar) no afectaban sólo a los Estados demandantes— “no hay nada que impida a las Partes manifestar su intención de aceptar con carácter obligatorio las conclusiones de la comisión... por vía *normal*: un *acuerdo formal* sobre la base de la reciprocidad” (énfasis añadido).

Con otras palabras, una declaración unilateral con efectos jurídicos puede tener sentido cuando la nómina de sus destinatarios es abierta y plural (*Ensayos Nucleares*); puede no tenerlo cuando las partes se mueven en el marco de una relación bilateral, especialmente si afecta a un elemento tan esencial de la personalidad estatal como el territorio. De ser así, a menos que se concrete el destinatario del acto unilateral (*Estatuto de Groenlandia Oriental*), debe extremarse la prudencia antes de deducir de él obligaciones jurídicas. Incluso en este caso los efectos jurídicos de la declaración pueden explicarse incardinándola en procedimientos bilaterales de creación de obligaciones (v. Cap. VIII).

¿Por qué un sujeto va a estar dispuesto a obligarse unilateralmente? Esta pregunta conduce, en primer lugar, a exigir una manifestación de voluntad *clara e inequívoca* para sustentar la asunción de una obligación jurídica.

Así, en el asunto sobre *Ciertas tierras de fosfatos en Nauru* (1992) la Corte rechazó la afirmación australiana de que Nauru había renunciado a la reparación y rehabilitación de esas tierras por, *inter alia*, las declaraciones del jefe principal de Nauru en otoño de 1967, al terminar la administración fiduciaria del territorio, considerando que las autoridades nauruanas “no habían nunca renunciado a sus pretensiones de manera clara y no equívoca”. Por el contrario, frente a las declaraciones mencionadas podía constatar una actitud reivindicativa reiterada.

Esa manifestación de voluntad ha de ser objeto, además, de la adecuada contextualización dentro de un proceso que le dé sentido, atendiendo a sus objetivos, a las circunstancias en que se formuló la declaración y a las compensaciones que se han obtenido o se espera lograr en el mismo o en otros sectores.

Así, por ej., en el asunto del *Estatuto jurídico de la Groenlandia Oriental*, la CPJI observó la relación existente entre la declaración del ministro de relaciones exteriores noruego, Ihlen, sobre la pretensión de Dinamarca a extender su soberanía a la totalidad de Groenlandia y la actitud de Dinamarca de no oponerse a las pretensiones de Noruega sobre las islas Spitzberg.

Asimismo, aunque se albergan serias dudas sobre la intención de obligarse de los declarantes, las potencias nucleares (China, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Rusia) ofrecieron en 1995 a las demás partes del TNP (1968), mediante sendas declaraciones unilaterales, garantías frente al uso de armas atómicas a fin de conseguir la prórroga indefinida del tratado (v. Cap. XXVIII).

3) *Discrecionalidad de su emisión*: pues la declaración no debe ser la consecuencia de la aplicación de una norma o de una obligación preexistente (por ej., la ejecución de un acuerdo previo).

4) *Precisión de su objeto*: pues la declaración ha de operar respecto de hechos, situaciones, pretensiones o derechos bien determinados.

Una declaración no puede tener por efecto crear obligaciones jurídicas a menos que se declare en términos claros y específicos, dijo la CIJ en los asuntos *Ensayos nucleares* (1974).

En esta exigencia se centró la CIJ para desestimar que una declaración de la ministra de justicia de Ruanda ante la CDH el 17 de marzo de 2005, según la cual en fecha próxima Ruanda ratificaría los instrumentos relativos a derechos humanos que aún no había ratificado y levantaría las reservas formuladas, obligara a Ruanda. Según la Corte no había que excluir en principio que un ministro de justicia pudiese, bajo determinadas circunstancias, obligar con sus declaraciones al Estado que representa; sin embargo, para establecer el alcance jurídico de una declaración debían examinarse su contenido y las circunstancias en que había sido hecha. Una declaración no podía crear obligaciones jurídicas a menos que su objeto fuera *claro y preciso*, lo que no se daba en la declaración concernida, que se expresaba en términos generales (*Actividades armadas en el territorio del Congo*, 2006).

5) *Publicidad o notoriedad* de la declaración, objeto de difusión general o, por lo menos, puesta en conocimiento de sus destinatarios y eventuales beneficiarios (CIJ, *Ensayos Nucleares*, 1974).

6) *Estanqueidad* respecto de otras voluntades, porque —de no serlo— el acto supondría una oferta que, aceptada por su destinatario, configuraría uno de los elementos de un acuerdo. “Ninguna contrapartida”, dice la Corte en los asuntos de los *Ensayos Nucleares* (1974), “es necesaria para que la declaración produzca efecto, ni mucho menos la aceptación posterior ni una réplica o reacción de otros Estados, pues ello sería incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico mediante el que se ha pronunciado el Estado. En este sentido se dice que la declaración ha de ser *incondicional*, término que no debe entenderse como excluyente de la sujeción de sus efectos jurídicos a la satisfacción de los requisitos de tiempo o modo dispuestos por el declarante (CIJ, *Controversia fronteriza* entre Burkina Faso y la República de Malí, 1986).

En el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo* (2006) se planteó un supuesto del mayor interés cuando la R.D. del Congo invocó un Decreto-Ley del gobierno de Ruanda, de 15 de febrero de 1995, retirando todas las reservas formuladas al manifestar su consentimiento a los instrumentos internacionales de que era contratante. Según la R.D. del Congo debía entenderse que, en virtud de este acto, Ruanda había levantado su reserva a la competencia de la CIJ sobre las diferencias entre las partes relativas a la aplicación e interpretación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (art. IX). El punto era bueno, pues el acto satisfacía aparentemente todas las condiciones que hemos reseñado para producir efectos jurídicos. La Corte, sin embargo, entendió que una cosa era la decisión tomada en el orden interno y otra su ejecución en el orden internacional que, de acuerdo con el art. 23.3, a, de la CV sobre Derecho de los Tratados, requiere, además de la retirada de una reserva a un tratado, la recepción de la notificación por los demás

contratantes. La publicación oficial del Decreto-Ley no cumplía, según la Corte, esta función. La actitud de la Corte sorprende hasta cierto punto, teniendo en cuenta los precedentes (v., por ej., CPJI, *Concesiones Mavromatis en Palestina*, 1924; CIJ, *Templo de Préah Vihéar*, 1961; *Ensayos nucleares*, 1974; *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, 1996). Cabe preguntarse si su entrega al más riguroso formalismo en este caso está fatalmente determinada por el propósito de no entrar en el fondo de este asunto.

Ha de tenerse en cuenta que aunque la gran mayoría de las declaraciones capaces de producir efectos jurídicos son escritas, no se excluye que sean verbales. Por lo demás, las escritas pueden manifestarse de múltiples maneras, desde una nota diplomática a una intervención parlamentaria, desde un discurso ante una Conferencia internacional a un comunicado de prensa.

La aceptación de la declaración por sus destinatarios y eventuales beneficiarios (que pueden ser uno o más sujetos, Estados o/y OI, incluso todos quienes forman la sociedad internacional) no es necesaria. Si lo fuera sería un contrasentido hablar de una asunción unilateral de obligaciones por el declarante. En cambio, el rechazo de la declaración sí puede ser relevante en la medida en que podría colocarlos en una posición que les impediría valerse de la obligación asumida por el sujeto al que se imputa la declaración.

Los vicios de la voluntad (por error, dolo o corrupción) pueden determinar la nulidad de la declaración a menos que del comportamiento posterior del sujeto, una vez conocidos los hechos, se deduzca *aquiescencia* (v. *infra*). Esta salvedad no se aplica a los vicios que afectan a la libertad en la expresión de la voluntad (por coacción). Asimismo la nulidad del acto es absoluta cuando está en oposición con una norma imperativa de DI General.

Puede sostenerse que los sujetos están facultados a revocar los efectos jurídicos de sus declaraciones, no sólo cuando así se ha advertido en la misma declaración, sino también cuando son incumplidos los requisitos que condicionaban tales efectos o se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias bajo las que se formuló la declaración, a menos que otros sujetos puedan invocar eficazmente una situación de *estoppel* (v. *infra*).

125. Concurrencia y conflicto con otras obligaciones

Conviene insistir en el *respeto de las normas internacionales imperativas (ius cogens)*, pues un sujeto no puede obligarse mediante acto unilateral a reconocer, renunciar o prometer aquello que no le está permitido reconocer, renunciar o prometer mediante acuerdo.

Así, por ej., con independencia de la responsabilidad internacional que pueda generar para el declarante, debería considerarse nulo el reconocimiento de soberanía de un Estado sobre territorios conquistados mediante la fuerza una vez que el recurso a la misma ha sido prohibido por el DI. En este sentido cabe apreciar la anexión de Jerusalén Oriental o de los Altos del Golán por Israel en 1980, años después de su ocupación en el curso de la llamada *guerra de los seis días* (1967):

Conviene también tener presente el art. 103 de la Carta de las NU, según el cual las obligaciones contraídas por los Miembros en virtud de la Carta prevalecerán en caso de conflicto con las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional. Entre las obligaciones deducidas de la Carta cobran especial trascendencia las decisiones vinculantes del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Aunque el art. 103 se refiere literalmente a los convenios, no hay razón alguna para separarse de esta regla cuando las obligaciones han sido contraídas mediante actos unilaterales.

Cuando la obligación resultante de una declaración unilateral entra en conflicto con otras obligaciones consentidas en tratados la situación será la misma que puede producirse cuando la incompatibilidad se presenta entre obligaciones pactadas en tratados diferentes. Si la observancia de una conduce al incumplimiento de otra, el supuesto será de responsabilidad internacional (v. Cap. XVI).

Un problema interesante, sobre el que apenas se ha reflexionado hasta ahora, es el de la supervivencia de obligaciones que tuvieron su origen en actos unilaterales, luego asumidas en tratados. Según la CV sobre Derecho de los Tratados de 1969 (art. 43) la nulidad, terminación, denuncia o suspensión de la aplicación de un tratado no menoscaba en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del DI independientemente de ese tratado. Esta disposición fue concebida para que la vida de las obligaciones de origen consuetudinario no fuera arrastrada por el sino de los tratados codificadores (v. *infra*), pero es literalmente aplicable a toda clase de obligaciones... siempre que el DI las avale al margen del tratado. ¿Es ese el caso? En la práctica cabe suponer que una concepción razonable de la *revocabilidad* de los actos unilaterales bastará para evitar discursos alambicados (v. *supra*).

126. Declaraciones unilaterales y Derecho interno

Es oportuno extenderse en esta última consideración. El 22 de octubre de 1992 el Consejo de Estado colombiano, considerando que sólo el Presidente de la República puede constitucionalmente, con refrendo del Congreso, aceptar obligaciones territoriales, anuló la nota verbal del Ministro de Relaciones Exteriores, Uribe Holguín, al embajador de Venezuela, Pietri, fechada el 22 de noviembre de 1952 declarando que el gobierno de Colombia no objetaba la soberanía venezolana sobre el archipiélago de los Monjes.

Afortunadamente, en este caso, anticipándose a la lógica ansiedad y protesta que la extemporánea —casi póstuma— resolución del Consejo, cuarenta años después de la emanación de una nota bien conocida, podía producir en Venezuela, tanto el presidente como las instancias legislativas colombianas reiteraron su reconocimiento de la soberanía venezolana sobre el citado archipiélago y el alcance estrictamente interno de la resolución. En términos generales puede decirse que, en la medida en que lo permite su naturaleza, son aplicables a los

actos unilaterales las causas de nulidad —y de terminación— que afectan a los tratados, entre las que se encuentra la violación manifiesta de normas internas de importancia fundamental concernientes a la competencia para celebrarlos (art. 46 de la CV sobre el Derecho de los Tratados, 1969). Pero, con independencia de las dificultades que puede plantear la interpretación de esta regla, no puede servirse de ella (art. 45) quien, conocidos los hechos, se aquieta, como ocurrió en el caso mencionado v. Cap. XII).

Por otro lado, no está de más advertir que la creciente atención prestada por los constituyentes estatales al proceso de asunción de obligaciones del Estado mediante tratado, estableciendo controles jurídicos de las Cámaras legislativas y de los Tribunales Constitucionales sobre la acción del Gobierno, no ha encontrado su natural paralelo —salvo excepción (como la de Suecia, Const. X.4)— cuando esas obligaciones emanan de actos unilaterales. La contemplación estática de los métodos de producción de las obligaciones internacionales del Estado, reducida a los tratados, conduce a la conclusión bárbara, pero literalmente inevitable, de que el tratamiento constitucional de una misma obligación depende de la *forma* en que aquélla se asume. Así, mientras las Constituciones callan, los Gobiernos pueden sentarse sobre la prerrogativa en la conducción de la política exterior que les ha sido tradicionalmente reconocida para renunciar, reconocer o prometer por su cuenta lo que, con el mismo objeto, no podrían *comprometer* sin autorización o inmediata información parlamentaria, a menos que los guardianes de la Constitución adopten construcciones atendiendo al objeto y fin del control y no al tenor de las normas.

XXXI. COMPORTAMIENTOS (Y OMISIONES)

127. *Aquiescencia y protesta*

Lo que se dice de los actos unilaterales se predica también de los comportamientos (y omisiones) de los sujetos internacionales. La pasividad —el silencio— puede jugar un papel en la formación de normas y obligaciones internacionales. Así se advierte en la formación de normas consuetudinarias, oponibles a quienes no las objetan oportunamente (v. Cap. XIII), en la formación de los tratados, como forma de expresión del consentimiento y de la aceptación de reservas (v. Caps. IX y XI), en la sanación de vicios subsanables en su interpretación, modificación y terminación (v. Caps. XII y XVI).

Hay situaciones en que el silencio tiene un valor pactado. Así, por ej., el Acuerdo relativo a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios (1995) dispone (art. 21) que la falta de respuesta del Estado del pabellón, transcurridos tres días hábiles desde la recepción de la notificación de presunta infracción grave hecha por otro Estado como resultado de una inspección, permite a éste asumir competencias propias del Estado del pabellón.

Ahora se trata, sin embargo, de una proyección más sutil y complicada del principio de *no formalismo* en la expresión de la voluntad, en cuya virtud el reconocimiento de un hecho, situación o pretensión ajena y la renuncia de un derecho o pretensión propia —siempre, desde luego, que no afecten al imperio de normas imperativas— pueden deducirse de un comportamiento cuando éste puede ser interpretado como *aquiescencia*, definida por la Corte en el asunto de la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* (1984) como “equivalente de un reconocimiento tácito manifestado mediante un comportamiento unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento”.

La relevancia de la pasividad, del silencio, a los efectos de la *aquiescencia*, se advierte incluso en los casos en que ese reconocimiento tácito se teje con comportamientos de órganos técnicos o administrativos subalternos, como pueden ser, por ej., los que participan en una comisión mixta de demarcación de límites. Puede sustentarse que los comportamientos cooperativos de estos órganos en el seno de tales comisiones son definitivamente oponibles al Estado cuando los órganos directivos que han de controlar y supervisar sus actos se abstienen de corregirlos o desautorizarlos. No así en otros casos. En el asunto de la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* (1984) por ej., la Corte rechazó que la correspondencia técnica mantenida por un funcionario estadounidense del *Bureau of Land Management* con sus homólogos canadienses pudiera ser tratada como una declaración oficial del gobierno de Estados Unidos sobre sus límites marítimos internacionales.

Aunque, como ya hemos indicado, la debida inteligencia de los actos unilaterales requiere su consideración en el marco de un *proceso*, ahora, tratándose de los efectos jurídicos de los comportamientos (y omisiones) estatales, se trasciende de la contextualización que hace inteligible y explica la asunción de una obligación a la concepción del comportamiento jurídicamente relevante como *reacción* a actos y comportamientos de otro(s).

De ahí que sea condición necesaria a tal efecto que el hecho, situación y pretensión de cuyo reconocimiento se trata o que sirve de soporte para la renuncia de derechos y pretensiones del presunto *aquiescente* sea *conocido* por éste.

El conocimiento del hecho, situación o pretensión ajenas ha de apreciarse teniendo en cuenta los intereses en juego, debiendo presumirse que un sujeto no ignora los hechos *notorios* de otros susceptibles de afectar su posición, pretensiones o derechos.

Así, en el asunto de las *Pesquerías anglo-noruegas* (1951) la CIJ consideró que, siendo ribereña del mar del Norte y muy interesada en la defensa de la libertad de los mares y de las pesquerías, Gran Bretaña no podía ignorar las pretensiones históricas de Noruega a delimitar sus aguas mediante un sistema de líneas de base rectas instaurado a partir de 1869 mediante una serie sucesiva de decretos por los que sí se habían interesado otros Estados.

De todos modos, para asegurarse fehacientemente del conocimiento ajeno nada es más apropiado que proceder a su *notificación* por conducto diplomático.

Tras la notificación aumenta la probabilidad de interpretar como *aquiescencia* la falta de reacción del sujeto notificado, lo que le haría oponible el hecho, situación o pretensión ajena de que se trate y decaídas sus propias pretensiones y derechos.

Justamente porque no había existido una notificación oficial la CIJ entendió que no cabía interpretar como *aquiescencia* el silencio de Gran Bretaña frente a la inteligencia que de la frontera en la región de Borneo convenida en el tratado de 20 de junio de 1891 se hacía el proyecto de ley (y mapa anejo) presentado por el gobierno neerlandés al Parlamento para su ratificación, a pesar de que estos documentos eran conocidos por el *Foreign Office* gracias a la diligencia del embajador de SMB en La Haya (*Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, 2002).

En general, el recurso a la notificación es facultativo, pero hay supuestos en que por aplicación de normas consuetudinarias o reglas convencionales, resulta obligatorio como requisito de un acto llamado a producir consecuencias jurídicas. Este fue el caso, por ej., del artículo 34 del Acta General de la Conferencia de Berlín (1885), relativo a las formalidades esenciales que habían de cumplirse para considerar efectivas las nuevas ocupaciones en las costas del Continente africano (v. *infra*...).

Oviamente no era el caso de *Clipperton*, una de las dos islas oceánicas del Pacífico nororiental, a seiscientas millas de Acapulco, y, por eso, el rey Vittorio Emanuele III, como árbitro del contencioso entre Francia y México, consideró justamente que la falta de notificación de la *ocupación* francesa (en 1858, además) no afectó a la regularidad del título. Más discutible es el acierto del árbitro coronado al estimar que la publicación de dicha ocupación en un diario de Honolulu (Hawái) ese mismo año por gestión del Consulado francés era suficiente para atribuir al acto la notoriedad requerida.

El conocimiento del hecho, situación o pretensión de que se trate, *condición necesaria*, no es, sin embargo, *suficiente*. Es preciso, además, que aquéllos afecten de tal manera derechos y pretensiones de otro que sea razonable esperar de él, atendiendo a la buena fe y a la seguridad de las relaciones, una reacción expresa en contra: *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*...

Cuando un Estado considera que sus derechos son afectados por iniciativas y actos de otros Estados debe reaccionar. “Esta regla”, afirmó el tribunal arbitral que zanjó las diferencias de límites terrestres y marítimos entre los emiratos de *Dubai y Sharjah* (1981) tras señalar la abundante jurisprudencia que la avala, “es perfectamente lógica, pues la falta de acción en una situación así sólo puede significar una de dos: o el Estado no cree poseer realmente el derecho disputado o, por razones que le son propias, decide no mantenerlo”.

La *protesta*, declaración por la que no se reconoce como legítimo un hecho, situación o pretensión ajena, encarna esa reacción y es el medio más adecuado para salvaguardar una posición, pretensión o derecho propios, evitando la oponibilidad de aquéllos. Cuando se planteó ante el Consejo Federal Suizo la diferencia entre Colombia y Venezuela sobre la *validez del laudo arbitral de la reina-regente María Cristina* que había decidido la delimitación fronteriza entre los dos países, Colombia alegó que Venezuela no había protestado la ocupación colombiana de las fuentes del Amazonas y del Orinoco (en 1900) ni la cesión de Colombia a Brasil (en 1907) de parte del territorio en litigio. El árbitro declaró

(1922) que “la falta de protesta es, en DI, una de las formas de la aceptación o del reconocimiento de ciertos hechos”.

Los *incidentes* al hilo de contenciosos territoriales o marítimos o los producidos en el intercambio diplomático son una fuente inagotable de notas y declaraciones de protesta. Pero la protesta puede tomar cuerpo también en otros actos, trátase de declaraciones institucionales, denuncias ante OI, medidas de retorsión o, incluso, bajo determinadas circunstancias, represalias no armadas... En las antípodas del reconocimiento (y de la renuncia), la efectividad de la protesta, supuesta la imputación al sujeto, requiere que sea *inequívoca* en su contenido, *oportuna* en el tiempo (no tardía) y *reiterada* cuantas veces lo exijan las circunstancias. Se trata, en definitiva, como ha señalado M. G. Kohen, de que el comportamiento del Estado afectado sea *globalmente coherente*.

Estamos ante un delicado problema interpretativo que sólo caso por caso puede resolverse. Determinar el nacimiento o la modificación de una obligación o la pérdida o modificación de un derecho en virtud de la *aquiescencia* es más embarazoso que ponderar los efectos de una declaración de voluntad expresa, sobre todo por lo difícil que resulta descubrir una intención o propósito a partir de meros comportamientos y, especialmente, omisiones. De ahí que se deba ser riguroso, muy estricto, en la apreciación de conductas de las que se pretende extraer consecuencias jurídicas.

En este sentido se dice, recurriendo a un oxímoron, que el silencio ha de ser *elocuente*. Así lo debió entender la CIJ en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* cuando afirmó (1984) que el silencio de Nicaragua sobre su situación jurisdiccional conforme a las publicaciones oficiales de la Corte sólo podía interpretarse como aceptación de la misma, pues no cabía suponer que el gobierno nicaragüense pudiera haber creído que su silencio era algo distinto a la aquiescencia.

Hay incluso quienes sostienen que hay materias como las concernientes a la soberanía territorial que sólo pueden ser resueltas mediante tratados o, por lo menos, actos explícitos de los interesados. De ser así sería la ruina de los predicadores de la prescripción adquisitiva como forma de adquisición del dominio, más numerosos cuando más cerca están de los poderosos. Sin embargo, aunque los tribunales internacionales no simpatizan particularmente con categorías importadas del Derecho privado, asumen su sustancia y la jurisprudencia abunda en contenciosos territoriales resueltos en torno a la aquiescencia de una parte a las pretensiones y efectividades de la otra (así, por ej., en la jurisprudencia arbitral, asunto *Grisbadarna*, entre Suecia y Noruega (1909); asunto de la *Isla de Palmas*, entre Estados Unidos y Holanda (1928); asunto *Rann de Kutch*, entre India y Pakistán (1968); asunto de la *soberanía territorial* entre Eritrea y Yemen, primera fase, 1998); CIJ, *Minquiers y Ecréhous*, entre Francia y Gran Bretaña (1953); *Templo de Préah Vihear*, entre Tailandia y Camboya (fondo, 1962...). Hay materias, y esta es una de ellas en que, precisamente, el silencio es *más elocuente*.

Elocuente se hace el silencio más y más con el paso del tiempo. De ahí que en los contenciosos territoriales se hable (F. Jiménez) de una aquiescencia *prescriptiva* aunque, como advierte el mismo autor, el elemento temporal no es una condición ineludible de la aquiescencia, sino más bien una consecuencia de sus presupuestos constitutivos. El lapso temporal tenderá a abreviarse en la medida en que la pretensión y efectividades de un Estado se hacen *intensivas*, dejando en evidencia la inoperancia del otro en la defensa de sus presuntos derechos.

En el asunto del *Templo de Préah Vihéar* la CIJ (1962) afirma que “las circunstancias eran de tal naturaleza que exigían una reacción de las autoridades de Siam en un plazo razonable... por lo que (al no producirse dicha reacción) debemos concluir en su aquiescencia”.

En el asunto de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* entre El Salvador y Honduras la Corte (1992) tuvo numerosas oportunidades de acudir a la aquiescencia deducida del comportamiento de las partes con posterioridad a su independencia de la Corona española, no sólo para precisar el *uti possidetis iuris* (v. Cap. XXIII) sino también para abandonarlo. No hay razón, dice la Corte, para que una aquiescencia o un reconocimiento no opere cuando hay pruebas suficientes para establecer que las partes han aceptado claramente de hecho una variante o una interpretación de la situación resultante del *uti possidetis iuris*. Así, la Corte estimó que la protesta hondureña (en 1991) después de numerosos actos de soberanía de El Salvador sobre la isla Meanguera, en la Bahía de Fonseca, había sido formulada *demasiado tarde* para disipar la *presunción de aquiescencia* de Honduras. Honduras se había beneficiado de esta doctrina años antes en el arbitraje de sus diferencias con Guatemala sobre la *delimitación fronteriza* (1933), pues el tribunal estimó, en efecto, que los actos de soberanía de Honduras habían sido confirmados por la aquiescencia de Guatemala deducida de su falta de oposición y protesta.

Volviendo al litigio con El Salvador, Honduras también se benefició de la doctrina en el trazado del sexto sector de la frontera terrestre controvertida. Cuando en 2002 El Salvador solicitó la revisión de la sentencia dictada diez años antes alegando que ahora contaba con la prueba de la avulsión del río Goascorán —cuyo cauce había determinado la frontera— lo que podía obligar a modificar el trazado conforme a una recta aplicación del *uti possidetis iuris*, la Corte rehusó admitir a trámite la demanda considerando que la *ratio decidendi* de la sentencia en ese sector no residía en el *uti possidetis iuris*, sino en el comportamiento de las partes en las negociaciones de 1880 y ss. (*Demanda en revisión de la sentencia de 11 de septiembre de 1992 en el asunto de la Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima...*, 2003).

Para apreciar la fuerza de la *aquiescencia* baste señalar que sólo ella parece capaz de conmovir la frontera o los límites convenidos en un tratado, acorazado frente a toda suerte de causas de terminación, impuesto a los herederos, prevalente sobre principios hoy fundamentales como la libre determinación de los pueblos (v.

Caps. IV y XII). La frontera persiste incluso en el caso de que, excepcionalmente, el tratado no sobreviva (CIJ, *Controversia territorial entre Libia y Chad*, 1994). Sólo la aquiescencia acecha... (v. Cap. XXIII).

Un asunto en el que se han debatido ampliamente derechos y obligaciones deducidas del comportamiento de las partes es el de la *Isla Kasikili-Sedudu*, entre Namibia y Botswana. La CIJ tenía que determinar el estatuto jurídico de esta isla y la frontera entre las partes con base en el tratado anglo-alemán de 1 de julio de 1890, que delimitó las respectivas esferas de influencia en la región de las dos potencias europeas. Namibia se refirió a la práctica posterior, en concreto a la ocupación por los *Masubia* de la isla, el ejercicio de jurisdicción por autoridades namibias (alemanas primero, luego sudafricanas) y el silencio de Bostwana (Gran Bretaña) por más de un siglo con entero conocimiento de causa, a fin de respaldar la interpretación del tratado que convenía a sus intereses. Pero, además, Namibia sostuvo que los hechos mencionados constituían por sí mismos un título de soberanía en virtud de la prescripción, la aquiescencia y el reconocimiento. La Corte (1999), sin pronunciarse sobre la institución de la prescripción, desestima la pretensión de Namibia considerando que no se cumplen en el caso las condiciones que ella misma enumera: la presencia intermitente de los *Masubia* en la isla con fines exclusivamente agrícolas es una actividad privada y no una manifestación de administración indirecta, no habiendo pues ocupación continua y efectiva ni ejercicio de jurisdicción soberana. Tampoco hubo aceptación y aquiescencia de la otra parte porque en cuanto las autoridades de Bostwana (Bechuanalandia) advirtieron (1947-1948) que las autoridades namibias (sudafricanas) pretendían servirse de las idas y venidas de los *Masubia* para fabricarse un título sobre el territorio basado en la prescripción, se opusieron consistentemente.

Conviene tener presentes en todo caso las circunstancias en que se produce el intercambio diplomático de los distintos Estados. La distinción que propone Ph. Cahier entre el *conocimiento* de un hecho y la *toma de conciencia* de sus consecuencias jurídicas puede ser particularmente útil. Los países en desarrollo carecen a menudo de infraestructuras diplomáticas, técnicas y administrativas capaces, su institucionalidad es débil y viven en situaciones de alta inestabilidad que descartan la mera desidia como causa de *olvidos y lagunas de comportamiento* que no deberían interpretarse como *aquiescencia*, especialmente cuando están en juego intereses territoriales. Si su conocimiento de los hechos puede ser más o menos establecido, la toma de conciencia de sus efectos jurídicos puede escapar a menudo a sus reales posibilidades. En la primera fase del arbitraje sobre *Soberanía territorial* entre Eritrea y Yemen las partes alegaron el colapso de su administración a causa de las guerras civiles para justificar su pasividad frente a las efectividades del otro, lo que fue considerado por el tribunal en su apreciación general del caso (1998). La dependencia *de facto* de una potencia extranjera debe ser particularmente tenida en cuenta para descartar efectos jurídicos de comportamientos y omisiones del Estado dependiente.

La pasividad, la omisión de acción allí donde una adecuada protección de derechos e intereses legítimos la reclama, proyecta o puede proyectar sus efectos sobre todo tipo de relaciones. Así, Estados demandados ante la CIJ no han dudado en plantear excepciones a la admisibilidad de la demanda con base en la demora del demandante al plantear sus pretensiones.

En el asunto sobre *Ciertas tierras de fosfatos en Nauru* (1992) Australia sostuvo que habían pasado veinte años desde la independencia de Nauru antes de que (en 1988) hubiera hecho conocer su exigencia de rehabilitación de las tierras. Esa demora perjudicaba a Australia, tanto por la mayor dificultad de recopilar la documentación requerida como por la evolución del Derecho aplicable, que haría más difícil la determinación de las obligaciones de las potencias administradoras en la época de las presuntas infracciones. La Corte admitió como principio que un retraso indebido en la presentación de una demanda podía hacerla inadmisibile, pero advirtió que el DI no fijaba un límite de tiempo (no se trata, pues, de una prescripción de la acción), debiendo ser considerado el punto según las circunstancias de cada caso. En el sometido por Nauru la Corte entendió que el retraso (menor del alegado por Australia) no hacía inadmisibile la demanda, habida cuenta de la naturaleza de las relaciones entre las partes, si bien agregando que, llegado el momento, cuidaría que dicho retraso no perjudicase a Australia en lo que hace al establecimiento de los hechos y al contenido del Derecho aplicable.

La posición asumida por la Corte en el *asunto Nauru* fue evocada por la misma Corte cuando hubo de pronunciarse sobre la alegación de los Estados Unidos que solicitaba no se admitiera a trámite la demanda de México en relación con las violaciones de la CV sobre Relaciones Consulares (1963) atribuidas al demandado, arguyendo que el demandante no las había puesto en su conocimiento o lo había hecho con un retraso considerable. La Corte rechazó el alegato, pero no el principio de que la inadmisibilidat de una demanda puede fundarse en una *renuncia tácita de derechos*. Ahora bien, “sólo una inacción mucho más larga y sistemática que la alegada por Estados Unidos en relación con México podría ser interpretada como implicando tal renuncia”. La Corte llama la atención, además, sobre el hecho de que el demandado no evocara el riesgo de perjuicio que el retraso del demandante podía ocasionarle (*Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004).

128. El estoppel

Puede ocurrir que en un procedimiento arbitral o judicial una de las partes plantee una objeción perentoria cuando la otra adopte una posición que, en su opinión, contradice lo anteriormente admitido, expresa, implícita o tácitamente. Para que la objeción prospere no basta con demostrar la existencia de contradicción; es preciso probar que con base en el acto o comportamiento claro y constante de la otra parte el objetante se hizo una composición de lugar que inspiró sus propios actos y comportamientos, ahora perjudicados por la inconsecuencia del otro, al que debería negársele la obtención por ello de una ventaja (v. en la

jurisprudencia arbitral, el asunto *Tinoco*, entre Costa Rica y Gran Bretaña, 1923; CIJ, *Delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte* (RFA-Dinamarca; RFA-Holanda), 1969). La situación de éste se califica, siguiendo el *common law*, de **estoppel**, pero la idea subyacente cuenta en su haber con brocardos y máximas latinas: *nemo potest venire contra factum propium*, *allegans contraria non audiendus est*...

La salvaguarda de la buena fe y la confianza recíproca, junto con consideraciones de equidad, alimentan estas reglas cuyo fundamento es similar al de la aquiescencia y se apoyan en los mismos hechos, como observó la Corte en el asunto de la *delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* (1984). En la práctica ambos conceptos, aquiescencia y *estoppel*, suelen ir de la mano en los procedimientos arbitrales y judiciales y hay quienes han visto en uno el *alter ego* del otro o se refieren a ellos como las dos caras de una misma moneda.

Debe advertirse, sin embargo, como ya hizo la Corte en el asunto citado, que ambos proceden de razonamientos jurídicos diferentes. De ahí que puede haber aquiescencia en casos en que no sería posible apreciar un supuesto de *estoppel* y, viceversa, puede darse un *estoppel* en casos en que no se aprecia aquiescencia. En virtud del *estoppel* un sujeto podría ser obligado definitivamente por actos y comportamientos que en sí mismos carecían de efectos jurídicos, y ello con el fin de impedir que saque provecho de sus propias contradicciones en perjuicio de otro. En los casos de *estoppel* —que sería bueno mantener en el ámbito estrictamente procesal si queremos garantizar un aparato conceptual operativo y una función específica, aunque residual, dentro del DI— lo fundamental no es el acto o comportamiento en sí, sino la reacción frente al mismo lo que interesa descubrir no es el consentimiento en obligarse de un sujeto o los efectos jurídicos directamente vinculados al comportamiento, sino las conclusiones que de éste han podido sacar legítimamente los demás, atendiendo a sus elementos objetivos y, sobre esa base, el perjuicio padecido por —o que podrían padecer, de aceptarse la actitud sobrevenida de la otra parte— quienes actuaron *bona fide* en consecuencia (CIJ, *Delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte*, 1969; *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*, 1984; *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima. Demanda a efectos de intervención*, 1990).

Si es así, el *estoppel* es redundante en la *ratio decidendi* una vez que el juez o el árbitro han llegado al convencimiento de que el comportamiento conduce a la *aquiescencia* (v. op. ind. de G. Fitzmaurice en el asunto del *Templo de Préah Vihéar* (fondo), 1962). En el caso relativo a la *Sentencia arbitral dictada por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906* (Honduras c. Nicaragua), era tal el cúmulo de declaraciones y comportamientos nicaragüenses conformes con la validez del laudo que la Corte (1960) declaró que Nicaragua ya no podía desdecirse y disputar el punto. Hubiera sido un buen ejemplo de *estoppel*, de no ser porque los “repetidos actos de reconocimiento” de Nicaragua “por declaración expresa y comportamiento” situaban la decisión en la órbita de la jurisprudencia relativa a la aquiescencia o, incluso, a los actos unilaterales.

En todo caso, al igual que ocurre cuando se trata de la aquiescencia (CIJ, *Delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte*, 1969; *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*, 1984), las declaraciones y comportamientos a partir de los cuales se invoca el *estoppel* deben ser claros o inequívocos, persistentes y coherentes.

En el caso del *pago de distintos empréstitos serbios emitidos en Francia*, la CPJI (1929) estimó improcedente la aplicación del *estoppel* al considerar que la declaración francesa que invocaba la antigua Yugoslavia no satisfacía las condiciones requeridas a tal efecto. Siguiendo esta línea la Corte desestimó el *estoppel* en casos posteriores en que fue invocado (así, por ej., en *Nottebohm* (segunda fase), invocado por Liechtenstein contra Guatemala, 1955; *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (competencia y admisibilidad), invocado por Estados Unidos contra Nicaragua, 1984; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (exc. prel.), invocado por Nigeria contra Camerún, 1998; *Licitud del empleo de la fuerza* (exc. prel.), 2004).

En este último asunto la Corte insiste en ese otro elemento, específico del *estoppel*, que ha sido, a fin de cuentas, el que ha acabado en la práctica, según se desprende de la jurisprudencia, con las expectativas levantadas por sus devotos una vez que creían establecido el carácter claro y constante del comportamiento de la otra parte, a saber, la modificación de la posición del invocante en detrimento propio fundándose en dicho comportamiento.

Entre ambos —el comportamiento de uno o actitud *primaria* (E. Pecourt) y la modificación de la posición del otro en su propio perjuicio o actitud *secundaria* debe existir una relación de causalidad. Nigeria no demuestra, según la Corte, haber modificado su posición ni haber sufrido un perjuicio por el hecho de que podría haber buscado una solución al contencioso fronterizo recurriendo a otros procedimientos, lo que no hizo fiándose de la posición presuntamente adoptada por Camerún de solucionar la diferencia mediante negociaciones bilaterales exclusivamente. La Corte no está convencida de que Nigeria sufriera un perjuicio por el hecho de que Camerún entablara un procedimiento ante la Corte en lugar de proseguir unas negociaciones que, por lo demás, estaban en punto muerto al interponerse la demanda.

Algunas decisiones habidas en los contenciosos abiertos entre Estados e inversionistas extranjeros sometidos a arbitraje en el marco del CIADI sugieren que el *estoppel* ha tenido más éxito en este ámbito (v. *Amco Asia c. República de Indonesia* (Jurisdicción), 1983, particularmente expresiva).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Sobre las fuentes del DI en general, en lengua española*: J. Barberis, *Fuentes del DI*, La Plata, 1973; *id.*, *Formación del DI*, Buenos Aires, 1994; H. Llanos, *Teoría y práctica del DI público*, Santiago de Chile, 1977. **En otras lenguas**: G.J.H. von Hoof, *Rethinking the Sources of IL*, Deventer, 1983;

Fragou-Ikonomidou (ed.), *Sources of IL*, Tesalónica, 1992; G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, 1993; R.C. Rossi, *Equity and IL: A Legal Realist Approach to International Decision Making*, Nueva York, 1993; V.D. Degan, *Sources of IL*, Dordrecht, 1997; M. Koskenniemi, *Sources of IL*, Dartmouth, 2000; I.F. Dekker y H.G. Post (eds.), *On the Foundations and Sources of IL*, Cambridge, 2003; F. Riedel, "Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in IL", *FJIL*, 1991, 58; J.P. Jaqué, "Acte et norme en DI public", *R. des C.*, 1991, t. 227, 359; T.O. Elias, "Perspectives of the New Trends in Contemporary IL", *Essays N. Singh*, Dordrecht, 1992, 161; G. Abi-Saab, "Les sources du DI: Essai de déconstruction", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 29; R. Monaco, "Réflexions sur la théorie des sources du DI", *Essays K. Skubiszewski*, La Haya, 1996, 517; K. Wolfke, "Some Reflections on Kinds of Rules and IL-Making by Practice", *ibid.*, 587. V. tb. las contribuciones al v. I de los *Études R. Ago*, Milán, 1987.

2. Sobre los actos unilaterales, en lengua española: D. Bondía, *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Barcelona, 2004; V. Rodríguez Cedeño, *Contribución al estudio de los actos jurídicos unilaterales del Estado*, Caracas, 2004; A. Miaja, "Los actos unilaterales en las relaciones internacionales", *REDI*, 1967, 429; J. Juste, "Nota a la sentencia del TIJ de 20 de diciembre de 1974 en los asuntos de las pruebas nucleares (*Australia c. Francia, Nueva Zelanda c. Francia*)", *REDI*, 1976, 454; J.A. Barberis, "Los actos jurídicos unilaterales como fuente de DI público", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 101. **En otras lenguas:** G. Venturini, "La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États", *R. des C.*, 1964-II, t. 112, 363; M.P. Jaqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en DI public*, París, 1972; D. Greig, "Reflections on the Role of Consent", *AYIL*, 1988-89, 125; K. Skubiszewski, "Unilateral Acts of States", en M. Bedjaoui (ed.), *IL: Achievements and Prospects*, UNESCO, 1991, 230 (ib. en francés); V.D. Degan, "Acte et Norme en DI public", *R. des C.*, 1991, t. 227, 357; *id.*, "Unilateral Acts as Source of Particular IL", *FYIL*, 1994, 149; J. Charpentier, "Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences", *Essays K. Skubiszewski*, cit., 367; F. Villagrán, "Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale", en *Le DI à l'aube du XXI siècle*, Nueva York, 1997, 137; K. Zemanek, "Unilateral Legal Acts Revisited", *Essays E. Suy*, La Haya, 1998, 209.

3. Sobre los comportamientos estatales y la aquiescencia, en lengua española: especialmente, F. Jiménez García, *Los comportamientos recíprocos en DI. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Madrid, 2002; F. Villagrán, "Actos convencionales y no convencionales: Ratificación, aquiescencia y estoppel", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., 963. **En otras lenguas:** J.P. Jaqué, "A propos de la promesse unilatérale", *Mélanges P. Reuter*, 1981, 327; D. Greig, "Reflections on the Role of Consent", cit. **Sobre la protesta en particular:** M. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, París, 1997. **En relación con la buena fe:** E. Zoller, *La bonne foi en DI public*, París, 1977; J.F. O'Connor, *Good Faith in IL*, Dartmouth, 1991; R. Kolb, "La bonne foi en DI public", *RBDI*, 1998, 661.

4. Sobre el estoppel en particular, en lengua española: E. Pecourt, "El principio del estoppel en DIP", *REDI*, 1962, 97; *id.*, "El principio del estoppel y la sentencia del TIJ en el caso Préah Vihéar", *REDI*, 1963, 153; P. Andrés, "Estoppel", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1994, v. II, 2947; **en otras lenguas:** A. Martin, *L'estoppel en DI public*, París, 1979; Y.I. Youakim, *Estoppel in IL*, Michigan, 1994; Ch. Dominicé, "A propos du principe de l'estoppel en Droit des Gens", *Hom. Guggenheim*, 327; Ch. Vallée, "Quelques observations sur l'estoppel en Droit des Gens", *RGDIP*, 1973, 949; I. Sinclair, "Estoppel and Acquiescence", *Essays R. Jennings*, Cambridge, 1996, 104; J.R.G. Weeramantry, "Estoppel and the Preclusive Effects of Inconsistent Statements and Conduct: the Practice of the Iran-US Claims Tribunal", *NYIL*, 1996, 113; H. Das, "L'estoppel et l'acquiescement: assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles", *RBDI*, 1997, 607. Tb., en relación con la aplicación del principio en contenciosos entre Estados e inversionistas extranjeros, E. Gaillard, "La interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)", *Revue Arbitrale*, 1985, 241; Ph. Pinsolle, "Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de la bonne foi dans le droit du commerce international", *JDI*, 1998, 805.

Capítulo VIII

El acuerdo como fuente de obligaciones. Los tratados

XXXII. INTRODUCCIÓN

129. La importancia de los tratados

Lo primero que cabe subrayar de los tratados es su *perennidad*. Desde que existen comunidades políticas dispuestas a relacionarse existen los tratados. Arqueólogos y especialistas de la Historia Antigua han descubierto acuerdos que reflejan las fronteras y los lazos de vasallaje, paz, alianza, amistad y cooperación anudados durante milenios por pueblos de diferentes culturas y civilizaciones. Ha podido así escribirse la historia de las relaciones internacionales a través de la historia de los tratados más señeros.

A principios del siglo XX H. Winckler hizo en una aldea de Anatolia, al este de Ankara, un hallazgo asombroso, los archivos reales hititas, donde se conservaban en tablas de arcilla alrededor de cincuenta textos de tratados correspondientes a un período de algo más de doscientos años en la mitad del segundo milenio a. de C. Una de esas tablas era, en escritura cuneiforme babilónica, el *ejemplar* hitita del tratado suscrito con Ramsés II, faraón de Egipto, tras la batalla de Kadesh (1296-1286 a. de C.), concertando la paz y amistad, defensa mutua, legítima sucesión en ambos tronos y extradición de fugitivos, un tratado cuyo texto había sido esculpido por los egipcios en la piedra de la fachada sur del templo de Amón, en Karnak.

Hoy los sujetos internacionales no se sirven de tablas de arcilla, estelas y frontispicios palácicos o religiosos para materializar sus acuerdos escritos. Tampoco se invoca ya a los dioses para sacralizar los pactos, aunque cabe descubrir mementos preambulares en textos contemporáneos (como, por ej., entre cristianos, el *Dios todopoderoso* en cuyo nombre se celebró el tratado de paz y amistad entre Argentina y Chile, de 29 de noviembre de 1984), que probablemente han de aumentar a medida que los integristas religiosos más competitivos se apoderen de la representación de los Estados.

El tratado es la fuente por excelencia de derechos y obligaciones (DI particular) y excelente coadyuvante en la formación de normas (DI general: v. Cap. XIII). Más numerosos que en cualquier tiempo pasado, sobre los tratados reposan sustancialmente la coexistencia y la cooperación en un amplio arco de materias, que evidencian la interdependencia de los miembros de la sociedad internacional.

Para advertir su volumen, reiteración y variedad basta con dirigir la mirada a las más celebradas *colecciones de tratados*. La de C. Parry (*The consolidated treaty series*), que se inicia con el tratado de paz entre España y los Países Bajos firmado en Munster en 1648, año considerado fundacional del moderno sistema de Estados (v. Cap. I), y acaba con el comienzo (1918-1920) de las *Series* de tratados publicados por la S. de N., ronda los doscientos cincuenta volúmenes, número similar al de estas *Series* (RTSN), sólo que en el caso de la Organización con sede en Ginebra los tratados publicados corresponden a un período de veinticinco años. Las

Serías de tratados de las NU (UNTS) desbordaron hace tiempo el millar de volúmenes, obligando a la Organización a replantearse con sentido restrictivo el deber de publicación de los tratados registrados en la Secretaría General (art. 102.1 de la Carta de las NU). Gracias a la informatización hoy se cuenta con un acceso rápido y completo a este impresionante tejido convencional de las relaciones internacionales.

Si asumimos una perspectiva histórica advertiremos que los tratados no sólo sirven la memoria colectiva de las relaciones internacionales, sino que permiten marcar la expansión material del DI y los objetivos prioritarios de los miembros de la sociedad internacional (v. Cap. I).

Así, entre 1648 (Paz de Westfalia) y 1815 (Congreso de Viena) la mayoría de los tratados concernía a la paz, el territorio y las fronteras, las alianzas y las relaciones políticas y militares. A lo largo del siglo XIX alumbran los tratados de cooperación en ámbitos administrativos y técnicos (extradición, sanidad, propiedad intelectual e industrial, comunicaciones, comercio, navegación...) acompañados a menudo de los constitutivos de Uniones Administrativas para su gestión, seguimiento y progreso. El siglo XX abrió el abanico material al arreglo pacífico de las controversias, la regulación de problemas económicos, sociales y medioambientales, la protección de los derechos humanos, el régimen de los espacios internacionales, la constitución de Organizaciones internacionales... El abigarrado universo de los tratados celebrados en los últimos cincuenta años refleja la voluntad de responder a problemas y necesidades sociales compartidas mediante reglas jurídicas pactadas. Incluso Estados Unidos, a pesar de su escasa disposición a obligarse con los demás, celebró entre 1960 y 2000 más de doce mil tratados bilaterales y multilaterales restringidos.

La evolución del objeto material de los tratados fue acompañada de su creciente complejidad técnica. De los tratados bilaterales de carácter recíproco y *en racimo* se pasó a los multilaterales, convirtiéndose éstos cada vez con mayor frecuencia no sólo en el principal agente motor de las normas generales sino también en la base de regímenes de regulación autónoma gobernadas por OI (v. Cap. XV).

130. El Derecho de los Tratados

Se entiende por *Derecho de los tratados* el conjunto de normas, internacionales e internas, que rigen la vida de los tratados desde su formación a su terminación, pasando por todos sus efectos y alteraciones.

La mayoría de las normas internacionales aplicables a los tratados ha sido objeto de *codificación* mediante Convenciones de vocación universal, la primera y más importante de las cuales es la abierta a la firma en Viena el 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980, 30 días después del depósito del 35º instrumento de ratificación y adhesión (art. 84 de la Convención).

Codificar el Derecho relativo a los tratados fue una de las prioridades en la lista confeccionada en su primer período de sesiones (1949) por la CDI, el órgano creado por la AGNU (res. 174-II, de 1947) para asistirle en el impulso de la codificación y desarrollo progresivo del DI (art. 13.1 de la Carta). No obstante, la Comisión no se ocupó realmente del tema hasta 1962, concluyendo sus trabajos en 1966 con la aprobación de un proyecto de artículos que, con muy pocas modificaciones, se convirtió en el texto de la Convención adoptado por la Conferencia que, convocada por la AG, se reunió en Viena (1968-1969). Setenta y nueve Estados votaron a favor, uno solo (Francia) lo hizo en contra y diecinueve se abstuvieron (entre ellos la Unión Soviética y sus clientes de la Europa central y oriental). La cuidadosa preparación y el acierto del método, atento siempre a los

comentarios por escrito de los gobiernos a los informes anuales de la CDI y a sus observaciones en la VI Comisión (Asuntos Jurídicos) de la AG, explican —con el control de los principales resortes de la Conferencia por miembros de la CDI— la acusada *influencia* del proyecto.

La Convención, llamada el *Tratado de los tratados*, obliga a título de tal a: 1) todos —pero sólo— los Estados que la han ratificado o se han adherido —ciento siete en octubre de 2006— entre ellos España, que depositó su adhesión el 16 de mayo de 1972, así como Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay); y 2) respecto de todos —pero sólo— los tratados celebrados con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor para cada uno de ellos (art. 4).

No obstante, su relevancia positiva rebasa con mucho la doble limitación de su título de obligatoriedad particular en la medida en que sus disposiciones, aprobadas por mayorías representativas superiores a los dos tercios, han dado certidumbre a normas consuetudinarias preexistentes en unos casos, han facilitado su *cristalización* en otros y, en los restantes, ha acelerado su gestación, configurando una *opinio iuris* colectiva e invitando a una práctica posterior conforme con aquélla (v. Caps. XIII y XIV). Con independencia de la dificultad que presenta la apreciación de estos procesos, es indudable que las normas consuetudinarias declaradas, cristalizadas o propiciadas por la Convención son aplicables en cuanto tales a todos los tratados, con independencia de la fecha de su entrada en vigor, y a todos los sujetos a los que sean oponibles, sean o no partes en la Convención. La misma Convención, al fijar su ámbito temporal de aplicación, precisó que nada obstaría a la aplicación de cualesquiera de las normas enunciadas “a las que los tratados estén sometidos en virtud del DI independientemente de la Convención” (art. 4).

A este respecto es revelador que ya antes de la vigencia de la Convención los tribunales internacionales invocaran sus artículos alegando su dimensión consuetudinaria (CIJ, op. cons. sobre las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la permanencia de África del Sur en Namibia (Sudoeste africano)* a pesar de la res. 276(1970) del C. de S., 1971; ss. sobre la *Apelación concerniente a la competencia del Consejo de la OACI*, 1972; *Competencia en materia de pesquerías* (competencia) 1973; *Plataforma continental del Mar Egeo*, 1978; ss. arbitrales en los asuntos *del Canal de Beagle* y de la *Delimitación de la plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña*, 1977). Luego, esas referencias se han generalizado sin importar que las partes en la controversia no fueran partes en la Convención (ss. arbitrales en los asuntos *Young Loan*, 1980, *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau*, 1985, *Pesca en el golfo de San Lorenzo*, 1986, entre Canadá y Francia; CIJ, *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras), 1992; *Controversia territorial* (Libia/Chad), 1994, *Isla de Kasikili/Sedudu* (Botsuana/Namibia) 1999, *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), 2001).

Es, por lo demás, fácilmente comprobable la relevancia de la Convención respecto de la legislación y la práctica de los Estados, construidas en el molde de sus disposiciones.

Siendo amplia (85 arts. divididos en ocho Partes), la Convención no es exhaustiva. Hay aspectos de los tratados —y tratados— que quedan al margen.

Así, son expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, estimando que merecían un tratamiento aparte: 1) los tratados celebrados entre Estados y *otros sujetos de DI* —aunque acepta regir las relaciones *interestatales* derivadas de tales tratados— o entre sujetos de DI que no sean Estados (arts. 1, 2.1.a y 3.c) y 2) las cuestiones, sean cuales sean las partes, que conciernen a la aplicación de la *cláusula de la nación más favorecida*, la responsabilidad internacional deducible del incumplimiento, los efectos de la ruptura de hostilidades y la sucesión (art. 73).

Sobre los puntos mencionados se abrieron en su día procesos de codificación y desarrollo progresivo que han avanzado desigualmente. Así, se cuenta con: 1) la Convención de 21 de marzo de 1986 sobre *Derecho de Tratados entre Estados y OI y de éstas entre sí*, que ajustándose a la forma de la Convención de 1969 adapta sus disposiciones al supuesto que es su objeto y que cuenta en octubre de 2006 con cuarenta contratantes (veintitrés Estados, entre ellos España, que se adhirió el 24 de julio de 1990, Argentina, México y Uruguay, y diecisiete OI), debiendo entrar en vigor 30 días después del depósito del 35º instrumento de ratificación o adhesión de los *Estados* llamados a ser partes (art. 85.1); y 2) la Convención de 23 de agosto de 1978 sobre la *sucesión de Estados en materia de tratados*, en vigor desde el 6 de noviembre de 1996, a los treinta días de sumar los quince contratantes requeridos (art. 49.1), con veinte Estados partes en octubre de 2006 (v. cap. II y XII). Sobre la *cláusula de la nación más favorecida* y sobre la *responsabilidad internacional* se cuenta con proyectos de artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1978 y 2001, no habiéndose decidido hasta ahora la AGNU a hacer de ellos el objeto de una Convención (v. Caps. XVI y XIX). En cuanto a los efectos de la ruptura de hostilidades sobre la vida de los tratados, la CDI consideró en 1963 que ni por su composición (de expertos independientes) ni por su método era el órgano adecuado para estudiar un asunto que “entrañaría inevitablemente un examen de los efectos de las disposiciones de la Carta (de las NU) relativas a la amenaza o al uso de la fuerza sobre la legitimidad del recurso a las hostilidades”. Sin embargo, la CDI consideró en 2004 que la práctica de los últimos años y la incertidumbre normativa que la había acompañado hacían oportuno y necesario un esfuerzo de codificación y desarrollo progresivo y decidió incluir en su actual programa de trabajo los “efectos de los conflictos armados en los tratados” (v. Cap. XII)

En todo caso, como recordó la Convención de 1969 (preámbulo, último párrafo), las normas consuetudinarias son aplicables a todas las cuestiones no reguladas en sus disposiciones. El problema es determinar cuales son esas normas.

El carácter dispositivo de buen número de las normas internacionales sobre el Derecho de los Tratados y las remisiones, directas e indirectas, que hacen al Derecho interno, así como la intervención de una pluralidad de órganos en la formación y terminación de los tratados, la recepción, aplicación e interpretación en el orden interno de sus disposiciones y los conflictos que pueden plantearse al concurrir con otras en un mismo supuesto (v. Caps. IX, X, XII y XVII), son razones por las que los ordenamientos internos contienen reglas que completan desde la

perspectiva de cada sujeto las normas internacionales. En el caso de los Estados esa atención reguladora suele recorrer, si bien en orden disperso, todos los escalones de la jerarquía normativa, de la Constitución a las circulares de régimen interior.

Así, en el vigente Derecho español se descubren disposiciones pertinentes en la Constitución de 1978, Estatutos de Autonomía, leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado y en sus Reglamentos, Reglamentos de las Cámaras legislativas, Código civil... Antes, en 1972, el Ministerio de AA. EE. había querido imponer una cierta racionalidad en una de las actividades más caóticas de la Administración — la de la formación, registro y publicación de los tratados— para lo que se dictó el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, completado por un cierto número de órdenes circulares (la última de ellas de 17 de febrero de 1992), que siguió las líneas maestras y reprodujo en muchos puntos la Convención de Viena de 1969.

El Decreto 801/1972 significó en su momento un avance considerable. Pero la Constitución de 1978 (disp. derogatoria núm. 3) supuso la derogación de algunas de sus partes (títulos V y VI) incompatibles con la Ley Fundamental y, en cuanto a las restantes, parecía conveniente adecuar su contenido al nuevo bloque de la constitucionalidad, *confiriendo rango legal a una regulación que sólo por consideraciones de oportunidad y urgencia, ahora inoperantes, había carecido de él.*

Esas leyes existen en otros países (por ej., en México, promulgada el 23 de diciembre de 1991, DO, del 2 de enero de 1992; Holanda, ley sobre la aprobación y promulgación de los tratados, 1994; Nicaragua, ley que establece el procedimiento para la aprobación y ratificación de los instrumentos internacionales, 1995; Rusia, ley federal sobre tratados internacionales, 1995) a pesar de las sombras que acompañan a las luces de su contenido. En España, sin embargo, todas las iniciativas han sido hasta ahora vanas. En el piélago de la ignorancia, la insufrible tropa de los *pequeños maquiavelos*, que sugieren conservar las manos libres, de los *demonios familiares*, que alimentan el temor a perder el control del proceso legislativo, y de los *augures catastrofistas*, que anuncian que una ley suscitará más problemas que soluciones, han paralizado toda acción. El resultado ha sido el deslizamiento errático de disposiciones concernientes a los tratados en un número cada vez mayor de leyes y la propensión de las distintas Administraciones a *echarse por su cuenta al monte*.

XXXIII. NOCIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL TRATADO

131. ¿Qué es realmente un tratado?

El 20 de julio de 2002 una nota oficial del gobierno español daba cuenta de que “España y Marruecos han llegado a un acuerdo sobre la isla del Perejil que supone la vuelta al *statu quo* anterior al mes de julio. El Gobierno de España agradece al secretario de Estado norteamericano, Colin Powell, el trabajo realizado para facilitar dicho acuerdo. Los ministros de Asuntos Exteriores de España y Marruecos se reunirán el próximo lunes, 22 de julio, en Rabat”. Un comunicado marroquí de la misma fecha decía: “El Gobierno español ha retirado sus fuerzas del islote marroquí llamado Leila, gracias a los contactos coronados por el éxito emprendidos por S. M. el rey Mohamed VI, a quien Dios le asista, con la Administración estadounidense. Gracias a los loables buenos oficios emprendidos por el Secretario de Estado norteamericano, Colin Powell, los ministros marroquí y español de Asuntos Exteriores se reunirán el lunes 22 de julio, por la mañana, en Rabat”. Finalmente, la nota difundida por el Departamento de Estado daba la bienvenida “al entendimiento alcanzado por Marruecos y España sobre la isla, tras las

consultas de Estados Unidos con cada parte. En concordancia con este entendimiento, las dos partes han acordado restaurar la situación existente en la isla antes de julio de 2002. Creemos que este entendimiento va en el interés de los dos países y puede servir de base para futuros pasos para mejorar sus relaciones bilaterales”.

Casos como éste hacen perder, siquiera momentáneamente, la seguridad en la identidad de algo que se creía conocer, obligando a volver una y otra vez sobre una definición que ha de regir calificaciones de las que en cada caso concreto se deducen numerosas consecuencias. Así, la jurisdicción de la CIJ sobre las diferencias engendradas por la (in)aplicación e interpretación de un acuerdo o la exigencia de autorización parlamentaria para su conclusión (v. Cap. XVIII).

Con independencia de su valor para superar la perplejidad y las dudas que suscitan los supuestos más enrevesados y las situaciones conflictivas, la definición del *tratado* es muy útil para identificar sus rasgos más característicos.

Podemos definir el *tratado* como un *acuerdo escrito entre dos o más sujetos de DI destinado a producir efectos jurídicos entre las partes según las normas del DI, sea cual sea la denominación que reciba*.

Si descomponemos los elementos de esta definición advertimos que: 1) el tratado es una manifestación de voluntades concordantes, lo que lo distingue de los actos unilaterales; 2) el tratado se formaliza por escrito, lo que lo distingue de los acuerdos verbales y tácitos; 3) el tratado se celebra entre sujetos de DI, lo que lo distingue de los acuerdos sometidos al DI que éstos pueden concluir con sujetos de Derecho interno; 4) el tratado puede ser bilateral o multilateral; 5) el tratado produce efectos jurídicos, lo que lo distingue de los acuerdos *no normativos*; 6) los efectos del tratado son entre las partes, los sujetos que los han consentido; 7) el tratado se rige por las normas del DI, lo que lo distingue de los contratos de Derecho interno suscritos entre sujetos de DI, y 8) el título que recibe el tratado es irrelevante.

El primer punto ya ha sido considerado en el capítulo anterior. Ahora utilizaremos los restantes para profundizar en el conocimiento e identificación de los tratados.

132. La forma: un acuerdo por escrito

El tratado es una manifestación de voluntades concordantes, un *consensus ad idem* formalizado por escrito. Sin instrumentos diplomáticos, sin documentos en que quede constancia del acuerdo, precisando su objeto y preconstituyendo su prueba, no hay *tratado*.

El acuerdo por escrito puede materializarse en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos (art. 2.1.a CV). En este caso el acuerdo suele identificarse como un *canje de notas* o *cartas*, atendiendo al procedimiento a través del cual se perfecciona. Suelen producirse cuando se trata de enmendar o ejecutar otras obligaciones convencionales (por ej., un convenio sobre transporte aéreo), proceder a una rápida estipulación

de acuerdos sobre materias precisas de alcance reglamentario (por ej. una supresión de visados) o consideradas tradicionalmente como prerrogativa del Gobierno (por ej., el establecimiento de relaciones diplomáticas).

Acuerdos verbales, incluso tácitos, producto de una manifestación oral o de una conjugación de actos, comportamientos y, en su caso, omisiones, imputables a sujetos de DI pueden producir efectos jurídicos (hay quienes se refieren a ellos como acuerdos *informales* o —como J. Salmon— *no formalizados* o *solo consensu*), pero no son *tratados*.

Los archivos españoles conservan, por ejemplo, la correspondencia entre el Ministro de Asuntos Exteriores y el embajador español en Londres *relativa* a uno de esos acuerdos: en 1770 España forzó la evacuación de la Malvina Occidental de un destacamento británico que, incumpliendo los tratados en vigor, se había asentado allí cinco años antes. El Secretario del *Foreign Office*, Lord North, propuso —para salvar el honor— la reposición de la guarnición desalojada bajo el compromiso verbal de una posterior retirada voluntaria. Así se hizo en 1771, aunque luego hubieron de transcurrir tres años antes de que el gobierno de S. M. B. se decidiera a cumplir la obligación oralmente adquirida.

La misma Convención de Viena de 1969, tras excluir a los *acuerdos internacionales no celebrados por escrito* de la definición de *tratado*, deja expresamente a salvo su *valor jurídico* internacional (arts. 2.1.a y 3.a y b).

Dicho esto, conviene mantener frente a la pretendida asunción de obligaciones jurídicas mediante acuerdos verbales o tácitos una actitud no menos precavida que la aconsejada para los actos unilaterales (v. Cap. VII). Unos y otros, como ya se ha apuntado, se presentan frecuentemente como explicaciones alternativas de la formación de ciertas obligaciones.

En la sentencia de 5 de abril de 1933 la CPJI estimó que la declaración verbal del ministro de Asuntos Exteriores noruego (Ihlen) en respuesta a una petición del embajador de Dinamarca, hecha en nombre de su gobierno y en asunto de su competencia, obligaba a Noruega a no impugnar la soberanía danesa sobre el conjunto de Groenlandia. La declaración Ihlen ¿era el elemento reactivo de un acuerdo verbal? ¿era una *promesa*? ¿propició una situación de *estoppel*? Asimismo, cuando el embajador de Venezuela da respuesta mediante nota verbal de 22 de noviembre de 1952 a la que le dirige el Canciller colombiano ese mismo día declarando que su gobierno no objeta la soberanía venezolana sobre el archipiélago de Los Monjes, ¿no está sentando las bases formales de un acuerdo mediante canje de notas? En el asunto de la *Plataforma Continental* entre Túnez y Libia la CIJ (1982) consideró que el silencio de Francia (que ejercía el *protectorado* sobre Túnez) en relación con una línea propuesta en 1914 por Italia (que había sucedido al Imperio Otomano en la actual Libia) para dividir los bancos de esponjas, y su observancia de hecho durante largo tiempo, evidenciaba un *modus vivendi tácito*, útil para justificar históricamente la elección del método aplicable a la delimitación de la plataforma continental de las Partes (pero no para probar la existencia entre ellas de una frontera marítima reconocida). Cuando la canción nos dice: “En esta mano tengo cinco dedos y, en esta otra, dos y tres”, ¿no nos está ofreciendo dos explicaciones igualmente ciertas de una misma realidad, aunque una sea algo más rebuscada que la otra?

Los problemas que desde el punto de vista interno plantea la asunción de obligaciones internacionales mediante actos y comportamientos unilaterales se reproducen al contacto con los acuerdos no escritos. La preocupación por la seguridad jurídica (*vox emissi volat, littera scripta manet*) y la difícilísima incardinación de estos acuerdos dentro de un sistema cuyo objetivo es reglamentar —y formalizar— la intervención de los poderes del Estado, combinando la acción de uno (Ejecutivo)

con el control de los otros (Legislativo y Judicial) llaman a desconfiar de cualesquiera procedimientos informales de asunción de obligaciones; de manera que en principio ha de considerarse que los acuerdos no escritos carecen de efectos jurídicos o, con otras palabras, que la asunción de obligaciones por esta vía es excepcional, pues no ha de presumirse una voluntad de las partes en este sentido.

En la práctica tal vez sea en la aceptación tácita de los derechos a favor de tercero convenidos en un tratado (art. 36 de la CV sobre el Derecho de los Tratados) o en algunos supuestos de sucesión de Estados en tratados bilaterales (art. 24.1, b, de la CV sobre Sucesión de Estados en materia de tratados) donde podemos encontrar algunos de estos casos; pero se trata de supuestos muy particulares que operan, además, a partir de premisas escritas. Lo mismo podría decirse cada vez que en el proceso de enmienda de tratados el afán por simplificar y agilizar la adaptación de las obligaciones convenidas a nuevas circunstancias conduce a interpretar el *silencio* de una parte, transcurrido cierto tiempo, como asentimiento (v. *infra*...).

Hay quienes, erróneamente, creen ver acuerdos no escritos entre los votantes a favor de un proyecto de resolución en el seno de una institución o de un órgano de una OI. El papel de los representantes estatales en tales órganos e instituciones consiste en cooperar en la formación de una voluntad colegiada proyectada en actos unilaterales de la Organización cuyo valor jurídico viene determinado por su tratado constitutivo y la práctica posterior (v. *infra*). Una resolución obligatoria a condición de ser adoptada por unanimidad o de limitar su efecto a quienes le dieron su voto favorable se *aproxima* al acuerdo, pero *no* es un acuerdo. Eventualmente, manifestaciones y votos pueden tener cierta repercusión en el proceso de formación de normas generales por vía consuetudinaria, pero nada que se le parezca a una relación convencional entre quienes comparten una misma posición (v. Caps. XIII y XIV). Otra cosa es que, como ocurre a veces en el Consejo de la UE, se aproveche la reunión de un órgano o institución para gestar acuerdos entre los miembros sobre materias que escapan a las competencias orgánicas o institucionales.

133. Los sujetos

El tratado es una manifestación de voluntades concordantes *imputable a dos o más sujetos de DI*, lo que conduce a considerar: 1) quienes son esos sujetos, esto es, la capacidad para celebrar tratados; 2) la representación de los sujetos a los efectos de la imputación o atribución del acuerdo; 3) la influencia sobre el tratado del número de sujetos que participan en su formación; y 4) el carácter de los acuerdos que los sujetos de DI celebran con sujetos de Derecho interno.

Los sujetos son, desde luego, los Estados soberanos, pero no sólo ellos; también, principalmente, las OI. Todos ellos son personas jurídicas que, por lo tanto, actúan a través de órganos encarnados por individuos que las representan. A los sujetos son imputables los actos de sus representantes. Los tratados pueden ser *bilaterales*, cuando se celebran entre dos, o *multilaterales*, si se forman entre tres o más sujetos. Los acuerdos con sujetos de Derecho interno no son *tratados*, pero eso no impide a las partes localizar su régimen jurídico en el DI.

134. El número de sujetos

Atendiendo al número de partes los tratados se consideran *bilaterales* (entre dos) o *multilaterales* (tres o más). Se trata de una clasificación dinámica en la

medida en que un tratado inicialmente bilateral puede *abrirse* total o parcialmente a otros sujetos y, viceversa, un tratado multilateral puede facilitar la *bilateralización* total o parcial de sus contenidos.

Un ejemplo de lo primero es el Tratado concerniente a la Neutralidad Permanente y al funcionamiento del Canal de Panamá (*tratado Torrijos-Carter*, 1977) con un Protocolo abierto a "todos los Estados del mundo". Un ejemplo de lo segundo es el Convenio-marco europeo sobre la cooperación transfronteriza de las colectividades o autoridades territoriales (1980) que faculta a los Estados partes a condicionar su aplicación a la previa celebración de acuerdos bilaterales con los Estados vecinos.

En los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969, la Comisión de Derecho Internacional quiso afinar la distinción diferenciando entre tratados *bilaterales*, *plurilaterales* (hechos entre un número restringido de Estados) y *multilaterales* (de interés general para todos los Estados, concluidos en una Conferencia bajo los auspicios de una OI), pero renunció al intento ante las dificultades de definición y demarcación de los dos últimos tipos. Ya en la Conferencia de Viena (1968-1969) hubo enmiendas de recuperación de nociones similares, como la del tratado *multilateral restringido* (que se concibe —Francia— para obligar sólo a los Estados aludidos en su texto y cuya entrada en vigor en su integridad para todos es condición esencial del consentimiento de cada uno de ellos) y la del tratado *multilateral general* (que se refiere —Siria— a normas generales de DI o trata de materias de interés para la comunidad internacional en su conjunto). Finalmente, fueron retiradas o desechadas.

No obstante, tanto la distinción primaria entre tratados *bilaterales* y *multilaterales*, como algunos de los tipos que engloba esta categoría (*generales* y *restringidos*, *abiertos* y *cerrados*...) están presentes o subyacen en numerosas disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, entre las que se cuentan, en primer lugar, las concernientes a la formación de los tratados (v. Caps. IX y XI).

Dentro de un régimen particular nada impide acuñar nuevas distinciones. Así la OMC distingue entre acuerdos *multilaterales* y acuerdos *plurilaterales*, no en función del número de partes, sino de la discrecionalidad de los miembros en obligarse. Los acuerdos *multilaterales* en el ámbito OMC componen un *paquete único* que ha de ser necesariamente consentido; los *plurilaterales* son optativos, una especie de OMC *plus*. La distinción incide en la operatividad y articulación de los procedimientos de solución de diferencias.

135. Los efectos: a) obligaciones jurídicas

La exigencia para la identificación de un tratado de que el acuerdo escrito entre sujetos de DI origine derechos y obligaciones jurídicas permite diferenciarlo de los acuerdos entre esos mismos sujetos que carecen de efectos jurídicos (v. *infra*).

Esta distinción tienen trascendencia porque: 1) sólo la observancia de los tratados es exigible por los formales conductos diplomáticos, implicando su incumplimiento un ilícito y la consiguiente responsabilidad internacional (v. Cap. XIX); y 2) sólo los tratados son objeto de un régimen constitucional particular (en España, arts. 93-96; Argentina, arts. 27, 31, 75.22, 75.24, 99.11, 124) que supone la participación jurídicamente relevante de las Cámaras legislativas en la conclusión de muchos de ellos y, eventualmente, un control judicial de constitucionalidad (v. Caps. X y XVII).

El carácter recíproco o complementario de derechos y obligaciones y el equilibrio global de las partes será *normal*, pero no preceptivo. Si los derechos caen de una parte y las obligaciones de otra es muy probable que la que soporta las cargas encuentre compensación en otros tratados o en el conjunto de relaciones que sostiene con el favorecido. De no ser así, la percepción del tratado *desigual* podría ser sintomática de vicios del consentimiento, como la corrupción y la coacción, que dan paso a la nulidad del tratado (v. Cap. XII). Se observa, por otro lado, que en ocasiones se recurre a una percha convencional para colgar de ella obligaciones más fácil y directamente concebibles mediante actos unilaterales. Así, por ejemplo, no es necesario, pero es frecuente, recurrir a los *canjes de notas* entre el Estado anfitrión y los invitados a una Conferencia internacional para establecer sus privilegios e inmunidades. ¿No bastaría una declaración del anfitrión, esto es, una *promesa*? (v. Cap. VII).

136. Los efectos: b) obligaciones para las partes

Se dice que los efectos jurídicos del tratado son relativos porque se producen sólo *entre las partes*. “Cualquiera que sea el verdadero significado de un tratado, no puede ser interpretado en el sentido de que dispone de los derechos de terceras potencias independientes”, dijo el árbitro Max Huber al dirimir la diferencia entre Estados Unidos y los Países Bajos sobre el dominio de la *isla de Palmas* (1928). Un buen número de máximas romanas han servido la misma idea a lo largo de los siglos: el tratado es *res inter alios acta, pacta tertiis nec nocent nec prosunt, alteri stipulare nemo potest...* Jurisprudencia, práctica diplomática y doctrina abundan en que los tratados no pueden, en cuanto tales, imponer obligaciones ni conferir derechos a quienes no son partes en ellos sin mediar su consentimiento y la Convención de Viena lo remacha (art. 34).

Sin embargo, partiendo de este principio, son numerosas las situaciones que obligan, por lo menos, a matizarlo. ¿Qué decir así de las obligaciones *erga omnes* incorporadas a un tratado? ¿o de los pretendidos regímenes convencionales objetivos? ¿qué decir de los *deudos* en una sucesión de Estados? ¿de las obligaciones que puedan originarse en relación con un tratado para un Estado *agresor*? Los miembros de una OI de integración, ¿son *terceros* respecto de los acuerdos celebrados por ésta? ¿lo son respecto de los acuerdos que en el marco de los tratados constitutivos concluyen algunos de los socios? Todo ello sin entrar en el papel de los tratados en el proceso de formación consuetudinaria de normas generales... Las respuestas, más adelante.

137. El régimen jurídico: sujeción al Derecho Internacional

La Convención de Viena define al tratado como un acuerdo “regido por el DI” (art. 2.1.a). Pero nada impide a sujetos internacionales suscribir *contratos* entre sí, es decir, acuerdos sometidos a normas de Derecho interno que, por lo tanto, no son *tratados*.

El DI, en efecto, permite a sus sujetos localizar sus obligaciones —al menos las que fluyen de una actividad que también podría ser evacuada por sujetos de

derecho interno— dentro de un ordenamiento estatal, del Derecho propio de una OI o de cualquier otro sistema jurídico, incluso los principios generales del Derecho. Piénsese, por ejemplo, en el arrendamiento o mantenimiento de los locales de una misión diplomática, en la compra de una partida de tractores o, ¿por qué no?, de equipos militares: el hecho de que la operación se realice entre Estados no cambia su carácter comercial o de servicios y nada hay que objetar a que las partes en estos acuerdos, si esa es su voluntad, expresa o implícita, sometan sus efectos jurídicos a un ordenamiento distinto al internacional. Cosa diferente es que, como se advierte por ej. en los acuerdos sobre la deuda pública exterior entre Estados deudores y Estados (y OI) acreedores, el descubrimiento de esa voluntad no sea fácil, al mezclarse alusiones y reenvíos a términos y conceptos del DI y de los Derechos internos.

No es probable, por otro lado, que los límites que desconoce el DI sean impuestos por reglas del Derecho interno de las partes. Por lo que hace al Derecho español la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento general, adaptados a las Directivas de la CE, admiten su celebración al margen del Derecho de Gentes, renunciando al mismo tiempo a la aplicación forzosa de las reglas españolas de la contratación administrativa, sea cual sea el lugar en que ésta se produzca (art. 2.5 de la LCE).

138. La denominación: *tratado-género, tratado-especie*

La práctica internacional revela que sólo una pequeña parte de los acuerdos celebrados por escrito entre sujetos de DI y regidos por éste reciben de sus negociadores en la pila bautismal el nombre de *tratados*. Junto a los tratados *eo nomine* prosperan convenciones, convenios, acuerdos *tout court*, cartas, actas, pactos, protocolos, estatutos, arreglos, ajustes, *modus vivendi*, concordatos, memorándums, canjes de notas, minutas, declaraciones, comunicados, programas de acción conjunta... hasta una cuarentena de expresiones y términos normalmente utilizados, a los que cabe añadir en lista abierta todos los que libremente elijan los negociadores.

En España, por ejemplo, entre 1984 y 1996 sólo 23 entre más de 800 instrumentos publicados en el *Boletín Oficial del Estado* se titulaban *tratados*, frente a 365 *acuerdos*, 241 *convenios*, 93 *canjes de notas* y 25 de *cartas*, 62 *protocolos*, 12 *convenciones*, 7 *declaraciones*, 3 *estatutos*, 4 *memorándums* y un *arreglo*. Entre 1997 y 2005 el número de *tratados eo nomine* fue de 20 entre cerca de 500 instrumentos, entre ellos 233 *acuerdos*, 104 *convenios*, 45 *canjes de notas* y 7 de *cartas*, 44 *protocolos*, 29 *declaraciones*, 13 *códigos de conducta* y 5 *decisiones*.

No faltan los estudios dedicados al análisis estadístico del empleo de los términos más comunes para inducir criterios de preferencia: la naturaleza de las partes, la tradición, la importancia material y formal del instrumento, la forma de manifestación del consentimiento, el rango de las personas que participan en la celebración, la accesoriedad de un instrumento respecto de otro, su número, su transitoriedad..., se cuentan entre ellos. Sobre esta base, diríase que el nombre del *tratado* se circunscribe habitualmente a los acuerdos bilaterales entre Estados sobre materias de importancia o con una secular tradición convencional: paz,

amistad, neutralidad, límites, establecimiento, extradición..., encorsetados en un instrumento solemne que contiene cláusula de ratificación y es estipulado por el Jefe del Estado; o que las nuevas áreas de cooperación, bi o multilateral, los nuevos sujetos y las nuevas formas de manifestación del consentimiento reclaman a su vez otras especies, otras cabeceras, otros nombres, entre los que parecerían gozar de mayor aceptación los más neutros de *convenio* o, incluso, *acuerdo*, aunque no parece que los usuarios hayan querido, llamando al acuerdo *acuerdo* rendir tributo a los pueblos primitivos que llamaban *hombre* al hombre y *río* al río.

La denominación de un acuerdo escrito es en sí misma irrelevante para establecer la existencia o no de un tratado en los términos genéricos en que lo hemos definido, adoptados por la Convención de Viena (art. 2.1.a) y confirmados por la CIJ.

Así, en el asunto de la *Plataforma continental del Mar Egeo*, 1978, donde se afirma que no existe regla de DI que prohíba que un *comunicado conjunto* constituya un acuerdo internacional, dependiendo esencialmente de la naturaleza del acto al que se refiere, y no de la forma que se le da; o en el asunto de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (jurisdicción y admisibilidad, 1994), que considera que las *minutas* de una reunión celebrada por las partes en 1990 enumeraban los compromisos consentidos por éstas y constituían un acuerdo internacional). En el asunto relativo a la *Isla de Kasikili/Sedudula* la Corte (1999) entendió que un *comunicado* suscrito por los Presidentes de Bostwana y de Namibia incorporaba un acuerdo del que se desprendían obligaciones jurídicas. Aunque no era objeto de la controversia, la Corte se sirvió del *comunicado*, al punto de incluir el núcleo de las obligaciones que identificaba en él en el dispositivo de la sentencia como una forma de hacerla más aceptable a la parte perdedora. También el TJCE ha subrayado el alcance general del término *acuerdo* (dictamen sobre la *competencia de la CE para concluir el acuerdo de la OCDE relativo a una Norma para los Gastos locales*, 1975, *R. Francesa c. Comisión*, sobre la anulación del Acuerdo entre la Comisión y el gobierno de los Estados Unidos de 1991, 1994).

Dicho esto, la denominación de un acuerdo escrito puede tener alguna utilidad como *índice* para: 1) la identificación de uno de los elementos definitorios del tratado, a saber, la voluntad de las partes de crear derechos y obligaciones jurídicas regidas por el DI; 2) el reconocimiento por una de ellas de la subjetividad internacional de la otra; 3) la discriminación entre los Estados y otros sujetos como partes; y 4) la determinación de su régimen constitucional.

En relación con lo primero, si no se excluye que bajo la cobertura de un *comunicado conjunto* o de una *minuta* se esconda un tratado, será bien difícil negar que lo sea el documento que presentamos bajo este mismo nombre, el de convención o el de convenio. El recurso a cabeceras blandas, como las mencionadas, u otras polivalentes (*declaración, acta, carta...*) permite, en todo caso, escamotear o poner en duda la voluntad de generar obligaciones jurídicas. Tómese, como ejemplo, la *declaración* tripartita de Madrid, de 14 de noviembre de 1975, entre España, Marruecos y Mauritania, con base en la cual España abandonó el Sahara.

Otro tanto cabe decir en relación con lo segundo. Mediante el recurso a determinadas cabeceras blandas o polivalentes se insufla ambigüedad sobre el

reconocimiento de la subjetividad internacional de una de las partes por la otra. Un Estado no suscribe *tratados* o *convenios* con entes cuya personalidad internacional desea mantener entre corchetes.

En este sentido puede ser interesante analizar la forma en que el Ministerio español de AAEE informó sobre el comunicado conjunto hispano-británico de 27 de octubre de 2004 “sobre el que el ministro principal de Gibraltar... había sido consultado y... expresado de forma separada su acuerdo”. Según el comunicado se establecía un “nuevo foro de diálogo a tres bandas sobre Gibraltar” a base de una agenda abierta en la que cada una de las partes, “sin perjuicio de su respectivo status constitucional (incluyendo el hecho de que Gibraltar no es un Estado soberano e independiente)”, podría plantear cualquier asunto, tener voz propia y separada y participar sobre la misma base. El comunicado puntualizaba que “cualquier decisión o acuerdo alcanzado en el foro deberá ser acordado por cada uno de los tres participantes” y añadía: “Si las tres partes desean adoptar una decisión... respecto a un asunto sobre el que el acuerdo formal debiese ser, de forma apropiada, entre España y el Reino Unido, se entiende que el Reino Unido no prestará su correspondiente acuerdo sin el consentimiento del Gobierno de Gibraltar” (v. Cap. IV).

En cuanto a lo tercero, la práctica de las Comunidades Europeas sugiere un cierto sentido discriminatorio, de clase, cuando reserva los *tratados*, que son concluidos por los Estados miembros, para dar forma a su constitución material e incluso, ahora, formal, y denomina *acuerdos*, según los *tratados*, a los concluidos bilateralmente por las instituciones comunitarias.

Otro tanto cabe advertir cuando la capacidad convencional se contempla desde los entes territoriales que componen el Estado: en Estados Unidos se denominan *agreements* o *compacts* los acuerdos celebrados por los Estados federados; en Argentina, la Constitución enmendada en 1994 (art. 124) facultó a las provincias para celebrar *convenios* internacionales dentro de ciertos límites. Consciente o subliminalmente, el término *tratado* es omitido.

Por último, la denominación del acuerdo escrito, irrelevante en principio internacionalmente, puede no serlo en el orden interno y así lo reconoce la misma Convención de Viena (art. 2.2). No es recomendable, pero nada impide a los Derechos estatales acuñar para el *tratado* —o para otros títulos— una acepción particular y dotarla de efectos jurídicos.

A nadie escapa, por ejemplo, la repercusión que ha tenido en Estados Unidos la distinción —nacida de la práctica— entre los *treaties* y los *executive agreements*, sea por su conclusión (con intervención o no del Senado actuando por mayoría de dos tercios), sea por su rango (por encima o no de las leyes de los Estados miembros de la Unión), sea por las garantías de su cumplimiento, especialmente las financieras. Más allá de lo jurídico, *treaties* y *executive agreements* han escalafonado moral y políticamente a las contrapartes, separando a los amigos de los hijos de perra (siempre desde una óptica washingtoniana). En las relaciones hispano-norteamericanas, por ejemplo, si los *executive agreements* avalaron al general Franco desde 1953, un *treaty* hizo lo propio en 1976 con el gobierno gestor de la transición a la democracia formal...

En España el acarreo terminológico, acentuado por la Constitución vigente —que se refiere unas veces a *tratados* (en la cabecera del capítulo tercero del Título III y en sus arts. 11.3, 13.1 y 3, 63.2, 93, 94.1.a, 95 y 96.1) y otras a *tratados* y *acuerdos* (art. 10.2), *acuerdos* (art. 39.4) y *tratados* o *convenios* (arts. 94, salvo en el num. 1.a, y 96.2)— no ha respondido en principio a diferencias de noción y régimen aplicable sino a la ligereza y, acaso, al deseo de subrayar por vía de redundancia el amplio contenido del género. La adhesión española a la Convención de Viena y la práctica lo confirman. El hecho de que en el artículo 94.1 de la Constitución, que dispone la autorización parlamentaria de la conclusión de una lista de *tratados*, el apartado a se refiera sólo a los *tratados* de carácter político, mientras el resto lo hace a *tratados* y *convenios* de distintas categorías, no debe

inducir a aprovechamientos literalistas. El propósito de los constituyentes fue reservar la categoría del artículo 94.1.a, no a los acuerdos escritos de carácter político que se titulen *tratados*, sino a los de *auténtica importancia* política, dando por supuesto que por ser importantes se les denominaría *tratados*. Cabe, pues, una interpretación *reduccionista* del artículo 94.1.a (v. dictamen del Consejo de Estado de 7 de marzo de 1985) que tome como argumento la cabecera o nombre del acuerdo, pero no una interpretación literal que decida en virtud de aquélla, abandonando la consideración de su contenido.

XXXIV. CAPACIDAD DE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

139. *La capacidad para celebrar tratados*

La capacidad para celebrar tratados, el *ius ad tractatum*, es manifestación capital de la personalidad jurídica internacional. Todos —y sólo— los sujetos de DI pueden celebrar tratados. Esa es la condición de los Estados soberanos y de las OI. Ahora bien, el distinto fundamento de la subjetividad de unos (los Estados) y de otras (las Organizaciones) influye sobremanera en el alcance y las manifestaciones de dicha capacidad.

140. *La capacidad de los Estados: el principio*

Todo Estado soberano goza por definición de la capacidad, esto es, de la aptitud general, para celebrar tratados (art. 6 de la CV). Aunque puede disponerse de capacidad convencional sin ser soberano (es el caso de las OI), no se puede ser soberano sin disponer de capacidad convencional. Más aún. El carácter *primario* y *pleno* de la subjetividad internacional del Estado hace esa capacidad ilimitada en el amplísimo marco dispositivo del DI. Y no sólo eso. La *igualdad formal* de los Estados que emana de su soberanía empuja a algunos a afirmar incluso un *derecho* subjetivo del Estado a ser parte en los tratados multilaterales que regulan cuestiones de interés general para la sociedad internacional y/o poseen vocación de aplicación universal (v. Cap. XI). Desde esta perspectiva se advierte, una vez más, la importancia del *reconocimiento* (v. Cap. II). Si, por ej., los representantes del *Frente Polisario* o los de la *Autoridad Nacional Palestina* pretendieran ratificar o adherirse a un tratado multilateral general en nombre de la República Árabe Saharaui o del Estado Palestino lo menos que puede decirse es que el depositario del tratado (v. Cap. IX) se encontraría en una situación embarazosa...

141. *Situaciones particulares*

La capacidad convencional de los Estados, una vez establecida su estatalidad, se da por supuesta; de ahí que suela interesar sólo desde la perspectiva de sus

limitaciones, que pueden deducirse de obligaciones aceptadas respecto de otro u otros Estados, o de una OI, o ser consecuencia de su propia estructura interna. Un Estado, en efecto, puede limitar el ejercicio de su capacidad convencional: 1) entregando la gestión de sus relaciones exteriores a otro, 2) atribuyéndola a una entidad distinta ó 3) o reconociéndola hasta cierto punto a los entes territoriales que de él dependen.

1) *Representación de un Estado por otro.* Sobre la representación de un Estado por otro hay ejemplos de *ayer* (los *protectorados* de la historia colonial, como el de Francia y España sobre Marruecos, 1912-1956), de *hoy* (los estatutos de *asociación* con la potencia administradora en que han acabado algunos territorios descolonizados, como los fideicomisos estratégicos de los Estados Unidos en el Pacífico occidental) y de *siempre* (los en su día conocidos en Europa como Estados *exiguos* —Andorra, Mónaco, Liechtenstein, San Marino— que, de forma total o parcial, principal o subsidiaria, entregan su representación a sus más poderosos vecinos). Los representados quedan directamente obligados por los tratados estipulados en su nombre por el representante y, lógicamente, también pueden valerse de ellos (CIJ, *Derechos de ciudadanos de los Estados Unidos en Marruecos*, 1952; *Templo de Préah-Vihéar*, 1962).

2) *Transferencia de competencias estatales a una entidad superior.* Dentro de este supuesto cabe considerar las *Uniones reales*, las *Confederaciones* y las *OI de integración*, como la UE. Las dos primeras son categorías asentadas del pasado, aunque las Confederaciones, ahora, parezcan reverdecer como remedio a los movimientos nacionalistas separatistas que padecen algunos Estados; la última es una relativa y compleja novedad que examinaremos más adelante.

3) *Reconocimiento de capacidad convencional a entes territoriales y comunidades lingüísticas del Estado.* La estructura *compleja* —federal, o de otra especie— de un Estado plantea la cuestión de si —y en que medida— los entes que lo componen —miembros de la federación, países, regiones, comunidades...— poseen una cierta subjetividad internacional que llevaría consigo un *ius ad tractatum* limitado.

Lejos de pronunciarse directamente, el DI parte del principio de *autoorganización* del Estado (v. Cap. III) y reenvía la solución a los Derechos internos, que sólo excepcionalmente han venido reconociendo a los entes territoriales un reducido *ius ad tractatum*, sometido al control de los órganos centrales, como respuesta a las raíces históricas de una federación por integración (es el caso, por ej., de Alemania, Estados Unidos, Suiza). El resultado era una práctica centrada en relaciones culturales y de *vecindad* en que las partes de los acuerdos —para los que se evita a menudo la denominación formal de *tratados*— suelen ser *homogéneas* (entes territoriales dependientes de ambos lados) dada la reluctancia de los Estados soberanos a mezclarse con quienes no lo son.

Hoy la situación se ha complicado. Reconocer la capacidad convencional internacional se ha presentado como un medio, tanto para facilitar la recupera-

ción de un territorio (en este sentido cabe interpretar la declaración chino-británica sobre Hong-Kong) como, a la inversa, prevenir la desintegración de un Estado (véase Dinamarca —en relación con Groenlandia— Ley de 17 de noviembre de 1978, art. 16.3; Canadá —en relación con Quebec—, y, sobre todo, Bélgica, tras la reforma constitucional de 5 de mayo de 1993, que reconoce el derecho autónomo de las regiones y comunidades del Reino a concluir tratados en materias de su competencia exclusiva: arts. 59 *bis*, 2 y 2 *bis*, 59 *ter*, 2, 68.1-4, aun conservando la autoridad federal un cierto *droit de regard* que le permitiría impedir la celebración de tratados incompatibles con la política exterior y las obligaciones internacionales de Bélgica).

Cuando la conservación de un Estado responde al voluntarismo de grandes potencias con poder para imponerla diplomáticamente a partes enfrentadas, las soluciones pueden ir más lejos. Así, hemos asistido al hecho insólito de que una de las *entidades* que componen Bosnia y Herzegovina, la República Srpska (serbo-bosnia), haya sido representada en los acuerdos de Dayton y París, que han establecido un marco general de paz para dicho Estado (noviembre-diciembre 1995), por otro Estado, la R. F. de Yugoslavia (hoy Serbia y Montenegro), y que así representada, dicha *entidad* haya sido parte en los acuerdos anejos en términos de igualdad con Bosnia y Herzegovina y con la otra entidad (la Federación de Bosnia y Herzegovina) que integra el Estado. Uno de esos anejos incorpora la Constitución, donde se reconoce a las *entidades* derecho a establecer relaciones paralelas con los países vecinos (Yugoslavia —Serbia y Montenegro— y Croacia) compatibles con la soberanía e integridad territorial de Bosnia y Herzegovina, así como a celebrar acuerdos internacionales con una autorización de la Asamblea Parlamentaria que ésta, por ley, podría excusar en algunos casos.

La fragmentación del *ius ad tractatum* abre problemas —como la celebración de los tratados *mixtos* (sobre materias en que concurren competencias del Estado como tal y de sus entidades, regiones y comunidades), la imputación del ilícito y la responsabilidad por el incumplimiento y la titularidad de la facultad de la denuncia— de no fácil solución, como han puesto en evidencia las leyes belgas aprobadas con la reforma constitucional de 5 de mayo de 1993.

¿Satisfarán estas ingenierías los nacionalismos arriscados? La verdad es que donde no hay movimientos centrífugos o una percepción de intereses contradictorios entre el Estado y los entes que lo componen el respeto de sus competencias no pasa necesariamente por la fragmentación del *ius ad tractatum*, sino que puede ser satisfecho con técnicas de *participación* en la acción exterior del Estado. En esta línea se han movido países como Italia o Portugal y, en otros tiempos, Canadá o Bélgica. Esa participación puede establecerse tanto en el plano de la *formación* del tratado como en el de la explotación de las posibilidades que, ya concluido, ofrece como marco normativo (tratados-marco o *umbrella agreements*) de lo que Genèvieve Burdeau ha llamado acuerdos *infraestatales*, bajo la garantía internacional del Estado (v., por ej., para la cooperación transfronteriza, en que aparentan ser muy provechosos, el Convenio-marco europeo de 21 de mayo de 1980).

En España, Estado de estructura compleja desde la promulgación de la Constitución de 1978, no se reconoce a las Comunidades Autónomas *ius ad tractatum* en las materias de su competencia, pero el desarrollo estatutario de la Constitución ha abierto un cauce para su moderada participación en la formación de los tratados que las afectan (v. Cap. X) y el camino está expedito para que los entes territoriales desarrollen una capacidad

convencional subordinada a las previsiones de los tratados-marco concertados por el Estado (v., en este sentido, a pesar de la estrechez de su dispositivo, la s. del TC, 137/1989, de 20 de julio; tb. la 149/1991, de 4 de julio). De hecho, la práctica española conoce de antiguo manifestaciones locales de esa capacidad en las relaciones de vecindad con Francia (tratados de límites de 1856, art. XIV; 1862, art. XXIII; 1866, art. XXIX; convenio de 14 de junio de 1959) y la condición de partes del Convenio-marco europeo de 21 de mayo de 1980 racionaliza nuevas posibilidades, que pueden hacerse realidad con la entrada en vigor del complementario acuerdo bilateral hispano-francés (Bayona, 10 de marzo de 1995) (v. R.D. 1317/1997, de 1 de agosto, sobre comunicación previa a la Administración central del Estado y publicación oficial de los convenios de cooperación transfronteriza de comunidades autónomas y entidades locales con entidades territoriales extranjeras).

Más adelante, cuando esta cuestión se plantee en términos de servicio a las necesidades cotidianas de los hombres y de los pueblos, y no como plataforma de proyectos políticos susceptibles de comprometer la integridad del Estado, podría considerarse la aprobación de una ley orgánica que reconozca a todas o a algunas Comunidades Autónomas (fronterizas, marítimas, archipelágicas...) una cierta capacidad convencional en materias de su competencia, bajo la tutela y con la autorización de los órganos centrales. El artículo 150.2 de la Constitución permite estas transferencias en materias de titularidad estatal que por su naturaleza sean susceptibles de ello, previéndose en cada caso las formas de control que se reserva el Estado. Las relaciones internacionales, hoy, son un ámbito de acción de los órganos centrales (art. 149.1.3º de la Constitución), pero engloban materias que sería ridículo considerar *por su propia naturaleza* no transferibles o delegables.

En México, la Constitución descarta expresamente la conclusión de *tratados* por los Estados (art. 117.1), pero la ley de 23 de diciembre de 1991 sobre la celebración de tratados, autoriza a cualesquiera dependencias y organismos descentralizados de la Administración, no sólo Federal, sino también Estatal y Municipal, a celebrar con órganos gubernamentales extranjeros y OI, en el ámbito de sus atribuciones y bajo la supervisión de la Secretaría de Relaciones Exteriores, *acuerdos interinstitucionales*, sometidos al DI, deriven o no de un *tratado* previamente aprobado (arts. 1, 2.II y 7). Para acomodar la Ley de 1991 a la Constitución se sostuvo (por el Senado mexicano) que la naturaleza de estos "acuerdos interinstitucionales" era distinta a la de los *tratados*. En Argentina, una de las enmiendas a la Constitución aprobadas en 1994 (art. 124) faculta a las *provincias* para "celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación", con conocimiento — no ya con la autorización — del Congreso Nacional. Y en Alemania, *stella matutina* de quienes se afanan por asentar el perfil internacional de los entes federados sin poner en jaque al Estado, la reforma constitucional del 21 de diciembre de 1992 llega al punto de facultar a los *länder* para, en el ámbito de sus competencias y de acuerdo con el gobierno federal, crear organismos de integración *transfronteriza* (LF, art. 24.1.a).

142. Sujetos en pos del Estado

1) *Beligerantes, insurrectos y gobiernos en el exilio*. En la medida en que son reconocidos como tales por terceros, aparecen como sujetos de DI capaces de concluir acuerdos relacionados con su condición. Se trata de sujetos inestables, interinos, volcados como están a apoderarse del Estado. Quienes les son hostiles tienden a ignorarlos; quienes afectos, se apresuran a reconocerlos como gobierno único y efectivo de aquél. Numerosos conflictos pueden originarse cuando más de un gobierno pretende acreditarse como representante de un Estado en una Organización o Conferencia internacional o pone, una vez más, en un brete al depositario de un tratado multilateral general manifestando consentimiento en su nombre. Recordemos, por ejemplo, que el pulso entre el gobierno comunista de Pekín y el nacionalista de Taipeh por la representación de China en Naciones Unidas duró veinticinco años (v. Cap. II).

Al final la historia manda; pero entretanto, el fracaso y la desintegración del Estado pueden conducir a situaciones de *libanización* (como las que se han vivido recientemente o se viven en Afganistán, Somalia, Liberia, R. D. del Congo, Angola, Sierra Leona, Bosnia y Herzegovina...) en que gobiernos extranjeros y OI se ven forzados a tratar con *facciones* que actúan autónomamente, reconociéndoles de hecho un estatuto que formalmente les niegan: acuerdos de alto el fuego, rescate de rehenes, protección de convoyes, se mezclan con la descomposición violenta de una sociedad en situaciones que alcanzan un cierto paroxismo. En este punto la calificación de los acuerdos es seguramente irrelevante...

2) *Pueblos y movimientos de liberación colonial*. En términos generales puede aplicárseles lo dicho en el apartado anterior. Afirmada la subjetividad internacional de los pueblos coloniales, el papel de los movimientos depende de que se les reconozca como representantes legítimos de aquéllos, lo que ha acontecido con el aval de las Organizaciones regionales (OUA, Liga Árabe...) interesadas en los procesos de descolonización.

Ahora bien, el hecho de que más de un movimiento haya reclamado para sí la representación de un pueblo o chocado con la reclamación de un Estado vecino sobre el territorio que lo sustenta ha ocasionado situaciones muy complicadas para el análisis legal. Así, mientras los más acérrimos simpatizantes de un movimiento estarán dispuestos incluso a reconocerlo apresuradamente como gobierno de un nuevo Estado cuya existencia no resiste un escrutinio objetivo, otros, sus adversarios más hostiles, les negarán el pan y la sal.

Piénsese, por ejemplo, como mientras unos —árabes en particular— reconocían al Estado Palestino ya en 1989, otros —Estados Unidos e Israel— negaban hasta septiembre de 1993 a la OLP como representante de su pueblo. Ni tanto ni... tan calvo. El 4 de mayo de 1994, finalmente, Israel y la OLP firmaron el primero de sus acuerdos, sobre la autonomía de Gaza y Jericó, 19 páginas acompañadas de 400 más de anejos y mapas, que estableció la Autoridad Nacional Palestina. En dicho acuerdo se reconoció a la OLP la facultad de celebrar acuerdos con Estados y OI en beneficio de la Autoridad en los ámbitos económico, cultural, científico y educativo.

Ahora que la descolonización toca a su fin conviene llamar la atención sobre el hecho de que los esfuerzos por asentar la subjetividad internacional de los pueblos coloniales y hacer de los movimientos de liberación los campeones de su causa no han ido acompañados, por lo que hace a los tratados, de una política de anticipación de los dones de la estatalidad. Considérense, en efecto, las resistencias a su participación en los tratados multilaterales abiertos a la práctica generalidad de los Estados (v. Cap. XI).

143. *La capacidad de las Organizaciones internacionales, en general*

El *ius ad tractatum* de las OI es tributario de los rasgos esenciales de su subjetividad internacional, *secundaria y funcional*, creada por los Estados (v. Cap. V). Las Organizaciones no disfrutan de la capacidad *plenaria* de sus creadores y, tampoco, por el hecho de serlo, de cualquier capacidad conferida por normas generales. Su capacidad para obligarse internacionalmente depende de las *reglas de la Organización* (art. 6 de la CV de 1986) y, por consiguiente, no todas disponen de la misma o de un mínimo común de capacidad. Es la voluntad de los Estados a los que debe su existencia la que ordena la capacidad de cada Organización.

Esa voluntad se manifiesta originalmente en los tratados constitutivos; pero ha de puntualizarse que:

1) El *ius ad tractatum* de la Organización no requiere un pronunciamiento expreso, pudiendo ser establecido como un poder *implícito* de aquélla: la Convención de 1986 presiona descaradamente en este sentido cuando en el preámbulo advierte que las Organizaciones poseen la capacidad para celebrar tratados que es *necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos*.

2) *Reglas de la Organización* son también las *decisiones y resoluciones* orgánicas adoptadas de conformidad con los instrumentos constitutivos y su *práctica establecida* (art. 2.1.j de la CV de 1986).

Esta doble observación ensancha las posibilidades de las OI y, de hecho, su actividad ha producido una notable masa de tratados. Piénsese, por ej., en los característicos *acuerdos de sede*, suscritos con los Estados que las albergan, y en los de *gestión*, con Estados o con otras Organizaciones, para la programación, ejecución y coordinación de proyectos de cooperación y asistencia en las materias objeto de su actividad. Las OI han tropezado, sin embargo, con la fuerte oposición de los Estados para acceder como partes a los tratados multilaterales y, menos aún, en pie de igualdad con éstos (v. Cap. XI).

144. Organizaciones de integración

En la medida en que las Organizaciones de *integración* suponen una transferencia de ejercicio de competencias de los Estados miembros a las instituciones comunitarias ha de entenderse que, explícita o implícitamente, corresponde a éstas la dimensión no sólo *interior* sino también *exterior* de las materias transferidas y, por consiguiente, el *ius ad tractatum*.

En este sentido el TJCE, lejos de contentarse con amparar la capacidad convencional de la Comunidad en las materias expresamente dispuestas por los tratados, sentó las bases de una doctrina según la cual: 1) siempre que el Derecho comunitario atribuye a las instituciones de la Comunidad competencias en el ámbito interno con el fin de alcanzar un objetivo determinado, la Comunidad está facultada para contraer las obligaciones internacionales necesarias para la consecución de este objetivo, aun cuando no existiera una disposición expresa al respecto (paralelismo entre las competencias externas e internas de la Comunidad); y 2) el carácter exclusivo, o no, de la competencia externa de la Comunidad no se deriva solamente de las disposiciones de los tratados constitutivos, sino que también puede depender de la necesidad de una acción exterior o de la amplitud de las medidas internas adoptadas por las instituciones comunitarias; así, en la medida en que la Comunidad ha adoptado normas para cumplir los fines de los tratados, los Estados miembros no pueden contraer compromisos internacionales que puedan *afectar* a dichas normas o alterar su alcance (ss. *AETR*, 1971, *Kramer*, 1976, *Cielos abiertos*, 2002; dictámenes sobre la *Competencia de la CE para concluir el acuerdo de la OCDE relativo a una Norma para los Gastos locales*, 1975, *Proyecto de acuerdo relativo al establecimiento de un Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior*, 1977, *Convenio núm. 170 de la OIT*, 1993, *Acuerdo por el que se crea la OMC*, 1994, *Conclusión del Protocolo de Cartagena*, 2001)

En la práctica, sin embargo, la aplicación de estos principios se ha visto limitada y mixtificada por una serie de dificultades, entre las que cabe destacar: 1) lo cambiante, insegura, precaria y, a veces, disentida que, por el carácter evolutivo de todo proceso de integración, es la divisoria de las competencias

comunitarias y de las competencias estatales, así como la formación de tratados a caballo de unas y otras competencias; 2) la imprevisión —en el caso de tratados multilaterales— de la participación comunitaria o, incluso, la oposición de terceros a dicha participación, particularmente como sustitutiva de la de los Estados miembros, ante el temor de que las zonas grises de la comunitarización acaben en una evasión de responsabilidades en el cumplimiento de las obligaciones, y 3) las resistencias de los propios miembros de la CE, no siempre dispuestos a contemplar la reducción de sus competencias como una simple mutación en las condiciones de su ejercicio, ahora en el seno de un mecanismo colegiado. Todo ello ha conducido a la aceptación de una cierta *concurrentialidad* con los Estados miembros y un recurso frecuente a los acuerdos *mixtos* (suscritos tanto por una como por los otros) con terceros.

La CE se afana por ser equiparada a los Estados, pero el caso es que no lo es y allí donde, eventualmente, no se le acepta, no hay más remedio, cuando las materias que son objeto de su competencia exclusiva están en juego, que optar entre forzar a los Estados miembros a permanecer al margen (TJCE, *Proyecto de convenio de la AIEA sobre la protección de materias, instalaciones y transportes nucleares*, 1978) o acomodarse a las circunstancias habilitando a aquellos para, siguiendo instrucciones comunitarias, obligarse por el tratado (así se hizo, por ej., con el Acuerdo Europeo de Transporte por Carretera —AETR, 1970— y con el Convenio de NU sobre un código de conducta para las conferencias marítimas, 1974).

145. La capacidad de otros sujetos

Dado el polimorfismo de la subjetividad internacional (v. Cap. II), los sujetos mencionados no agotan el número de quienes ahora —menos aún en el futuro— disponen, en mayor o menor medida, de capacidad convencional.

Así, una galería de *atípicos*, podría ser encabezada por la Santa Sede, dentro del mágico triángulo que compone con la Iglesia católica y la Ciudad del Vaticano. Al servicio de su singularidad una terminología propia denomina *concordatos* a sus globalizadores tratados bilaterales con los Estados; pero hoy la Santa Sede parece que se inclina a sustituirlos por racimos de acuerdos específicos. En términos generales la capacidad convencional de este sujeto es asimilable a la de los Estados.

El hecho, por otro lado, de que los Estados hayan creado mediante tratado entidades (*establecimientos públicos, sociedades internacionales o empresas de carácter jurídicamente internacional*, según una terminología abierta) cuyo objeto es el desempeño de una actividad financiera, industrial o comercial (Eurochemic, Eurocontrol, Intelsat...) no es razón para hurtar su capacidad convencional si esa es la voluntad de sus creadores plasmada, como para la generalidad de OI, en las *reglas de la Organización*, según lo ya expuesto.

No cabe decir lo mismo de las empresas multinacionales y de cualesquiera otros entes carentes de personalidad internacional. La jurisprudencia de la Corte de la Haya (CPJI, *Empréstitos serbios*, 1929; CIJ, *Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952) ha sido tajante al afirmar que cuando no todas las partes son sujetos internacionales actuando dentro de esta capacidad un acuerdo no puede ser un tratado; sólo un contrato en el marco de un Derecho estatal.

La incardinación de estos contratos en un Derecho interno no implica, sin embargo, la imposibilidad de su sumisión a normas internacionales. El común de los ordenamientos estatales adopta el principio de la *autonomía de la voluntad*,

que faculta a las partes para designar la ley aplicable al contrato, siendo el DI una de las opciones con las que se cuenta, según se desprende de la práctica y de la mejor doctrina (IDI, sesión de Atenas, 1979). En España, el artículo 10.5 del Código civil permite a las partes localizar su contrato dentro del sistema jurídico que crean conveniente entre los conectados con la relación contractual y la LCE (art. 2.6) propone sus reglas sólo como supletorias cuando el Estado contrata con personas físicas o jurídicas en el extranjero (reclamando, en cambio, su aplicación cuando el contrato se celebra y ejecuta en España). Todo ello con independencia de la cobertura que a los llamados *contratos de Estado*, suscritos con sujetos de Derecho interno, pueden prestar los tratados (interestatales) de cooperación, asistencia, desarrollo y protección de inversiones.

Subrayando la importancia política y económica de muchos de estos contratos, y dentro de la política de afirmación de subjetividad internacional de las llamadas sociedades multinacionales y de garantía del cumplimiento de sus obligaciones por los Estados contratantes, se ha pretendido pasar (P. Weil) del *contrato internacionalizado* al *contrato de Derecho Internacional*, cuya validez tiene su fundamento directamente, por razones objetivas y al margen de la voluntad de las partes, en el orden internacional. La tesis fue endosada por el árbitro (R. J. Dupuy) del asunto *Texaco-Calasiatic* (1977), que reconoce al particular parte en un contrato sometido al DI una subjetividad internacional específica y limitada para invocar en dicho orden el respeto de sus derechos contractuales en pie de igualdad con el Estado parte. Contratos como el de 20 de octubre de 1978 por el que Zaire (hoy R.D. del Congo) cedió el disfrute de cien mil kilómetros cuadrados a la sociedad alemana *Otrag* para el lanzamiento de cohetes espaciales con fines comerciales, reconociéndole el ejercicio de amplias competencias, privilegios e inmunidades, estimulan esta clase de enfoques. Pero no conviene ir demasiado deprisa cuando, como pone de relieve el ejemplo citado, la introducción de *nuevos sujetos* y la calificación *internacional* de contratos que se presentan como *cuasitratados* se alimentan de los despojos de la pretendida soberanía económica de Estados realmente fallidos por la incompetencia y corrupción de sus gobernantes.

Mirando hacia adelante con el sentido vindicativo de los maltratados *pueblos indígenas* (v. Cap. IV) que reflejan las iniciativas entrecruzadas para la protección de los derechos humanos y del medio natural bajo los auspicios de las NU y de otras OI, cabe plantearse la posibilidad, dado que no pueden escapar de los Estados ni metamorfosearse en ellos, que una eventual afirmación de su personalidad internacional consienta la sumisión directa a normas internacionales de sus acuerdos con Estados, particularmente el propio, y OI. No será, desde luego, nada fácil la admisión del principio mismo ni, por supuesto, la de sus consecuencias. Cabe recordar, sin embargo, que la expansión colonial se sirvió en todas partes de los acuerdos de *protección* con los jefes tribales, sistemáticamente incumplidos por un *hombre blanco* que tenía la virtud de transformar su deslealtad en signo de modernidad gracias al expediente legal de negar el beneficio del Derecho a quienes, considerados *bárbaros salvajes*, carecían de legitimación para oponerse a su aplastamiento por los dividendos contantes y sonantes del *progreso*. La CIJ parece conforme con este planteamiento, pues no concede relevancia a estos *tratados* en la solución de las diferencias territoriales entre los Estados surgidos de la descolonización, mientras sacraliza los tratados de límites de las potencias coloniales (CIJ, *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002), cuando no las decisiones arbitrarias de éstas (CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001).

El más célebre de esos viejos acuerdos es probablemente el *tratado de Waitangi*, suscrito en 1840 por la Corona británica con cerca de quinientos jefes maoríes. En él, como en tantos otros *tratados* suscritos por otros *jefes* en otras latitudes, los maoríes reconocían la soberanía británica sobre el territorio neozelandés a cambio de la protección de la Corona y la confirmación de su derecho de propiedad sobre las tierras. Cabe sugerir que los conceptos incorporados en este instrumento jurídico escapaban a la comprensión de los maoríes y que los negociadores británicos no pusieron un especial empeño —más bien lo contrario— en iluminarlos. Posiblemente, incluso para el DI de la época, el tratado podía adolecer de vicios, pertinentes en el caso de que la Corona hubiera considerado realmente que estaba tratando con los representantes de un pueblo dotado de personalidad internacional. A cuenta del tratado el jefe religioso Ratana viajó a Londres en 1924 para quejarse, no ya

de los vicios (error, dolo), sino del incumplimiento de las cláusulas convenidas, pero el Rey Jorge no lo quiso recibir y en Ginebra no tuvo mejor suerte en los predios de la S. de N. Años después Isabel II de Inglaterra, en visita oficial a Nueva Zelanda, recibió el impacto de unos huevos (probablemente lanzados por epígonos subalternos de Ratana). No obstante, el *tratado* se considera en vigor *dentro del orden jurídico neozelandés* siendo, incluso, modificado en 1975 (y en 1985) a fin de incluir un tribunal —el *tribunal de Waitangi*— que tampoco es, propiamente, un tribunal, sino un órgano que estudia las reclamaciones acerca de las expropiaciones sufridas por los maoríes y, en general, cualquier acontecer relacionado con el tratado y eleva dictámenes al gobierno que, eventualmente, pueden inspirar modificaciones legislativas.

A fin de evitar equívocos causados por la terminología hoy no se habla de *tratados* para referirse a los acuerdos escritos entre los Estados y los pueblos indígenas, sino de *arreglos constructivos*, claramente incardinados en el orden constitucional interno cuando se les reconoce valor jurídico. Desde el punto de vista internacional la cuestión más interesante que suscitan estos *arreglos* estriba en la eventual tutela internacional de su negociación, para garantizar la representatividad, libertad e igualdad de las partes y en la articulación de mecanismos internacionales de seguimiento y control de su cumplimiento ante la resistencia de los pueblos indígenas a fiarlo todo a los órganos estatales de Administración de Justicia.

XXXV. LA MAGIA DE LOS TRATADOS Y LOS ACUERDOS NO JURÍDICOS

146. Consideraciones Generales

Al definir el tratado como un acuerdo “regido por el DI” la CV (art. 2.1, a) implica que su objeto es la generación de obligaciones jurídicas (y de los derechos correspondientes) en dicho orden. De no ser así el acuerdo no es un *tratado*.

Insistir en este elemento esencial de la definición del tratado no es ocioso, a pesar de su aparente obviedad.

Primero, porque todos los que niegan la existencia del DI y se encuentran con la práctica multisecular y universal de los *tratados* se ven impelidos a rechazar su significación jurídica, reduciendo los compromisos al orbe *político*.

Esta tentación es particularmente fuerte en períodos, como el actual, en que un sujeto poderoso pondera la imposición de un nuevo orden imperial o se orienta al establecimiento de una concepción hegemónica de las relaciones internacionales. Es ilustrativa la respuesta que los plenipotenciarios de Pedro I el Grande dieron al turco, Alejandro Mavrocordato, en la Conferencia de Paz de Constantinopla (1699-1700), al considerar “inadecuadas y ofensivas” para el “alto honor soberano” del Zar las palabras que aludían a sus *obligaciones*: “excepto a Dios Nuestro Señor su Majestad el Zar no está obligado a nadie”. Inútil fue que Mavrocordato advirtiera que *obligación* no era un término grosero. Por el contrario, como recordaba la Corte de la Haya en la primera de sus sentencias (*Wimbledon*, 1923) obligarse es, justamente, un atributo de la soberanía. Basta, sin embargo, leer a algunos neoconservadores hoy con cargos relevantes en la Administración de George W. Bush para apreciar su afinidad con los plenipotenciarios del Zar. Para John Bolton, por ejemplo, de los tratados no se deducen obligaciones jurídicas para los Estados Unidos. Como ha observado D. F. Vagts, “los tratados irritan a los hegemónistas”.

En segundo lugar, la afirmación de que los tratados generan obligaciones jurídicas no conduce a que todos los acuerdos entre sujetos soberanos sean

tratados. Los Estados y otros sujetos internacionales pueden concertar acuerdos al margen del DI (aunque no *contra* el DI). Esos acuerdos pueden ser *contratos* si producen efectos jurídicos regidos por un Derecho estatal o, en otro caso, acuerdos sin relevancia jurídica, aunque puedan tenerla en otros órdenes.

Estos últimos, *acuerdos jurídicamente no obligatorios*, son denominados *políticos, informales o de facto, pactos entre caballeros (gentlemen's agreements)*...dentro de una terminología abigarrada y abierta, desafortunada cuando caracteriza los acuerdos mediante un rasgo que no les es exclusivo, facilitando los equívocos, o los engloba en realidades más complejas. Nosotros hemos venido utilizando la expresión *acuerdos no normativos*, pero seguramente es más preciso hablar de acuerdos *no jurídicos* o *extrajurídicos*, si se busca una expresión que sintetice su carácter no obligatorio en Derecho. No ha de extrañar que su número se haya multiplicado dentro de la tendencia a esquivar las ataduras legales e institucionales, internacionales e internas, que caracteriza las relaciones internacionales de los últimos años.

Tal vez los juristas se sientan desamparados como los dos mil indios que se perdieron, solos, en el Valle de la Muerte, pero los gobernantes y altos funcionarios parecen arrobados. Gracias a los acuerdos *no normativos* se difumina el reconocimiento de la subjetividad internacional de una de las partes, se puede ser menos continente en la asunción de obligaciones y se conserva un control absoluto sobre su ejecución evitando las *molestias* de un régimen legal, se prescinde de autorizaciones e informaciones parlamentarias preceptivas cuya obtención puede no estar asegurada, se gana tiempo en situaciones engorrosas y se evita la publicidad. Así, los sistemas constitucionales acomodan los acuerdos *secretos*...

Sólo en 1992, por ejemplo, fuimos informados de las cartas intercambiadas treinta años antes por John F. Kennedy y Nikita Kruschef según las cuales la Unión Soviética retiró los cohetes con carga atómica instalados en Cuba a cambio del compromiso de que Estados Unidos y sus aliados no invadirían la isla.

147. La obligación jurídica

Si es el nacimiento o no de obligaciones jurídicas internacionales lo que distingue los tratados de estos acuerdos, conviene precisar en que consiste el carácter *jurídico* de la obligación para fijar adecuadamente la línea divisoria entre unos y otros y proceder luego a proponer unas pautas de identificación de los acuerdos no jurídicos.

Es la *voluntad* de las partes la que determina la naturaleza, jurídica o no, de las obligaciones pactadas y no cabe partir de una presunción en un sentido u otro. El curso de este análisis podría ser diferente si creyéramos que la voluntad de las partes no basta para atribuir naturaleza jurídica a una obligación, sino que ésta, para darse, ha de ir acompañada de mecanismos de arreglo obligatorio de controversias. Pero una proposición así extrañaría del ámbito del DI una masa formidable de acuerdos a los que secularmente se ha venido considerando tratados.

La *juridicidad* de una obligación no está, por otro lado, en relación directa con su *especificidad* o *precisión*. La práctica muestra con frecuencia acuerdos muy pormenorizados (por ejemplo, en el marco de la OMC) cuya índole no jurídica es explicitada por las partes y, viceversa, tratados (de amistad, básicos de cooperación, marco) cuyas obligaciones son genéricas, programáticas, sin que ello les prive de una condición jurídica que sólo perderían en el caso de que el intérprete llegara a la conclusión de que tal como están redactados nunca podrían servir para fundamentar una decisión judicial o arbitral. Por si esto fuera poco, hay tratados con cláusulas de reserva o de salvaguardia que reconocen a las partes una amplia discrecionalidad en la aplicación de las obligaciones convencionales (piénsese, por ej., en la noción de *orden público* como límite en la cooperación en materias de Derecho internacional privado), amén de las trabas que supone un régimen de recepción de obligaciones en el orden interno inspirado en una concepción dualista de sus relaciones con el DI, o las consecuencias del carácter *non self-executing* de una obligación, por su misma naturaleza o por voluntad de las partes. Muchos tratados son, además, susceptibles de denuncia no motivada (v. Caps. XII y XVII)

En este sentido cabe reconocer en los tratados muchas manifestaciones de lo que P. Weil ha llamado el “soft law matériel”, es decir, reglas dotadas de escasa sustancia vinculante, por servirse de conceptos vagos o muy generales, amplio margen de discreción y vías de escape en su aplicación, falta de medios para verificar el incumplimiento o sancionarlo... El *soft law*, el Derecho *blando* (o *verde*, *flexible*, *dulce*, *assourdi*, en *agraz*...) no es un *tertius genus* entre Derecho y No Derecho, sino una expresión abierta del primero que puede manifestarse en los tratados, como puede hacerlo a través de otros medios de formación de obligaciones y normas jurídicas internacionales. Obviamente, nada impide que un acuerdo no jurídico se componga también de obligaciones *soft*, blandas, pero sería un despropósito presentar los acuerdos no jurídicos como *soft law* o Derecho blando.

Si el contenido de un documento no afecta siquiera mínimamente la libertad de acción de las partes, la conclusión no opera sobre su calificación como tratado (o acuerdo no jurídico) sino sobre su misma condición de acuerdo como fuente de obligaciones (jurídicas o no).

148. Los Acuerdos no jurídicos: identificación

Para identificar un acuerdo *no jurídico* lo primero es atender a la voluntad expresa de las partes.

La Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), por ej., encontró su fundamento (Carta de París, 1990) en compromisos cuya exigibilidad legal era expresamente excluida. Asimismo, el *Acta Fundacional* (1997) de las relaciones de cooperación entre los miembros de la OTAN y la Federación de Rusia puntualizaba en su preámbulo que se trataba de un “compromiso político”, haciendo constar el Secretario General de la OTAN, al remitir el texto al Secretario General de las NU, que no era susceptible de registro conforme al art. 102 de la Carta. Igualmente, un *entendimiento* sobre las medidas para reforzar la protección de las inversiones, suscrito el 18 de mayo de 1998 entre Estados Unidos y la Unión Europea dentro de un *paquete único* que quería aliviar las tensiones transatlánticas originadas por las leyes *Helms-Burton* y *D’Amato*-

Kennedy (v. Cap. III), explicitó (art. II.2) su condición de “acuerdo político”. No obstante, estos pronunciamientos son infrecuentes, por la inclinación de las partes a moverse en una atmósfera de ambigüedad legal.

En defecto de manifestación expresa, la voluntad de las partes ha de ser inducida del *lenguaje* del texto y, subsidiariamente, de una serie abierta de *índices* que han de ser apreciados *conjuntamente*.

El papel central del *lenguaje* ha urgido la aplicación de los análisis de gramática y formalización del texto que gradúan la *intensidad* de la obligación mediante una jerarquización de los nexos entre los sujetos y el objeto, imponiendo criterios de uso terminológico correspondientes a la intención de obligarse de las partes. No es lo mismo *comprometerse* en presente que *anhelar* en potencial. Por ahora, sin embargo, la práctica no avala, más allá del sentido común, la existencia de reglas de identificación de la juridicidad de los textos convenidos a través del lenguaje. Manos florentinas se posan a menudo sobre los papeles oscureciendo de propósito la naturaleza de las obligaciones, alimentando el equívoco y buscando de antemano las vías de escape.

En todo caso, sea para suplir las insuficiencias, sea para confirmar la conclusión a la que invita el análisis del texto, ha de acudir a una serie de *circunstancias indiciarias* entre las que cabe mencionar: la denominación o cabecera del documento; el hecho de que haya sido o no firmado y, en su caso, por quien; la identidad de los sujetos implicados; la presentación externa y gráfica del texto; el procedimiento de formalización del acuerdo; el empleo y número de cláusulas finales; la previsión o no de un mecanismo de arreglo de las diferencias surgidas en la aplicación e interpretación del acuerdo; y, muy especialmente, el comportamiento posterior de las partes (tratamiento parlamentario de la estipulación, publicación oficial o no, manifestaciones de los responsables de la acción exterior, inscripción o no en el registro de tratados y acuerdos internacionales de la secretaría de las NU, aplicación por los órganos estatales).

La significación de estos índices ha de ser establecida global o conjuntamente porque cada uno de ellos es por sí solo inconcluyente. Piénsese, por ej., en la denominación o cabecera del documento. Probablemente la expresión más utilizada para referirse a un acuerdo no jurídico sea la de *memorando de entendimiento* (*memorandum of understanding* o *mou*), hasta el punto de que A. Aust los considera equivalentes; sin embargo, la práctica del país que más ha recurrido a ellos, Estados Unidos, revela que los *mou* pueden ser también acuerdos técnicos o administrativos (en el ámbito de la defensa, del comercio, de los servicios aéreos...), a la sombra de un tratado-marco, con efectos jurídicos, aunque su tramitación pueda ser reservada y no se proceda a su publicación.

A partir de estas consideraciones pueden sugerirse los diez mandamientos que deben respetar quienes quieran celebrar un acuerdo no jurídico y desestimen expresarlo así en su texto:

1º) No denominarás al acuerdo tratado, convención o convenio, optando por cabeceras blandas, ambiguas o de acepción múltiple, como memorándum, programa, plataforma, directrices, código de conducta, términos de referencia o minuta;

2º) Utilizarás en el texto para los predicados de conducta expresiones, verbos y tiempos verbales, adjetivaciones y adverbios de baja intensidad como “proponerse” en lugar de “comprometerse”, el potencial sobre el futuro...;

3º) No te referirás al Estado como parte en el acuerdo ni te servirás de la expresión (Altas) Partes Contratantes, sino que lo harás al (jefe de) gobierno, al ministro o al órgano o persona que lo asume, mencionándola por su nombre o redactando en tercera impersonal, de ser posible;

4º) Reducirás al máximo las formalidades del texto, evitando los párrafos preambulares;

5º) Minimizarás la sistematización del contenido, inclinándote por una numeración sucesiva de puntos, en lugar de articulado o, incluso, si el texto es breve, por párrafos no numerados, huyendo en todo caso de una ordenación por partes, títulos, capítulos o secciones;

6º) Evitarás toda suerte de cláusulas finales que prevean la formalización del acuerdo mediante formas particulares de prestación y perfeccionamiento del consentimiento, formulación de reservas, entrada en vigor, duración, denuncia, concurrencia con otros acuerdos cuyo carácter jurídico conste, arreglo de controversias más allá de la evacuación de consultas, lenguas en que el acuerdo es autenticado y, por supuesto, previsión de responsabilidad por incumplimiento;

7º) Preferirás un texto no firmado y, caso de firmar, no te servirás para ello de plenipotencia;

8º) No formularás reservas al texto;

9º) Te comportarás en todo momento dando por supuesto que el acuerdo no es jurídico y, por consiguiente, te abstendrás de iniciar la tramitación parlamentaria de su conclusión o de ofrecer información que no venga reclamada a través de los medios de control político, así como de proveer a la publicación del texto en el Diario Oficial; y,

10º) No lo inscribirás en el Registro de Tratados y Acuerdos Internacionales de la Secretaría de las Naciones Unidas ni en ningún otro registro de tratados.

149. Tratados y Acuerdos no jurídicos: consecuencias de la calificación en el orden internacional

La calificación de un texto pactado como tratado o como acuerdo no jurídico afecta al régimen de su formación y a su consideración en el orden jurídico interno. En el orden internacional lo más significativo es el propio sentido de la obligación, pues la jurídica ha de cumplirse aunque no guste, es *exigible formalmente* y su incumplimiento es un hecho ilícito del que se deduce la correspondiente responsabilidad internacional con el consiguiente deber de reparar. Ese ilícito puede invocarse además como causa de suspensión y terminación del tratado y desencadenar represalias no armadas. La discrepancia de las partes sobre el incumplimiento origina diferencias o controversias que eventualmente pueden someterse a mecanismos de arreglo arbitral o judicial (v. Caps. XII, XVIII, XIX, XX).

Nada de esto acontece cuando de obligaciones no jurídicas se trata, aunque hay quienes se esfuerzan por emparentar los acuerdos no jurídicos con el orbe del Derecho apreciando que les son aplicables algunos principios jurídicos, sobre todos el de buena fe, también el del *estoppel*, o advirtiendo sus implicaciones, consecuencias o efectos jurídicos, siquiera indirectos o laterales.

Realmente parece un contrasentido buscar en lo jurídico conceptos para fundamentar el respeto de obligaciones no jurídicas. El principio de buena fe es un principio que inspira el régimen de los tratados y fundamenta el valor

obligatorio de actos unilaterales y del *estoppel*, pero también es un principio moral y político aplicable en cuanto tal a los acuerdos no jurídicos.

Si el tratado es *matrimonio*, el acuerdo no normativo es *unión de hecho*. No por ello, al igual que ocurre en estas relaciones personales, su validez sociológica es menor. Por el contrario, puede ser incluso mayor. Quienes los suscriben libremente lo hacen con el propósito de serles fieles —si no en la enfermedad, sí en la salud— mientras perduren las circunstancias que libremente les condujeron a ellos y esté en su mano, política y legalmente, ejecutarlos, bien a través de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria, bien mediante las aplicaciones de gasto de los créditos ordinarios, o realizando actos políticos de gobierno, exentos de control judicial.

En último término, la observancia de un acuerdo en el orden internacional depende, más que del carácter de sus obligaciones, de su acierto para reflejar continuamente intereses comunes, recíprocos o complementarios de las partes. Las normas generales en el caso de incumplimiento de una obligación *jurídica* no garantizan la reparación adecuada, ni siquiera el reconocimiento de la infracción (v. Cap. XIX). Incluso cuando las partes se han dotado mediante reglas particulares de un mecanismo de arreglo obligatorio de las controversias que surjan en sus relaciones, la ejecución de las decisiones acabará reposando sustancialmente en su cumplimiento voluntario por el declarado infractor (v. Cap. XVIII). En este sentido, hay y puede haber acuerdos no jurídicos con garantías de observancia más eficaces que muchos tratados.

Si, en efecto, la observancia voluntaria de una obligación no jurídica es *seguida* por un eficaz mecanismo de control que revise, pregunte o pida explicaciones periódicas o condicione el disfrute de ciertas ventajas a su observancia, su efectividad tenderá a ser mayor que la de una obligación dispuesta en un tratado carente de tales mecanismos y beneficios. Más aún si la primera goza de una precisión que falta en la segunda, pues es ahí, en el plano de la aplicación y no en el de la juridicidad, donde ese rasgo de la obligación es relevante. Además, caben siempre las medidas inamistosas, de retorsión, para forzar al cumplimiento, así como la exclusión de los beneficios que puede comportar la participación en el acuerdo no jurídico.

Partiendo de esta reflexión cabe hablar del efecto *mágico*, de la *magia*, de la sugestión de los tratados, en que priva un profundo sentido atávico de la obligación jurídica, sacralizada, junto con la implicación del consentimiento de una comunidad soberana, la observancia de ciertas liturgias y, más recientemente, las exigencias del estado democrático y de Derecho

150. Tratados y Acuerdos no jurídicos: relaciones

Tratados y acuerdos *no normativos* son compatibles para satisfacer un mismo objetivo de acción exterior. Unos y otros pueden recaer sobre las mismas materias,

a menos que el propio objeto del acuerdo sea regular una cuestión propiamente *jurídica* (por ejemplo, la personalidad de una OI, la adhesión a la misma, la regulación de una inmunidad de jurisdicción o un compromiso arbitral...). Las implicaciones, consecuencias y efectos jurídicos laterales o indirectos de los acuerdos no jurídicos—su “influencia” (R. R. Baxter)—resultan de su ósmosis con los tratados y otros actos jurídicamente relevantes. Nada impide que un tratado se desarrolle mediante acuerdos no jurídicos o que un acuerdo *no jurídico* sea semilla de tratados. En este orden de cosas, por ej., la elaboración de un *Código de Conducta* para evitar la proliferación de *missiles* balísticos (2002) ha podido significar un paso para la celebración posterior de tratados con el mismo objeto. Asimismo, un acuerdo no jurídico puede iluminar la interpretación de un tratado o incorporarse a él por referencia, o bien inscribirse como una cuenta en la formación de una norma consuetudinaria o proyectarse en la legislación estatal (v. Caps. XIII, XVI).

Hay quien ha sostenido que un acuerdo no jurídico puede modificar un tratado. A. Aust, que así lo afirma, trae a colación como primero de los ejemplos que la abstención de un miembro permanente no impide la toma de decisiones del C. de S., a pesar de que el artículo 27.3 de la Carta de las NU exige el voto afirmativo de todos ellos entre los nueve necesarios en cuestiones que no sean de procedimiento. Esta posición parece inaceptable en sus mismos términos, más aún cuando se considera que la modificación de un tratado por la práctica ulterior unánime de las partes, sea cual sea su virtud intrínseca, fue la única disposición (art. 38) del proyecto de arts. de la CDI sobre el Derecho de los Tratados que fue totalmente suprimida por la Conferencia de Viena (véase Cap. XII). Si esta fue la actitud de los participantes frente a un acuerdo no escrito, pero en todo caso jurídico, ¿podría decirse lo contrario de un acuerdo no jurídico, aun escrito? El mismo ejemplo que presenta Aust lo desmiente, pues la CIJ (*Ciertos gastos de las NU* (art. 17.2 de la Carta), 1962) considera *interpretativa* del art. 27.3 de la Carta la práctica del C. de S. Es en este sentido que puede hablarse de la *fragilidad* o de la *inferioridad* (E. Roucouas) de los acuerdos no jurídicos respecto de los tratados. Un árbitro o juez internacional no aplicará un acuerdo no jurídico *contra tractatum*, aunque probablemente tratará de evitar el conflicto mediante el arte de la interpretación en el que está adiestrado (v. Cap. XVI).

No obstante, las relaciones entre tratados y acuerdos no jurídicos pueden ser problemáticas. Así, en 1999 la ampliación de la Alianza Atlántica exigió la conclusión de tratados para la adhesión de los nuevos miembros, pero su transformación cualitativa de organización de defensa colectiva en el marco del art. 51 de la Carta a organización de seguridad al margen de NU se ha hecho mediante acuerdos no jurídicos (*Nuevo Concepto Estratégico*). Resulta difícil considerar que este documento, no debatido ni autorizado por las cámaras legislativas, es un simple desarrollo del tratado fundacional (1949)...

151. Los Acuerdos no jurídicos y el Derecho interno

El Derecho interno de un Estado puede prohibir los acuerdos *no jurídicos*; también puede establecer límites, excluyéndolos en materias que, de ser objeto de

tratados, requerirían autorización parlamentaria. Lo uno y lo otro sería poco realista y, en todo caso, desacertado. Aunque los acuerdos *no jurídicos* propician las fugas de los Ejecutivos de los controles que los Derechos internos les imponen en la formación de los tratados, no cabe deslegitimarlos como instrumento de una acción exterior cuya dirección corresponde justamente a los Gobiernos (para España, art. 97 de la Constitución). El objeto de la autorización parlamentaria de ciertos tratados es impedir que el Gobierno asuma por sí solo, en nombre del Estado, obligaciones *jurídicas* cuyo cumplimiento puede ser reclamado internacionalmente por las otras partes. No es el caso de los acuerdos *no jurídicos*. Desde un punto de vista constitucional y legal estos acuerdos son problemáticos, no en la fase de su formación, sino en la de su ejecución. Es ahí donde están sus límites. Entretanto, los acuerdos *no jurídicos* en su abigarramiento son susceptibles de control parlamentario por los mismos medios políticos de información y verificación de toda acción de gobierno. A textos *políticos*, controles *políticos*.

Aceptada la práctica universal de los acuerdos *no jurídicos*, los problemas de orden interno se polarizan en torno a su gestión, tanto por la multiplicidad de sectores en que pueden darse como por la implicación de entes territoriales dependientes del Estado.

El principio de unidad de acción exterior trata de ser tutelado por los Ministerios de Relaciones Exteriores, no siempre con éxito. En España, tras una primera etapa en que cuestionó la constitucionalidad de estos acuerdos, el Ministerio de Asuntos Exteriores —urgido por Defensa— optó por aceptarlos, siempre que no afectaran a determinadas materias (integridad territorial, derechos y deberes fundamentales, obligaciones financieras, modificación o derogación de leyes o medidas legislativas para su ejecución: art. 94.1, c, d y e de la Constitución) y contasen con autorización del Consejo de Ministros, previo conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores, al que correspondería apreciar su oportunidad (Asesoría Jurídica Internacional, dictamen de 23 de abril de 1986).

En todo caso, por mortificante que sea para el gobierno central, es difícil poner límites y controlar la celebración de acuerdos *no jurídicos* por los entes territoriales dependientes del Estado. En España, el Tribunal Constitucional se lanzó en 1989 (s. de 20 de julio) a anular un acuerdo, verosíblemente *no jurídico*, de la Consejería de Medio Ambiente de Galicia con la Dirección General correspondiente de Dinamarca, interpretando en el sentido más amplio que el artículo 149.1.3º de la Constitución reserva en exclusiva a los órganos centrales la totalidad de competencias en materia de relaciones internacionales; pero más adelante corrigió sabiamente este rumbo y, particularmente en la s. de 26 de mayo de 1994 (TC 165/94), declaró la posibilidad de que las Comunidades Autónomas lleven a cabo, dentro del marco de sus competencias, actividades que tengan una proyección exterior, siempre que no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales —ni generen responsabilidad— frente a poderes públicos extranjeros y no incidan en la política exterior del Estado. Esto último puede sostenerse con base en el art. 97 de la Ley Fundamental, que atribuye al Gobierno la dirección de la política exterior. En la medida en que ésta también se hace mediante acuerdos *no jurídicos*, su celebración por los representantes autonómicos está mediatizada por la intervención gubernamental.

XXXVI. MÉTODOS DE FORMACIÓN DE OBLIGACIONES CREADOS MEDIANTE TRATADOS: LAS RESOLUCIONES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

152. Consideraciones generales

En el ámbito de sus competencias y de acuerdo con los procedimientos establecidos, *todas* las Organizaciones tienen la facultad de expresar, mediante determinados actos de sus órganos, una voluntad propia, jurídicamente distinta de la de los Estados miembros.

Tributarias de los rasgos esenciales de su subjetividad internacional, *secundaria y funcional* (v. Cap. V), dicha capacidad depende de la voluntad de los Estados miembros manifestada originariamente en su *Tratado constitutivo*, explícita o implícitamente, aunque también puede deducirse de una *práctica establecida* de la Organización (arts. 1.34 de la Convención de 1975 sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las OI, y 2.1.j de la Convención de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y OI o entre OI).

Hablamos genéricamente de *resoluciones* para referirnos a tales actos porque los términos varían de una Organización a otra, no menos que sus efectos jurídicos. *Decisiones, declaraciones, reglamentos, directivas, recomendaciones, estándares, prácticas, normas, anexos...*, forman parte de la tropa de voces empleadas en los tratados constitutivos de las Organizaciones.

En cuanto a los efectos, las *resoluciones* pueden limitarse a invitar a los destinatarios a seguir un determinado comportamiento o, en el extremo opuesto, incorporar una norma directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, incluso, con primacía sobre sus leyes. Determinar los efectos jurídicos de las *resoluciones* y, por consiguiente, apreciar si y hasta que punto son capaces de crear derechos y obligaciones para sus destinatarios, es una cuestión tan vigente y crucial como difícil de entupir en el corsé de una teoría general. Debe por consiguiente subrayarse que, como en los demás aspectos que afectan a su funcionamiento, la facultad de las OI —y, más concretamente, de sus diferentes órganos— para adoptar actos jurídicamente vinculantes ha de decidirse en el marco de cada Organización.

En la medida en que tales facultades existan, las resoluciones, actos unilaterales de la Organización, pueden considerarse *fuentes autónomas* del DI, si bien de carácter *secundario* o *derivado*, pues se encuentran jerárquicamente subordinadas a las normas de las que traen origen: las *reglas de la Organización*, en particular, las previsiones expresas o implícitas en su *tratado constitutivo*, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con ellas y su práctica establecida.

153. Tipos de resoluciones

En el ejercicio de sus competencias las OI adoptan resoluciones cuyo objetivo puede ser: 1) regular el funcionamiento *interno* e *institucional* de la Organización; y 2) atender al desarrollo *material* o *sustancial* de las competencias y funciones para las que fue creada la Organización de que se trate. A las primeras se las suele llamar *internas*; a las segundas, *externas*.

Las resoluciones *internas* son, como puede suponerse, vitales para la supervivencia misma de una Organización, pues interesan a la admisión, suspensión y expulsión de Estados miembros, la aprobación del presupuesto de la Organización y el reparto de las cuotas entre los miembros, la creación de órganos subsidiarios y la delimitación de sus competencias y funciones, la elección de los representantes de los órganos, principales y secundarios, de composición restringida, la aprobación de los reglamentos orgánicos y del estatuto del personal administrativo... Estas resoluciones son obligatorias en primer término para los propios órganos de la Organización, pero también para los Estados miembros en la medida en que les conciernan. Ahora bien, formando el bloque de lo que se llama el *Derecho interno* de cada Organización, su interés en el marco de una obra general es limitado.

Realmente son las resoluciones *externas*, que traducen el ejercicio de las funciones de una Organización en el ámbito de su competencia sustancial o material (político y de seguridad, económico-financiero, técnico, social, cultural, comunicaciones y transportes...), las que reclaman nuestra atención.

Las más modestas, en los ámbitos de la cooperación internacional, y también las más habituales, son las resoluciones-*recomendaciones* a unos miembros cuya *obligación* se limita a considerar de *buena fe* la posibilidad de observar lo recomendado.

Estos son, por ejemplo, los efectos de las resoluciones *externas* de la AGNU. La voluntad de los miembros de la Organización de no conferir a su órgano plenario competencia normativa autónoma quedó ya patente en la Conferencia de San Francisco (1945) cuando, con un solo voto a su favor, fue derrotada una propuesta de la delegación de Filipinas en la que se defendía el carácter obligatorio de las resoluciones de la AG una vez que contaran con la aprobación del C. de S. La Asamblea puede, sí, deliberar sobre cualesquiera asuntos o cuestiones dentro de los límites de la Carta pero, salvo en lo que afecta al orden interno de la Organización, sus resoluciones son *recomendaciones* (arts. 10 a 14 de la Carta). No obstante, aun carentes de fuerza jurídica obligatoria *per se* (efectos *intrínsecos* o *inmediatos*), estas resoluciones pueden desempeñar un importante papel en otros procesos de producción normativa (efectos *extrínsecos* o *mediatos*) (v. Caps. XIII y XIV).

Hay resoluciones-*recomendaciones* que elevan la intensidad de la *obligación de comportamiento* que imponen a sus destinatarios, como: 1) la sumisión de lo recomendado por la Organización a las autoridades nacionales competentes en un plazo determinado (un año en términos generales), y/ó 2) el deber de información periódica a los órganos competentes de la Organización sobre el curso dado a lo recomendado en el orden interno y las razones que, en su caso, retrasan u obstaculizan su cumplimiento.

Esta doble técnica de persuasión y estímulo a fin de asegurar la mayor eficacia posible a la acción de la Organización ha sido prevista, por ejemplo, en los tratados constitutivos de la OIT (Convenio de 1919, enmendado en 1946, art. 19.6) y de la UNESCO (Convenio de 1945, arts. IV y VIII), que en este sentido exigen respecto del cumplimiento de sus *resoluciones recomendatorias* una acción paralela al impulso y control dado

a la ratificación de los tratados elaborados en su seno. En cualquier caso, la utilidad de estas previsiones reside en que obliga a los Estados miembros a *dar explicaciones* del propio comportamiento en un foro multilateral. Otro Organismo Especializado, la OMS, combina sus funciones normativas (v. *infra*) con la obligación impuesta a sus Estados miembros de rendir un informe anual sobre las medidas tomadas en su orden interno, tanto respecto de los reglamentos como de las *recomendaciones* que haya adoptado la Organización (art. 61).

Un paso más se advierte en resoluciones que imponen a los miembros destinatarios una *obligación de resultado*, dejando en manos de éstos las medidas, legislativas, reglamentarias u otras, precisas para su satisfacción. Estas resoluciones son obligatorias para los miembros desde su adopción, pero dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para dar cumplimiento a lo ordenado. El margen de libertad real de los destinatarios estará en función del grado de concreción del resultado que fije el texto de la resolución y de los mecanismos de control de su cumplimiento.

Estos efectos pueden predicarse de todas las resoluciones que, carentes de eficacia interna directa, exigen la adopción de medidas estatales para ser atendidas por sus órganos administrativos y judiciales. Exigencia que se hace especialmente patente cuando el contenido normativo de la resolución incide sobre sujetos de Derecho interno.

Ejemplos de esta clase de resoluciones los identificamos en las *directivas* de la CE (art. 189 TCE), las *normas* emanadas de los órganos de MERCOSUR (arts. 38 y 40 del Protocolo de Ouro Preto, 1994) y las *decisiones* del C. de S. de las NU.

Por lo que se refiere, en particular, a estas últimas, cabe ahora advertir que en la medida en que, de acuerdo con la Carta de las NU, los miembros de la Organización confieren al C. de S. la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (art. 24), convienen en aceptar y cumplir sus *decisiones* (art. 25) que, como todas las que afectan a cuestiones de fondo, habrán de adoptarse por el voto afirmativo de *nueve* de sus 15 miembros, incluidos los cinco miembros *permanentes* (art. 27.3 de la Carta). Tales decisiones, siempre que estén *de acuerdo con la Carta* (CIJ, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la permanencia de África del Sur en Namibia (Sudoeste africano) a pesar de la res. 276 (1970) del C. de S., 1971*), son obligatorias para los Estados miembros, rigiéndose su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales por reglas similares a las previstas para los tratados (v. Cap. XVII). También aquí la tentación de la *eficacia directa* es grande. Pero no parece que sea esa la voluntad de los miembros de la Organización. Si a ello unimos que las decisiones del Consejo, por su misma naturaleza y redacción suelen necesitar de un desarrollo legislativo y/o reglamentario para devenir operativas, es evidente que estamos en principio ante *obligaciones de resultado* cuya ejecución dependerá de la adopción de las oportunas medidas nacionales.

Las resoluciones más avanzadas son las *obligatorias en todos sus términos y directamente aplicables en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros*, propias de OI fuertemente integradas.

En la medida en que la CE representa el tipo de Organización de integración más desarrollada, sus *reglamentos* (art. 189 TCE) son la expresión más perfecta del poder normativo de una OI. Como la ley en los sistemas nacionales, el *reglamento* tiene *alcance general*, es *obligatorio en todos sus elementos*, esto es, en cuanto al objetivo a lograr y a los medios y formas de realizarlo, y es *directamente aplicables en cada Estado miembro*. Ello significa que, por sí mismos y de forma automática y uniforme, los reglamentos despliegan sus efectos jurídicos en el orden interno de los Estados miembros sin necesidad de actos ulteriores de recepción de la norma comunitaria ni de desarrollo a través de normas estatales, gozando sus disposiciones de *eficacia directa* ante las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales nacionales desde la fecha de su entrada en vigor, a saber, la que en ellos se determine o a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades* (art. 191 TCE; v. Cap. XVII).

En cuanto al *método empleado para su adopción* y los *sujetos obligados*, hay resoluciones que sólo obligan a los Estados miembros que se muestran de acuerdo con su adopción (*contracting in*) y hay otras que, por el contrario, obligan a todos los que no expresan su oposición en un tiempo y forma determinados (*contracting out*).

Algunas Organizaciones de fines específicos, particularmente de ámbito regional, han sido capacitadas, en efecto, para adoptar resoluciones vinculantes a condición de contar con el acuerdo de todos sus Estados miembros. Ahora bien, a fin de evitar el efecto paralizador de la regla de la unanimidad prevista en sus tratados constitutivos, la práctica de la Organización ha corregido la regla permitiendo que las decisiones de sus órganos produzcan efectos jurídicos para los Estados que se hubiesen mostrado a favor de su adopción (*contracting in*), quedando por consiguiente el resto liberados de su aplicación.

El espacio europeo ofrece buenos ejemplos del empleo de esta técnica. Así, en el ámbito de la *cooperación económica y financiera*, el tratado constitutivo de la reconvertida Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE, arts. 5 y 6) faculta a su órgano principal y plenario —el Consejo— para adoptar resoluciones obligatorias a condición de ser adoptadas por unanimidad, pero siguiendo la fórmula *contracting in* o de *unanimidad fraccionada*, el voto negativo o la abstención no invalida la decisión, sino que limita sus efectos jurídicos a los Estados que votan a favor.

Típica de las Organizaciones de gestión de la *navegación por los cursos de agua internacionales* (Comisiones fluviales) es la adopción de sus reglamentos mediante el método *contracting in*. Tal fue el caso de la Comisión central para la navegación del Rhin, cuyos orígenes se remontan a 1815 (Acta final del Congreso de Viena). Según el art. 46 de la Convención de Mannheim (1868), la Comisión estaba capacitada para adoptar reglamentos por mayoría, que sólo serían obligatorios para los Estados que con posterioridad los hubiesen aprobado. Este sistema fue, no obstante, alterado en virtud de la Convención de Estrasburgo de 1963, que exige unanimidad, quedando incluso los efectos obligatorios a merced de que, en el plazo de un mes, los Estados miembros no rehúsen su aplicación o la suspendan en tanto no cuenten con el acuerdo de sus órganos legislativos. Se establece así un sistema de voto a reserva de no oposición que se asemeja al sistema de *contracting out*.

Este sistema ha sido adoptado por Organizaciones de fines específicos, especialmente de *cooperación en los ámbitos científico y técnico*, universales y regionales, cuyos tratados constitutivos prevén la adopción por mayoría de resoluciones jurídicamente vinculantes para todos los Estados miembros que, en un plazo determinado, no han manifestado la imposibilidad de aplicar lo ordenado en su Derecho interno, su objeción o reservas. Así se advierte en Organismos especializados como la OACI (arts. 37, 38, 54 y 90 del Convenio de Chicago, 1944), la OMS (arts. 21, 22 y 60 de la Carta constitutiva) o la OMM (art. 9 y 11 de la Carta Constitutiva y art. 107 del Reglamento Sanitario Internacional), y Organizaciones regionales sobre gestión y control de los

recursos marinos: como la Organización Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (Convenio de Río de 1966), la Organización para la Conservación de los Recursos Marinos Antárticos (Convención de Canberra de 1980), la Organización para las Pesquerías del Atlántico Noreste (Convenio de 1981), o la Organización para las Pesquerías en el Atlántico Noroeste (Convenio de 1978). El incidente del *Estai* (1995), barco pesquero español apresado por Canadá en esta zona, tuvo su origen, precisamente, en la decisión canadiense de forzar la aplicación coactiva de sus propios reglamentos ante la *objección* de la CE a la cuota de fletán asignada por la Organización a la flota de los países comunitarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

En relación con las fuentes del DI en general, v. biblio. Cap. VII.

1. Sobre los tratados en general cabe mencionar, entre las obras anteriores a la Convención de Viena de 1969: Lord McNair, *Law of Treaties*, Oxford, 1938 (2ª ed., 1961) y el influyente proyecto de Convención sobre el Derecho de los tratados preparado en la *Harvard Law School* (*Supplement to the AJIL*, 1935, 655). Inmediatamente anteriores a la Convención son los *Essays on the Law of Treaties*, de I. Dettler, Estocolmo, 1967; y, *Modern Trends in Treaty Law*, de K. Holloway, Londres, 1967. Para una aproximación histórica al tratado como fuente de obligaciones, J.H.W. Verzijl, *IL in Historical Perspective*, VI, Leiden, 1973, 112; A. Truyol, “Los tratados como factor del desarrollo histórico del DI”, *Cur. DI Vitoria* 1988, 17.

2. En relación con los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969, ha de llamarse la atención sobre S. Rosenne, *The Law of Treaties. A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention*, Leiden, 1970; R. Wetzel y D. Rausching, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: Travaux Préparatoires*, Francfort, 1978.

3. La Convención, como es natural, ha dado lugar a abundante bibliografía. Así, **en lengua española:** E. de la Guardia y M. Delpech, *El Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, 1970 (E. de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, 1997); M.L. Espada, *El Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados*, Granada, 1974; M.G. Monroy, *Derecho de los tratados*, Bogotá, 1978; A. Remiro, *DIP*, 2. *Derecho de los tratados*, Madrid, 1987, con amplias referencias bibliográficas (45); MAE, *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, 1990; C. Díaz Barrado, *Reservas a la Convención sobre tratados entre Estados*, Madrid, 1991; P. Reuter, *Introducción al Derecho de los tratados*, Méjico, 1999; M. Reyes Sánchez, *Los tratados internacionales*, Santo Domingo, 2002; F. Villagrán, *Derecho de los tratados*, Guatemala, (2ª ed., 2003). **En otras lenguas:** F. Capotorti, *Il diritto dei trattati secondo la Convenzione di Vienna di 1969*, Padua, 1969; P. Reuter, *La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités*, París, 1970 (3ª ed., révue et augmentée par Ph. Cahier, 1995); G.E. de Nascimento, *Conferencia de Viena sobre o Direito dos tratados*, Río de Janeiro, 1971; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, 1973 (2ª ed., 1984); T.O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, Leiden, 1974; J.F. Rezek, *Direito dos tratados*, Río de Janeiro, 1984; S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets*, París, 1985; J. Klabbers (ed.), *Essays on the Law of Treaties. Essays B. Vierdag*, La Haya, 1998; G. Strozzi, *Il diritto dei trattati*, Turín, 1999; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000; S. Davidson (ed.), *The Law of Treaties*, Dartmouth, 2004; M. Fitzmaurice y T.O. Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht, 2005; R. Ago, “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne”, *R. des C.*, 1971, t. 134, 297; M. Kohen, “La codification du droit des traités: quelques éléments pour un bilan global”, *RGDIP*, 2000, 577.

4. Sobre una Ley de tratados en España: J. Díez-Hochleitner, “Antecedentes y líneas generales de una eventual Ley de tratados en España”, en MAE, *La celebración...*, cit., 185, donde se reproduce el anteproyecto de 1985, 353, así como el Decreto 801/1972 y casi todas las circulares del MAE mencionadas en el texto, 341; A. Fernández Tomás, “Comentario a la Orden comunicada de 17 de febrero de 1992 de la Subsecretaría de Asuntos Exteriores por la que se establecen normas para la

tramitación de los tratados...”, *REDI*, 1998-1, 349. **Sobre la normativa existente en otros Estados en materia de tratados:** v. las obras de M. Leigh, M.R. Blakeslee y L.B. Ederington (eds.), *National Treaty Law and Practice*, Washington, 3 v., 1995, 1999 y 2003; W.E. Butler (ed.), *The Law of Treaties in Russia and the Commonwealth of Independent States*, Cambridge, 2002; D.B. Hollis (ed.), *National Treaty Law and Practice*, Leiden, 2005, que analizan los ordenamientos de diversos Estados; J. Klabbbers, “The New Dutch Law on the Approval of Treaties”, *ICLQ*, 1995, 629.

5. Qué es —y qué no— un tratado ha dado lugar a una amplia literatura. **En lengua española:** J. Barberis, “El concepto de tratado internacional”, *ADI*, 1982, 3; *id.*, “Los límites del tratado internacional”, *Hom. A. Truyol*, Madrid, 1986, v. I, 173; A. Remiro, “De los tratados a los acuerdos no normativos”, en MAE, *La celebración...*, cit., 23; M.I. del Toro Huerta, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del DI”, *AMDI*, 2006. **En otras lenguas:** P. Gautier, *Essai sur la définition des traités entre Etats*, Bruselas, 1993; J. Klabbbers, *The Concept of Treaty in IL*, La Haya, 1996. Tb. B. Wessels, *Gentlemen’s Agreements*, Arnhem, 1984; E.B. Weiss (ed.), *International Compliance with Non-Binding Accords*, Washington, 1997; y, D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000; A. Aust, “The Theory and Practice of Informal Agreements”, *ICLQ*, 1986, 211; P.V. Dijk, “Normative Force and Effectiveness in International Norms”, *GYIL*, 1987, 9; P. Reuter, “Traité et transactions. Réflexions sur l’identification de certains engagements conventionnels”, *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, 399; M. Mendelson, “Are Treaties Merely a Source of Obligation?”, en W.E. Butler (ed.), *Perestroika and IL*, Dordrecht, 1990, 153; R. Ida, “Formation des normes internationales dans un monde en mutation. Critique de la notion de *soft law*”, *Mélanges M. Virally*, París, 1991, 333; Ch. Lypson, “Why Are Some International Agreements Informal”, *IO*, 1991, 495; M. Reisman, “The Concept and Functions of Soft Law in International Politics”, *Essays T.O. Elias*, Dordrecht, 1992, 135; G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en DI contemporain”, *Hom. F. Rigaux*, Bruselas, 1993, 59; W. Wengler, “Les conventions non juridiques comme nouvelle voie à côté des conventions en droit”, *ibid.*, 637; D. Hutchinson, “The Significance of the Registration or Non-Registration of an International Agreement in Determining Whether or Not it is a Treaty”, en *Current Legal Problems*, 1993, 257; R.E. Dalton, “International Documents of a Non-Legally Binding Character”, *AJIL*, 1994, 515; F. Francioni, “International Soft Law: A Contemporary Assessment”, *Essays R. Jennings*, Cambridge, 1996, 167; C. Chinkin, “A Mirage in the Sand? Distinguishing Binding and Non-Binding Relations between States”, *Leiden JIL*, 1997, 223; J. Salmon, “Les accords non formalisés ou ‘*solo consensu*’”, *AFDI*, 1999, 1; A. Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, en V. Gowlland-Debbas (ed.), *Multilateral Treaty-Making*, La Haya, 2000, 25; E.M. Peñalver, “The Persistent Problem of Obligation in IL”, *Stanford JIL*, 2000, 271; M.M. Gomma, “Non-Binding Agreements in IL”, *Liber amicorum G. Abi-Saab*, La Haya, 2001, 229; M. Fitzmaurice, “The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in IL”, *BYIL*, 2002, 141. Para biblio. anterior a 1986, v. A. Remiro, *DIP*. 2..., cit., 46-47, 65-66.

6. La capacidad para celebrar tratados es capítulo obligado en los estudios sobre los sujetos (Caps. II a VI). Entre aquellos cuyo objeto se ciñe al *ius ad tractatum* de los Estados y de sus entes territoriales, **en lengua española:** *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Vitoria, 1994; J. Pueyo y M.T. Ponte (eds.), *La actividad exterior y comunitaria de Galicia. La experiencia de otras Comunidades Autónomas*, Colección Derecho, nº 9, 1997, Fundación Alfredo Brañas; F.J. Carrera (ed.), *Cooperación transfronteriza Castilla y León y Portugal*, Madrid, 2000; C. Conde, *La acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2000; S. Beltrán, *Los acuerdos exteriores de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, 2001; C. Fernández de Casadevante, *La acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2001; J.L. Piñol, “La contribución de la Asamblea de las Regiones de Europa al desarrollo de las acciones internacionales de las Comunidades Autónomas”, en *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1995-1996*, v. II, 1281; F. López Ramón, “Régimen jurídico de los acuerdos de cooperación transfronteriza entre entidades territoriales”, *Rev. Aragonesa de Administración Pública*, nº 12, 1998, 135. **En otras lenguas:** C.N. Okeke, *Controversial Subjects of Contemporary IL. An Examination of the New Entities of IL and their Treaty-Making Capacity*, Rotterdam, 1974; L. di Marzo, *Component Units of Federal*

States and International Agreements, Alphen a.d. Rijn, 1980; M. Lafourcade (ed.), *La frontière franco-espagnole. Lieu de conflits inter-Étatiques et de collaboration interrégionale*, Toulouse, 1998; Y. Lejeune (ed.), *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'États distincts. Les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Bruselas, 2005. Sobre la reforma constitucional belga, v. artículos de E. Cerexhe, Ph. Gautier, A. Schaus y J. Verhoeven, en *RBDI*, 1994. Para biblio. anterior a 1986, v. A. Remiro, *DIP*, 2..., cit., 63-64. **Sobre los tratados con pueblos indígenas, en lengua española:** S. Torrecuadrada, "Tratados internacionales y pueblos indígenas", *REEI*, n° 2, 2001; **en otras lenguas:** I. Brownlie, *Treaties and Indigenous Peoples*, Oxford, 1992; M.A. Martínez, *Study on Treaties, Agreements and other Constructive Arrangements between States and Indigenous Populations*, Final Report, CHR, E/CN.4/Sub.2/1999/20; sobre el tratado de Waitangi en particular, C. Organge, *The Treaty of Waitangi*, Wellington, 1987; I. Brownlie, "Waitangi: More a Problem than a Solution?", en *Treaties and Indigenous Peoples*, cit., 77. V. tb. biblio. Cap. IV (pueblos indígenas).

7. La capacidad convencional de las OI, en lengua española: R. Huesa, "Algunas consideraciones sobre el Convenio de Viena de 1986 sobre tratados celebrados entre Estados y OI o entre OI", *REDI*, 1989, 43; **en otras lenguas:** P. Menon, *The Law of Treaties between States and IO*, Nueva York, 1992; P. Reuter, "L'ordre juridique international et les traités des OI", *Festschrift H. Mosler*, Berlín, 1983, 745; C. Limburg, "The UN Conference on the Law of Treaties between States and IO", *NILR*, 1986, 195; G. Gaja, "A 'New' Vienna Convention on Treaties between States and IO or between IO. A Critical Appraisal", *BYIL*, 1987, 253; C. Brölmann, "The 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties: the History of Draft Article 36bis", *Essays B. Vierdag*, La Haya, 1998, 121; C. Brölmann, "The Legal Nature of IO and the Law of Treaties", *ARIEL*, n° 4, 1999, 85; H.G. Schermers, "IO and the Law of Treaties", *GYIL*, 1999, 56. V. tb. biblio. general sobre las OI cit. en Cap. V **En cuanto a la capacidad convencional, en particular, de la CE y la UE, en lengua española:** N. Fernández Sola, *El reparto de competencias entre la CE y sus Estados miembros en el ámbito de las relaciones exteriores*, Zaragoza, 1988; A. Remiro, "Las relaciones exteriores de las CE", en E. García de Enterría y otros (eds.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1986, v. III, 637; J.M. Sobrino, "Aproximación a la cuestión de la delimitación de la competencia internacional de la CEE", *GJ*, D-11, 1989, 151; J. Roldán, "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de relaciones exteriores", en G.C. Rodríguez Iglesias y D.J. Liñán (eds.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, 297; *id.*, "Los acuerdos internacionales de la CE", *Cur. DI Vitoria* 1997, 207; *id.*, "La delimitación de competencias en las relaciones exteriores de la UE", en D.J. Liñán (ed.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura UE*, Granada, 2003, 115; L.N. González Alonso, "De nuevo sobre la doctrina AETR: la naturaleza jurídica de la competencia comunitaria en materia de relaciones exteriores", *Noticias UE*, núm. 117, 1994, 93; J. Ferrer, "La celebración de acuerdos internacionales por la UE", *Suplemento BEUR*, n° 11, 2003, 36. **En otras lenguas:** I. Macleod, I.D. Hendry y S. Hyett, *The External Relations of the EC*, Oxford, 1996; J. Bourgeois, J.L. Dewost y M.A. Gaiffe (eds.), *La CE et les accords mixtes. Quelles perspectives?*, Bruselas, 1997; J. Helikoski, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the EC and its Member Status*, La Haya, 2001; P. Eeckhout, *External Relations of the EU Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, 2004; K. Lenaerts y E. de Smijter, "The EC's Treaty-Making Competence", *YEL*, 1996, 1; A. Dashwood, "Implied External Competence of the EC", en M. Koskenniemi (ed.), *IL Aspects of the EU*, La Haya, 1998, 113; S. Marquardt, "The Conclusion of International Agreements under Article 24 of the TEU", en V. Kronenberg (ed.), *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, La Haya, 2001, 333; A. Mignolli, "Sul treaty-making power nel secondo e nel terzo pilastro dell'UE", *RDI*, 2001, 978; R. Baratta, "Overlaps between EC Competence and EU Foreign Policy Activity", en E. Cannizzaro (ed.), *The EU as an Actor in International Relations*, La Haya, 2002, 51; J.V. Louis, "La doctrine AETR et les impératives de l'action externe de l'UE", *Festschrift G.C. Rodríguez Iglesias*, Berlín, 2003, 315; *id.*, "La compétence de la CE de conclure des accords internationaux", en J.V. Louis y M. Dony (eds.), *Commentaire J. Mégret*, v. 12, Bruselas, 2005, 57; *id.*, "Les accords conclus au titre des deuxième et troisième piliers", *ibid.*, 325; J. Raux, "Le droit des relations extérieures: la dynamique des compétences implicites en question", *Études J.C. Gauthron*, París, 2004, 783; J. Monar, "The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs", *EFAR*, 2004, 395; M. Dony, "Les accords mixtes", en J.V. Louis y M. Dony (eds.), *Commentaire J. Mégret*, cit., 167.

8. Sobre el concepto, terminología y clasificación de las resoluciones de las OI: J. Kolasa, "Some Remarks on the Concept of a Resolution and Decision of IO", *Essays M. Lachs*, La Haya, 1984, 493; M. Virally, "Les actes unilatéraux des OI", en M. Bedjaoui (ed.), *DI: bilan et perspectives/IL Achievements and Prospects*, París, 1991, 241; I. Deltter, "The Effect of Resolutions of IO", en J. Makarczyk (ed.) *Theory of IL at the threshold of the 21st Century*, La Haya, 1996, 381.

9. Sobre la competencia normativa de las OI y, en especial, del Consejo de Seguridad, en lengua española: M.E. López-Jacoiste, *Actualidad del Consejo de Seguridad de las NU: la legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Madrid, 2003; S. Ripol, *El desarrollo de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad de las NU*, Bilbao, 2003; E. Pecourt, "La acción normativa de las OI", *ADI*, 1974, 165. **En otra lenguas:** E. McWhinney, *Les NU et la formation du droit*, París, 1986; B. Sloan, *UNGA Resolutions in our Changing World*, Ardsley-on-Hudson, NY, 1991; C. Denis, *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité: portée et limites*, Bruselas, 1998; E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the UN Security Council*, Oxford, 2004; J.E. Álvarez, *IO as Law-Makers*, Oxford, 2005; C. Denis, *Le pouvoir normatif du Conseil de Sécurité des NU: portée et limites*, Bruselas, 2005; D. Sarooshi (ed.), *IO and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, 2005; J.A. Barberis, "Les résolutions des OI en tant que source du droit des gens", *Festschrift R. Bernhardt*, Berlín, 1995, 21; G. Arangio-Ruiz, "On the Security Council's Law Making", *RDI*, 2000, 609; N. Angelet, "IL Limits to the Security Council", en V. Gowlland-Debbas (ed.), *UN Sanctions in IL*, Londres, 2001, 71; O. Corten, "Vers un renforcement des pouvoirs du Conseil de sécurité dans la lutte contre le terrorisme?", en K. Bannclier y otros (eds.), *Le DI face au terrorisme*, París, 2002; *id.*, "La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières", *RBDI*, 2004, 552; J. Tercinet, "Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité: Le Conseil de sécurité peut-il légiférer?", *RBDI*, 2004, 528; S. Talmon, "The Security Council as World Legislature", *AJIL*, 2005, 175. V. tb. biblio. Cap. XXVII y Cap. XXVIII.

10. Sobre la actividad normativa de la UE, en lengua española: por todos, J.V. Louis, *El ordenamiento jurídico comunitario*, Luxemburgo, 1995 (5ª ed.); y, G. Garzón, "Las fuentes del Derecho comunitario", en G.C. Rodríguez Iglesias y D.J. Liñán (eds.), *El Derecho comunitario europeo*, cit., 23. En relación, en particular, con la introducción de una nueva tipología de actos: J. Díez-Hochleitner, "La tipología de los actos comunitarios", en M. Oreja (ed.), *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Madrid, 1997, 565; F.J. Carrera, "Simplificación de los instrumentos jurídicos en el proyecto de Tratado Constitucional", *RDCE*, nº 16, 2003, 1047; J. Santos, "La simplificación normativa en el proyecto de Constitución europea", *RGDE*, nº 2, 2003; *id.*, "La simplificación normativa en el proyecto de Constitución europea", *GJ*, nº 230, 2004, 3; R. Jiménez Asensio, "El proyecto de 'Constitución europea' y el sistema de fuentes del Derecho", en E. Albertí (ed.), *El proyecto de nueva Constitución europea*, Valencia, 2004, 265; A. Gil Ibáñez, "Nueva tipología y jerarquía normativa en la Constitución europea", *Noticias UE*, nº 250, 2005, 63; E. Linde, "El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución de la UE: consideraciones preliminares", *Rev. Der. UE*, nº 8, 2005, 103. **En otras lenguas:** P. Pescatore, *L'ordre juridique des CE. Etude des sources de droit communautaire*, Lieja, 1975; J.V. Louis, G. Vandersanden y M. Waelbroeck, *Commentaire Mégret*, v. 10, Bruselas, 1983 (2ª ed., 1990); D. Simon, *Le système juridique communautaire*, París, 2001; J.V. Louis y T. Ronse, *L'ordre juridique de l'UE*, París, 2005.

Capítulo IX

La formación de los tratados

XXXVII. INTRODUCCIÓN

154. ¿Qué es la formación de los tratados?

Un tratado es el resultado de una serie de actos sucesivos cuya realización compone las cuentas de un procedimiento sometido a reglas internacionales — generalmente dispositivas— e internas. Al hablar de *formación* o *celebración* (de los tratados) aludimos al *conjunto de actos mediante los cuales se concibe, gesta y nace un tratado internacional*. La celebración o formación del tratado desemboca, cuando prospera, en su *entrada en vigor*, siendo a partir de ese momento obligatorio para las partes.

155. Las fases en la formación de los tratados

La formación o celebración de un tratado internacional pasa, al menos analíticamente, por diferentes fases. La que puede denominarse *fase inicial* cubre el proceso de la *negociación* que, de tener éxito, desembocará en la *adopción* y *autenticación* de un texto con el que los *negociadores* se muestran definitivamente de acuerdo. Se considera *negociador* al sujeto que ha participado en la elaboración y adopción del texto de un tratado (art. 2.1.e de las CV).

La *fase final* de la formación o celebración de un tratado abarca el proceso de *estipulación* o *conclusión* en sentido estricto; esto es, la fase en la que los negociadores manifiestan su voluntad en obligarse por el tratado y dejan constancia de ella a los otros interesados. Se descompone en dos actos fundamentales: la *manifestación del consentimiento* y su *perfeccionamiento*. Quienes llevan a cabo estos actos se denominan *contratantes*, a los que cabe definir como aquellos sujetos que han consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor (art. 2.1.f de las CV). Cuando la entrada en vigor se produce, el sujeto contratante deviene *parte* del tratado (art. 2.1.g de las CV).

✎ Cada uno de los actos enumerados cumple una función diferente en la formación o celebración de un tratado. Sin embargo es interesante destacar que, como se deduce de la práctica diplomática, algunos de esos actos pueden compendiarse en una sola expresión formal. Ejemplo paradigmático es la *firma* —acto de *autenticación* y/o *manifestación del consentimiento* en obligarse por un tratado—. Así, junto a un modelo extenso, complejo y solemne de celebración de tratados aparece, en distintas versiones, un modelo abreviado,

frecuente en las relaciones bilaterales. Es en este sentido en el que con más provecho puede hablarse de *acuerdos en forma simplificada*.

La dislocación entre las fases inicial y final se encuentra justificada por las exigencias que, en ocasiones, imponen los Derechos internos de los sujetos intervinientes. Es así frecuente que entre ambas se abra una *fase intermedia*, propiamente doméstica, de ponderación del texto autenticado en la que se hace efectiva la participación de diferentes órganos estatales, tanto de la Administración activa y consultiva, como del Legislativo e incluso del Poder judicial. Cuando estas intervenciones son preceptivas, la utilización del procedimiento abreviado de formación de un tratado internacional queda excluida.

En las OI la fase *intermedia* se produce siempre que la conclusión de un tratado ha de contar con la aprobación de un órgano distinto del que adoptó y autenticó su texto. En la UE, por ejemplo, tras el cierre de la fase inicial y antes de la final está prevista la participación del PE mediante consulta simple o dictamen conforme (*aprobación*) (art. 300.3 TCE)

XXXVIII. LA FASE INICIAL

156. La negociación: la iniciativa

Negociar es participar en la elaboración del texto de un tratado, proponiendo, discutiendo, contraofertando o aceptando propuestas para las cláusulas que han de componerlo.

La iniciativa de la negociación puede proceder de un Estado interesado en ella, actuando libremente o como consecuencia de la existencia de un *pactum de negotiando o de contrahendo*; asimismo, de una conferencia de representantes estatales, del órgano de una OI, o, incluso, por impulso de la sociedad civil, particularmente de las ONG.

Así, a título de ejemplo, podemos recordar que: 1) a iniciativa del Zar de Rusia se celebraron las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 en las que se adoptaron los Convenios de La Haya de DI Humanitario; 2) la conclusión del acuerdo hispano-francés sobre delimitación de la plataforma continental en el Mar Cantábrico (1974) responde a lo previsto en el art. 6 del Convenio de Ginebra (1958), sobre plataforma continental, según el cual la delimitación entre Estados vecinos se efectuará por acuerdo entre ellos; 3) la AGNU desempeña un papel estelar en la iniciativa de negociación de tratados multilaterales auspiciados por esta Organización, y el CE y S. cuenta con capacidad para formular proyectos de convención en materias de su competencia (art. 62.3 de la Carta); y 4) una ilustre ONG, el Comité Internacional de la Cruz Roja, jugó un papel decisivo en la iniciativa de la negociación de los Convenios de Ginebra (1949) y de sus dos Protocolos adicionales (1977), núcleo del DI Humanitario.

157. Las reglas de la negociación

La CV sobre el Derecho de los Tratados (1969) carece de normas que regulen el proceso de negociación. Ahora bien, pese a esta ausencia de normas, la

negociación, tal y como puso de relieve la CIJ (*Ensayos nucleares*, 1974) *ha de llevarse de acuerdo con el principio de la buena fe* y, en este sentido, causas de nulidad como el dolo o la corrupción del representante de un Estado (arts. 49 y 50) vienen a sancionar manifestaciones cualificadas de mala fe una vez que han sido probadas (v. cap. XII).

Más allá de esta ausencia de mala fe, es difícil determinar si la aplicación del principio comportaría, sin más, una obligación de confianza recíproca, de cooperación para conseguir el acuerdo, o de especial predisposición para comprender los intereses ajenos. Tales consecuencias podrían derivarse, como afirmó la CIJ (*Plataforma Continental del Mar del Norte*, 1969; *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, 1996), de la existencia de un *pacto de contrahendo o de negociando*. En este sentido, no cabe ser un frontón que devuelva todas las pelotas que propone la otra parte, sistemática e inmotivadamente. Si el principio de buena fe es “uno de los principios fundamentales que presiden la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas... no es en sí mismo una fuente de obligaciones cuando éstas no cuentan con otra base” (CIJ, *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, exc. prel., 1998).

Ciertamente, la negociación en el seno de una Conferencia internacional requiere la previa adopción de un Reglamento.

En estos casos, la negociación sobre el fondo viene precedida de la adopción del Reglamento que ha de regir sus trabajos y de la creación y composición de la Mesa de la Conferencia y de las Comisiones y Comités más importantes, entre los que destaca el de Redacción; cuestión ésta de especial trascendencia si tenemos en cuenta que en la mayoría de las ocasiones los Presidentes de las Comisiones suelen jugar un papel esencial en la conciliación de las posturas divergentes, cuando no contradictorias, de los negociadores.

Las OI, atendiendo a sus propias reglas, facilitan la convocatoria y celebración de estas Conferencias, evacuando la prenegociación y hasta una primera etapa negociadora y ofreciendo una sede y una infraestructura técnica y administrativa; en ocasiones llegan a sustituir a las Conferencias, haciendo de sus órganos foro de negociación, lo que tiene la ventaja de obviar la —a veces muy engorrosa— *negociación sobre cómo desarrollar la negociación*, pues estos órganos aplican sus propios reglamentos.

El ejemplo de la ONU es, a este respecto paradigmático. Bajo el impulso y control de la Asamblea, hay órganos como la CDI o CNUDMI, dedicados exclusivamente a la preparación de proyectos e informes que sirvan de base de negociación del texto de un tratado multilateral; otros órganos, como el Comité del Espacio, cumplen también esta tarea dentro del conjunto de actividades que le están asignadas. Llegado el momento, la Asamblea puede optar entre debatir directamente el proyecto con vistas a su adopción o convocar una Conferencia diplomática. Pero no se ha conseguido aún, pese a la constante preocupación de NU, la adopción de un Reglamento uniforme que rijan la negociación de los tratados multilaterales en las Conferencias convocadas por la Organización.

158. El proceso de la negociación

El proceso de negociación de un tratado internacional se encuentra condicionado por múltiples factores, pero de forma especial por el número, carácter, y naturaleza de los negociadores, lo que determina que el proceso y su duración resulten diferentes en función del tipo de tratado, *bilateral*, *plurilateral* o *multilateral*, que se negocia.

En la práctica la negociación de los tratados internacionales suele ir precedida de una fase previa (*fase prenegocial*) en la que, a través de los canales diplomáticos ordinarios, mediante una reunión *ad hoc*, o en el seno de la OI huésped, se perfila

el objeto de la negociación, su calendario, lugar de celebración y los proyectos o documentos que han de ser su soporte.

Mientras que la negociación de los tratados bilaterales y, por regla general, la de los *plurilaterales*, suele efectuarse con discreción y a través de los conductos diplomáticos, la *negociación multilateral*, en particular la que presenta carácter abierto, se efectúa habitualmente en el seno de una *Conferencia diplomática* marcada generalmente por el signo de la publicidad y de conformidad con las formas de la *diplomacia parlamentaria*, como ha ocurrido, por ej., en la elaboración de algunos tratados importantes de codificación y desarrollo progresivo en áreas como el Derecho de Tratados, el Derecho del Mar, el DI del Medio Ambiente, o el Derecho Diplomático y Consular.

La negociación de un tratado multilateral abierto puede resultar lenta y compleja en función de múltiples factores, entre los que cabe destacar la pluralidad y diversidad de los negociadores, la existencia de intereses diversos e, incluso, contrapuestos, el procedimiento de trabajo y de adopción de decisiones, la utilización de varias lenguas en los debates y en la preparación de documentos.

Si tradicionalmente las negociaciones son realizadas por representantes de los Estados, hoy día junto a ellos es posible identificar otros sujetos, aunque en ocasiones con la condición de meros observadores —con voz pero sin voto—, sean OI, sean entes que aspiran a la estatalidad, como puede ocurrir con los Movimientos de Liberación Nacional. La aplicación de las reglas de la OI patrocinadora en la fase de negociación puede implicar la participación de actores diferentes de los Estados, como ocurre en el seno de la OIT donde junto a Estados hay representantes de trabajadores y empresarios, o como acontece en NU con la sociedad civil, en particular con las ONG (v. *infra*). Incluso en algunos casos, como ocurre en el Consejo de Europa, la negociación del texto de los tratados puede estar en manos de expertos que no actúan como representantes estatales.

La existencia de intereses contrapuestos entre los negociadores suele provocar la aparición de grupos de interés o de influencia que, por lo demás, suelen ser cambiantes y heterogéneos según avanza la negociación sobre las distintas materias que constituyen el objeto del tratado. Ello provoca la celebración de reuniones oficiosas y negociaciones en pasillos destinadas a aunar puntos de vista y a fijar estrategias con las que, cediendo en lo accesorio, se gane en lo principal. La aparición de grupos de interés es patente, por ej. en la OMC, donde grupos como el *Cairós* se creó para luchar por la eliminación de los subsidios agrícolas en los países desarrollados. La negociación de la CONVEMAR (1982) muestra los vaivenes que pueden presentar las actuaciones de los negociadores y de cómo los Estados se alinean en pos de intereses comunes y buscan satisfacerlos con trueques que acaban pagando los más aislados o desprevenidos (*package deal*). La presión de las Grandes Potencias siempre se deja sentir; en determinado ámbitos, como el de la no proliferación nuclear, se reservan la negociación para ofrecer su producto a los demás, una vez elaborado (v. *infra*). Una política habitual de la Administración de los Estados Unidos consiste en negociar a la baja importantes tratados multilaterales, como la CONVEMAR (1982) o el Estatuto del TPI (1998), con el señuelo de su participación para, luego, mantenerse al margen de los tratados o, incluso, iniciar una campaña de hostigamiento.

El método de trabajo y el procedimiento para la adopción de decisiones condicionan y son condicionados por el grado de complejidad de las negociaciones.

159. Negociación y Derecho interno

A diferencia de lo que ocurre en el DI, los Derechos internos suelen contener disposiciones de rango legislativo y reglamentario sobre la participación del

Estado en la negociación. Cuestiones relacionadas con la competencia para decidir su iniciación o participar en ella, la posible intervención de los entes territoriales menores o los límites para pactar el contenido de las obligaciones convencionales, pueden ser —y son— objeto de regulación.

Algunas Constituciones de las Repúblicas latinoamericanas hacen referencia a la *negociación* de los tratados en sentido impropio, entendiéndola *lato sensu* como *formación* o *celebración* de los tratados.

La competencia que en esta materia corresponde al Poder Ejecutivo suele deducirse de su capacidad para dirigir la acción exterior del Estado. Por regla general son los Ejecutivos los que ostentan la competencia para autorizar la negociación de un tratado internacional a solicitud del ministerio o departamento encargado de las relaciones internacionales al que, por lo demás, suele corresponder su gestión.

En España “el Gobierno dirige la política interior y exterior...” (art. 97 de la Constitución y 1.1 de la Ley 50/97, de 27 de noviembre sobre organización, competencia y funcionamiento del Gobierno). Es competencia del Consejo de Ministros autorizar la *negociación* de los tratados a solicitud del Ministerio de Asuntos Exteriores (art. 1.5. d, de la Ley 50/97 y art. 9.2 del Decreto 801/72), si bien en la práctica puede ocurrir que cuando la autorización formal se concede la negociación ya ha sido materialmente hecha por ser ésta una función natural del intercambio diplomático.

El dinamismo y la complejidad que en nuestros días presentan las relaciones internacionales, hace necesario establecer una eficaz coordinación entre el Ministerio encargado de las relaciones exteriores y los demás departamentos sectoriales.

Al Ministerio de Asuntos Exteriores, enarbolando el principio de *unidad de la acción exterior del Estado*, corresponde la ordenación de la actividad administrativa en materia de tratados (art. 1 del Decreto 801/72) y, en general, la *gestión* de la negociación (arts. 3, 8, 9 y 10 del Decreto 801/72). La necesaria conexión entre los distintos departamentos ministeriales llevó ya en 1975 al ejecutivo español a crear una Comisión Interministerial para las negociaciones multilaterales en el GATT y en 1995, tras finalizar la Ronda Uruguay, a hacer lo propio respecto de la OMC, Comisión regida actualmente por el R.D. 606/2006, de 19 de mayo).

A la hora de negociar un tratado y de fijar su contenido la libertad del Ejecutivo no es absoluta. En ocasiones, las propias Constituciones, impidiendo la conclusión de tratados que la contravengan o mediante límites específicos, suelen acotarla. La eficacia de estos límites vendrá condicionada por la existencia de mecanismos judiciales de control de la compatibilidad de los tratados con el texto constitucional.

En España la Constitución limita la libertad del Gobierno ya que el art. 95.1 dispone que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”. Fue por esto que hubo de procederse a la reforma del art. 13.2 de la Constitución para acomodarlo al Tratado de la Unión Europea (1992), antes de su ratificación por España (v. Cap. X).

Límites expresos y particulares se localizan en otros preceptos constitucionales (arts. 11.3; 13.3). Pero lo que ahora interesa subrayar es la posibilidad de deducir del art. 96.1 —según el cual las disposiciones de los tratados “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de DI”— un límite constitucional a la negociación de un tratado

incompatible con una norma imperativa de DI (*ius cogens*). La violación de una norma *imperativa* es, en efecto, la causa más radical de nulidad de un tratado (art. 53 CV) (v. Caps. I, XII).

El hecho de que el bloque de la constitucionalidad cuente con un guardián extraordinario como el Tribunal Constitucional otorga a estos límites una trascendencia real y no meramente retórica, una repercusión jurídica y no sólo política (v. Cap. X). En la práctica española ha habido supuestos en los que las dudas sobre la constitucionalidad de un tratado ha llevado al gobierno, como ocurriera con el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004), a solicitar del TC una declaración de constitucionalidad (13 de diciembre de 2004) que dejara expedito el camino para su ratificación.

Ahora bien, no siempre las dudas sobre la posible contradicción del texto de un tratado con la Constitución se somete al TC. Las dudas que, por ej., planteó la ratificación del Estatuto del TPI fueron tratadas sólo por la Comisión Permanente del Consejo de Estado (dictamen de 22 de julio de 1999).

Al margen de los límites y controles constitucionales (v. Caps. X y XVII) cabe preguntarse si acaso existen órganos, autoridades o instituciones que puedan propiciar la negociación de tratados, imponerle límites o, incluso detenerla, por razones de oportunidad. La interrogante tiene que ver en la práctica con las atribuciones de las Cámaras legislativas en esta fase, así como las de los representantes de los entes territoriales menores en los Estados de estructura compleja.

En España las Cámaras legislativas pueden influir en la negociación de tratados por una de estas tres vías: a) al incluir en el articulado de una ley disposiciones que la propicien, delimiten y orienten, b) adoptando directrices, no vinculantes, de negociación y c) en el ejercicio de la fiscalización que ejercen sobre la acción del Gobierno (art. 66.2), en la medida en que se extiende a la acción exterior, tratando de incitar, estimular, frenar o detener, una negociación determinada mediante instrumentos políticos.

Las Comunidades Autónomas carecen, en principio, de *ius ad tractatum* (v. Cap. VIII), pero los Estatutos de Autonomía les han atribuido algún papel en la negociación de tratados por los órganos centrales del Estado, a saber, un *derecho de instancia y/o información* que se han ido generalizando. La clave del problema está en determinar en qué consisten estos derechos. Cabe proponer que el derecho de instar la celebración de ciertos tratados obliga al Gobierno a formalizar la petición de iniciar las negociaciones y llevarlas adelante o, de no ser así, a motivar adecuadamente su negativa o imposibilidad; y que el derecho a recibir información de la negociación supone que aquélla es completa y oportuna, es decir, que permite a la Comunidad Autónoma expresar una opinión en tiempo útil para ser tenida en cuenta en la negociación. En los últimos tiempos, el proceso de reforma que están experimentando los Estatutos de Autonomía de las diferentes Comunidades Autónomas permite advertir el alumbramiento de un nuevo derecho, el de *solicitar la participación* o el de *participar en la forma determinada por la Ley* en las delegaciones que negocian tratados que afecten a materias de competencia autonómica.

160. La adopción del texto

El proceso de negociación desemboca, cuando tiene éxito, en el acto jurídico de la adopción del texto del tratado, en virtud del cual los negociadores expresan su acuerdo sobre dicho texto. Adoptar es consentir la redacción definitiva.

Según el art. 9.1 de la CV, un texto se entiende adoptado cuando *todos* los participantes en su elaboración lo consienten. Ahora bien, si este principio de unanimidad es intocable respecto de los tratados bilaterales por su misma naturaleza, no puede decirse lo mismo en relación con los multilaterales, sobre todo cuando se subraya su condición abierta y vocación universal.

La *adopción* de un tratado multilateral se llevará a cabo según las *normas pertinentes* de la Organización que auspicia la negociación, salvadas por el art. 5 de la CV (1969) o en la forma establecida por el Reglamento de la Conferencia de que se trate. En defecto de previsión, el art. 9.2 de la Convención establece como regla residual, acorde con la práctica seguida sobre todo en las Conferencias convocadas por las NU, la adopción por mayoría de dos tercios de los presentes y votantes, válida para todo tipo de convenios multilaterales (generales o restringidos) y de Conferencias (universales o regionales), a menos que los negociadores decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente. Esta regla merece un juicio positivo porque impide el punto muerto y tutela a las minorías cualificadas, imposibilitando la proclamación de mayorías inferiores decididas por menos de dos tercios.

La CV de 1986, al hacer referencia a la regla residual, la condiciona a la ausencia de acuerdo sobre el procedimiento de adopción del texto (art. 9.2). La expresa mención de criterio tan lógico, implícito en la Convención de 1969, sólo puede explicarse por el afán de potenciar dicha negociación para conseguir textos generalmente aceptados que respondan a genuinos compromisos de intereses.

La práctica internacional muestra otras formas de adopción de los tratados multilaterales, como la apreciación del *silencio* como vía de aprobación de los acuerdos de enmienda (v. Cap. XII) y el *consenso*, que si bien no han conmovido el valor de la regla de los dos tercios, sí han extremado su condición residual. El *consenso* permite la adopción de un acuerdo cuando se comprueba la ausencia de objeciones al mismo. No se trata de que todos lo apoyen, sino de que nadie se oponga hasta el punto de bloquear la adopción.

El consenso se ha abierto camino por varias razones: las grandes potencias lo buscan desde que perdieron su confianza en el control de las mayorías; los países en desarrollo, por la conciencia de que el compromiso con los desarrollados es más provechoso, aunque incurra en ambigüedades, aplazamientos y, en ocasiones, parezca resucitar el *veto*. El Reglamento de la Tercera Conferencia de NU sobre el Derecho del Mar dio juego al consenso, pero mantuvo la votación cuando se hubiesen agotado los esfuerzos para alcanzarlo. Al final, como se sabe, hubo de recurrirse a ella para la adopción del texto de la Convención, arrojando el resultado de ciento treinta votos a favor, cuatro en contra (EE.UU., Israel, Turquía y Venezuela) y diecisiete abstenciones (la mayoría de los países de Europa occidental y del bloque socialista todavía existente).

La utilización de este procedimiento de adopción condiciona la negociación del tratado, en la que se producen consultas amplias y transacciones tendentes a eliminar puntos de oposición en el texto y a conseguir un acuerdo general sobre la base de un denominador común, cada vez más bajo. El resultado, cuando lo hay, es obvio: un texto aceptable por todos pero que, a menudo, no entusiasma a nadie.

Al constituir la adopción un acto exclusivamente internacional, los ordenamientos internos no suelen establecer una regulación específica en este punto, a no ser, lo que no deja de ser superfluo, para recoger la regulación internacional.

Esta es la postura seguida por el ordenamiento español, que se limita a hacer mención a los criterios de adopción regulados por el DI (art. 2.1.c del Decreto 801/72).

El texto del tratado cuya redacción se consiente puede constar en un instrumento único compuesto por diversos elementos —denominación jurídico-diplo-

mática, preámbulo, parte dispositiva, cláusulas finales y anexos— o en dos o más instrumentos conexos, denominados *canjes de notas* o de *cartas*.

En este último caso el acuerdo se formaliza en la fecha en el que el remitente de la primera carta o nota recibe otra de aceptación efectuada por el destinatario de la primera, abreviándose con ello hasta el extremo el proceso de formación del tratado, ya que con estos procedimientos los actos comprendidos entre la adopción y la entrada en vigor pueden materializarse en el momento de recepción de la carta o nota de respuesta.

La adopción del texto de un tratado tiene particular importancia respecto de las *cláusulas finales* dispuestas para proveer a su autenticación, conclusión definitiva y entrada en vigor, o las relativas a las reservas, funciones del depositario, etc... que, por exigirlo su función, son aplicables desde este momento (art. 24.4 CV).

En este sentido, ha de presumirse que la autorización dada al plenipotenciario para negociar y adoptar el texto de un tratado incluye la facultad de expresar el consentimiento del sujeto en obligarse en orden a la operatividad de estas cláusulas finales.

161. La autenticación del texto

A la adopción del texto del tratado sigue, lógica y cronológicamente, su autenticación, acto jurídico formal y solemne mediante el cual, como define en España el Decreto 801/1972 (art. 2.d), los negociadores “certifican que ese texto es correcto y auténtico y lo establecen de forma definitiva”.

La autenticación responde a una práctica tradicional surgida de la posible existencia de un lapso temporal entre la adopción del texto de un tratado y la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse; pero la noción es, en sí misma, moderna. Para manifestar el consentimiento resulta imprescindible contar con un texto definitivo. Adopción y autenticación del texto están íntimamente vinculadas. Esta presupone aquélla y constituye su manifestación documental, revistiendo de las formalidades protocolarias propias de los documentos diplomáticos la determinación de la voluntad de los negociadores de considerar definitiva e inalterable la redacción del tratado. Una vez autenticado, el texto del tratado sólo podrá alterarse mediante la enmienda o la modificación (v. Cap. XII), o, en el caso de que se hayan deslizado errores, mediante el procedimiento de corrección establecido en el tratado o según las normas del DI (recogidas en los arts. 79 de la CV de 1969 y 80 de la CV de 1986) que, con carácter supletorio, regulan el procedimiento y efectos de la corrección.

162. Formas de autenticación

Los negociadores disfrutan de absoluta libertad para elegir los procedimientos de autenticación del texto de un tratado (art. 10.1 CV) y lo normal es que éste incluya una cláusula al respecto. En su defecto, la CV (art. 10.2) enumera las tres

formas más frecuentes (*firma*, *firma ad referendum* y *rúbrica*, bien del texto del tratado, bien del Acta Final de la Conferencia en la que se consigne el texto), disponiendo su funcionamiento residual alternativo al gusto de cada negociador. Ha de recordarse, en cualquier caso, que los tratados elaborados en el seno de OI suelen someterse a específicos procedimientos de autenticación —como la incorporación del texto, a título de anejo, a una resolución orgánica de aprobación, o la firma del presidente del órgano adoptante y del más alto funcionario de la Organización (ej, art. 19.4 de la Constitución de la OIT)— respetados (art. 5), aunque no mencionados, por la CV de 1986.

La *rúbrica* —firma abreviada reducida a las iniciales del otorgante— y la firma *ad referendum* —firma sujeta a confirmación— suelen ser empleadas cuando el representante carece de poder suficiente para firmar o de la autorización requerida para ello. La *rúbrica* —que será seguida de firma como regla general— sirve, además, en ocasiones para la adopción de un texto que los negociadores se disponen a someter a la consideración de sus Gobiernos, interrumpiendo el proceso de formación del tratado en tanto se evacúan las consultas. La *firma* propiamente dicha —*firma simple*— es la forma tradicional de autenticación del texto de un tratado y puede efectuarse: 1) en el momento mismo de cerrarse la negociación y adoptarse el texto, 2) ulteriormente, en una fecha fijada al efecto, 3) dejando el tratado abierto a la firma en lugar determinado, ya sea indefinidamente o hasta una fecha límite, variante ésta que se ha generalizado en relación con los tratados multilaterales generales gracias a su flexibilidad. En este sentido, es necesario tener en cuenta que los representantes en la Conferencia de adopción podrían carecer de poder suficiente para la firma o de instrucciones precisas y que los participantes agradecen un período adicional de reflexión, pues a pesar del idéntico efecto autenticador de todos los procedimientos, la firma tiene un peso específico mayor que ningún otro desde un punto de vista histórico, político y psicológico.

La firma, acto solemne rodeado de publicidad, se significa, en efecto, como una promesa más firme que cualquier otra de acabar obligándose por el tratado, particularmente cuando ha sido precedida de *rúbrica* o de la firma del Acta Final de la Conferencia que lo consigna, suficientes ya a los fines estrictamente autenticatorios. (Lo mismo cabría decir de la confirmación de la firma *ad referendum*). La firma expresa entonces, cuando menos, la intención de consentir, de prestar el consentimiento más adelante al tratado, hasta llegar a hablarse de una obligación *incoada*.

Ahora bien, en ocasiones la práctica internacional ha permitido constatar como las razones que llevan a los Estados a firmar un tratado están lejos de responder a sus intenciones de llegar a consentirlo. Hay Estados que, pese a conocer su falta de disposición a quedar vinculados por el tratado lo firman, bien por mantener una cierta apariencia de Estado comprometido, por ej., con la defensa del medio ambiente, bien porque esta formalidad les abre las puertas a la participación en determinados órganos creados por el tratado o en Comisiones que perfilan o completan el contenido del tratado. La actitud mantenida por Estados Unidos respecto de determinados tratados internacionales como la CONVEMAR (1982), el Protocolo de Kyoto (1997), adicional a la Convención Marco sobre el Cambio Climático (1992) o el Estatuto del TPI (1998) permiten comprobar esta afirmación.

De la *firma del tratado* derivan consecuencias que no acompañan a los otros procedimientos de autenticación:

1) Generalmente se ha considerado que la firma determina la fecha del tratado, pero esta afirmación debe ser matizada advirtiéndose que en la actualidad cada vez son más los tratados en los que la fecha incorporada al *nomen iuris* es la de la adopción del texto, la de la apertura a la firma, la de la aprobación de la resolución del órgano de la OI en cuyo seno ha sido adoptado o la de la firma del Acta final de la Conferencia en la que se ha negociado y adoptado.

Así, por ej., la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción (Convención sobre las minas antipersonas) se fechó el día de su adopción, el 18 de septiembre de 1997, abriéndose a la firma en Ottawa del 3 al 4 de diciembre de 1997. La fecha de celebración del tratado resulta esencial para la aplicación de ciertas disposiciones de las CV, como el art. 4, sobre la irretroactividad de la Convención, o los artículos 30 y 59 relacionados con la conclusión de tratados sucesivos (v. Cap. XVI).

2) De la firma se desprenden obligaciones concretas para los signatarios. De ahí que no falten los Derechos internos —entre ellos el español— que han sometido el uso de la firma a condiciones más rigurosas que las de los restantes procedimientos de autenticación.

Autenticado el texto de un tratado mediante la firma, los signatarios están obligados a abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin del tratado, mientras no hayan manifestado su intención de no llegar a ser partes en el mismo (art. 18.a CV). El signatario no está obligado, en cambio, por norma alguna de DI general a llevar a cabo, en un plazo razonable, los actos necesarios para manifestar o no el consentimiento. Esta obligación puede venir impuesta, no obstante, por una regla de DI particular (así, art. 19.5 Carta Constitutiva de la OIT y Resolución de 1951 aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa) o por una disposición de Derecho interno.

3) Asimismo, un tratado firmado, aun no ratificado, puede ser considerado como la fiel expresión de los puntos de vista comunes de los signatarios en la fecha de la firma, un valor apreciable cuando un acuerdo se visualiza en una perspectiva histórica (CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001). (V. Cap. XIV).

Respecto de las formas de *autenticación* y su regulación en Derecho español, el Decreto 801/72 sólo menciona dos que podrá utilizar el representante del Estado sin necesidad de autorización especial —la rúbrica o la firma del Acta Final de la Conferencia— (art. 11). Ello no quiere decir que las demás formas no puedan ser utilizadas, pero su uso está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. Así, la firma del texto de un tratado requiere, en cualquier caso, la autorización del Consejo de Ministros, previa solicitud del titular de Asuntos Exteriores (art. 5.1.d) de la Ley 50/97 y art. 13 del Decreto 801/1972). La firma *ad referéndum*, como forma de autenticación excepcional, sólo puede ser utilizada por el Ministro de Asuntos Exteriores o persona por él autorizada, recabándose la ulterior aprobación del Consejo (art. 14 del Decreto 801/72). La regulación vigente es satisfactoria en este punto, debiendo, si acaso, estudiarse la conveniencia de extender al Presidente del Gobierno, por razón de jerarquía, las facultades reconocidas al Ministro de Asuntos Exteriores y limitar en todo caso la posibilidad de firma *ad referéndum* a los supuestos que no comporten aplicación provisional del tratado (v. *infra*).

163. Sujetos participantes en la autenticación del texto del tratado

Aunque podría pensarse que siempre adoptan y autentican el texto del tratado quienes han participado en la negociación, ello no es necesariamente así en todos los casos. Hay supuestos en los que:

1) Los miembros de una OI negocian un tratado que abren a la firma de Estados no miembros, como ocurrió, por ejemplo, con la Convención, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito del genocidio (art. 11).

2) Los órganos de una Organización de integración, como la CE, negocian un tratado que han de autenticar los Estados miembros, como ocurre con los denominados *acuerdos mixtos*.

3) Un círculo restringido de Estados se reserva la negociación de un tratado y, convenido un texto, lo ofrecen a un grupo más amplio, incluso a todos los Estados, para su adopción y autenticación. Así ha ocurrido, por ejemplo, en materia de desarme nuclear, en la que las grandes potencias atómicas se han valido de su particular responsabilidad para polarizar la negociación.

En estos casos la firma de los no negociadores difícilmente puede ser considerada como acto de autenticación, pero cuenta con un significado y valor político no desdeñable en la medida en que puede ser apreciada como expresión de apoyo al tratado.

164. La lengua de los tratados

Cuando la lengua de los negociadores no es común la autenticación del texto de un tratado suele hacerse en varias lenguas. Esta circunstancia, que en los multilaterales parece lógica, responde en los bilaterales al hecho de que los Estados hacen del empleo de su lengua exigencia del principio de igualdad soberana. El afán por mantener una absoluta paridad dificulta la aceptación de que, en caso de duda o discrepancia entre textos igualmente fehacientes, prevalezca el redactado en la lengua de una de las partes. Esta dificultad disminuye, aunque no desaparece, cuando el tratado se autentica, además, en una lengua neutral.

Cabe mencionar el tratado de amistad y buena vecindad (1955) entre Francia y Libia como uno de los casos en que la lengua de una de las partes (la francesa) dio fe en detrimento de la de la otra (árabe) en que también había sido redactado. No es extraño que más de treinta años después Libia se quejara de su falta de experiencia en la época en que se negoció dicho tratado, fundamento más tarde de los derechos territoriales de Chad, sucesora de Francia (C.I.J., *Controversia territorial*, 1994).

Generalmente, la autenticación de los tratados multilaterales se hace en todas o, por lo menos, en dos de las lenguas oficiales de las Organizaciones que han auspiciado su elaboración, que son las correspondientes a las de mayor difusión en el mundo y a las de las grandes potencias. Así, por ej., los Convenios de la OIT se autentican en inglés y francés; los auspiciados por la ONU, en sus cinco —luego seis— lenguas oficiales. Así, la CV sobre el Derecho de los Tratados (1969) se autenticó en chino, español, inglés, francés y ruso, lenguas a las que se añadió el árabe en la Convención de 1986 (art. 86); en esas seis lenguas ha sido también autenticada

la CONVEMAR (1982, art. 320). Existen supuestos en los que por razones diversas se establece también como auténtica la versión redactada en otra lengua no oficial de la OI. Así ocurrió, por ejemplo con la italiana, que acompañó a la árabe, inglesa, francesa y española, en relación con el Convenio internacional del aceite de oliva y las aceitunas de mesa (2005), o con la alemana respecto de la Convención sobre conservación de cetáceos de pequeño tamaño en el Mar Báltico y el Mar del Norte (1992), redactada también en inglés, francés y ruso.

En Derecho español, respecto del problema de la lengua que plantea la autenticación de un tratado, circulares del Ministerio de Asuntos Exteriores (núms. 2353, de 27 de julio de 1952, y 2882, de 28 de noviembre de 1977) han dispuesto el deber de los negociadores españoles de hacer en lengua española los tratados bilaterales que celebre o suscriba España y de precisar en las cláusulas finales del tratado el carácter auténtico del texto español, sin perjuicio de que igualmente lo sean los redactados en otras lenguas. Asimismo, los negociadores habrán de procurar que otro tanto ocurra en la redacción de los tratados multilaterales. Esta obligación debe entenderse referida al castellano, "lengua española oficial del Estado" (art. 3.1 de la Constitución), sin que ello suponga descartar la posibilidad de que, además, el tratado se autentique en alguna de "las demás lenguas españolas" (art. 3.2) si las circunstancias así lo aconsejan (ej., acuerdos culturales cuya negociación y conclusión pueden instar algunas Comunidades Autónomas como País Vasco, Cataluña, Galicia...).

165. La participación de la sociedad civil, en particular de las ONG

La actividad de la sociedad civil se encuentra conectada necesariamente con los procesos de formación de tratados en ámbitos que en los que está interesada, si bien la heterogeneidad de sus miembros, la diversidad y contraposición de los intereses que defienden, hacen difícil imaginarla como un frente unido ante una negociación concreta. Ni siquiera las corporaciones transnacionales, a pesar de aproximarse más a una visión compartida del mundo, han logrado presentar frente común en negociaciones que tanto les afectan como las atinentes a los tratados sobre el cambio climático. En cuanto a las ONG, su unidad sólo se ha logrado, por vía de excepción, en las citas calificadas de *nueva diplomacia multilateral*.

La década de los noventa ofreció una gran profusión de Conferencias internacionales que se abrieron a estos actores, provocando adaptaciones reglamentarias y de procedimiento en algunas OI. En NU, la res. 1996/31 del CE y S. encuentra una de sus causas mediatas en la necesidad de regular la participación de las ONG, y sus reglas 41 a 54 están destinadas a propiciar la asistencia de toda ONG con estatuto consultivo en una u otra de sus modalidades a las Conferencias internacionales convocadas por NU (v. Cap. VI)

La práctica es de lo más variado, desde un simple orador que interviene el último día en representación de toda la comunidad ONG a foros que permiten la realización de intervenciones plurales cada día; asimismo, descartada la intervención en la toma de decisiones formales, no han faltado ONG, solas o en coalición, con una influencia significativa en comités y grupos de trabajo. En realidad, la determinación de las reglas de acreditación y de las modalidades de participación son contingentes, conferencia por conferencia, con buen cuidado por parte de NU en afirmar que no se crean precedentes.

Pueden atisbarse, sin embargo, ciertos lugares comunes. Un farragoso documento, preparado por la Oficina del Presidente de la Asamblea del Milenio, recogió todas las reglas relativas a la participación de la sociedad civil en las Conferencias de las NU y sesiones especiales de la AG en el último decenio del siglo XX.

De la práctica, aunque no constituya precedente y haya de estarse siempre, caso por caso, a la voluntad de los Estados, sí pueden extraerse algunos principios que la informan: 1) el principio de participación, afianzado para las ONG, excepcional para el sector de los negocios; 2) el principio de acreditación selectiva: no hay un derecho a participar, pero la presentación de solicitudes va más allá de las ONG que cuentan con estatuto consultivo en NU; 3) el principio de contingencia: las modalidades de participación se adaptan para cada conferencia; 4) el principio de los Estados como guardianes: controlan el contenido participativo; y, finalmente, 5) el principio de la negociación como coto vedado a los actores no estatales.

Las vías de participación en las conferencias internacionales son variadas y algunas, singulares. Más allá de las reglas que cada conferencia elabora para permitir su acceso a través del estatuto de *observador*, hay formas de participación indirecta. En algunos casos, representantes de ONG y del sector privado pueden integrarse en las delegaciones oficiales de los gobiernos, esporádica o regularmente.

Éste es el caso de los Estados Unidos, que suele incluir como observadores no oficiales, en las reuniones para temas ambientales, a representantes de la industria y a miembros de ONG, como ha hecho con el *Center for International Environmental Law* (CIEL), que ha estado en las delegaciones oficiales estadounidenses relativas al cambio climático o a la convención sobre diversidad biológica. Razones no faltan para que los gobiernos realicen una operación de tal tipo, pues obtienen así cobertura política frente a sus opiniones públicas nacionales y un cierto grado de legitimación ante las ONG presentes en la conferencia internacional.

Más rara aún ha sido la participación de algunas ONG que, en unas circunstancias especiales, han servido de argamasa para componer coaliciones de Estados con vistas a una negociación internacional.

Así, la *Association of Small Island States* (AOSIS), integrada por treinta y siete países insulares, en su mayor parte en vías de desarrollo y vulnerables a la elevación del nivel del mar producido por el cambio climático, fue fruto en buena parte de los esfuerzos de CIEL, que luego les asesoró en el curso de las negociaciones, junto con *Greenpeace*, y llegó a formular un proyecto de tratado que la AOSIS presentó en la primera sesión. Otra variante similar, en el mismo contexto negociador, fue la representación de un Estado por una ONG: la *Foundation for International Environmental Law and Development* representó a Vanuatu y a otros países insulares del Pacífico.

La participación de ONG se ha extendido a la mayoría de los ámbitos materiales que toca la acción normativa internacional, aunque se presenta con mayor vigor en determinados campos: la regulación sobre los derechos humanos, los distintos regímenes ambientales, el DI humanitario o la protección internacional del patrimonio cultural. Algunos ejemplos manifiestan que su presencia, lejos de ser retórica, ha alcanzado eco en la negociación de los acuerdos que constituyeron los citados regímenes o en su posterior desarrollo.

La negociación de la Convención de las NU sobre los derechos del niño (1989) tuvo su origen remoto en la primera declaración de esta índole, hecha por la ONG *Save the Children* (1923), adoptada un año después por la S. de N. y que inspiraría la posterior Declaración de NU (1959). Autorizada la apertura de negociaciones por la AG (1979), con la CDH trabajando en esa dirección, se constituyó un grupo de trabajo en el que participaron, con intervenciones orales y escritas las propias ONG, agrupadas en un Grupo informal *ad hoc*, técnica asociativa que se ha reproducido en otras citas negociadoras.

En el ámbito de la protección del medio ambiente, uno de los acuerdos en los que la presencia de los actores no estatales aparece garantizada con mayor rotundidad es el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (1987). Su art. 11 establece, en una fórmula que se ha expandido desde entonces a otros regímenes ambientales, que "podrá admitirse a todo órgano u organismo, ya sea nacional o internacional, gubernamental o no gubernamental, con competencia en esferas relacionadas con la protección de la capa de ozono, que haya informado a la Secretaría de su deseo de estar representado en una reunión de las partes como observador, salvo que se oponga a ello al menos un tercio de las partes presentes".

Un convenio en el que las ONG representaron un papel muy relevante fue la Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente para aves acuáticas (1971), conocida como *Convención Ramsar* por el lugar en que se adoptó. Su origen se encuentra en la acción de organizaciones ambientales: IUCN, *International Wildfold Research Bureau* (IRWB), ahora conocida como *Wetlands internacional*, y la financiación de *World Wide Fund for Nature*. Las reglas de procedimiento de la negociación surgieron de un texto inicial de IRWB, mientras que en el comité de redacción del proyecto de convenio, ya en la conferencia internacional, se integraron dos representantes de ONG, además de ser designado Relator del mismo el Director General de IRWB. En el caso del Convenio CITES (1973, enm. 1979) el desempeño de su Secretaría fue inicialmente atribuido a la IUCN, antes de que se trasvasara al PNUMA. La misma IUCN propulsó la celebración del acuerdo internacional para la conservación de los osos polares y su hábitat (1973).

En materia de derechos humanos el *Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Nueva York, 1984) tuvo como detonante la campaña iniciada por Amnistía Internacional en 1972 y su Informe sobre la tortura (1973), que dio pie a la adopción por la AGNU de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (res. 3452-XXX, de 1975). La continuación del proceso hasta la conclusión del convenio tuvo lugar en la CDH, mediante un grupo de trabajo abierto con participación notable de las ONG.

Pero los dos procesos en los que la sociedad civil ha tenido mayor protagonismo han sido los que han dado lugar a la Convención sobre las minas antipersonas (1997), y el Estatuto del TPI, citado a menudo como Estatuto de Roma (1998). En ambos casos se han reunido unas características singulares que han hecho que los dos episodios sean agrupados y bautizados como la *nueva diplomacia multilateral*. Los rasgos que la connotan son: 1) un grupo de potencias pequeñas y medianas, los llamados *países afines*, son los protagonistas de la negociación; 2) ésta es apoyada, e inclusive propiciada, previamente por ONG en número considerable, que se agrupan en una coalición *ad hoc*; 3) esta amplia coalición *ad hoc*, es un elemento básico para el desarrollo de todo el proceso, al comportarse como un único actor; 4) las modalidades de participación en las conferencias conceden a la coalición ONG un lugar preeminente, con un *status* muy cercano al negociador; 5) se abandona la regla del consenso como procedimiento decisorio en la conferencia, lo que permite a los *países afines* propulsarla y anula las posibilidades de veto de las grandes potencias, mientras no sean capaces de ahormar mayorías a su alrededor; y, 6) los temas abordados son de alta sensibilidad para la opinión pública, lo que propicia su movilización y el ejercicio de presión por las ONG en sede nacional sobre sus respectivos gobiernos y por la coalición de ONG en las conferencias.

Examinemos, a título de ejemplo, el proceso de Ottawa. Durante la negociación, sin perjuicio de la independencia de sus miembros, el comité directivo de la ICBL estableció las directrices políticas, definió los objetivos fundamentales, determinó las estrategias a seguir por la coalición en las diferentes sesiones negociadoras. En algunas de las conferencias que integraron el citado proceso de Ottawa, el estatuto de la ICBL fue de participante, en pie de igualdad con los actores estatales, salvo por el derecho al voto para la adopción de la convención; así sucedió en la conferencia de Ottawa (octubre de 1996). En la conferencia de Bruselas (junio de 1997) el estatuto de la ICBL fue relevante: a su coordinador le correspondió una de las tres intervenciones en la sesión de apertura, mientras que la conferencia de prensa que clausuró el evento fue protagonizada por el ministro de asuntos exteriores belga junto con el representante de la ICBL. Finalmente, con el texto del tratado ya preparado, en la subsiguiente conferencia de Oslo, la ICBL gozó de un estatuto de observador oficial, el mismo que se concedió a los países que no habían firmado la declaración surgida de la cita bruselense.

XXXIX. LA FASE FINAL

166. *Planteamiento*

Con la autenticación del texto concluye la fase *inicial* en la formación o celebración de un tratado. Tras ella, en los casos que sea necesario, se abre una fase *intermedia*, dominada por el Derecho de cada sujeto que, determinante en la gestación de la voluntad de éstos internacionalmente relevante (v. Cap. X) dará paso, en su caso, a la fase *final*. La fase *final* es la de su estipulación definitiva o conclusión, que implica la *expresión* del consentimiento por los sujetos y la *constancia* del mismo en el orden internacional y conduce, como consecuencia, a la *entrada en vigor* y a la *obligatoriedad* del tratado.

167. *La manifestación del consentimiento*

Con la manifestación del consentimiento los sujetos expresan su voluntad de quedar vinculados por el tratado y de proceder, una vez que éste haya entrado en vigor, al cumplimiento de las obligaciones establecidas en las relaciones con las otras partes.

La manifestación del consentimiento se presume hecha al tratado en su totalidad (art. 17 CV). Sin embargo esta regla admite excepciones con las que se intenta flexibilizar su contenido y facilitar la participación en los tratados multilaterales. La facultad de manifestar el consentimiento a una parte —y no a la totalidad— del tratado, el establecimiento de un derecho de opción entre distintas disposiciones, y el de formular reservas, deben ser contemplados desde esta perspectiva (v. Cap. XI).

168. *Los principios: libertad de elección e igualdad de formas*

El DI general reconoce la libertad de elección y la igualdad entre todas las formas imaginables de expresión del consentimiento. Esta norma ha sido codifi-

cada por las CV al declarar (art. 11) que el consentimiento en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación en el caso de los Estados, o la confirmación formal respecto de las OI, la aceptación, la aprobación o la adhesión *o en cualquier otra forma que se hubiera convenido*.

Esta libertad de los negociadores ha dado lugar a la aparición de formas de manifestación del consentimiento no recogidas en la regla del art. 11, como es el caso de la notificación por los interesados del cumplimiento de las formalidades requeridas por los Derechos internos para la manifestación del consentimiento. Además, la aparición de nuevos Estados y los supuestos consecuentes de sucesión en materia de tratados permiten añadir las *notificaciones de sucesión* efectuadas en supuestos de sucesión descolonizadora por los nuevos Estados respecto de los tratados multilaterales abiertos. Añádase el valor que, en ocasiones y especialmente respecto de la aceptación de las enmiendas a los tratados constitutivos de OI, se otorga al silencio o al simple transcurso del tiempo sin oposición como forma de manifestación del consentimiento (v. Cap. XII).

Entre las formas de manifestación del consentimiento mencionadas en el art. 11 cabe distinguir entre las que se materializan en el propio tratado, habituales en tratados *bilaterales*, como la *firma* y el *canje de instrumentos* constitutivos de tratado, y las que se traducen en un documento *ad hoc* donde consta la voluntad del sujeto en quedar obligado por el tratado, como la *ratificación* (especialmente solemne y propia de los Estados), la *confirmación formal* (que es una suerte de ratificación de OI), la *adhesión*, la *aceptación* y la *aprobación*.

169. *Formas de manifestación del consentimiento incorporadas en el tratado*

La *firma* (arts. 10 y 12 CV), que como forma de manifestación del consentimiento no plantea especiales problemas, puede presentar algunas dificultades derivadas de su *bifuncionalidad*, ya que puede servir simultáneamente para autenticar el texto del tratado y expresar el consentimiento del Estado en obligarse por él, abreviando considerablemente su celebración. Esta utilización doble debe evitarse en tratados que, por ejemplo, requieran autorización parlamentaria, pero ello no supone excluir rotundamente la firma como forma de manifestar el consentimiento en estos casos. Bastaría para ello que existiera una dislocación entre la autenticación del texto del tratado —realizada a través de cualquier procedimiento distinto de la firma— y la manifestación del consentimiento mediante la firma (firma definitiva).

Nada impide otorgar la firma, como manifestación del consentimiento, *ad referéndum*, siempre que sea confirmada (art. 12.2 b). En este caso la conclusión del tratado se retrotrae a la fecha de la firma sujeta a confirmación. Además, si así se ha convenido, cabe utilizar la rúbrica como forma de manifestación del consentimiento (art. 12.2 a).

El *canje de los instrumentos que constituyen el tratado* (art. 13 CV) presupone, por su misma naturaleza, un tratado materializado en dos o más instrumentos conexos. Vinculado a la práctica de las relaciones bilaterales, plantea desde la perspectiva del Derecho interno problemas similares a los de la firma pero de más difícil solución, por lo que suele recaer sobre materias secundarias.

El canje de instrumentos constitutivo de tratado como forma de manifestación del consentimiento lleva aneja la virtualidad de su perfeccionamiento, pues pone aquél en conocimiento de los interesados, y no ha de confundirse ni con el canje que en ocasiones se hace para poner en marcha la aplicación provisional de ciertos compromisos incluidos en un tratado que requiere la previa autorización parlamentaria (v. *infra*), ni con el canje de instrumentos (art. 16 CV) donde consta, no el tratado, sino sólo la manifestación del consentimiento (ratificación, adhesión, aceptación, aprobación) con el único propósito de perfeccionarlo.

170. Formas de manifestación del consentimiento que se materializan en un instrumento ad hoc

La *ratificación* (arts. 2.1.b y 14.1 CV) es una forma de manifestación del consentimiento íntimamente unida por origen y significación a la práctica de los Estados y consiste en un acto solemne, que emana de la más alta autoridad del Estado, por la que éste en un instrumento *ad hoc* expresa su compromiso de obligarse por el tratado y cumplirlo en todos sus términos. Su equivalente en la práctica de las OI es la *confirmación formal* (art. 2.1.b bis CV, 1986).

La *adhesión* (arts. 2.1.b y 15 CV) es una forma de manifestación del consentimiento que permite devenir contratantes de un tratado a sujetos no signatarios del mismo.

Esta forma de manifestación del consentimiento ha estado unida a la consolidación de los tratados multilaterales, aunque nada impide a los negociadores de un tratado bilateral prever la eventual adhesión de terceros. En su origen la adhesión fue concebida como un procedimiento que permitía acceder a la condición de parte en un *tratado en vigor* a un *sujeto que no había participado en su negociación* y al que, por tanto no le había sido posible la firma y la posterior ratificación. Sin embargo, hoy día su utilización no responde exclusivamente a este supuesto, ya que 1) puede utilizarse incluso antes de la entrada en vigor, como hizo España, en 1972, respecto del propio CV (1969) cuya vigencia se demoró hasta 1980 (v. Cap. VIII); y 2) puede ser aprovechada por negociadores, bajo cualquier circunstancia. En su manifestación más radical supondría reconocer que cualquier sujeto está facultado para adherirse a un tratado multilateral que aún no está en vigor y todavía está a tiempo de firmar (y ratificar). A diferencia de la ratificación, la adhesión nunca va precedida de la firma.

Ha de distinguirse entre la adhesión como acto unilateral por el que un sujeto deviene contratante de un tratado de conformidad con la voluntad, incluso implícita (art. 15.b CV), de los negociadores, y la eventual

conclusión entre las partes en un tratado y un tercero de un acuerdo cuyo objeto consiste, precisamente, en la adhesión de éste al tratado. Este procedimiento suele seguirse en los tratados denominados *cerrados* y está justificado en la medida en que la alteración subjetiva reclama una modificación o adaptación de las cláusulas convencionales (ej., Tratados de adhesión suscritos por los Estados miembros de la UE y los Estados candidatos en las sucesivas ampliaciones). En algún caso, como ha ocurrido con Venezuela respecto de MERCOSUR, cabe la posibilidad de que el candidato a la adhesión viva un periodo previo en el que se encuentra en *proceso de adhesión* y en el que cuenta con voz pero sin voto en el seno de los órganos de la Organización.

La *aceptación* (arts. 2.1.b y 14.2 CV, 1969, y 2.1.b *ter* y 14.3 CV, 1986), en un sentido preciso, es una forma de manifestación del consentimiento concebida originariamente para acelerar la entrada en vigor de los tratados multilaterales.

En el orden internacional, cuando un tratado ha sido previamente firmado, la aceptación puede cumplir una función sustitutiva de la ratificación, con un instrumento menos solemne suscrito por el Jefe del Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores y ciertas economías rituarias.

La *aprobación* (arts. 2.1.b y 14.2 CV, 1969, y 2.1.b *ter* y 14.3 CV, 1986) es equivalente a la aceptación. Parece más frecuente en las relaciones bilaterales. Conviene no confundir la aprobación internacional de un tratado con su aprobación parlamentaria.

171. Determinación de la forma de manifestación del consentimiento en el caso concreto

La elección de una u otra forma de manifestación del consentimiento depende en cada caso de la voluntad, expresa o implícita, de los negociadores. Lo habitual, como demuestra la práctica internacional, es que esa voluntad se manifieste en una de las cláusulas finales del tratado, pero también puede constar de otro modo: induciéndose de los trabajos preparatorios, de documentos o declaraciones hechas en la negociación, del tenor del tratado (arts. 12, 13, 14, 15 CV).

Los negociadores pueden ofrecer un abanico de formas en múltiples combinaciones y establecer cláusulas amplias y flexibles de manifestación del consentimiento. Con ello se apresura la entrada en vigor de los tratados, se potencia la participación en los multilaterales y se ofrece para el pie forzado constitucional de cada Estado la plantilla adecuada. Además, se admite que, sea cual sea la forma convenida por los negociadores, el Estado o la OI tienen derecho a, unilateralmente, formalizar su consentimiento de otra manera siempre que su intención en tal sentido se desprenda de los plenos poderes de su representante, se haya manifestado durante la negociación o, en relación con la firma, se haya otorgado con reserva de ratificación (aceptación o aprobación) (arts. 12.1.c, 12.2.a, 14.1.c y d y 14.2 de ambos CV y 14.3 CV de 1986).

172. Libertad de forma y Derecho interno

Los ordenamientos jurídicos internos pueden reducir la libertad de forma predicada por el DI respecto de la manifestación del consentimiento por diversos motivos, entre ellos, la intervención del poder legislativo en la conclusión de los tratados o la exigencia de que la manifestación del consentimiento emane de la más alta autoridad del Estado.

Ahora bien, la limitada previsión de formas de manifestación del consentimiento que se advierte en los textos constitucionales o en los ordenamientos internos, como ocurre en la mayoría de las Repúblicas latinoamericanas o en España, no ha de interpretarse necesariamente como prohibición de las formas omitidas, siempre que éstas sean compatibles con los propósitos que animan la mención de aquéllas.

En el Derecho español el Decreto 801/72, con el fin de salvar la intervención parlamentaria en la conclusión de los tratados que por su materia la exigiera, se ocupó sólo de tres formas de *manifestación del consentimiento* (firma, ratificación y adhesión), jerarquizándolas de manera que la firma sólo era utilizable en tratados exentos de la intervención de las Cortes (art. 15), la ratificación era la forma pensada para aquellos tratados que sí la requerían (art. 17) y la adhesión para los tratados que España no había podido firmar y ratificar (art. 22). No obstante, ha de entenderse que las formas omitidas son asimismo manejables —la práctica exhibe numerosos ejemplos de canjes de notas, de aceptación y de aprobación— en la medida en que se circunscriban al ámbito en que facultativamente opera la firma. Así lo puso de manifiesto el TC español en el auto de 11 de abril de 1991 respecto del canje de instrumentos que constituyen el tratado.

El artículo 63.2 de la Constitución española dispone que “al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado en obligarse internacionalmente por medio de tratados internacionales de conformidad con la Constitución y las leyes”. ¿Significa esto que todo instrumento de manifestación del consentimiento español debe ir firmado por el Jefe del Estado y que, de lo contrario, la conclusión del tratado debe ser considerada inconstitucional? Aunque en un principio la jurisprudencia así lo entendió (aa. de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2.ª, de 16 de julio y 22 de octubre de 1990), y cierto sector doctrinal considera precisa esta intervención cuando la manifestación del consentimiento requiera la previa autorización parlamentaria, el TC, en su a. de 11 de abril de 1991, ha mantenido que la Ley Fundamental no obliga a que sea el Rey, siempre y en todo caso, quien preste el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente, ni que exista obligación constitucional de que así sea cuando la manifestación del consentimiento del Estado ha contado con la previa autorización parlamentaria. El Decreto 801/72 (arts. 24.2 y 25.1) permite que un instrumento de adhesión —nunca de ratificación— emane del Ministerio de Asuntos Exteriores, atendiendo a la menor importancia de la materia sobre la que versa el tratado y la no participación del legislativo en su conclusión, pero la práctica interna demuestra, no obstante, que la intervención del Jefe del Estado, con refrendo del Ministro de Asuntos Exteriores, se viene produciendo siempre respecto de todos los instrumentos de ratificación, adhesión, aceptación y aprobación, haya existido o no la previa intervención de las Cortes.

173. El perfeccionamiento del consentimiento

El *iter* formativo de un tratado sólo puede considerarse terminado cuando se deja constancia en el plano internacional del consentimiento del sujeto en obligarse.

Existe una íntima relación entre las formas utilizadas para manifestar el consentimiento y aquellas de las que se valen los sujetos para perfeccionarlo. Hay

formas de manifestación del consentimiento —como el canje de los instrumentos constitutivos del tratado— que llevan dentro de sí su propio perfeccionamiento. Hay otras —como la firma— que lo llevan pegado a sus talones, al seguir a la firma el inmediato intercambio de ejemplares en que el tratado ha sido redactado. Pero cuando la forma de manifestación del consentimiento se materializa en un instrumento *ad hoc* —ratificación, adhesión, aceptación, aprobación— separado del texto del tratado y de la fecha de su autenticación, han de darse pasos específicos para, una vez redactado, ponerlo en conocimiento de los otros interesados. Otro tanto ocurre cuando el consentimiento queda a expensas del cumplimiento de las formalidades constitucionales o legales de cada cual.

174. Principios y formas de perfeccionamiento del consentimiento

En cuanto a la elección de las formas de perfeccionamiento, y dentro de una absoluta libertad, manda la voluntad de los negociadores. Ahora bien la CV ha establecido dos formas residuales, operativas salvo que en el tratado se disponga otra cosa:

1) El *canje de instrumentos donde consta la manifestación del consentimiento* entre los contratantes, que es el procedimiento tradicional de los tratados bilaterales, evacuado generalmente con cierta solemnidad en la capital del Estado que no disfrutó el acto de autenticación del texto.

2) El *depósito* de esos instrumentos, procedimiento común de los tratados multilaterales, que consiste en la entrega del instrumento que contiene la manifestación del consentimiento a un órgano o persona que recibe el nombre de depositario, siendo la fecha del depósito determinante del nexo jurídico entre el depositante y los demás contratantes, y no la de la recepción por éstos de la notificación del depositario.

La *designación* del depositario corresponde a los negociadores que, habitualmente, la efectuarán en el tratado, pero también pueden hacerla de otro modo, por ej., en un protocolo aparte. Depositario podrá ser un Estado (España lo es, entre otros, del Convenio Internacional del Aceite de Oliva y las aceitunas de mesa (2005), del Convenio para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación (1976) y del Acuerdo suscrito por algunos Estados europeos relativo al AIRBUS A 330/A 340, de 1995) o varios Estados (depositario *múltiple*: Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética lo son de los Convenios multilaterales de desarme nuclear), una OI o el principal funcionario administrativo de tal Organización (Secretario General de la ONU, OEA, Consejo de Europa; Director General de la OIT, FAO...).

Las *funciones* del depositario son variadísimas y abarcan todos los actos relacionados con el tratado que le ha sido confiado. El depositario conserva el original del tratado; extiende copias certificadas conformes y prepara las traducciones; es el receptor, custodio y transmisor de todas las comunicaciones y notificaciones hechas por los interesados, siempre que se adecuen a lo establecido en el tratado; informa a quienes están facultados para llegar a ser parte en el tratado de la fecha en que se ha recibido o depositado el número de firmas o de instrumentos de manifestación del consentimiento necesario para su entrada en vigor; registra el tratado en la Secretaría de NU; interviene en las correcciones de errores del texto o de las copias.

La CV ha recalcado la internacionalidad de la misión del depositario y la imparcialidad con que ha de desempeñarla (art. 76.2). Para evitar tentaciones se ha preocupado además de mecanizar su tarea, limitando su capacidad decisoria en todo lo que desborde las formalidades procesales. Sin embargo en la práctica ha

podido comprobarse como en ocasiones los depositarios han tomado partido frente a determinadas actuaciones de las partes en los tratados. Así, por ej., el Secretario General de NU ha notificado la doble denuncia efectuada por Trinidad y Tobago respecto del Protocolo adicional al Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos pero no ha extraído su consecuencia, la retirada del Estado de la lista de partes, por considerar que los tratados sobre derechos humanos que no contienen cláusula de denuncia no pueden ser objeto de tal (v. Cap. XII). Lo mismo ha ocurrido con Corea del Norte respecto de su denuncia del TNP (v. Cap. XXVIII).

Hipotéticamente cabe concebir situaciones muy incómodas para el depositario: por ej., la fijación de la fecha de entrada en vigor de un tratado cuando el número mínimo exigido de manifestaciones del consentimiento se alcanza con instrumentos lastrados con reservas no contempladas por el tratado y objetadas por otros contratantes (v. Cap. XI), o cuando tras el cómputo se produce la retirada de uno de los instrumentos de manifestación del consentimiento o la desaparición del sujeto que la había efectuado (v. *infra*). En la práctica, sin embargo, los depositarios manifiestan una escasa vocación a pronunciarse sobre los efectos jurídicos de los instrumentos y notificaciones que reciben y circulan, así como de los acontecimientos que sobre éstos se producen, y los contratantes tampoco suelen hacerlo, a menos que sus intereses directos se vean comprometidos.

La CV alude a una tercera forma de perfeccionamiento del tratado: la *notificación de la prestación del consentimiento a los demás contratantes o al depositario* (art. 16.c). A diferencia del canje y del depósito, no es una forma residual, se aplica sólo en el caso de que así se haya convenido. Su mención expresa es un reconocimiento de su creciente empleo en los tratados que prescinden de la ratificación y adhesión —no susceptibles de notificación— como formas de manifestación del consentimiento.

¿En qué momento surte efectos la notificación? De no establecerse nada en el tratado, la CV dispone que cuando la notificación se hace a los demás interesados, se entenderá hecha cuando haya sido recibida por el Estado —u otro sujeto— al que fue transmitida (arts. 78.b CV, 1969, y 79.b CV, 1986). Pero si la notificación se hace a un depositario que, a su vez, deberá informar de ello a los interesados, la respuesta no es tan clara (arts. 78.c y 79.c). La CDI, buscando la coherencia con la solución adoptada en materia de depósito, sostuvo que, salvo voluntad en contra de los negociadores, la fecha determinante del perfeccionamiento del consentimiento es la de recepción de la notificación por el depositario.

En Derecho español, el *perfeccionamiento del consentimiento* es función que compete al Ministerio de Asuntos Exteriores. El Decreto 801/72 pasa por alto la *notificación*, a pesar de la frecuencia con que se recurre a ella en la práctica. Sin duda esta omisión y las referencias al canje y al depósito (arts. 18.3, 19.2, 24.3 y 25.2) hay que entenderlas como consecuencia de la limitación de las formas de manifestación del consentimiento contempladas por el mismo Decreto.

XL. LA REPRESENTACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO Y DE OTROS SUJETOS

175. Planteamiento

Estados, OI y cualesquiera otros sujetos del DI son personas jurídicas que actúan a través de órganos encarnados por individuos que los representan.

En DI las reglas que rigen la representación de los sujetos en los actos de formación de los tratados —codificadas por las CV— se basan en la acreditación, expresa —los *plenos poderes*— o implícita, y en la aceptación del carácter representativo que ostentan determinados órganos encargados de la acción exterior (v. Cap. III).

176. Los plenos poderes

Como regla general cualquier persona será considerada *representante* cuando así se deduzca de un documento *ad hoc*, la *plenipotencia* o *plenos poderes* (arts. 7.1.a CV de 1969 y 7.3.a CV de 1986), un documento “que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado” (art. 2.1, c, de las CV).

Identificados todos los actos que componen la formación de un tratado, la referencia a *cualquier otro acto* ha de entenderse referida a las notificaciones de nulidad, terminación, retirada o suspensión de la aplicación del tratado a las que hacen referencia los arts. 67.2 de las CV (v. Cap. XII) y a las declaraciones o notificaciones por las que se concreta el alcance de las obligaciones asumidas (v. Capítulo XI).

Los *plenos poderes* han de emanar de la autoridad competente, entendiendo por tal el Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores, y han de especificar el nombre completo de las personas autorizadas, la denominación del tratado para el que se emiten o, si ello no fuera posible, la materia sobre la que versa y la Conferencia en la que se va a efectuar su negociación, la fecha y lugar de la firma de este documento, la firma del otorgante y, aunque opcional, el sello oficial.

En la práctica no suele procederse a verificar la autenticidad de la firma, siendo habitual en el ámbito de las NU su extensión por el representante permanente acreditado ante la Organización. La exigencia de identificación nominativa del representante, que suele efectuarse por motivos de prudencia a favor de dos personas como mínimo, impide admitir plenos poderes otorgados a un “representante permanente” o un “embajador del Estado”, y permite afirmar que nos encontramos ante un documento que presenta un carácter individual. Aunque lo habitual sea que los plenos poderes se extiendan en relación con la conclusión de un determinado tratado, en la práctica de NU algunos miembros han depositado ante el Secretario General plenos poderes generales que habilitan a llevar a cabo actuaciones respecto de todos los tratados de un cierto tipo.

Ahora bien, es necesario advertir que si los *plenos poderes* estuvieron caracterizados en el pasado por la amplitud de su contenido, la solemnidad de su forma y la preceptiva presentación, hoy día estas notas se han flexibilizado, mostrándose más concretos, menos formales o solemnes y habiendo perdido rigor la exigencia de su presentación.

En la actualidad el contenido es cada vez más concreto, siendo común la distinción entre los plenos poderes otorgados para negociar, adoptar y autenticar y los otorgados para comprometerse y aceptar la obligatoriedad del tratado.

Por lo que se refiere a la forma, los plenos poderes han ido perdiendo formalismo y solemnidad al tiempo que los avances tecnológicos han brindado formas de comunicación aceleradas y más acordes con la realidad de las relaciones internacionales de nuestros días. A la aceptación de su notificación por telegrama, acompañada del envío del original, ha seguido la incorporación del *fax* como mecanismo de envío.

En relación con la exigencia de su presentación se observa una generalizada dispensa en la conclusión de tratados bilaterales y en ciertos actos —negociación y adopción— relacionados con la fase inicial de conclusión de los tratados multilaterales. El propio Secretario General de las NU en su *resumen sobre la práctica seguida como depositario de tratados multilaterales* ha puesto de relieve como la verificación de los plenos poderes sólo suele efectuarse en relación con aquellos actos que de una u otra forma generan obligaciones para los Estados.

Para considerar a una persona representante del sujeto a los efectos ahora analizados el art. 7.1 *a* de las CV advierte que los plenos poderes han de ser *adecuados*. Una exigencia que encuentra significado tanto respecto de la identidad de la persona de la que emana el documento como respecto de la conformidad del acto que se quiere realizar con el mandato recibido.

En la práctica los problemas de plenipotencia se suelen presentar en supuestos de negociación multilateral cuando más de un Gobierno pretende acreditar sus representantes en nombre de un mismo Estado o de un Estado cuya existencia es discutida.

No es esta la situación cuando un Estado asume la realización de actos relacionados con la formación de los tratados tanto en nombre propio como en representación de otro Estado. La práctica de NU confirma esta posibilidad, si bien el Secretario General viene solicitando, en la mayoría de casos, la confirmación del representado respecto de aquellos actos que generan obligaciones, confirmación que no debe confundirse con la exigida para que surtan efectos los actos ejecutados sin representación (v. *infra*), sino como una actuación precavida del Secretario en su condición de depositario para evitar situaciones comprometidas en el ejercicio de sus funciones.

En el Derecho español, el Decreto 801/1972 precisa: 1) que compete al Ministerio de Asuntos Exteriores el nombramiento de los representantes de España para la ejecución de los actos relativos a los tratados, a propuesta en su caso de otros Departamentos ministeriales interesados (art. 3 del Decreto 801/72); 2) que los plenos poderes serán extendidos por el Ministro de Asuntos Exteriores en nombre del Jefe del Estado, con indicación del acto o actos relativos a la celebración del tratado para cuya ejecución se autoriza al plenipotenciario (arts. 6 y 7), y 3) que las facultades de los órganos capacitados, por su función o por plenipotencia, para la negociación y adopción del texto, incluyen la de su autenticación (art. 7), aunque ha de advertirse que la utilización de algunas formas de autenticación (la firma y la firma *ad referendum*) están sometidas a un régimen especial.

177. La acreditación implícita

Se acepta la posibilidad de que una persona sea considerada, sin necesidad de presentar *plenos poderes*, representante, si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que esa es la intención de los sujetos interesados (arts. 7.1.b CV de 1969, 7.3.b. CV de 1986 y 12.2 de la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las OI de carácter universal, de 1975).

Nos encontramos ante una norma que se convierte en regla general respecto de las OI, pues en su práctica no es frecuente el otorgamiento de un documento expresamente habilitante de las personas que actúan como sus representantes, entre otras razones por las dificultades que existen para determinar el órgano competente para otorgarlo.

Lo normal es que la representación se deduzca de la correspondencia previamente intercambiada o de otros usos que han ido arraigando dentro de cada Organización, lo que implica que en este medio se vacía de contenido un principio —el de los *plenos poderes*— proclamado por cautela más que por convicción.

178. Órganos que en virtud de sus funciones representan al Estado

Junto a los plenipotenciarios y demás personas habilitadas el DI considera a determinados órganos estatales, *en virtud de sus funciones*, representantes del Estado, lo que no ocurre respecto de las OI dada la imposibilidad de establecer en su caso una regla general. En concreto se considera que representan al Estado sin necesidad de plenipotencia:

1) *Para todos los actos relativos a la formación o celebración de un tratado*: el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores (art. 7.2.a CV), que son aquéllos, por lo demás, según revela la práctica, en cuyo nombre o con cuya firma se autorizan los *plenos poderes* de los demás representantes.

2) *Para la negociación y adopción del texto del tratado*: los Jefes de Misión Diplomática y de Misiones Especiales y los representantes acreditados ante Conferencias y OI o uno de sus órganos, así como los Jefes de Misiones Permanentes ante OI, cada uno de ellos, como es natural, en el ámbito de sus atribuciones y en el medio ante el que están acreditados (arts. 7.2.b y c CV y 12.1 de la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las OI de carácter universal).

179. Efectos de los actos sin representación

La importancia de la correcta representación es tal que el art. 8 de la CV ha previsto expresamente que los actos ejecutados por persona a la que no cabe considerar representante de un Estado o una OI con tal fin no son, lógicamente, imputables a estos sujetos y carecen de efectos jurídicos, salvo que sean ulteriormente confirmados.

Aunque el Decreto 801/72 no lo prevea expresamente, hemos de entender que en España compete al Ministro de Asuntos Exteriores la confirmación de los actos efectuados sin representación. De formalizarse en un instrumento *ad hoc* será extendido por éste en nombre del Jefe del Estado.

Ahora bien, éste no es el caso cuando la persona facultada para comprometer al sujeto recibe instrucciones de ejercer sus poderes sólo bajo ciertas circunstancias o

condiciones o formulando determinadas reservas y declaraciones y a la hora de la verdad manifiesta el consentimiento desdeñando las instrucciones recibidas. No hay aquí inadecuación del poder sino abuso del mismo y, en consecuencia, los actos realizados son imputables al Estado o a la Organización, aunque éstos podrán, dándose determinados requisitos —los previstos en el art. 47 de la CV—, invocar su *nulidad* (v. Cap. XII).

XLI. LA ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS

180. *Noción*

Se entiende por entrada en vigor el momento en el que un tratado adquiere plena eficacia jurídica, esto es, deviene obligatorio y es susceptible de aplicación, en los términos previstos por sus disposiciones, entre unos *contratantes* a los que, a partir de entonces, también cabe llamar *partes*.

Esta afirmación de principio no se debilita por el hecho de que, como sabemos, haya cláusulas convencionales que se aplican desde la adopción del texto del tratado, precisamente por estar al servicio de su entrada en vigor (art. 24.4 CV) y de que, como veremos, sea posible convenir la aplicación *provisional*, total o parcial, de un tratado antes de que aquélla tenga lugar (art. 25 CV).

181. *Reglas aplicables*

La entrada en vigor de los tratados se encuentra regulada en el art. 24 de la CV que establece como regla general (art. 24.1) el respeto de la voluntad de los negociadores expresada en el tratado o en un acuerdo aparte, simultáneo o posterior.

Si los negociadores no se pronuncian el tratado entrará en vigor, según la regla residual de la CV, “tan pronto como haya *constancia del consentimiento de todos* los Estados negociadores en obligarse por el tratado (art. 24.2); regla inobjetable en los tratados bilaterales o multilaterales restringidos, que, además, la hacen suya cuando contienen una disposición al respecto, pero que sería abortiva en los multilaterales generales o abiertos. Un análisis de la práctica internacional permite comprobar cómo la regla residual de la CV no se aplica de hecho a estos tratados, ya que todos contienen cláusulas expresas acerca de su entrada en vigor.

La gran mayoría de las cláusulas incluidas en los tratados hace depender la entrada en vigor de que un cierto número de sujetos haya perfeccionado su consentimiento. El que el umbral mínimo (a partir de dos, que en todo caso son imprescindibles) sea más o menos alto y cualificado depende de múltiples factores que varían de un supuesto a otro, pero entre los que siempre se cuentan el objeto del tratado y los efectos que con la entrada en vigor se persiguen.

Un umbral bajo facilita una rápida entrada en vigor que puede ser ejemplar y estimulante; es lo que ocurre con los principales Convenios del DI Humanitario o con los auspiciados por OIT y Consejo de Europa. Sería, por el contrario, imprudente utilizar el mismo patrón con los grandes Convenios codificadores del DI. Los Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar (1958) y de Viena sobre Derecho Diplomático (1961) y Consular (1963) fijaban su umbral en veintidós; las CV sobre Derecho de los Tratados (1969 y 1986) en treinta y cinco; la CONVEMAR (1982) o el Estatuto del TPI (1998) en sesenta...

Consideraciones de efectividad inclinan a atender en ocasiones a la *calidad* de los contratantes tanto o más que a su número como ocurre, por ej., con el Tratado de No Proliferación de armas nucleares (TNP, 1968), para cuya entrada en vigor se exigía que entre los instrumentos de manifestación del consentimiento se encontrasen los de EE.UU., Gran Bretaña y la, por aquél entonces, URSS.

En la práctica internacional es posible encontrar tratados que condicionan su entrada en vigor a la verificación de la existencia de determinadas circunstancias relacionadas con la materia objeto del tratado. Así, por ej., el Protocolo de Kyoto (1997) de la Convención Marco sobre el Cambio Climático (1992) dispuso su entrada en vigor noventa días después del depósito del instrumento de ratificación por cincuenta y cinco partes en la Convención Marco entre las que se contasen países industrializados representando un 55% al menos del total de las emisiones de dióxido de carbono correspondientes a 1990. Cumplidas esas condiciones el Protocolo entró en vigor el 16 de febrero de 2005.

Un caso peculiar de entrada en vigor en el que no se exige la constancia de determinados instrumentos de manifestación del consentimiento, sino la constatación de la no oposición por los negociadores se produce en relación con algunos supuestos de enmienda (v. Cap. XII).

De la práctica internacional se induce el aumento progresivo de cláusulas que difieren la entrada en vigor hasta que ha transcurrido un lapso de tiempo —un mes, tres, seis...— desde el perfeccionamiento del consentimiento de las partes o de un número determinado de contratantes (si el tratado es multilateral), generalmente con la finalidad de permitir la evacuación de los trámites internos que requiere su aplicación. Hay en estos casos una confusión entre la entrada en vigor del tratado como detonante de la obligatoriedad del tratado y como premisa de su aplicación (v. Cap. XVI).

182. Tratados multilaterales: entrada en vigor general y particular

En los tratados bilaterales suele darse una simultaneidad entre el perfeccionamiento del consentimiento y la entrada en vigor. Los sujetos son contratantes y partes del tratado al mismo tiempo. La única excepción sería la de un perfeccionamiento a través de notificaciones no sincronizadas. En cambio, en los tratados multilaterales lo normal es que exista, precisamente por la habitual inclusión de cláusulas que confían la entrada en vigor a la evacuación de un número determinado de manifestaciones del consentimiento, una dislocación entre el perfeccionamiento del consentimiento y la entrada en vigor. Mientras hay un goteo de contratantes que quedan a la espera —a veces larga e, incluso, inacabable— de devenir partes. España, por ejemplo, fue contratante de la CV sobre Derecho de los Tratados (1969) desde el 2 de mayo de 1972 hasta el 27 de enero de 1980, fecha en la que se produjo la entrada en vigor de la Convención.

En los tratados multilaterales, la adquisición simultánea de la posición de contratante y parte es una posibilidad envuelta en una membrana que ha de romper el Estado con cuyo consentimiento se suma la cifra requerida para la entrada en vigor *general* del tratado respecto de quienes ya han perfeccionado su consentimiento. En el *Tratado de Tratados* fue Togo el trigésimo quinto contratante y en la CONVEMAR Guyana el sexagésimo. Rota la membrana, quienes perfeccionen su consentimiento con posterioridad también serán a un tiempo contratantes y partes, pues para ellos la entrada en vigor —*particular*— se verifica, a menos que el tratado disponga otra cosa, en la fecha de la constancia del consentimiento (art. 24.3 CV).

En este caso la determinación de la fecha concreta de entrada en vigor dependerá de la redacción dada por los negociadores a dicha cláusula. Si en ella se establece que la entrada en vigor se producirá treinta días después del depósito del instrumento por el que se manifiesta el consentimiento, el plazo comienza al día siguiente de la fecha del depósito. Si éste fuera de 15 de marzo, el plazo de los treinta días se empezaría a computar el 16 y la entrada en vigor se produciría el 14 de abril. Cuando la cláusula prevé que la entrada en vigor se producirá tres meses después, el día de la entrada en vigor coincidirá con el numeral de la fecha del depósito pero del tercer mes siguiente, en el caso anterior la entrada en vigor se produciría el 15 de junio, y si esa fecha no existiera, por ser la del depósito, por ejemplo, el 31 de marzo, la entrada en vigor se produciría el 30 de junio.

El desajuste entre el perfeccionamiento del consentimiento y la entrada en vigor que se produce en los tratados multilaterales adquiere significación cuando se considera la obligación que se impone a los Estados contratantes de abstenerse de actos que puedan frustrar el objeto y fin del tratado, siempre que la entrada en vigor no se retarde indebidamente (art. 18.b CV), y que responde a un desarrollo progresivo del principio de la buena fe que, además, ha de ser el que inspire la interpretación del límite temporal impuesto.

Es sustentable también la opinión de que cabe al contratante revocar su consentimiento antes de la entrada en vigor del tratado cuando éste es susceptible de denuncia (V. Cap. XII). Ahora bien, en la práctica de las NU se constata que este último requisito no suele ser valorado por el Secretario General en su actuación como depositario, admitiéndose la retirada de las manifestaciones del consentimiento efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor, incluso las efectuadas durante la *vacatio* establecida por el tratado para su entrada en vigor una vez obtenido el umbral de contratantes establecido. En este caso, el Secretario General ha considerado que la retirada, aunque pueda resultar efectiva para el sujeto que la hace, no pospone la entrada en vigor.

En relación con los problemas que pueden surgir a la hora de la determinación de la entrada en vigor de los tratados multilaterales nos encontramos también con los casos de manifestaciones del consentimiento efectuadas por Estados luego desaparecidos. La práctica del Secretario General es similar a la que guía su actuación en los supuestos de retirada.

XLII. LA APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

183. *Noción e importancia*

La aplicación provisional de un tratado consiste en la observancia de todas o algunas de sus disposiciones antes de su entrada en vigor, normalmente a partir de la fecha de autenticación del texto o en una fecha inmediatamente posterior a la de la autenticación. Por su misma naturaleza, la aplicación provisional supone la discontinuidad entre la autenticación del texto y la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado.

A pesar de ser relativamente reciente en la práctica internacional, el recurso a la aplicación provisional de los tratados ha aumentado vertiginosamente, al proponerse como un buen remedio para superar la contradicción entre la lentitud del proceso interno de formación de la voluntad de los sujetos y la conveniencia de una inmediata operatividad de todas o algunas de las cláusulas convencionales en el acelerado tráfico internacional de nuestros días (ej., acuerdos comerciales y de cooperación, pesca, etc.).

Esta contradicción se acentúa y tiñe de condicionamientos constitucionales cuando la intervención de las Cámaras legislativas es requerida en la estipulación de un tratado, supuesto que permite, mejor que cualquier otro, apreciar las cualidades de la aplicación provisional como solución en situaciones en que prima la urgencia. La aplicación provisional, en efecto, permite hacerles frente sin implicar en el orden internacional un compromiso firme y definitivo que se presente a las Cámaras como un hecho consumado (v. Cap. X).

184. *Reglas aplicables*

El auge cobrado en la práctica por la aplicación provisional explica que la Convención de 1969 (art. 25) la hiciera objeto de una expresa regulación, luego reproducida en la Convención de 1986. La voluntad de los negociadores expresada en el propio tratado o de otro modo constituye la clave de su aparición y del alcance de la misma, ya que esta puede proyectarse sobre el tratado o parte de él y preverse bien de manera indefinida o por tiempo determinado.

Así, por ej., el art. XVIII del Tratado de Cielos Abiertos (1992) previó la posibilidad de su aplicación provisional, pero limitada tanto material como temporalmente, respecto de determinadas disposiciones y por un plazo de doce meses desde la apertura a la firma, renovable por acuerdo de todos los signatarios.

Por su propia naturaleza la aplicación provisional concluye con la entrada en vigor —*general o particular*— del tratado o el transcurso del plazo fijado sin que haya acuerdo de los signatarios sobre su prórroga. Pero, además, se presume que cada cual conserva la facultad de poner fin unilateralmente a dicha aplicación mediante la notificación a los demás de su intención de no llegar ya a ser parte en

el tratado (art. 25.2). La posibilidad de aplicación provisional sin ulterior entrada en vigor constituye, por tanto, una realidad a tener en cuenta.

La regulación del art. 25 de la CV no agota las cuestiones y problemas que la aplicación provisional de un tratado puede originar, como, por ej., la posibilidad de aplicación provisional sólo entre algunos de los negociadores, la posible concurrencia en el tiempo de la aplicación provisional para unos y la entrada en vigor para otros, la relevancia del período de aplicación provisional a los efectos del cómputo de los plazos de reconducción del tratado o para la determinación de su efecto final cuando éste ha previsto una duración determinada, o los efectos (*ex tunc* o *ex nunc*) de la aplicación provisional cuando ésta termina sin que se haya producido su entrada en vigor... De la práctica internacional se induce una respuesta afirmativa respecto de las dos primeras cuestiones, sin embargo, la voluntad de los negociadores resultará decisiva para resolver las demás, aunque una presunción positiva acompaña a la tercera. En cuanto a la última, la solución dependerá también de la índole de las obligaciones pactadas y satisfechas.

Generalmente la voluntad de consentir la aplicación provisional del tratado suele ser expresa y por escrito y notificada por los sujetos a los demás interesados a través del depositario si el tratado es multilateral.

El Acuerdo (1994) sobre la parte XI de la CONVEMAR (1982) sustituye el requerimiento de notificación por la presunción del consentimiento a la aplicación provisional del tratado de los Estados que han consentido su adopción o que lo han firmado, siendo imprescindible para eludirla la notificación por escrito de una voluntad contraria (art. 7.1, *a* y *b*).

En qué medida los representantes de un sujeto puedan convenir la aplicación provisional de un tratado es algo que el DI deja en manos de los Derechos estatales o, en su caso, de las reglas propias de una OI. De hecho, es posible encontrar Estados (Colombia, Venezuela) cuyo ordenamiento interno tiene prevista de forma positiva la posibilidad de aplicar provisionalmente algunos o todos los tratados internacionales, mientras que en otros (Costa Rica, Guatemala) tal posibilidad queda descartada al haberse formulado una reserva al artículo 25 por considerarlo incompatible con su Constitución. Por lo general, sin embargo, no es erróneo afirmar que los ordenamientos internos se han visto sorprendidos por las iniciativas gubernamentales, lo que unido a la falta de reacción de otros poderes, particularmente el Legislativo, ha supuesto la consolidación de la aplicación provisional antes de su recepción legal.

La práctica española cuenta con muestras tempranas de aplicación provisional (por ej., el Convenio hispano-francés de 1928 relativo a la estación internacional de Canfranc) que, luego, han ido proliferando. Aunque el Decreto 801/72 (arts. 20.2 y 30) aludiera a la aplicación provisional dando por supuesta su permisibilidad, la regulación de esta institución no se produjo, y de forma mínima, hasta 1997. La Ley 50/97 (art. 1.5.d) pone en manos del Consejo de Ministros la decisión de acordar la aplicación provisional de los tratados.

Ahora bien, la práctica revela que ha habido abusos y desviaciones. Así, hay tratados que debían ser remitidos a las Cortes, al objeto de que se autorizara su conclusión, y no lo han sido o lo han sido con un considerable retraso. Ha habido también tratados cuyas obligaciones se han agotado o estaban a punto de

agotarse cuando se inició su tramitación parlamentaria. ¿Qué sentido tiene la autorización parlamentaria de la conclusión de un instrumento cuyos efectos se han experimentado ya, totalmente o en gran medida?

Cualquier regulación estatal de la aplicación provisional, ajustándose al molde de la CV, ha de fijarse como objetivo la conservación de sus ventajas sin merma de las competencias de las Cámaras legislativas. A este respecto pueden hacerse las siguientes consideraciones:

1) La aplicación provisional de los tratados es un recurso excepcional al que ha de accederse sólo en circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad.

2) Si en el orden interno hay materias para las que ni siquiera en estas circunstancias se permite actuar al Gobierno mediante Decreto-Ley, con igual motivo ha de rechazarse que pueda convenir la aplicación provisional de tratados que las afecten.

3) Igualmente, deberían excluirse del ámbito de la aplicación provisional los tratados de obligada autorización parlamentaria cuya ejecución sea susceptible de provocar situaciones irreversibles o difícilmente reversibles que, en definitiva, acaban colocando a las Cámaras ante hechos consumados.

4) Ha de mirarse con recelo la aplicación provisional de tratados que suponen una merma de derechos reconocidos a los ciudadanos por tratados anteriores.

5) Convenida la aplicación provisional de un tratado cuya conclusión requiere autorización de las Cámaras legislativas, el tratado ha de serles inmediatamente remitido, al objeto de que se inicie sin demora su tramitación. Sería también procedente fijar a la aplicación provisional un límite temporal máximo.

6) De ser denegada la autorización, el Gobierno ha de notificar de seguido a los demás sujetos interesados su intención de no llegar a ser parte, terminando en ese momento su aplicación provisional.

7) La recepción en el orden interno de las obligaciones contenidas en los tratados aplicados a título provisional y su prevalencia o no sobre los preceptos de rango legal podrían ser sometidas a reglas particulares (v. Cap. XVII)

XLIII. REGISTRO Y PUBLICACIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS

185. Registro

Las partes en un tratado tienen la obligación de transmitir su texto al Secretario General de las NU para su registro y publicación (arts. 80.1 CV, 1969, y 81.1 CV 1986). Con esta disposición, la CV ha extendido la obligación que para los miembros de las NU establecía el art. 102 de la Carta, que, siguiendo los pasos

del art. 18 del Pacto de la S. de N., pretendía evitar la existencia de tratados *secretos*.

El registro internacional de los tratados ha prosperado. Junto al registro central y general de una ONU universalizada, se han abierto registros particulares de organismos especializados (como, por ej., en la OACI) y organizaciones regionales (por ej. en la OEA) para los tratados con ellas relacionados.

La práctica totalidad de los tratados multilaterales generales contiene cláusulas expresas de registro. En los tratados bilaterales esas cláusulas son infrecuentes, pero el registro es también un derecho que cualquiera de las partes puede ejercer por su cuenta y que, de hecho, se ejerce, pues según las estadísticas se registran tres de cada cuatro tratados estipulados en el mundo.

En NU la solicitud de registro de un tratado se encuentra sometida a la exigencia de presentación de una documentación relativa al tratado—su texto, certificación de que es copia fiel y completa del mismo y que incluye todas las reservas formuladas, indicación de la fecha y forma de entrada en vigor y del lugar y fecha de celebración. Comprobada la documentación y verificado el carácter de tratado del documento presentado, el Secretario General efectuará el registro. Se entiende que la fecha del registro es aquella en la que el Secretario General haya recibido toda la información requerida.

Ahora bien, el registro (y, por supuesto, la publicación) de los tratados no constituyen condiciones para su validez (CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein, (jurisdicción y admisibilidad)*, 1994) ni son actos imprescindibles en su formación. La única consecuencia que cabe deducir del incumplimiento de la obligación de registro en el ámbito internacional, toda vez que las CV se han abstenido de prever sanción alguna al respecto, es la imposibilidad de invocar los tratados no registrados ante los órganos de las NU (art. 102.2 de la Carta). Aunque esto incluye a la CIJ, es dudoso que el Tribunal se acoja a esta disposición para ignorar en su proceso decisorio un tratado válido, vigente y preexistente.

186. *Publicación*

La publicación de los tratados —lo antes, a la mayor brevedad posible (arts. 18 Pacto, 102 Carta)— es el complemento necesario y natural del registro y responde a sus mismos fines.

Según el Reglamento adoptado en 1946 (art. 12), todos los tratados registrados debían ser publicados en inglés y francés; no obstante las dificultades surgidas a consecuencia de su volumen y consiguiente retraso en la publicación llevaron a la AGNU (Res. 33/141, de 1978) a permitir la no publicación *in extenso* de ciertos tratados —asistencia y cooperación de alcance limitado y que versan sobre materias concretas, los relativos a la organización de conferencias, seminarios o reuniones y los que cuenten con otro medio de publicación—. Mensualmente la Secretaría deja constancia del estado de los tratados y acuerdos internacionales registrados en la Secretaría de la Organización.

Aunque algunos Estados democráticos hacen del carácter secreto o confidencial de un tratado motivo legítimo de exclusión de autorización y control parlamentarios, como es el caso de Holanda (Ley de 1994, art.

7.d), la Constitución española deja pocos resquicios, si deja alguno, para la conclusión, conforme a Derecho, de acuerdos *secretos*. Primero, porque todos los tratados contemplados en uno de los tipos de los arts. 93 y 94.1 de la Constitución han de contar con la previa autorización de las Cortes que, eso sí, podrían tramitar la autorización de manera reservada. Segundo, porque de la conclusión de los restantes tratados el Gobierno ha de informar al Congreso y Senado (art. 94.2), entendiéndose que esa información no se limita al hecho de la conclusión, sino que, como confirman los Reglamentos parlamentarios, se extiende al contenido del tratado. Y tercero, porque la publicación oficial del tratado —en el BOE— gobierna su aplicación por los órganos del Estado (arts. 96.1 de la Constitución y 1.5 del C.c.). La prohibición, pues, del tratado *secreto* está implícita en la normativa constitucional. Además el Decreto 801/72 (art. 28) ordena al Ministerio de Asuntos Exteriores la adopción de las medidas pertinentes para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 102 de la Carta de las NU.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Además de biblio. general sobre tratados (Cap. VIII), puede consultarse:

1. En relación con la formación o celebración de los tratados en general y en España, en lengua española: O. Casanovas, *Las formas simplificadas de conclusión de acuerdos internacionales*, Barcelona, 1969; A. Fernández Tomás, *La celebración de tratados bilaterales de cooperación por España*, Valencia, 1994; M.A. Martín López, *La formación de los tratados internacionales. Estudio de su condicionamiento por el consentimiento del Estado y el medio y los intereses colectivos*, Córdoba, 2002; L.I. Sánchez Rodríguez, "Problemas básicos de la práctica española en materia de celebración de tratados: Propuestas legislativas", en MAE, *La celebración de tratados internacionales por España; problemas actuales*, Madrid, 1990, 75; A Pastor Palomar, "La celebración de tratados por España y los condicionamientos formales y materiales derivados de su pertenencia a las CE", *Academia Europea de Jaca*, 1995, 215; R. Casado, "Comentarios sobre la negociación y la adopción de los tratados bilaterales y multilaterales restringidos, ADI, 1998, 757; J. Roldán, "El consentimiento del Estado y la formación de los acuerdos internacionales", *Hom. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, v. I, 621. **En otras lenguas:** A. Plantey, *La négociation internationale. Principes et methods*, París, 1994 (2ª ed.); R. Sabel, *Procedure at International Conferences*, Cambridge, Ma., 1997; V. Gowlland-Debbas (ed.), *Multilateral Treaty-Making. The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, La Haya, 2000; G. Mastrojeni, *Il negoziato e la conclusione degli accordi internazionali*, Padua, 2000; S.B. Crandall, *Treaties. Their Making and Enforcement*, Nueva York, 2002; R. Wolfrum y V. Röber, *Developments of IL in Treaty-Making*, Berlín, 2005; K. Wellens, "Towards a Review of the Multilateral Treaty-Making Process", *RDISD-P*, 1984, 50; P. M. Dade, "The Interim Obligation between Signature and Ratification", *NIJR*, 1985, 5; R.S. Lee, "Multilateral Treaty-Making and Negotiation Techniques: an Appraisal", *Essays G. Schwarzenberger*, Londres, 1988, 157; P.C. Szasz, "Reforming the Multilateral Treaty-Making Process: An Opportunity Missed?", *Essays S. Rosenne*, Dordrecht, 1989, 909; J. Charme, "The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: Making Sense of an Enigma", *The George Washington J. of IL and Economics*, n° 25, 1991, 71; P. Reuter, "De l'obligation de négocier", en *Le développement de l'ordre juridique international*, París, 1995, 251; P. Kohona, "Some Notable Developments in the Practice of the UN Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties", *AJIL*, 2005, 433.

2. Sobre la manifestación del consentimiento en particular, en lengua española: M. Daranas, *Procedimientos de ratificación de tratados internacionales en los Estados miembros de las CE*, Madrid, 1985; A. Pastor Palomar, *Las formas de manifestación del consentimiento para obligarse por tratados internacionales: análisis de la práctica española*, Madrid, 2001; E. Pérez Vera, "Comentario al artículo 63 de la Constitución", en *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978*, Madrid, 1985, v. V, 299; J. Puente, "Algunas cuestiones fronterizas entre el DI y el Derecho constitucional español", *Hom. A. Truyol*, Madrid, 1986, v. II, 1027; J. Cardona, "La manifestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados en la Constitución española: Balance de 10 años de práctica constitucional", en E. Álvarez Conde (ed.), *Diez años de régimen constitucional*, Valencia,

1989, 299. **En otras lenguas:** Consejo de Europa, *L'expression du consentement des Etats à être liés par un traité*, Estrasburgo, 1987; Consejo de Europa, *Treaty Making – Expression of Consent by States to Be Bound by a Treaty*, Estrasburgo, 2001; M. Fitzmaurice, “Expression of Consent to Be Bound by a Treaty as Developed by Certain Environmental Treaties”, *Essays B. Vierdag*, La Haya, 1998, 70.

3. Los Estados de estructura compleja y la formación de los tratados. Respecto al caso español: C. Fernández de Casadevante, *La acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2001; J.M. Peláez, “La participación de las Comunidades Autónomas en la celebración y ejecución de los tratados internacionales”, *RDP*, 1985, 69; R. Riquelme, “Las Comunidades Autónomas en la negociación de los tratados internacionales”, *Sistema*, 1985, 77; E. Aja “Comentario de la STC 137/1989, de 20 de julio (colaboración entre Galicia y Dinamarca)”, en MAE, *La celebración...*, cit., 154; M. Pérez González, “Acción de las Comunidades Autónomas en el exterior y su participación en la celebración de tratados internacionales por España”, *ibid.*, 127. V. tb. biblio. Cap. X (capacidad para celebrar tratados y acción exterior de los entes infraestatales).

4. Sobre la entrada en vigor de los tratados, en lengua española: E. Orihuela, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Madrid, 2004; C. Gutiérrez Espada, “Notas a una reciente divergencia (1978) entre la FAO y España sobre la entrada en vigor del Convenio internacional de protección fitosanitaria (1951)”, *REDI*, 1978-79, 147; **en otras lenguas:** E. Roucounas, “Uncertainties Regarding the Entry into Force of some Multilateral Treaties”, *Essays E. Suy*, La Haya, 1998, 179.

5. Sobre la aplicación provisional de los tratados, en lengua española: P. Andrés, “La aplicación provisional de los tratados internacionales en el Derecho español”, *REDI*, 1982, 31; *id.*, “Canje de notas entre el Gobierno de España y cada uno de los países participantes en la Conferencia de Paz de Oriente Medio para la aplicación de los beneficios, privilegios e inmunidades previstos en el Convenio sobre misiones especiales...”, *REDI*, 1991, 563; J. García Fernández, “La aplicación provisional de los tratados”, en MAE, *La celebración...*, cit., 95. **En otras lenguas:** destaca A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, París, 2005; M.A. Rogoff y B.E. Gauditz, “The Provisional Application of International Agreements”, *Maine Law R.*, 1987, 29; R. Lefeber, “The Provisional Application of Treaties”, *Essays B. Vierdag*, cit., 82.

6. Sobre el registro y la publicación de los tratados, en lengua española: H.D. Piombo, *Teoría general de la publicidad y tratados internacionales*, Buenos Aires, 1977; **en otras lenguas:** M. Tabory, “Recent Developments in the UN Treaty Registration and Publication Practices”, *AJIL* 1982, 350; J.P. Jacqué, “Article 102”, en J.P. Cot y A. Pellet (eds.), *L'ONU*, París, 1985, 1355.

7. En cuanto al impacto de las ONG en la formación de los tratados: G. Breton-Le Goff, *L'influence des organisations non gouvernementales sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruselas, 2001; C. Price Cohen, “The Role of Non-Governmental Organizations in the Drafting of the Convention on the Rights of the Child”, *HR Quarterly*, n° 12, 1990, 137; D. Shelton, “The Participation of Non-Governmental Organizations in International Judicial Proceedings”, *AJIL*, 1994, 611; R. Krut, “Globalization and Civil Society: NGO Influence in International Decision-Making”, *UNRISD*, Discussion Paper, n° 83, 1997; R. Ranjeva, “Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du DI”, *R. des C.*, 1997, t. 270, 9; K. Raustiala, “The ‘Participatory Revolution’ in International Environmental Law”, *Harvard Environmental Law Review*, 1997, 537; E. Corell, “Non-State Actors Influence in the Negotiations of the Convention to Combat Desertification”, *International Negotiation*, 1999, 197.

Capítulo X

La fase intermedia en la formación de los Tratados

XLIV. CONSIDERACIONES GENERALES

187. ¿Por qué una fase intermedia?

La manifestación de la voluntad de un Estado en obligarse internacionalmente mediante un tratado es el resultado de un proceso —regulado en los Derechos internos por un conjunto de disposiciones cuyo rango se extiende desde la cima de la Constitución a los regatos reglamentarios— en el que participan diversos órganos. Dentro de ese proceso destaca por su importancia la intervención de las Cámaras legislativas.

Históricamente la política exterior, de la que el tratado es instrumento jurídico por excelencia, se ha revelado particularmente resistente a la participación y control parlamentarios. A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX fue frecuente la expresión doctrinal —y constitucional— de la inidoneidad de los órganos de la representación popular en dicho ámbito. La heterogeneidad e inestabilidad en la composición de las Cámaras legislativas, su limitada actividad, la publicidad de sus debates y la lentitud de su proceso decisorio, han sido citados entre los obstáculos para su participación en la acción exterior. Partiendo, sin embargo, de postulados democráticos, no hay justificación para que los órganos de la representación popular no participen en ella, aun cuando deba reconocerse que la naturaleza de dicha actividad impone algunas limitaciones y aconseja métodos particulares.

La implicación de las Cámaras legislativas ha adoptado formas diferentes. En Gran Bretaña, cuna del parlamentarismo, se preservó el *treaty making power* en su totalidad como una prerrogativa de la Corona, considerándose bastante para controlar su ejercicio la experimentación de medios políticos y la dependencia gubernamental de la confianza del Parlamento. Este modelo ha sido seguido por algunos de los antiguos dominios, colonias y mandatos británicos. En cambio, en el continente europeo, ya el Decreto aprobado por la Asamblea Constituyente francesa de 1790 dispuso que los tratados negociados y firmados por el Rey no tendrían efecto sino en tanto hubiesen sido ratificados por el Cuerpo legislativo. La participación de las Asambleas en la conclusión de los tratados se consolidó con la promulgación de textos como las Constituciones españolas (1812, 1837, 1845...), belga (1831), francesas (1848, 1875), piamontesa (Estatuto albertino de 1848) o prusiana (1850).

Varias son las razones que postulan la sumisión de ciertas decisiones de la política exterior y, en particular, la conclusión de tratados, no ya a los medios

generales de control político, sino a una intervención parlamentaria jurídicamente relevante. En primer lugar, de no darse esta intervención, el respeto de las potestades legislativa y presupuestaria de las Cámaras obligaría a condicionar la eficacia interna de las obligaciones convencionales a su transformación posterior en ley —como sucede en Gran Bretaña y en los países que siguen su modelo— o, alternativamente, a hacer del respeto de las leyes en vigor *conditio sine qua non* de su aplicación, soluciones ambas insatisfactorias desde una perspectiva internacional (v. Cap. XVII).

No es conveniente, en efecto, que la eficacia interna de un tratado quede a expensas de la decisión de órganos que intervienen con posterioridad al momento en que aquél se ha perfeccionado y es internacionalmente exigible. Cabría sortear esta dificultad pasando la legislación necesaria antes de la estipulación definitiva del tratado, pero es más sencillo y práctico involucrar al Legislativo en el *treaty making power*. Es significativo que en Gran Bretaña se fuera abriendo paso a partir de 1924 (*Ponsoby rule*) el uso de enviar al Parlamento los textos de los tratados por un período de tres semanas antes de proceder a la manifestación del consentimiento, dándoles curso sólo en el caso de que los miembros del Parlamento no solicitaran su debate.

Por otra parte, si las Cámaras controlan la acción del Gobierno, parece aconsejable que los tratados de una cierta importancia o que, de una u otra forma, incidan en sus atribuciones, cuenten con su aceptación antes de su conclusión, aun cuando no comporten gastos ni reclamen una actividad legislativa.

Siendo destacada la intervención de las Cámaras legislativas en la fase intermedia, siempre hay que tener presente el papel central que conserva el Gobierno, que dispone —normalmente en exclusiva— de la iniciativa para iniciar la tramitación parlamentaria y de la decisión final sobre la conclusión del tratado, procesos en los que participan los distintos departamentos ministeriales, con sus asesores legales (en particular, los del Ministerio de Relaciones Exteriores) y órganos consultivos (como, en España, el Consejo de Estado).

En los Estados de estructura compleja también puede estar prevista la intervención de los entes territoriales antes de la conclusión de los tratados que afecten a sus competencias (siendo lo más adecuado, cuando la afectación es general, dotar al sistema institucional de segundas cámaras legislativas compuestas por representantes de los territorios).

En los Estados que siguen el modelo de justicia constitucional concentrada los Tribunales constitucionales pueden cumplir un papel relevante verificando la conformidad con la Constitución del tratado cuya conclusión se proyecta.

Por último, no faltan países cuyas leyes confieren a la consulta popular un papel en la conclusión de tratados.

XIV. LA INTERVENCIÓN DE LAS CÁMARAS LEGISLATIVAS

188. *Naturaleza de la intervención*

En la actualidad casi todos los ordenamientos internos prevén la intervención parlamentaria en la conclusión de tratados, si bien presentan diferencias significativas en cuanto a su naturaleza, supuestos en que es exigible y alcance.

En el Derecho comparado encontramos textos que disponen la *aprobación* o *ratificación* de los tratados por el Parlamento.

Así, las Constituciones latinoamericanas utilizan normalmente el término *aprobación* (por ej., las de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, Paraguay, Perú o Venezuela) y, excepcionalmente, *ratificación* (Bolivia, El Salvador) o *refrendo* (Brasil). En España, aun cuando la Constitución de 1978 utiliza acertadamente el término *autorización* (arts. 93 y 94), en la práctica se sigue hablando de la *ratificación parlamentaria* de los tratados.

Estas expresiones inducen a confusión, pues pueden interpretarse en el sentido de que son las Cámaras las que *aprueban* o *ratifican* el tratado en el plano internacional, esto es, las que manifiestan el consentimiento del Estado en obligarse, lo que es absolutamente incierto. Las Cámaras legislativas de la mayoría de los países circunscriben su intervención a autorizar o no —o en su caso a aplazar— la conclusión de un tratado que ya ha sido adoptado y autenticado, concibiéndose la autorización parlamentaria como una condición de validez de la prestación del consentimiento desde una perspectiva interna, constitucional.

Algunas de las Constituciones latinoamericanas que se refieren a la *aprobación* parlamentaria, señalan expresamente que corresponde al Presidente de la República (por ej., Constituciones de Chile —art. 32—, Perú —art. 57—, Uruguay —art. 168.20— y Venezuela —art. 187—) o al Presidente de la Nación (Constitución de Argentina —art. 99—) la conclusión de los tratados.

En el caso de México la Constitución es menos clara a este respecto (su art. 89.X atribuye al Presidente la competencia para “celebrar tratados, sometiéndolos a la autorización del Senado”); además, al referirse a los distintos instrumentos a través de los cuales México puede manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado, la Ley mexicana de tratados (1991) señala que su objeto es que “se notifique la aprobación por el Senado del tratado en cuestión”. La Constitución de Brasil, por su parte, aun cuando con carácter general atribuye al Presidente de la República la competencia para “celebrar” tratados “sujetos al refrendo del Congreso Nacional” (art. 84.VIII), dispone que es competencia exclusiva de este último “resolver definitivamente” respecto de los tratados que supongan cargas o compromisos que graven el patrimonio nacional (art. 49.I).

Mención aparte merece el caso de Cuba, cuya vigente Constitución atribuye al Consejo de Estado —órgano de la Asamblea Nacional que la representa entre uno y otro período de sesiones y ejecuta sus acuerdos— la facultad de “ratificar y denunciar” los tratados internacionales, limitando la intervención de la Asamblea a la *aprobación* de los tratados de paz (arts. 75 y 90).

La autorización parlamentaria no comporta pues necesariamente (al menos en la mayoría de los países) la estipulación definitiva del tratado. Obtenida la autorización corresponderá en última instancia al Gobierno decidir según su criterio si y cuándo manifestar el consentimiento del Estado. Por el contrario, la denegación de la autorización sí vincula al Gobierno.

En España el hecho de que, normalmente, tras la autorización de las Cortes los tratados sean efectivamente concluidos es consecuencia de la práctica habitual de evacuar el trámite parlamentario sólo una vez que el Gobierno ha tomado la decisión política de obligarse internacionalmente (mediante acuerdo del Consejo de Ministros). El Decreto 801/72 está redactado sobre este presupuesto: concedida la autorización, el Ministerio de Asuntos Exteriores prepara los instrumentos de manifestación del consentimiento y los tramita sin ulterior intervención del Gobierno. Nada impide, sin embargo, que recaída la autorización parlamentaria el Gobierno no proceda efectivamente a la conclusión del tratado.

Por otra parte, queda en principio excluida la posibilidad de que las Cámaras introduzcan enmiendas en el texto del tratado que les es sometido. El Derecho comparado revela que esta facultad es reconocida raramente (así, por ej., al Senado de los Estados Unidos, que dispone de amplias atribuciones) porque obliga al Gobierno a una renegociación del tratado que resultará siempre difícil, si no imposible (caso de tratados multilaterales abiertos).

Nada impide en cambio la participación de las Cámaras legislativas en la formulación de reservas o de declaraciones interpretativas ni la formulación de mociones y declaraciones políticas anejas al acto de autorización (v. Cap. XI). La calificación y efectos jurídicos de estas manifestaciones parlamentarias son, cuando se incorporan a los instrumentos de manifestación del consentimiento, una fuente de litigios, especialmente si conciernen a tratados bilaterales (considérense, por ej., desde esta perspectiva las *reservas* y *contra-reservas* que acompañaron los instrumentos de ratificación de Estados Unidos y de Panamá del Tratado de Neutralidad Permanente y Funcionamiento del Canal de Panamá, 1977; o la declaración del Senado de Nicaragua incluida en el instrumento de ratificación del tratado *Bárcenas-Esguerra*, con Colombia, 1928, y luego materialmente incorporada en el protocolo de canje de ratificaciones, 1930).

189. *Tratados sometidos a autorización*

Hay Constituciones que exigen la autorización parlamentaria de *todos* los tratados. En América Latina son numerosas (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia —con la salvedad de los tratados de paz—, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana). Sin embargo, semejante exigencia resulta difícilmente compatible con la actual intensidad de las relaciones internacionales, lo que explica que muchos de los países cuyas Constituciones tomaron ese rumbo hayan renunciado a él, cambiando su texto (caso de la Constitución holandesa) o su práctica (caso de Estados Unidos, Suiza o, en América latina, México).

Otros textos constitucionales toman hoy una de estas dos direcciones: enunciar las categorías o las circunstancias en que un tratado no requiere autorización, dejando a las Cámaras una competencia general o residual (sistema de *lista negativa*), o bien disponer las clases o categorías de tratados que requieren necesariamente la autorización parlamentaria (sistema de *lista positiva*).

El sistema de *lista negativa* es seguido, por ej., por la Ley holandesa de 1994 sobre tratados, que utiliza criterios de exclusión por motivos (urgencia, carácter confidencial de los tratados...) y no por materias (art. 7). También podría afirmarse que se sigue este sistema en Estados Unidos, donde sólo los *treaties* —que la Constitución no define— están sometidos a la autorización del Senado, quedando en manos del Presidente la conclusión de los *executive agreements*, entre los que se incluyen los acuerdos celebrados sobre la base de

un *treaty*, de la legislación en vigor o de una ley que deba adoptarse por el Congreso, así como los acuerdos concluidos en virtud de los poderes de los que el Presidente está investido por la Constitución.

En América Latina cabe citar las de Venezuela y Chile entre las Constituciones que adoptan el sistema de *lista negativa*. La Constitución venezolana (1999) no exige la aprobación de la Asamblea Nacional respecto de los tratados "mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo nacional" (art. 154). En el caso de Chile la Constitución (1980) atribuye al Presidente de la República la facultad de concluir acuerdos "para el cumplimiento de un tratado en vigor" sin necesidad de aprobación del Congreso "a menos que se trate de materias propias de ley" (art. 50.1). En una línea similar, la *práctica* mexicana revela que el Ejecutivo celebra sin la previa aprobación del Senado "acuerdos administrativos o ejecutivos" (tratados celebrados al amparo de una ley o en ejecución de un tratado y tratados que inciden en ámbitos correspondientes a las atribuciones internas del Presidente de la República).

Las Constituciones que siguen el sistema de *lista positiva* articulan las correspondientes listas con arreglo a un criterio material, esto es, el contenido de los tratados. Estas listas varían de un Estado a otro, si bien presentan algunos elementos comunes. Así, es habitual —y razonable— que se exija la intervención parlamentaria para la conclusión de tratados por los que se transfieren competencias a una OI, se afecta a la integridad territorial del Estado, se regulan derechos humanos o se asumen cargas financieras y obligaciones que exigen la modificación de una ley o medidas legislativas para su ejecución.

Entre los países que siguen el sistema de *lista positiva* se encuentra España. Los artículos 93 y 94.1 de la Constitución (1978) tipifican los tratados cuya conclusión exige autorización de las Cortes, disponiendo el artículo 94.2 que en los demás casos bastará con dar información inmediata a las Cámaras.

El artículo 93 de la Constitución española (1978) dispone que mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Concebido con la cabeza puesta en las Comunidades Europeas, su ámbito de aplicación del artículo 93 no se circunscribe sin embargo a los tratados de integración europea. Así, la ratificación por España del Estatuto del TPI (1998) se tramitó por esta vía.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado señaló en el dictamen evacuado con ocasión de la adhesión al Tratado del Atlántico Norte que el art. 93 contempla la incorporación a OI "que pudieran tener sobre una materia que en la Constitución aparece como estatal, una capacidad de decisión directa, en el sentido de que, sin necesidad de mediación estatal, se imponga automáticamente la voluntad de la organización..." (dictamen nº 43.647, de 1981).

También el constitucionalismo latinoamericano reconoce y regula este tipo de tratados.

Particular mención merece la Constitución argentina (1994), que contempla la posible conclusión de "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", exigiendo para su aprobación la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara (art. 75). Las Constituciones

de Colombia (art. 150.16), Costa Rica (art. 121.4), Guatemala (art. 171.1) y Venezuela (art. 153) contienen disposiciones relativas a la conclusión de tratados por los que se ceden competencias a organizaciones de integración. Las Constituciones de Ecuador, El Salvador y Nicaragua, por su parte, mencionan los “tratados de integración” entre los que exigen intervención parlamentaria.

Por su parte, el art. 94.1 de la Constitución española establece que la prestación del consentimiento en obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: *a)* tratados de carácter político, *b)* tratados o convenios de carácter militar, *c)* tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I, *d)* tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda pública, *e)* tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

Esta *lista* no difiere sustancialmente de las contenidas en otras Constituciones, como por ej. las de Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua o Perú.

Aun cuando el art. 16 de la Constitución de Honduras proclama que “todos los tratados deben ser aprobados por el Congreso Nacional”, su art. 21 precisa que el Ejecutivo puede “sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales (...) sin el requisito previo de la aprobación del Congreso...”; además, el art. 245.13 establece la relación de tratados que requieren la *aprobación* previa del Congreso.

El deber de informar inmediatamente al Congreso y al Senado —obviamente a cargo del Gobierno— de la conclusión de los tratados que no han contado con su autorización hunde sus raíces en el siglo XIX. El objetivo es permitir a las Cortes ejercer un adecuado control parlamentario sobre la acción del Gobierno en materia de política exterior (art. 66.2), amén de facilitar su reacción política y jurídica si consideran que las competencias de las Cámaras no han sido respetadas.

Ni la Constitución ni los Reglamentos parlamentarios concretan el plazo en que ha de evacuarse, a diferencia de lo que ocurre en otros países; así en Estados Unidos la ley *Case-Zablocki* dispone la obligación de comunicar al Congreso los *executive agreements* en el plazo máximo de sesenta días después de su entrada en vigor. No obstante, la Ley Fundamental española emplea un adverbio —*inmediatamente*— que deja al Gobierno sin razones para la dilación. Otros textos en cambio —por ej., la Constitución griega— condicionan el deber de información a la ponderación por el Gobierno del interés y la seguridad del Estado. En España la información ha de prestarse, en consecuencia, tan pronto como el tratado ha sido definitivamente estipulado, y en todo caso antes de su publicación en el BOE. Por otra parte, el deber de información alcanza no sólo el hecho de la conclusión; el Reglamento del Congreso precisa que el Gobierno dará cuenta de los textos de los correspondientes tratados o convenios (art. 159). No obstante, la irrobustez del deber de información carece de una específica sanción jurídica. Ello explica que en ocasiones el Gobierno haya informado a las Cámaras de la conclusión de tratados ya publicados oficialmente e incluso que haya omitido toda información.

Las Constituciones peruana y hondureña disponen asimismo la obligación del Ejecutivo de informar (“inmediatamente” dice también la hondureña) a las Cámaras de la conclusión de los tratados no sometidos a su intervención.

El Reglamento del Congreso de Perú dispone que el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a su Comisión Permanente de los “tratados internacionales ejecutivos” —esto es, de los celebrados sin necesidad de autorización parlamentaria, al amparo del art. 57 de la Constitución— dentro de los tres días siguientes a su conclusión (art. 92, modificado en 2003).

190. La calificación: el criterio determinante

Es la voluntad de consentir obligaciones jurídicas mediante acuerdo en el orden internacional, circunscrita en los sistemas de *lista* a los tipos en ellos acuñados, la que determina la exigencia o no de la autorización parlamentaria, y no criterios literales —vinculados a la cabecera o denominación del instrumento— o formales —vinculados a la forma de expresión del consentimiento— que por la libertad de elección de los negociadores facilitarían la arbitraria evasión de la intervención parlamentaria (v. Cap. IX).

Ya hemos apuntado que para sortear la intervención parlamentaria respetando el orden constitucional lo más aconsejable es negar directamente a un acuerdo la condición de *tratado*, alegando que de él no se desprenden obligaciones jurídicas internacionalmente exigibles (v. Cap. VIII). Sin embargo, esto no tiene que ver con la que denominamos tentación *literalista*, en la que caen quienes proponen que sólo los instrumentos convencionales que se denominan *tratados* han de ser sometidos a las Cámaras legislativas para su autorización antes de su conclusión. De ser así bastaría con utilizar otra cabecera para evitar la preceptiva intervención parlamentaria.

No obstante, un cierto literalismo, no ya con fines de torcida evasión del control, sino de limitación razonable del caudal de acuerdos sometidos a la autorización de las Cámaras, puede darse especialmente, aunque no sólo, en sistemas que someten *todos* los tratados a autorización. Ahí se trataría de reservar la cabecera de *tratado* para los acuerdos de cierta importancia, determinando así los instrumentos que han de ser autorizados. El método requiere una buena inteligencia y relación de las Cámaras con el Ejecutivo y puede estar *trufado* en su aplicación de consideraciones muy coyunturales, devastadoras de parámetros objetivos.

En España, aun siendo su sistema de *lista*, la tentación literalista está servida por la diferente cabecera del apartado a) del artículo 94.1 de la Constitución, que habla de *tratados* (de carácter político) y de los demás apartados del precepto, que aluden a *tratados o convenios* (de otros tipos). La inquietud de la doctrina ante esta redacción fue confirmada por la Comisión Permanente del Consejo de Estado cuando en 1985 señalaba que “cuando la Constitución se refiere expresamente a la denominación formal y tradicional de *Tratado* (en el artículo 94.1, a), expresa la concepción de que el *Tratado político* es exactamente aquél cuya importancia objetiva hace también adecuada su denominación formal como tal *Tratado*”. No obstante la misma Comisión, tras advertir que “de conformidad con lo establecido en la CV de 23 de mayo de 1969 la diferencia de denominación formal de un Instrumento internacional no motiva ninguna jerarquía normativa entre unos y otros”, admitía que “cualquier instrumento internacional que tenga carácter material de *Tratado político* deberá ser concluido con la autorización de las Cortes cualquiera que sea su denominación formal” (dictamen nº 46.901, de 1985).

En cuanto a la forma de manifestación del consentimiento, los constitucionalistas del XIX fueron receptivos al papel desempeñado por la *ratificación* como forma primordial al efecto. Así, la generalidad de las Constituciones, al instrumentar la intervención de las Cámaras legislativas, se refirieron a una preceptiva aproba-

ción o autorización para —concretamente— la *ratificación* de los tratados. Ya en el siglo XX los constitucionalistas más despiertos han sido sensibles a la libertad, igualdad y multiplicación de formas de manifestación del consentimiento en la práctica internacional (v. Cap. IX), adoptando expresiones más abiertas o genéricas (como la del art. 94.1 de la Constitución española, 1978, que se refiere a la autorización por las Cortes de la *prestación del consentimiento* del Estado). No obstante, un buen número de Constituciones, incluso recientes (en América Latina, por ej., las de Bolivia, Chile, Guatemala, Honduras o Venezuela), se han atenido a la fraseología tradicional. En estos casos, caer en la tentación *formalista* supondría afirmar que sólo los tratados con cláusula de ratificación han de ser autorizados por las Cámaras.

Esta posibilidad ha sugestionado siempre a los Gobiernos (en ella incurrió, por ej., la IV República francesa), deseosos de encontrar mayor libertad de acción. Puede incluso afirmarse que ciertas formas de manifestación del consentimiento, como la *aceptación* o la *aprobación*, han prosperado en las relaciones internacionales porque servían a Gobiernos formalistas para hurtar sus compromisos al control parlamentario.

Tratar de evitar el efecto evasivo del preceptivo control parlamentario obligando legalmente al Gobierno a incluir una cláusula de ratificación respecto de ciertos tipos de tratados es una medida internacionalmente engorrosa. Mucho más simple resulta entender la *ratificación*, en el orden constitucional, como la *sinécdoque* —impuesta por una técnica deficiente— en que tomando la especie por el género la Constitución remite a las distintas formas de manifestación del consentimiento.

La intervención parlamentaria alcanza pues incluso los supuestos en los que se prevé la asunción de obligaciones a través de la pasividad, de la falta de reacción a una propuesta en un término prefijado, del silencio. Así ocurre en el marco de algunos Organismos especializados (por ej., el art. 90 de la Carta constitutiva de la OACI o el art. 21 de la Carta constitutiva de la OMS) respecto de ciertos mecanismos de enmienda y revisión de tratados.

191. La calificación: Gobierno y Cámaras legislativas en la operación calificadora

La calificación es una operación presente en todos los sistemas en la medida en que siempre ha de identificarse a un instrumento como *tratado*. A continuación, si la respuesta es afirmativa, ha de establecerse la compatibilidad del tratado con la Constitución. Luego, en un sistema de *lista* la operación calificadora debe seguir adelante porque es preciso determinar si el tratado en cuestión se subsume o no en alguno de los tipos para los que se requiere autorización parlamentaria. Y si éstos se someten a regímenes diferentes aún habrá que completar la operación concretando necesariamente el tipo que atrae al tratado.

Por lo que concierne a España, recrearse en la adjetivación de los tratados a la luz de los diferentes supuestos contemplados en el art. 94.1 de la Constitución de 1978 carece en buena medida de trascendencia práctica, dada la uniformidad del régimen al que se someten todos los tipos enumerados en dicho precepto. No

cabe decir lo mismo cuando hay que pronunciarse sobre si el tratado encaja en el art. 93 o, por el contrario, en uno de los apartados del art. 94.1, pues el régimen de tramitación varía.

La responsabilidad primaria en la calificación de los tratados corresponde al Gobierno.

Así, por lo que concierne a España, el art. 94 de la Constitución lo reconoce implícitamente pues, tras enunciar en su num. 1 las categorías de tratados que requieren la autorización de las Cámaras, su num. 2 dispone que éstas serán inmediatamente informadas de la conclusión de los restantes. Lo mismo cabe decir de las Constituciones de Perú (art. 57) y de Honduras (art. 21). Si la obligación de informar es exigible una vez que el Estado ha manifestado su consentimiento en obligarse, ¿no queda en manos del Ejecutivo la decisión acerca de los tratados que han de ser remitidos a las Cámaras para la autorización de su conclusión y los que deben serlo, después de concluidos, para información? Esta es, por lo demás, la solución congruente con un sistema de *lista*, pues si todos los tratados debieran pasar por las Cámaras antes de su conclusión a fin de proceder a su calificación, ¿a qué un sistema de *lista*?

Conviene, además, tener en cuenta que en el ejercicio de su competencia calificadora el Gobierno ha de contar preceptivamente con el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado (art. 22.1 LOCE), habiéndose ésta pronunciado, tras alguna vacilación, por la obligatoria consulta de *toda clase de instrumentos internacionales* a los efectos de determinar si su conclusión precisa o no autorización de las Cortes (dictamen n° 46.901, de 7 de marzo de 1985).

Pero una vez que un *tratado* entra en el circuito parlamentario cabe arbitrar fórmulas que permitan a las Cámaras compartir o sustituir al Gobierno en esa responsabilidad o discutir de una u otra forma sus calificaciones.

En el caso de España, debe distinguirse entre el supuesto en que el tratado ha sido sometido a las Cortes para su autorización y el de que tengan conocimiento de él, de conformidad con el art. 94.2, una vez estipulado.

En el primer supuesto, si el Gobierno decide someter la conclusión de un tratado a la autorización parlamentaria, nada parece impedir que las Cámaras modifiquen la calificación del Ejecutivo relativa a la *vía* — arts. 93 ó 94.1 — que ha de seguir la tramitación. Si el Gobierno no aceptase la *recalificación* de las Cámaras cabría pensar en el planteamiento de un conflicto de *atribuciones* ante el TC (art. 59.3 LOTC). El debate de autorización de la adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte ofreció por primera vez la oportunidad para que grupos parlamentarios de oposición presentaran propuestas solicitando la tramitación por el art. 93 de un tratado que el Gobierno había considerado que incurría en un supuesto del art. 94.1, propuestas que sin embargo no prosperaron.

En cuanto al segundo supuesto, aquél en el que las Cortes tienen conocimiento del tratado al ser informadas por el Gobierno de su conclusión conforme al art. 94.2, la práctica revela que cuando la Mesa del Congreso se ha manifestado disconforme con la calificación gubernamental ha procedido sin más a tramitar el tratado por la vía del art. 94.1, previa *recalificación* del mismo al amparo del Reglamento de la Cámara (art. 31), procediendo así a su *convalidación* o *aprobación a posteriori*. En la mayor parte de los casos se trataba de convenios y acuerdos de cooperación y asistencia técnica que comportaban gastos pero que a juicio del Gobierno, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, no incurrían en el supuesto del inciso *d*) del art. 94.1 (tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública). El Gobierno no ha objetado este proceder de las Cortes, movido seguramente por un sentido práctico que le lleva a evitar roces con el Legislativo siempre que éste, en el fondo, esté dispuesto a endosar el tratado. Incluso, en las últimas Legislaturas, la prestación del consentimiento en obligarse por tratados calificados por el Gobierno bajo el art. 94.2 ha sido en ocasiones pospuesta a su remisión a las Cortes, para tener la seguridad de que éstas no los recalificaban (práctica que no se conforma con el tenor literal del art. 94.2 ni con la razón de ser del sistema de *lista*, como ya hemos advertido, pero que no deja de tener sentido práctico para evitar conflictos interinstitucionales).

Ahora bien, ¿qué sucedería si las Cámaras legislativas no convalidasen un tratado ya concluido por el Gobierno que, en su opinión, debió ser objeto de autorización parlamentaria? El Gobierno habría de hacer frente a la tesitura de denunciar el tratado o acudir, en el orden interno, a los remedios constitucionales de que pueda disponer.

Lo primero podría chocar con dificultades de orden internacional en los casos en que el tratado no consienta su denuncia (v. Cap. XII). Lo segundo podría instrumentarse en España mediante un recurso de inconstitucionalidad (art. 32.1 LOTC) —cuya originalidad estaría en que, lejos de solicitar una declaración en tal sentido, buscaría la afirmación de la regularidad formal de la conclusión del tratado— o, más propiamente quizás, planteando un conflicto de atribuciones (arts. 59.3 y 73-75 LOTC).

Pero si admitimos que la competencia calificadora corresponde al Gobierno la actividad recalificadora de las Cámaras legislativas carece de fundamento, por lo que en caso de discrepancia con la calificación gubernamental serían éstas las que, amén de una posible exigencia de responsabilidad política, deberían experimentar, de haberlos, tales remedios (v. *infra*).

En todo caso lo más juicioso es que Gobierno y Cámaras legislativas logren un grado de consenso suficiente sobre el alcance de los supuestos de tratados cuya conclusión está sometida a autorización parlamentaria.

En América Latina, el Reglamento del Congreso del Perú contiene disposiciones que afirman su potestad recalificadora y prevén asimismo la posibilidad de que el Presidente de la República inicie el trámite de subsanación. Según el Reglamento, tras la remisión por el Presidente de información sobre la conclusión de un "tratado internacional ejecutivo" el Congreso puede aprobar un "dictamen negativo" dejando "sin efecto" el tratado, que pierde así "vigencia interna"; sobre esta base, el Presidente de la República puede "tramitar el tratado en vía de subsanación" (art. 92) y caso de no prosperar el trámite debería proceder a su denuncia. Para evitar conflictos entre el Congreso y el Presidente el Reglamento también contempla la posibilidad de que éste someta a consulta parlamentaria (no vinculante) el texto de los "tratados internacionales ejecutivos" que proyecte celebrar.

192. Formación y formalización del acto de autorización

No son infrecuentes las Constituciones que prevén que el acto de autorización para la conclusión de un tratado se formalice en ley. Tal es el caso tanto en Europa (por ej., Alemania, Bélgica, Francia, Grecia, Italia y Portugal) como en América Latina (Costa Rica, Colombia, Paraguay o Venezuela).

La Constitución chilena de 1980 dispone más precisamente que "la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley" (art. 50.1). Una formulación así impone el procedimiento legislativo, pero es compatible con la formalización de la autorización mediante un acto distinto a una ley.

Por otra parte, aun disponiendo la formalización del acto de autorización en una ley, algunas Constituciones introducen especificidades en el procedimiento legislativo. Baste mencionar la Constitución de Paraguay (1992), que prevé que sea la Cámara de Senadores la que inicie la consideración de los proyectos relativos a la aprobación de tratados, a diferencia de los restantes proyectos de ley cuya tramitación puede arrancar en cualquiera de las dos Cámaras (art. 224).

En el caso de México, la *aprobación* de los tratados —mediante decreto— es facultad exclusiva del Senado (art. 76.1 de la Constitución).

La formalización del acto de autorización en una ley no parece necesaria ni, probablemente, es la solución más apropiada. Las ventajas que se han aducido para seguir recurriendo a la ley como forma de autorización no son convincentes. Así las de garantizar la publicación o la jerarquía normativa de los tratados pueden lograrse mediante las adecuadas disposiciones particulares. Por otro lado, si bien una remisión residual al procedimiento legislativo por motivos de economía procesal puede ser aconsejable, su aplicación mecánica no es compatible con la peculiar naturaleza del acto de autorización. No ha de insistirse en las peculiaridades que dicha ley tiene donde se recurre a ella: debe excluirse la iniciativa parlamentaria o popular; su efecto no es normalmente obligatorio, en el sentido de forzar al Gobierno a prestar el consentimiento, sino permisivo; las Cámaras no puede introducir enmiendas, dirigidas a modificar el texto del tratado...

De ahí que, en América Latina, deban considerarse positivamente las Constituciones que configuran la autorización (o *aprobación*) como un acto *ad hoc*, sometido normalmente a la simple aprobación de la Cámara (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú) o, en los sistemas bicamerales, de ambas Cámaras (Argentina, Bolivia, Brasil, República Dominicana), conforme a las reglas generales de mayoría aplicables en ellas.

No obstante, alguna Constitución dispone la aplicación de una regla de mayoría reforzada para la aprobación del acto de autorización de cualquier tratado; tal es el caso de la Constitución uruguaya (1967), que exige la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras (art. 85.7).

En el caso de España los textos constitucionales históricos exigieron expresamente, salvo el de 1812, una ley especial. La Constitución de 1978 en vigor mantiene la forma de la ley (una ley orgánica) para los tratados contemplados por el art. 93 (v. *infra*) pero para los tratados encuadrados en el art. 94.1 se decanta por un acto *ad hoc*, cuya aprobación debe seguir, además, un procedimiento particular previsto por el art. 74.2 de la Ley Fundamental.

Así lo ha confirmado el TC, señalando que la autorización previa de las Cortes Generales regulada en el art. 94.1 corresponde al ejercicio de una competencia "no legislativa" para la que la Constitución impone una "reserva de procedimiento"; un procedimiento parlamentario "específico y diverso del legislativo o común del que singularmente le distingue la circunstancia de que la posición del Senado se define en términos de mayor equilibrio frente a la que habitualmente es propia del Congreso de los Diputados" (s. 155/2005, de 2005). Como señala el TC "mientras que en el procedimiento legislativo es norma que [...] las discrepancias entre ambas Cámaras pueden resolverse en último término por decisión de la mayoría simple de la Cámara baja —también cuando el Senado ejerce un veto que, en realidad, sólo retrasa por dos meses la eficacia suficiente de la mayoría simple del Congreso de los Diputados—, en el caso del art. 94.1 se prevé que las discrepancias se superen por medio de 'una Comisión mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores', cuya propuesta debe ser aprobada por la mayoría de cada Cámara, imponiéndose finalmente, si la discrepancia persiste, la del Congreso de los Diputados, pero sólo y siempre por mayoría absoluta".

No obstante, la Constitución de 1978, a diferencia de las precedentes Constituciones españolas o de Constituciones como la belga, la francesa o la italiana, no ha reconocido a ambas Cámaras un *status* de igualdad, sino que se ha pronunciado, a imagen de la austriaca, por la superioridad del Congreso, que es donde se inicia siempre el trámite y se resuelven en última instancia las discrepancias. En efecto, el art. 74.2 dispone

que cada Cámara decidirá por mayoría simple si autoriza o no la conclusión (el acuerdo del Congreso debe ser adoptado en el plazo de 60 días, según el art. 155.4 de su Reglamento); en caso de desacuerdo, siguiendo el modelo alemán, se constituirá una Comisión mixta paritaria que presentará un texto para su votación por Congreso y Senado; de no aprobarse, decidirá el primero por mayoría absoluta. El precepto no fija plazo a la Comisión para evacuar su mandato ni prevé la hipótesis de que no pueda satisfacerlo. Los Reglamentos parlamentarios contienen una remisión residual al procedimiento legislativo (arts. 155-156 del Reglamento del Congreso y 144-145 del Reglamento del Senado).

Normalmente la intervención parlamentaria se produce a iniciativa del Ejecutivo y no está sometida a plazo.

En el caso de España, corresponde al Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, tomar la decisión de iniciar la tramitación. Tomado el acuerdo por el Consejo de Ministros, el tratado debe ser remitido al Congreso en los 90 días siguientes —180, si se motiva documentalmente el retraso— (art. 155 del Reglamento del Congreso).

La Constitución de Nicaragua de 1987 presenta peculiaridades propias al disponer que los tratados internacionales deben ser presentados a la Asamblea Nacional en un plazo de quince días a partir de su suscripción, añadiendo que deberán ser aprobados o rechazados dentro de los sesenta días siguientes y que si la Asamblea no se pronuncia en este último plazo el tratado se tendrá por aprobado (art. 138.11).

La iniciativa popular está expresamente descartada por la Constitución de 1978, al declararla improcedente en los términos más generales para materias de carácter internacional (art. 87.3) (también en la Constitución Argentina; art. 39). Por otra parte, las reglas relativas a la iniciativa legislativa del Congreso y del Senado (art. 87.1) y de las Asambleas de las Comunidades Autónomas (art. 87.2) no son susceptibles de aplicación en este caso. Las Cámaras pueden solicitar que se someta a trámite un tratado, anticipando así su deseo de que España pase a formar parte del mismo, pero no pueden obligar al Gobierno a que lo haga.

Ahora bien, la forma del consentimiento elegida para obligarse puede imponer límites a la discrecionalidad del Gobierno en el inicio del trámite parlamentario. Así, si el consentimiento se deduce del simple transcurso de un plazo o del agotamiento de un término sin manifestación en contrario, el Ejecutivo habrá de acudir a las Cámaras en tiempo útil, antes de que aquél se perfeccione. De no hacerlo, su pasividad impediría a éstas el ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Otros límites pueden venir establecidos tanto por vía convencional como interna.

193. Tratados sometidos a un procedimiento especial

Se observa con creciente frecuencia en los sistemas constitucionales que algunos tratados están sometidos a un procedimiento diferenciado de autorización parlamentaria. Encontramos numerosos ejemplos en Europa (Dinamarca, Grecia, Luxemburgo, Noruega o Suecia, además de España) y América Latina (Argentina, Costa Rica, El Salvador o Guatemala).

La Constitución española de 1978 —a diferencia de las pretéritas Constituciones que deparaban un tratamiento unitario a todos los tratados— exige, como ya se ha apuntado, que la autorización de la conclusión de un tratado encuadrado en el art. 93 se realice mediante ley orgánica.

Así se dispuso desde un principio en los sucesivos textos barajados a lo largo del proceso constituyente, sin que fueran mantenidas en Comisión ni encontraran el menor eco en los debates las enmiendas de signo contrario que pedían, unas, rebajar la exigencia ~~de la~~ ^{de} la ley ordinaria y, otras, eliminar el tipo con el fin de sujetarlo a los requisitos de la reforma constitucional.

Ni la Constitución ni los Reglamentos parlamentarios prevén especialidad alguna en el procedimiento de aprobación de estas leyes de autorización, por lo que ha de entenderse que pasan por las mismas etapas que las demás leyes orgánicas: 1) aprobación del proyecto, en una votación final sobre el conjunto, por mayoría absoluta de los miembros del Congreso (art. 81.2); 2) traslado al Senado que, a partir de la recepción, dispondrá de dos meses —veinte días si hay declaración de urgencia— para pronunciarse, vetándolo o introduciendo enmiendas; una propuesta de veto sólo prosperará si cuenta con el apoyo de la mayoría absoluta de los senadores; y 3) en caso de veto o modificación del proyecto, retorno al Congreso que podrá imponer su voluntad, confirmando —o no— su decisión final. Según el art. 90 de la Constitución, sobre las enmiendas se pronunciará por mayoría simple; en cuanto al veto, podrá superarlo dentro de los dos meses siguientes con la mayoría absoluta de los diputados y, transcurrido ese plazo, con la mayoría simple.

El régimen de autorización previsto para los tratados del art. 93 contiene algún elemento disparatado, destacando al respecto la solución dada al eventual conflicto entre ambas Cámaras acerca de la concesión o no de la autorización. Al inclinarse por la opinión de una de ellas —el Congreso— era lógico esperar que la desestimación del punto de vista de la otra —el Senado— se amparase en el reforzamiento —el mantenimiento al menos— de la mayoría que en un primer momento fue exigida. Pero, sorprendentemente, el listón se rebaja y, así, la conclusión de un tratado al que se opone la mayoría absoluta de los senadores podría ser autorizada a los dos meses y un día por la mayoría simple de los diputados. Se comprende que ante una regulación tan absurda los redactores del Reglamento del Congreso se sintieran legitimados para corregir discretamente lo preceptuado en el art. 90 de la Constitución, requiriendo para el levantamiento del veto *en todo caso* la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara (art. 132).

El art. 74.2, como ya hemos advertido, ofrece al Senado —respecto de los procedimientos de autorización de los tratados *sub* art. 94.1— una participación más decorosa. Sin mayoría de senadores presentes a su favor los tratados de art. 94.1 no pueden, en principio, pasar el trámite; por el contrario se exige la mayoría absoluta de los miembros del Senado para impedir que se cuele directamente un tratado del art. 93. El conflicto entre las Cámaras conduce, en el primer caso, a una Comisión Mixta; en el segundo, el conflicto carece de vías de compromiso. Cuando el compromiso se hace imposible, la preferencia por el Congreso implica en los supuestos del art. 94.1 la elevación de la mayoría requerida, al contrario de lo que ocurre en el caso de los tratados del art. 93.

La regulación del art. 93 es aún más criticable considerada en su contexto. La exigencia de una ley orgánica tenía sentido cuando el anteproyecto de Constitución preveía para la conclusión de otros tratados —los tipos del vigente art. 94.1— una autorización mediante ley (ordinaria) o, por lo menos, siguiendo sus mismos trámites, pues traducía el propósito de hacer más rigurosas las condiciones para los tratados de mayor trascendencia. Este planteamiento quebró, sin embargo, desde el momento en que se aprobó un procedimiento especial para la autorización de los tratados del art. 94.1. El único dato que permitiría seguir hablando de una autorización reforzada para los tratados del art. 93 sería el de que hace preceptiva al principio una mayoría —la absoluta de Congreso— que para los tratados del art. 94.1 puede acabar siendo necesaria sólo al final.

En América Latina, también los tratados por los que se transfieren competencias soberanas a una institución supranacional están sometidos en algunas Constituciones a un régimen especial de autorización parlamentaria.

➤ Así, la Constitución de la República Argentina prevé que los tratados de integración sean *aprobados* por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara (art. 75.24). La Constitución de Costa Rica llega más lejos al exigir una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea Legislativa (art. 121.4).

La Constitución argentina también contempla un procedimiento especial para los tratados sobre derechos humanos, a los que resulta de aplicación una regla de mayoría aún más exigente, las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara; ello se explica por el hecho de que, de acuerdo con la propia Constitución, estos

tratados gozan en el ordenamiento argentino de "jerarquía constitucional" (art. 75.22) (v. Cap. XVII). Por su parte, la de Costa Rica exige nada menos que el voto favorable de las tres cuartas partes de los miembros de la Asamblea Legislativa y de dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente convocada al efecto para los tratados que afecten a la integridad territorial o a la organización política del país.

La Constitución de El Salvador articula asimismo procedimientos especiales para los tratados de extradición (mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea Legislativa; art. 28) y para los tratados de por los que se someta a arbitraje cualquier cuestión relacionada con los límites de la República o referente al territorio (mayoría de tres cuartas partes; art. 147). En el caso de la Constitución guatemalteca se aplica una regla de mayoría cualificada en el Congreso (dos terceras partes de sus miembros) para los tratados que se refieran al paso de ejércitos extranjeros y al establecimiento de bases militares extranjeras, que afecten al seguridad del Estado y que pongan fin a una guerra (art. 172).

194. Alcance de la autorización

La autorización concedida para la conclusión de un tratado ampara el texto del tratado y los instrumentos que lo acompañan, puestos en conocimiento de las Cámaras. Pero ¿cubre también los acuerdos posteriores que lo interpretan, desarrollan, prorrogan o modifican? Piénsese en particular en la creciente marea de los acuerdos-marco o en la cada vez más frecuente aparición de cláusulas convencionales en que se prevé la constitución de Comisiones Mixtas de seguimiento cuyas actas tienen un efecto supresivo, modificativo, aditivo o interpretativo sobre el texto de un tratado, sus anejos o protocolos... En particular, merecen ser destacados los tratados que habilitan a las autoridades administrativas de las partes para concluir entre sí acuerdos destinados a adaptar, enmendar o completar las disposiciones técnicas contenidas en aquél, para ir acomodándolas de forma ágil y rápida a la realidad cambiante.

La práctica española ofrece numerosos ejemplos de tales *acuerdos administrativos*. Así, por ej., la mayoría de los Convenios bilaterales sobre transporte aéreo celebrados por España habilitan a las autoridades aeronáuticas de una y otra parte para enmendar de común acuerdo los cuadros de ruta anejos a ellos.

Cabría entender que estos acuerdos no son realmente algo nuevo, sino que responden a mecanismos previstos convencionalmente. En la medida en que el tratado sobre el que reposan los anticipa, ¿por qué no presumir que las Cámaras han aceptado *a priori* su conclusión?

Siguiendo este razonamiento la ley holandesa de 1994 sobre tratados excluye de la autorización parlamentaria a los acuerdos que tengan por objeto cambiar los anejos de un tratado, salvo en el supuesto de que el Parlamento hubiese introducido una reserva al respecto en el acto de aprobación de éste (art. 7.f). Por su parte la Constitución de Costa Rica no exige la aprobación parlamentaria para los "protocolos de menor rango, derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación" (art. 121.4).

A nadie se oculta, sin embargo, que protocolos adicionales, anejos técnicos, canjes de notas interpretativos o complementarios, actas... pueden ser utilizados por el Gobierno para hurtarse al control parlamentario. Esta observación conduce justamente a considerar con carácter general que si esos acuerdos, por su propio

mérito, caen dentro de una de las categorías para las que la Constitución requiere la autorización parlamentaria habrán de experimentar el trámite, a menos que al autorizar la conclusión del tratado principal las Cámaras hayan dispuesto expresa —o implícitamente— otra cosa.

Tal es la solución aplicable en España, en el entendido de que en todo caso las Cortes deberán recibir información inmediata por parte del Gobierno de la estipulación de estos acuerdos (art. 94.2 de la Constitución).

Por último, la exigencia de intervención parlamentaria debe en principio entenderse aplicable a la formulación de ciertos actos unilaterales del Estado relacionados con las disposiciones de un tratado. Piénsese, por ejemplo, en las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la CIJ conforme al artículo 36.2 de su Estatuto (v. Cap. XVIII).

De ahí que en España la Comisión Permanente del Consejo de Estado haya entendido que la formulación de tales actos exige, en principio, la autorización de las Cortes Generales en la medida en que incurran en alguno de los supuestos del art. 93 o del art. 94.1 de la Constitución (dictamen nº 53.158, de 1989).

XLVI. LOS ENTES TERRITORIALES DEL ESTADO

195. *Participación indirecta a través de las ‘Segundas Cámaras’*

Como ya hemos indicado, los entes territoriales de los Estados de estructura compleja han visto reconocido un limitado *ius ad tractatum* en algunos países (v. Cap. VIII) y son a menudo asociados por los órganos centrales a la *negociación* de los tratados que afectan a sus competencias (v. Cap. IX). Con independencia de ello, en la medida en que tales Estados suelen contar con un sistema bicameral, siendo habitualmente el Senado una Cámara compuesta de representantes de los territorios, los entes territoriales participan a través de estas Cámaras en el proceso de autorización de la conclusión de los tratados. Así ocurre en Alemania, en Argentina, en México...

La Ley Fundamental de Alemania prevé la intervención de los *Länder*, a través del *Bundesrat*, para la conclusión de tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o versen sobre materias de competencia legislativa de esta última (art. 59), así como para los tratados por los que se transfiere el ejercicio de competencias soberanas a las instituciones europeas, exigiendo en este último caso la autorización por el *Bundesrat* por mayoría de dos tercios de su miembros (art. 23.1, reformado en 1992).

Esta participación —indirecta— puede ser, sin embargo, insuficiente. Sirve para acrisolar las actitudes de los Estados federados, los cantones o las regiones sobre los asuntos que son competencia de los órganos centrales del Estado y para representar los intereses regionales en su conjunto; pero no permite, en cambio, sostener adecuadamente los de un territorio en particular, interesado por ej. en la pesca en un río fronterizo o la apertura de un paso ferroviario internacional, ni para fiscalizar satisfactoriamente las acciones gubernamentales que afecten a

sus competencias exclusivas. La conclusión de un acuerdo internacional de estas características o bien no requerirá autorización parlamentaria o la obtendrá sin que el interés específico de una Comunidad se reconozca y se proyecte en la formación de la voluntad orgánica.

196. Participación directa

De ahí que algunos Estados de estructura compleja someten a la autorización de los órganos competentes de sus entes territoriales la conclusión de los tratados que afectan de manera singular a sus competencias, en particular las de carácter legislativo. Una regla así se impone cuando el Estado en cuestión reconoce a sus entes territoriales un cierto *ius ad tractatum* (v. Cap. VIII), pero también puede justificarse cuando ese no sea el caso, pues las obligaciones pactadas por los órganos centrales condicionarán en adelante el ejercicio de las competencias de los entes territoriales a los que, además, corresponderá su ejecución y la modificación de las leyes y disposiciones que las contradigan.

Así, en Alemania, la Ley Fundamental dispone que, antes de concluir un tratado que afecte a los intereses específicos de un *Land*, la Federación debe darle oportuna audiencia (art. 32.2). Además, en virtud del Acuerdo de Lindau (1957) entre el Gobierno Federal y los *Länder*, se requiere la autorización de éstos para la conclusión de los tratados que afecten a sus competencias exclusivas (señaladamente cuando se trata de convenios culturales).

En España las insuficiencias de la participación conjunta de los entes territoriales a través del Senado son más acusadas. Primero porque el Senado, como Cámara de representación territorial, representa más a las provincias que a las Comunidades Autónomas y, segundo, porque la Constitución lo ha concebido en situación de inferioridad frente al Congreso (v. *supra*).

En España, las Comunidades Autónomas han logrado en sus Estatutos el reconocimiento de una cierta participación en la negociación de los tratados que les afectan (v. Cap. IX). Sin embargo, ni en el proceso constituyente ni, más tarde, en los desarrollos estatutarios, se pretendió llevar esa participación al extremo de exigir para tales tratados la autorización de las Asambleas regionales. Más aún, conforme al art. 93 de la Constitución, se puede transferir el ejercicio de competencias autonómicas a una OI, sin contar con ellas.

Una última observación tiene que ver con el territorio de las Comunidades Autónomas de condición fronteriza o sujetas a reivindicación de otros Estados. La Constitución preceptúa que los Estatutos de Autonomía deben contener la delimitación del territorio de la Comunidad (art. 147.2.b). La misma Constitución establece que los tratados que afectan a la integridad territorial del Estado pueden ser concluidos con la sola autorización de las Cortes. ¿Ha de entenderse que esa autorización es también un mecanismo especial para modificar los Estatutos al margen de las previsiones de éstos para su reforma? De no ser así, la necesidad de alterar el Estatuto de acuerdo con los procedimientos estatutarios supondría aceptar una participación reforzada de los órganos representativos y de la población de la Comunidad Autónoma en los tratados que interesen a sus límites territoriales. Esta perspectiva constitucional es especialmente interesante en relación con las plazas de soberanía española en el norte de África, las *ciudades autónomas* de Ceuta y Melilla, reivindicadas por Marruecos. No faltan en el Derecho comparado ejemplos de sumisión de las modificaciones territoriales al consentimiento acumulado de los órganos centrales del Estado y de la Comunidad concretamente afectada (por ej., la Constitución austriaca) y el principio de la libre determinación de los pueblos avala este planteamiento (v. Cap. IV).

XLVII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS

197. Consideraciones generales

En el siglo XIX la práctica diplomática y parlamentaria de muchos países, incluida la española, consideró que el tratado, una vez concluido, era un hecho consumado, que obligaba al Estado y no podía ser fiscalizable judicialmente; todo lo más, podía dar lugar a la responsabilidad personal y política del Gobierno y de sus miembros. Asumía así una *concepción internacionalista* pura, según la cual el Derecho interno es irrelevante en el orden internacional, frente a la cual se alzarían *concepciones constitucionalistas* igualmente extremas.

Esta estampa se mantiene allí donde los ordenamientos estatales continúan ignorando el control judicial de la constitucionalidad de los tratados o, incluso, la prohíben expresamente (Constitución holandesa, art. 120), pero no donde el control ha sido instaurado. El Derecho comparado ofrece un amplio abanico de soluciones para determinar el órgano responsable del control y el momento en que se verifica. Hay controles concentrados en un órgano especial (el Tribunal Constitucional en Austria, Italia o en la R. F. de Alemania; el Consejo Constitucional en Francia) y controles difusos, en manos del juez ordinario (Estados Unidos). Hay controles preventivos (Francia) y controles reparadores, anteriores aquéllos, posteriores éstos a la conclusión del tratado.

La cobertura del control de constitucionalidad de los tratados es una de las novedades más llamativas de la Constitución española de 1978 y está igualmente presente en la mayor parte de las Repúblicas latinoamericanas

La conclusión de un tratado puede ser inconstitucional no sólo desde el punto de vista *intrínseco* o *material*, por la incompatibilidad de su contenido sustantivo con los preceptos constitucionales, sino también desde un punto de vista *extrínseco* o *formal*, ya sea por incompetencia o exceso de poder del órgano que manifestó el consentimiento o por vicios procesales en el *iter* formativo de la voluntad estatal (por ej., la conclusión sin autorización parlamentaria de un tratado que, según la Constitución, la requiera).

El control de la constitucionalidad *extrínseca* o *formal* de un tratado guarda estrecha relación con la fase *intermedia*, puesto que tiene por objeto el cumplimiento de las normas constitucionales que rigen su celebración. Sin embargo, es difícil concebir mecanismos que permitan verificar dicho control durante la propia fase *intermedia*, a menos que se asocien al control de la constitucionalidad *intrínseca* o *material* de un tratado. La inconstitucionalidad *intrínseca* de un tratado siempre arrastra su inconstitucionalidad *formal*.

198. *El control preventivo de constitucionalidad*

El afán por proteger los preceptos constitucionales debería conducir a todos los Estados a establecer controles preventivos de la constitucionalidad de los tratados, experimentables antes de que se proceda a la manifestación del consentimiento. Las ventajas del control preventivo son tales que hay países, como Alemania, donde no habiendo sido previstos por la Ley han sido introducidos por el TC a través de su jurisprudencia. El control preventivo responde a la doble finalidad de preservar la supremacía de la Constitución frente a los tratados y, por otra parte, evitar la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de éstos una vez estipulados, evitando las perturbaciones que una declaración de inconstitucionalidad *a posteriori* puede producir en el orden internacional.

El TC español ha señalado en este sentido, en su declaración 1/2002 relativa al TUE (1992), que el mecanismo de control preventivo previsto en el art. 95.2 de la Constitución (v. *infra*) permite “la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional”.

Hay países, como Holanda (art. 91 de la Constitución), que admiten la posibilidad de concluir un tratado contrario a la Constitución, siempre que se someta al procedimiento de la revisión constitucional.

En América Latina esta posición ha sido asumida por las Constituciones de Perú (art. 57) y de Honduras (art. 17), si bien en este país se prohíbe taxativamente la celebración de tratados que “lesionen la integridad territorial, la soberanía e independencia de la República”, advirtiendo a quien lo hiciera de ser perseguido por “traición a la Patria” (art. 19).

Más común es exigir la revisión constitucional previa a la conclusión de un tratado que la contradice (aunque siempre cabe la opción de renegociar el tratado o, en su caso, concluirlo con las *reservas* precisas para salvar la contradicción).

La Constitución de Colombia prevé expresamente que en el caso de que la inconstitucionalidad afecte a una o varias disposiciones de un tratado multilateral, el Presidente de la República puede manifestar el consentimiento formulando las correspondientes reservas (art. 240.10). Esta solución, que también contempla la Constitución de El Salvador (art. 145) y la Ley del TC de Bolivia (art. 115), debe considerarse aplicable en otros países cuyas constituciones o leyes callan al respecto, caso de España.

Inspirado en la Constitución francesa de 1958 (art. 54), el art. 95 de la Constitución española dispone en su num. 1 que la “celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, previendo en el num. 2 que “el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al TC para que declare si existe o no esa contradicción”.

En el caso de España debe tenerse en cuenta que en relación con los tratados del art. 93 el control previo puede también obtenerse por otra vía indirecta, a saber, la impugnación mediante el recurso de inconstitucionalidad de la ley orgánica de autorización del tratado (v. *infra*). Esta vía de control no cabe, en cambio, en el caso de tratados objeto de autorización parlamentaria con fundamento en el art. 94.1.

También las Constituciones de varios países latinoamericanos contemplan el control previo de la constitucionalidad de los tratados, sea por el TC (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador), sea por la Sala constitucional de la Corte o TS de Justicia (Costa Rica, Venezuela).

Aparentemente son las Constituciones de Colombia y de Ecuador las que van más lejos, exigiendo el control previo de *todos* los tratados internacionales (en el caso de Ecuador de todos los que requieren aprobación parlamentaria).

La Constitución colombiana dispone la remisión por el Gobierno a la Corte Constitucional de todos los tratados internacionales dentro de los seis días siguientes a la sanción de su ley de aprobación, precisando que no podrán ser ratificados si fueran declarados inconstitucionales; en el procedimiento ante la Corte cualquier ciudadano puede intervenir “para defender o impugnar su constitucionalidad” (art. 241.10).

La Constitución de Ecuador, por su parte, exige la solicitud de dictamen del TC —por el Presidente de la República— respecto de todo tratado sometido a intervención parlamentaria antes de que recaiga el correspondiente acto de aprobación, advirtiendo expresamente que la aprobación de un tratado contrario a la Constitución exige la previa reforma de ésta (arts. 162 y 277.5).

Someter todos —o casi todos— los tratados al control previo preceptivo de la Corte o TC concede a éste un poder probablemente excesivo y demora, a menudo sin razón justificada, la tramitación de la conclusión; no obstante, es la única vía segura para prevenir problemas de inconstitucionalidad *extrínseca* o *formal*.

En el caso de España no debe descartarse que la solicitud del Gobierno al TC sobre la constitucionalidad de un tratado no sometido a autorización parlamentaria (o que el Gobierno no tenga en principio intención de someter a las Cortes) pueda abarcar su calificación como tratado encuadrable en el art. 94.2 o en el art. 94.1 (ó 93). Por otra parte, el propio TC ha admitido que en el requerimiento se pueda pedir su pronunciamiento sobre el cauce de reforma de la Constitución (procedimiento ordinario —art. 167— o agravado —art. 168—), para el caso de que declare la incompatibilidad del tratado con la Ley Fundamental (declaraciones 1/92 y 1/2004).

La *declaración* del TC español, al igual que los pronunciamientos de los órganos de control constitucional de los países latinoamericanos mencionados (*declaración* en Bolivia, *dictamen* en Ecuador, *sentencia* en Chile) y los *dictámenes* del TJCE (v. *infra*), tienen carácter vinculante.

En España, se han presentado hasta la fecha dos requerimientos por el Gobierno con fundamento en el art. 95.2 de la Constitución. En el primer caso el TC tuvo que pronunciarse sobre la existencia o no de contradicción entre el art. 13.2 de la Constitución y el art. 8 B (actual art. 19) que el TUE (1992) introdujo en el TCE, en relación con la atribución del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a los ciudadanos de la UE que no sean nacionales españoles. En su declaración 1/1992 el TC afirmó que esta disposición era contraria al precepto constitucional, precisando —como requirió el Gobierno— que la reforma de la Constitución debía seguir el procedimiento ordinario (art. 167). El segundo requerimiento tuvo por objeto determinar la compatibilidad con la Constitución española del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (2004) y, en particular, de su art. I-6, que proclama la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho de los Estados miembros, y de la Carta de derechos fundamentales contenida en su parte II (concretamente sus arts. II-111 y II-112). En este caso el Tribunal descartó que las referidas disposiciones del *Tratado Constitucional* fueran contrarias a la Ley Fundamental. La declaración 1/2004 parte de una lectura del art. 93 de la Constitución más abierta que la que ofreció la declaración 1/1992, reconociendo que, junto a la dimensión “orgánico-procedimental”, este precepto presenta una dimensión “sustantiva”.

Es censurable la estrechez con que la mayor parte de los países regulan la legitimación activa para desatar el control de constitucionalidad, reducida en algunos casos al Ejecutivo (por ej., Bolivia y Ecuador) o al Ejecutivo y a las Cámaras (por ej., Chile, España, Venezuela).

En España, si el tratado está siendo tramitado en el Congreso, habrá de ser el pleno quien acuerde plantear el recurso previo de inconstitucionalidad; para ello será necesaria la iniciativa de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de los diputados (art. 157.1 de su Reglamento). En el Senado, en cambio, basta con que la iniciativa parta de un grupo parlamentario o de veinticinco senadores (art. 145 de su Reglamento). La intervención del TC implica en todo caso la interrupción automática de la tramitación parlamentaria (arts. 157 del Reglamento del Congreso y 147 del Reglamento del Senado).

Por otro lado, no será fácil para las Cámaras reclamar el control del Tribunal a menos que el Gobierno haya calificado el tratado como incurso en uno de los supuestos de los arts. 93 ó 94.1 y, en consecuencia, les haya remitido su texto antes de proceder a la manifestación del consentimiento.

En el caso de Chile, además del Presidente de la República y de las Cámaras, pueden requerir al Tribunal Constitucional una cuarta parte de los miembros de una Cámara (art. 82 de la Constitución). Por otra parte, los tratados que celebra el Presidente de la República sin necesidad de aprobación del Congreso están sometidos, al igual que el resto de los actos de la administración, al control de legalidad de la *Contraloría General de la República* (arts. 87-89 de la Constitución).

El control previo de la constitucionalidad de los tratados cuenta en todos los sistemas con límites temporales, tanto iniciales como finales.

En el caso de España la solicitud debe plantearse una vez finalizada la fase inicial de celebración del tratado —esto es, una vez que el texto esté definitivamente fijado— y antes de que se haya prestado el consentimiento del Estado en obligarse por él (art. 78.1 LOTC). En relación con el término inicial, esta fórmula resulta muy rígida si se compara con la prevista en la CE, en la que no es necesario esperar al término de la fase inicial para solicitar el dictamen del TJCE, pero más flexible que la de otros países en los se exige que se haya iniciado el trámite de autorización parlamentaria (Chile).

En cuanto al término final, aun cuando en España la LOTC admite el requerimiento ante el TC hasta tanto no se haya producido la prestación del consentimiento, no parece razonable que el control se verifique una vez recaída —cuando fuere exigible— la correspondiente autorización parlamentaria. En otros países este límite se sitúa precisamente en la aprobación del acto de autorización parlamentaria (Chile, Ecuador).

A pesar del tenor de la LOTC, los Reglamentos del Congreso y del Senado españoles (arts. 157 y 147, respectivamente) prevén de hecho que el requerimiento de las Cámaras al TC tenga lugar durante la tramitación parlamentaria del tratado.

El caso de Colombia es singular no sólo porque se someten al control previo de constitucionalidad todos los tratados, sino porque, además, dicho control debe producirse, como vimos, dentro de los seis días siguientes a la sanción de su ley de aprobación.

Huelga añadir que, cualquiera sea el límite final establecido, no debe haberse producido la estipulación definitiva del tratado, pues de ser así el guardián de la constitucionalidad podría declarar sin objeto la solicitud de un control *preventivo*.

Por último, el control previo no impide en algunos países, como España, que el tratado sea sometido a controles de constitucionalidad sucesivos, posteriores a la conclusión del tratado.

En España, la declaración del TC tiene valor de cosa juzgada en relación con la disposición o disposiciones convencionales consideradas, pero no impide el planteamiento ulterior de un *recurso de inconstitucionalidad* o de una *cuestión de inconstitucionalidad* en relación con otras disposiciones o con el procedimiento seguido para su conclusión (v. *infray* Cap. XVII). Debe tenerse en cuenta a este respecto que el mecanismo español de control previo sigue el modelo de *justicia rogada*, de manera que el TC no puede ampliar de oficio el objeto de control (las disposiciones del tratado consideradas), aunque sí los motivos de impugnación (la *causa petendi*).

La situación es distinta en Francia, donde el *Conseil Constitutionnel* procede al control de constitucionalidad del conjunto del tratado, lo que impide su cuestionamiento *a posteriori*. El alcance del control que realiza la *Cour* encuentra un claro reflejo en su decisión de 19 de noviembre de 2004 sobre el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*; tras examinar la constitucionalidad del conjunto del Tratado, la *Cour* concluyó —a diferencia del TC español en su declaración 1/2004—, que su ratificación por Francia requería la reforma de la Constitución (reforma verificada mediante la ley constitucional de 1 de marzo de 2005).

199. El control *a posteriori* de la constitucionalidad extrínseca

Aunque está claro que los controles han de ser preferiblemente previos al perfeccionamiento de los tratados, no siempre es posible que aseguren la constitucionalidad extrínseca; es incluso imposible cuando la inconstitucionalidad extrínseca se consuma, precisamente, con la conclusión del tratado. Sólo entregando al órgano de control constitucional la calificación de todos los tratados y la determinación de su tramitación podría lograrse, pero a un precio demasiado costoso (v. *supra*).

Por el contrario, los controles *reparadores* —allí donde existen— pueden operar en toda su extensión al servicio de la constitucionalidad extrínseca de los tratados (además de la constitucionalidad intrínseca); estos controles —en el caso de España, el *recurso de inconstitucionalidad* y la *cuestión de inconstitucionalidad*— serán examinados cuando consideremos la respuesta que los ordenamientos estatales dan a los posibles conflictos entre un tratado y el Derecho interno (v. Cap. XVII). Es obvio, en todo caso, que una declaración de inconstitucionalidad *intrínseca* o *material* habrá de comportar inevitablemente la inconstitucionalidad *extrínseca* o *formal* del tratado.

En a. de 1 de abril de 1991 el TC español consideró —para descartarla— la inconstitucionalidad extrínseca de un canje de notas hispano-alemán, por carecer de la intervención regia prevista en el art. 63.2 de la Constitución. Asimismo en la s. 155/2005, declaró la inconstitucionalidad de un decreto-ley y de una ley autorizando al Gobierno la conclusión de determinados tratados (por apartarse del procedimiento especial del art. 74.2 de la Constitución; v. *supra*).

Las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad serán también consideradas más adelante (v. Cap. XVII). Debemos, sin embargo, anticipar que los efectos se circunscriben al ámbito interno.

Ciertamente, la violación manifiesta de una regla interna de importancia fundamental relativa a la competencia para la estipulación de los tratados puede ser invocada por un Estado como vicio del consentimiento y conducir a la nulidad del tratado (art. 46.1 CV) y cabe argüir que la articulación de un control judicial de la constitucionalidad extrínseca de los tratados en el Derecho interno puede influir positivamente en el planteamiento de la causa de nulidad reconocida por el DI (v. Cap. XII).

Pero el DI se rige por sus propias reglas y no es seguro que los efectos de la decisión estatal vayan a ser endosados. Un órgano internacional no está sujeto a las conclusiones a las que hayan llegado los órganos del Estado invocante, si bien se interesará ciertamente por su comportamiento en cuanto determinante de la pérdida del derecho a invocar esta causa de nulidad (v. art. 45 de la CV), cuya apreciación queda sometida en la CV a un procedimiento contradictorio (v. Cap. XII).

Caso de no prosperar la invocación de la causa de nulidad, al Estado sólo le quedará la posibilidad, si quiere evitar el incumplimiento y la correspondiente responsabilidad internacional, de promover la enmienda o la terminación del tratado, en particular procediendo, si el tratado lo permite, a su denuncia (v. Cap. XII).

XLVIII. LA CONSULTA POPULAR

200. El control directo en la conclusión de tratados de particular relevancia

Histórica y doctrinalmente el control directo, mediante consulta popular o referendo, de la conclusión de los tratados ha sido objetado arguyendo la falta de preparación del pueblo para expresar un juicio responsable sobre temas delicados, los inconvenientes de pechar con una opinión pública dividida, incluso manipulada, a la que no puede llegar toda la información, el retraso en la conclusión del tratado... Pero estas objeciones, de ser atendidas, no son exclusivamente aplicables al empleo del referendo sobre actos internacionales y, en todo caso, conducen, más que a excluirlo, a reservarlo para casos excepcionales. De hecho, en los últimos años el recurso al referendo para la conclusión de tratados ha sido relativamente frecuente.

El recurso al referendo es particularmente creciente en el marco del proceso de integración europea, aunque considerados los resultados en algunos países ha servido, más que a la integración, a la desintegración. En 1972 la adhesión a la CE fue sometida al veredicto popular en Dinamarca, Irlanda y Noruega (con resultado negativo en el caso noruego). En 1975 Gran Bretaña, cuya tradición era contraria a este tipo de consultas, celebró una para decidir sobre la permanencia en las Comunidades. En 1994 la adhesión de Austria se sometió a referendo, al tiempo que en Noruega se vivía una nueva consulta con resultado igualmente negativo. Asimismo

se celebraron referendos en Suecia y Finlandia y, más adelante, en Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Lituania y República Checa.

En cuanto a los Tratados de revisión, pocos fueron los europeos que acudieron a las urnas para opinar sobre el Acta Única Europea (los daneses en 1986), el TUE (franceses, irlandeses y daneses, estos últimos en dos ocasiones, en 1992 y 1993), el Tratado de Amsterdam (una vez más los daneses) y el Tratado de Niza (los irlandeses fueron consultados dos veces, en 2001 y 2002). Sin embargo, para la ratificación del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* se previó la celebración de referendos en al menos diez Estados miembros (en España se celebró el 29 de febrero de 2005); pero el *no* en Francia y en los Países Bajos ha dejado en suspenso su convocatoria en algunos de ellos (por ej. Gran Bretaña).

Son pocas las Constituciones que regulen expresamente el recurso al referendo en la conclusión de tratados, interpretándose que es aplicable el régimen general de las consultas populares facultativas. Por otra parte, entre las que contienen disposiciones al respecto hay, a su vez, variantes. La Constitución helvética es, seguramente, la que ofrece una regulación más minuciosa y progresiva. También es interesante la evolución constitucional experimentada en Francia.

En Suiza, la adhesión a Organizaciones de seguridad colectiva y a comunidades supranacionales ha de someterse necesariamente al voto del pueblo y de los cantones. Por otra parte, ocho de éstos o, alternativamente, cincuenta mil ciudadanos pueden forzar un referendo en relación con la conclusión de tratados de adhesión a otras OI, de duración indeterminada y no denunciabiles o que entrañen “una unificación multilateral del Derecho”, así como de cualquier otra clase convenida por las dos Cámaras de la Asamblea Federal (arts. 140 y 141 de la Constitución de 1999).

En 1986, los ciudadanos helvéticos manifestaron su preferencia por mantener a la Confederación fuera de la NU y, en 1992, por no concluir el Tratado constitutivo del *Espacio Económico Europeo*. Sin embargo, en 2002 se pronunciaron finalmente a favor de su ingreso en NU, que se formalizó ese mismo año.

La Constitución francesa (1958), por su parte, facultaba —y faculta— al Presidente de la República para, a propuesta del Gobierno o de las dos Cámaras, someter a referéndum todo proyecto de ley de autorización de la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pueda incidir sobre el funcionamiento de las instituciones (art. 11). Con base en esta previsión los franceses tuvieron la oportunidad de decir *no* en 2005 al *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Con ocasión del debate sobre la ratificación de este Tratado, se procedió a una reforma de la Constitución (nuevo art. 88.5) a fin de hacer preceptivo el referéndum para la conclusión de futuros tratados de adhesión de nuevos miembros a la UE (con exclusión de Bulgaria y Rumania). La mirada estaba puesta en Turquía, cuya adhesión a la Unión no cuenta, hoy por hoy, con suficiente respaldo popular en Francia (y no sólo en Francia).

En Europa, otras Constituciones conciben el referendo como una vía alternativa —o subsidiaria— para —si la consulta es positiva— permitir la conclusión de tratados de particular importancia que no han alcanzado en los Parlamentos nacionales la requerida mayoría reforzada.

Es el caso de la Constitución de Dinamarca (1953) que, en relación con los tratados de transferencia de competencias a una OI, prevé una aprobación por referéndum si en el *Folketing* se ha alcanzado la mayoría necesaria para la aprobación de los proyectos de ley ordinarios pero no se ha llegado a los cinco sextos de sus miembros (art. 20.2).

También encontramos Constituciones en América Latina que regulan el referéndum en la conclusión de tratados, ya sea para excluirlo expresamente (Colombia, Paraguay), ya para exigir su convocatoria en ciertos casos (Panamá).

La Constitución de Panamá dispone, en efecto, que los tratados relativos al Canal deben ser sometidos a referendo nacional, que no podrá celebrarse antes de los tres meses siguientes a su aprobación legislativa (art. 319). En 1977 los panameños se pronunciaron sobre el tratado con los Estados Unidos relativo a la retrocesión de soberanía del Canal de Panamá.

La Constitución española de 1978, al igual que las precedentes, no cuenta con preceptos sobre el papel del referéndum en la conclusión de tratados. No obstante, su art. 92 dispone que el Rey podrá, a propuesta del Presidente del Gobierno previamente autorizado por el Congreso, someter a referéndum consultivo las decisiones políticas de especial trascendencia. Se trata de un referéndum facultativo cuyo resultado no es jurídicamente vinculante. Y nada impide en términos constitucionales que la decisión afecte a la política exterior, pues ninguna materia ha sido excluida de antemano. En la medida, pues, que la conclusión de un tratado se considere decisión política de especial importancia, el art. 92 es aplicable. La caracterización previa de una decisión como *de especial importancia* carece de interés práctico; lo será cualquier decisión que el Presidente del Gobierno, con el beneplácito del Congreso, considere oportuno someter a consulta popular.

La iniciativa corresponde exclusivamente al Presidente del Gobierno cuyo juicio de oportunidad no puede ser sustituido por el de ningún órgano. Las Cortes tan sólo pueden en principio servirse de sus medios políticos para solicitar del Presidente del Gobierno el ejercicio de su iniciativa. Ahora bien, podrían condicionar la autorización para concluir un tratado a la convocatoria y resultado de una consulta popular. No obstante, dado que habrían de pronunciarse por mayoría, las expectativas de éxito de las propuestas que se hicieran en este sentido son escasas.

La adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte en 1981 y la promesa reiterada del Partido Socialista y de sus portavoces parlamentarios, entonces en la oposición, de someter la permanencia a referéndum, finalmente satisfecha en 1986 cuando ocupaban el poder, brindaron a esta institución una ocasión histórica para ser aplicada a una decisión de política exterior. Posteriormente, sólo la ratificación del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* ha sido sometida a referéndum. Los españoles dijeron sí.

También las Constituciones de Ecuador y de Guatemala prevén la celebración de consultas populares respecto de decisiones políticas de especial trascendencia, entre las que cabe igualmente incluir la conclusión de determinados tratados internacionales.

La Constitución de Guatemala dispone que tales decisiones “deberán ser sometidas” a procedimiento consultivo (art. 173). La Constitución de Ecuador precisa, por su parte, que el resultado de la consulta es obligatorio (arts. 103 y 104.2).

Por último, no hemos de olvidar que en los supuestos en que la celebración de un tratado requiera la previa reforma de la Constitución, por ser contrario a sus disposiciones, dicha reforma puede exigir la convocatoria de un referendo.

En el caso de España, si la reforma sigue el procedimiento ordinario (art. 167 de la Constitución) será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación parlamentaria, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras. De seguirse el procedimiento agravado (art. 168) procederá en todo caso la convocatoria de referéndum.

XLIX. LA FASE INTERMEDIA EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

201. *En general*

La capacidad para obligarse internacionalmente de las OI, así como las peculiaridades del proceso de formación de los tratados por ellas celebrados, ya han sido objeto de consideración (v. Cap. IX). Nos ocuparemos ahora de la fase *intermedia* en dicho proceso.

La manifestación del consentimiento de una OI en obligarse por un tratado es decidida por el órgano al que su tratado constitutivo le atribuye dicha competencia, siguiendo el procedimiento previsto al efecto en él o en las normas internas adoptadas por la propia Organización. La ausencia de un modelo institucional común a las distintas Organizaciones y la diversidad de las competencias atribuidas a cada una, así como de los procedimientos decisorios aplicables en su seno, impiden formular reglas generales en la materia.

202. *En Organizaciones de integración*

En el caso de la CE la *conclusión* o *estipulación definitiva* de un tratado es decidida por el Consejo. El acto por el que el Consejo *aprueba* el acuerdo en nombre de la Comunidad toma normalmente la forma de *decisión* y es adoptado, a propuesta de la Comisión, con arreglo a la misma regla de mayoría (mayoría cualificada o unanimidad) aplicable para la adopción de normas internas (Reglamentos, Directivas, Decisiones) en la materia objeto del acuerdo (art. 300 TCE). Pero, a diferencia de lo que sucede en otras Organizaciones de integración, el TCE incorpora un modelo de intervención parlamentaria en buena medida comparable con el que consagran los sistemas constitucionales de algunos Estados miembros. En efecto, su artículo 300 dispone como regla general que, antes de adoptar su decisión, el Consejo debe consultar al PE (*consulta simple*, no vinculante), exigiendo su *dictamen conforme*, esto es, su autorización (vinculante), para determinadas categorías de acuerdos.

La intervención del PE en la celebración de acuerdos por la CE con terceros países u organizaciones se explica por su amplia capacidad convencional (v. Cap. VIII) y es pareja a su participación en el proceso legislativo comunitario. De hecho, el alcance de dicha intervención ha progresado a lo largo del proceso de integración europea, plasmándose en sucesivos tratados de revisión del TCE que, simultáneamente, han ido reforzando el papel del PE en la aprobación de las normas de Derecho derivado.

La lista de tratados para los que se requiere el *dictamen conforme* —esto es, la autorización previa— del PE presenta también similitudes con las de las Constituciones estatales, en particular con la española. Pero se aparta de ellas al exigir

la aplicación del mecanismo de *consulta simple* (dictamen preceptivo, pero no vinculante) para el resto de los acuerdos internacionales que celebre la CE, excepción hecha —sin que se sepa muy bien por qué— de los acuerdos comerciales. Merece también destacarse el esfuerzo realizado en la práctica por las instituciones comunitarias a fin de procurar al PE un papel en las fases anteriores a la estipulación definitiva.

Los acuerdos para los que el TCE (art. 300) requiere el *dictamen conforme* del PE son los que crean un marco institucional específico al organizar procedimientos de cooperación, los que tienen implicaciones presupuestarias importantes para la CE y los que implican la modificación de un acto comunitario aprobado por el procedimiento legislativo de *codecisión* entre el Consejo y el Parlamento, amén de los *acuerdos de asociación* con terceros países (previstos en el art. 310 del TCE) en relación con los cuales el PE ha podido hacer (en virtud del llamado procedimiento *Luns I*, 1964) un seguimiento antes, en y después de su negociación, gracias a los contactos previstos con la Comisión. Por lo que se refiere a los acuerdos comerciales (que el art. 300 TCE no somete a intervención parlamentaria) cabe decir que antes de la apertura de las negociaciones puede celebrarse un debate parlamentario y que una vez terminadas se presenta un informe confidencial a la correspondiente Comisión del PE y, luego, tras la autenticación del acuerdo, un información oficial de su contenido del Consejo al Parlamento (procedimiento *Luns II* o *Luns-Westerterp*, de 1973). De entrar en vigor el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (2004) los acuerdos comerciales se someterían al régimen de *consulta simple*. Este tratado, si bien extiende el procedimiento del art. 300 TCE a los acuerdos que celebre la UE en el ámbito de la *Política Exterior y de Seguridad Común*, no contempla para tales acuerdos la intervención del Parlamento, un déficit lamentable desde el punto de vista del control democrático.

Tratándose de *acuerdos mixtos* (v. Cap. VIII) se requiere la conclusión del acuerdo tanto por la CE como por los Estados miembros, resultando de aplicación, en consecuencia, los propios procedimientos constitucionales de los Estados miembros y el procedimiento comunitario previsto en el art. 300 TCE.

En orden al control de constitucionalidad cabe observar que el art. 300.5 del TCE dispone —a semejanza del art. 95.1 de la Constitución española— que la celebración de un acuerdo contrario a las disposiciones del TCE requiere la previa revisión de éste. Por otra parte, el num. 6 del precepto prevé la posibilidad de solicitar un dictamen del TJCE sobre la compatibilidad de un acuerdo previsto con las disposiciones del Tratado, control que puede ser promovido por el Consejo, la Comisión o un Estado miembro.

El TJCE ha sido requerido en numerosas ocasiones sobre esta base, habiendo declarado en alguna ocasión la incompatibilidad material del acuerdo proyectado con el Tratado constitutivo (por ej., dictamen 1/91 relativo al *Proyecto de acuerdo sobre la creación del espacio Económico Europeo*, que dio lugar a la reapertura de las negociaciones con los países de la AELC). Pero la mayoría de los dictámenes solicitados han tenido por objeto determinar la existencia o el alcance de la competencia comunitaria para celebrar el acuerdo. Así, por ej., en el dictamen 1/94, el TJCE tuvo que pronunciarse sobre la existencia o no de competencia exclusiva de la CE para celebrar el *Acuerdo por el que se establece la OMC*, concluyendo —en contra de la posición sostenida por la Comisión— que el acuerdo incidía tanto en ámbitos de competencias de la Comunidad como de los Estados miembros y que, consecuentemente, debía ser celebrado en forma de acuerdo *mixto*.

Por lo que se refiere al momento a partir del cual puede solicitarse el dictamen, no es necesario esperar a que el texto del acuerdo haya sido adoptado (dictamen 1/75, *sóbre la Competencia de la CE para concluir el acuerdo de la OCDE relativo a una Norma sobre Gastos Locales*), ni siquiera a que se hayan iniciado las negociaciones (dictamen 2/94 relativo a la *Adhesión de la Comunidad al Convenio de Roma de 1950 sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*), siempre que el objeto del acuerdo previsto sea claro. Naturalmente, para que este control preventivo opere es preciso que el acuerdo no haya sido concluido todavía (dictamen 3/94, relativo al *Acuerdo marco GATT-OMC sobre los plátanos*).

Sobre los acuerdos concluidos caben, eso sí, los controles reparadores (v. Cap. XVII). En este sentido el TJCE también ha sido llamado a pronunciarse sobre la incompatibilidad con el TCE, no sólo por motivos sustantivos sino también formales, de acuerdos ya concluidos por la Comunidad. Así, por ej., mediante s. de 9 de agosto de 1994 el TJCE estimó el recurso de anulación interpuesto por Francia contra un Acuerdo sobre Derecho de la competencia con Estados Unidos por haber sido concluido por la Comisión (en lugar del Consejo, como prescribe el art. 300 del TCE).

Cabe esperar que otras Organizaciones de integración, como el Mercosur o la Comunidad Andina, sigan la misma senda en el futuro. En el caso del Mercosur la conclusión de tratados con terceros países u Organizaciones es decidida en la actualidad por el Consejo del Mercado Común.

En el caso de los *acuerdos mixtos* celebrados por Mercosur (por ej., el Acuerdo Marco de Cooperación Interregional de 1995 con la CE) también se requiere, naturalmente, la verificación de los correspondientes trámites constitucionales por sus Estados miembros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Además de biblio. general sobre tratados (Cap. VIII), puede consultarse:

1. Por lo que se refiere a la fase intermedia en la celebración de los tratados en general: A. Cassese (ed.), *Parliamentary Control over Foreign Policy Legal Essays*, Alphen a.d. Rijn, 1980; *id.*, "Modern Constitutions and IL", *R. des C.*, 1985, t. 192, 331. Para un recorrido por la práctica constitucional de algunos Estados (incluidos, entre otros países, Alemania, Austria, Chile, Colombia, EE.UU., Francia, México, Países Bajos, Reino Unido, Suiza): F.M. S.A. Riesenfeld y F.M. Abbott (eds.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties. A Comparative Study*, Dordrecht, 1993; M. Leigh, M.R. Blakeslee y L.B. Ederington (eds.), *National Treaty Law and Practice*, Washington, 3 v., 1995, 1999 y 2003, y biblio. cit. en ellos.

2. En cuanto a la intervención parlamentaria en España, para el período anterior a la promulgación de la Constitución de 1978: J. Rodríguez Zapata, *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Zaragoza, 1976; F. Fernández-Miranda, *El control parlamentario de la política exterior en el Derecho español*, Madrid, 1977; A. Remiro, *Las Cortes y la política exterior española (1942-76)*, Valladolid, 1977; L. Martínez Sanseroni, "Contribución al estudio del proceso de formación de la voluntad del Estado español en el orden convencional internacional", *RFDUC*, 1973, 525.

3. Sobre los aspectos internacionalmente relevantes de la Constitución de 1978, en lengua española: A. Remiro, *La acción exterior del Estado*, Madrid, 1984; J. Roldán, *Las relaciones exteriores de España*, Madrid, 2001; J.A. Tomás, "El DI público en la Constitución española de 1978", en *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, 1978, v. II, 163; J. Juste, "El DI público en la Constitución española de 1978", en *Est. sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, 1980, 175; A. Mangas, "Cuestiones de DI público en la Constitución española de 1978", *RFDUC*, 1980, 143; A.J. Rodríguez Carrión, "Regulación de la actividad internacional del Estado en la Constitución", *Rev. Der. Político*, 1982, 95; A. Remiro, "La Constitución y el DI", en E. Álvarez Conde (ed.), *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española*, Madrid, 1998, 251. **En otras lenguas:** A. Remiro, "Il DI e la Costituzione", en G. Vergottini (ed.), *Una Costituzione democratica per la Spagna*, Milán, 1978, 263; A.F. Panzera, "La Costituzione spagnola del 1978 e il DI", *RDI*, 1979, 340.

Hay trabajos que se centran directamente en la intervención parlamentaria en toda su amplitud: A. Remiro, "Comentario a los arts. 93 y 94 de la Constitución", en O. Alzaga (ed.), *Comentarios a las*

Leyes Políticas. Constitución española de 1978, Madrid, 1985, v. VII (2ª ed., 1998, 506); J.J. Lavilla, "Enmiendas en la tramitación parlamentaria de los tratados internacionales", en MAE, *La celebración de tratados internacionales por España; problemas actuales*, Madrid, 1990, 108; J. Puente, "La participación de las Cortes Generales en el proceso de conclusión de acuerdos internacionales", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 609; F. Dorado, "La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales", *Rev. Cortes Generales*, n° 42, 1997, 35; C. Izquierdo, "Parliamentary Procedure in the Conclusion of International Treaties in Spain", *SYIL*, 1997, 1; *id.*, "Intervención parlamentaria en la celebración de tratados internacionales en España", *REEL*, n° 4, 2002; J.M. Roca, "El control parlamentario y constitucional del poder exterior. Estudio comparado del estado actual de la cuestión en el Derecho alemán y español", *REDC*, n° 56, 1999. Otros se refieren a aspectos concretos de la misma: A. Remiro, "La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales: el problema de la calificación", *REDI*, 1980, 123; F. Santaolalla, "La ley y la autorización de las Cortes a los tratados internacionales", *Rev. Der. Político*, 1981, 29; R. Riquelme, "La tramitación de los tratados internacionales y el reglamento del Congreso de los Diputados de 1982", *REDI*, 1982, 409; J. Cardona, "La autorización parlamentaria de los tratados: los primeros seis años de práctica constitucional", *ADI*, 1983-1984, 113; J. Martín Queralt, "Competencias de las Cortes Generales en la conclusión de tratados internacionales que se refieren a la Hacienda Pública", en *Funciones financieras de las Cortes Generales*, Madrid, 1985, 451; A. Dastis, "La noción de tratados que implican obligaciones financieras para la Hacienda Pública", *REDI*, 1986, 135; A. Martínez Lafuente, "Los tratados internacionales y la Hacienda Pública", en *Las Cortes Generales*, Madrid, 1987, v. VIII, 1637; E. Orihuela, "De la práctica española en el trámite de los tratados constitutivos de OI de ayuda al desarrollo", *REDI*, 1991, 375; M. Herrero de Miñón, "Constitución española y UE. Comentarios al art. 93 de la CE", *Rev. Cortes Generales*, n° 26, 1992, 7; P. Andrés, "Los tratados y la extradición en Derecho español (Reflexiones en torno a los papeles de Laos)", *REDI*, 1995, 131. V. tb. Biblio. Cap. XVII.

4. Acerca de los Estados de estructura compleja: v. biblio. Cap. VIII (capacidad para celebrar tratados y acción exterior de los entes infraestatales) y Cap. IX (Estados de estructura compleja y formación de tratados).

5. En relación con el control de constitucionalidad de los tratados en España: en biblio. más reciente destaca la obra de I. Gómez Fernández, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el DI*, Valencia, 2005; M.L. Espada, "El control interno de los tratados internacionales", *REDI*, 1980, 9; A. Remiro, "La constitucionalidad de los tratados internacionales y su control por el Tribunal Constitucional", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, v. III, 2229; *id.*, "Comentario al art. 95 de la Constitución", en O. Alzaga (ed.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, cit., v. VII (2ª ed., 1998, 593); J. Rodríguez Zapata, "Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad", en *El Tribunal Constitucional*, cit., v. III, 2361; F. Rubio, "El bloque constitucional", *Hom. E. García de Enterría*, Madrid, 1991, v. I, 3; *id.*, "La Constitución española y el Tratado de Maastricht", *REDC*, n° 36, 1992, 253; L.I. Sánchez Rodríguez, "El art. 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: Algunos problemas", *Hom. E. García de Enterría*, cit., 219; A. Mangas, "La declaración del TC sobre el art. 13.2 de la Constitución...", *REDI*, 1992, 419; *id.*, "Incidencia del proyecto de Tratado Constitucional europeo sobre la Constitución española", *Hom. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, 947; A. Fernández Tomás, "La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española", *Hom. M. Díez de Velasco*, cit., 341; A.S. de Vega, "Sobre el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales", *Rev. Cortes Generales*, 1993, 21; M. Aragón, "La Constitución española y el Tratado de la UE: la reforma de la Constitución", *REDC*, n° 42, 1994, 9; P. Pérez Tremps, "Artículo 78", en *Comentarios a la LOTC*, Madrid, 2001; J.M. Areilza, "La inserción de España en la nueva UE: la relación entre la Constitución española y el Tratado Constitucional (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004)", *REDC*, n° 73, 2005, 365; F. Díez Moreno, "Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa", *La Ley*, 2005, 1515; I. Gómez Fernández, "La Constitución española 'frente' al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad

y la conveniencia de una reforma constitucional”, *REDE*, nº 14, 2005, 297; G.C. Rodríguez Iglesias, “No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional”, *RDCE*, nº 20, 2005, 5.

6. En cuanto al control previo de los tratados en el Derecho comparado: A. Castagno, *Control previo de los tratados internacionales*, Buenos Aires, 1999; y, V. Bazán, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de Derecho comparado*, México, 2003.

7. Acerca del referéndum y la conclusión de tratados en España: A. Remiro, *La acción exterior*, cit., 84; A. Mangas, “El referéndum sobre la OTAN y la denuncia del Tratado del Atlántico Norte”, *REDI*, 1984, 651; M. Pulido, “La Constitución europea y su referéndum: a propósito del dictamen del Consejo de Estado”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 645, 1; J.L. López González, “El referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia: reflexiones desde el principio democrático en relación al referéndum sobre la Constitución europea”, *Rev. Der. Político*, nº 65, 2006, 231.

8. En cuanto a la fase intermedia de la celebración de acuerdos internacionales por parte de la CE, en lengua española: M. Robles, *El control de la política exterior por el Parlamento Europeo*, Madrid, 1994; B. Cerro, “El dictamen conforme del Parlamento Europeo y la política exterior comunitaria: La problemática del art. 238”, *RJE*, 1989, 401; M. Palomares Amat, “El procedimiento de celebración de los acuerdos internacionales de las CCEE”, *GJ*, D-30, 1999, 59; J. Laso, “Acuerdos con implicaciones financieras importantes: problemas de calificación...”, *RDCE*, nº 7, 2000, 209. **En otras lenguas:** J.V. Louis, “Le rôle du Parlement européen dans l’élaboration et la conclusion des accords internationaux et des traités d’adhésion”, *Liber amicorum F. Dumon*, Amberes, 1983, 1153; W. Nicoll, “Les procédures Luns/Westerterp pour l’information du Parlement européen”, *RMC*, sept./oct. 1986, 475; R. Gosalbo, “The International Powers of the European Parliament, the Democratic Deficit and the Treaty on EU”, *YEL*, 1992, 85.

9. En cuanto al control de la constitucionalidad por el TJCE de los acuerdos celebrados por la CE, en lengua española: J. Díez-Hochleitner, *La posición del DI en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998; F. Castillo de la Torre, *El control judicial de los acuerdos internacionales de la CE*, Madrid, 2001; J.M. Sobrino, “El control de los acuerdos internacionales por el TJCE”, *Cur. DI Vitoria* 1992, 83; M. Díez de Velasco, “La competencia consultiva del TJCE”, en G.C. Rodríguez Iglesias y D.J. Liñán (eds.), *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, 573. **En otras lenguas:** R. Kovar, “La compétence consultative de la Cour de justice et la conclusion des accords internationaux par la CEE”, *Mélanges P. Reuter*, París, 1981, 357; M. Díez de Velasco, “La compétence consultative de la Cour de justice des CCEE”, *Liber amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden, 1987, 177; di Bucci, “Opinions under Article 228(6) of the EC Treaty”, en R. Plender (ed.), *European Courts Practice and Precedents*, Londres, 1997, 820; Karagiannis, “L’expression ‘accord envisagé’ dans l’article 228.6 du traité CE”, *CDE*, 1998, 105; A. de Walsche, “Le contrôle juridictionnel des accords internationaux”, en J.V. Louis y M. Dony (eds.), *Commentaire J. Mégret*, Bruselas, 2005, v. 12, 141.

Capítulo XI

La participación en los Tratados multilaterales

L. CONSIDERACIONES GENERALES

203. Planteamiento

Entre las diversas clasificaciones que pueden hacerse de los tratados la más significativa es la que teniendo en cuenta el número de partes los distingue en *bilaterales* y *multilaterales*, desdoblándose éstos en *generales* y *restringidos* y/o *abiertos* y *cerrados*, según su vocación de atraer o no la participación de todos los Estados del mundo (o de una determinada región) y los métodos para servir este fin. Estas distinciones se proyectan en un buen número de disposiciones de las CV de 1969 y 1986, desde las relativas a la formación del tratado a las de su revisión e, incluso, interesan al procedimiento de verificación de determinadas causas de terminación o suspensión de los tratados (v. Caps. IX y XII). Ahora se trata de considerar las medidas para fomentar la participación en los tratados multilaterales, especialmente los generales y/o abiertos, que aspiran a tener un valor normativo para todos los sujetos de un espacio, universal o regional.

Teniendo en cuenta la ausencia de un poder *legislativo* en la sociedad internacional y el efecto *relativo* de los tratados, que obligan sólo a las partes, se entiende que la suerte de un tratado que pretende regular las relaciones entre un amplio número de Estados depende de la participación efectiva de éstos y que, por eso mismo, sus negociadores estén muy interesados en que el tratado incluya cláusulas que faciliten dicha participación. A este propósito responde la configuración de *cláusulas abiertas* (invitaciones más o menos generalizadas) a la manifestación del consentimiento. Pero la extensión de estas cláusulas en beneficio de sujetos no estatales y la afirmación de que, al margen de ellas, los Estados gozarían de un *derecho* a ser partes en los tratados multilaterales generales, con base en el principio de igualdad soberana, han sido polémicas.

Para fomentar la participación los negociadores han ideado y convenido estipulaciones escapatorias o de modulación del contenido del tratado. Cláusulas *facultativas*, de *exclusión*, de *excepción* y *restrictivas*, cláusulas que permiten la *opción* entre distintas disposiciones del tratado o su *modificación* en las relaciones entre sólo algunos contratantes mediante acuerdos *complementarios* o *bilateralizados*... aparecen solas o combinadas, al extremo que en ocasiones resulta difícil delimitarlas e,

incluso, inventariarlas pues —como dijo M. Virally— “la imaginación de los juristas y diplomáticos en este ámbito ha demostrado ser ilimitada”.

Al margen de estas cláusulas, el Derecho de los Tratados cuenta con instituciones típicas ideadas con la misma finalidad. La *reserva* es, entre otras posibles, la técnica flexibilizadora por excelencia. Se ha dicho (G. Droz) que mientras las cláusulas de *modulación* previstas en un tratado son un *remedio terapéutico* que lo adapta a necesidades específicas pactadas de antemano, la *reserva* es un *procedimiento quirúrgico* que cercena el tratado en función de las exigencias e intereses de su autor.

La institución de la *reserva* merecerá atención especial tanto por contar con reglas específicas en las CV como por su alta complejidad técnica, causante de múltiples dificultades y contradicciones en la práctica. Sintomático al efecto es que la CDI (con el beneplácito de la AG, res. 48/31, de 1993) retomara esta cuestión en su programa de trabajo, a fin de clarificar su regulación. Para ello se acordó la adopción de una *Guía de la práctica* con formato de proyecto de artículos (denominados “directrices”) que, sin enmendar las CV, colme sus lagunas y elimine sus ambigüedades.

Las *declaraciones interpretativas*, cuya definición y régimen jurídico no son contemplados en las CV, son una figura colindante conceptualmente y endiabladamente imbricada en la práctica con las reservas. La distinción entre unas y otras ha ocupado una parte no despreciable de los trabajos de la CDI, buena guía para su estudio, como también lo son para la consideración de las cláusulas negociadas de *modulación del contenido obligacional de los tratados*, ya mencionadas.

Por supuesto que pueden articularse otras medidas para fomentar la participación en los tratados multilaterales. Recordemos la fiscalización a la que se somete la inacción de los sujetos llamados a ser partes en los tratados auspiciados por ciertas OI, como la OIT (v. Cap. IX); o, en el ámbito de las NU, las resoluciones de incitación a la participación respecto de los tratados codificadores, aprobadas regular y reiteradamente por la AG, a las que, desde que comenzó el nuevo milenio, ha seguido la práctica del Secretario General, en su función de depositario, de organizar campañas promocionales de instrumentos modulares para el desarrollo de las relaciones internacionales: en 2000, urgiendo la participación en los tratados que plasman los objetivos de la Carta y los valores fundamentales de la Organización, en 2001 los que versan sobre los derechos de la mujer y del niño, en 2002 los relativos al desarrollo sostenible, en 2003, sobre el terrorismo y el crimen organizado, en 2004 sobre la protección de la población civil... Como puede advertirse en estos listados siempre han ocupado un lugar destacado los tratados relativos a los derechos humanos y al DI Humanitario.

El afán por ensanchar el círculo de contratantes puede acabar, sin embargo, poniendo a prueba la satisfacción del objetivo normativo general perseguido, pues los métodos adoptados para favorecer la universalidad arriesgan provocar una asimetría y fragmentación de obligaciones y, como consecuencia, la disipación de la norma.

La cuestión de la participación se plantea en términos distintos cuando afecta a tratados *multilaterales restringidos*, dada la importancia que para cada uno de

los participantes en ellos tiene tanto la identidad de los demás como la fijación del contenido del tratado. De ahí que, en este supuesto, la participación se circunscriba a Estados *eo nomine* o a procedimientos de invitación formal adoptados por unanimidad (por ej., art. 10 del Tratado del Atlántico Norte, 1949) y que las reservas, o no se permitan o se sometan a un régimen especial (v. *infra*).

La CV sobre sucesión de Estados en materia de tratados (1978) considera que un tratado multilateral no tiene carácter abierto cuando: 1) la aplicación del tratado respecto del nuevo Estado sería incompatible con su objeto y fin o cambiara radicalmente las condiciones de su ejecución (art. 17.2) ó, 2) en virtud de sus estipulaciones o por razón del número reducido de Estados negociadores y del objeto y fin del tratado deba entenderse que la participación de cualquier otro Estado requiere el consentimiento de todas las partes (art. 17.3).

II. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

204. Las cláusulas abiertas [*Cláusula todos los Estados*]

En relación con los *Estados* la participación universal sobre bases no discriminatorias está dentro de la lógica de los tratados multilaterales generales. El discurso no ha de ser distinto en un plano regional respecto de tratados que, en ese ámbito, tienen condición de *generales*.

Esta *universalidad* puede propiciarse mediante la inclusión de *cláusulas abiertas* a la participación de todos los Estados (por ej., arts. 25.1 de la Convención de NU contra la tortura, 1984, y 21.1 de la Convención Interamericana contra el terrorismo, 2001, abierta a todos los Estados miembros de la OEA). Yendo más lejos, se ha sostenido un *derecho* de participación con independencia de cláusula convencional que así lo disponga.

La práctica convencional de los años de la guerra fría puso de relieve la competición entre los partidarios de *cláusulas abiertas* (los países socialistas y un buen número de países No Alineados), que trataban de impulsar con ellas el reconocimiento y consolidación de sujetos, como la R.D. Alemana, Corea del Norte o Vietnam del Norte, y los que, para impedirlo, se oponían a ellas (la mayoría de los países occidentales). La *cláusula todos los Estados* o *fórmula de Moscú* (combinada con la figura del depositario estatal múltiple, v. Cap. IX) fue incluida en el tratado sobre prohibición de pruebas con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y sobre el agua (1963) y, después, en los tratados multilaterales en materia de desarme y espacio ultraterrestre. Simultáneamente, los convenios codificadores adoptados en aquellas fechas por NU (las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar, 1958, los Pactos Internacionales sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales, 1966, y las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 1961, Consulares, 1963, y Misiones Especiales, 1968) siguieron la denominada *fórmula de Viena*, de *lista*, progresivamente ampliada, e *invitación* por la AG. A ella recurrió la misma Convención sobre el Derecho de los Tratados, 1969 (arts. 81 y 83), si bien la Conferencia de Viena añadió una *Declaración política* incluida en el Acta Final en la que, tras manifestar que "los tratados multilaterales relativos a la codificación y desarrollo progresivo del DI o cuyo objeto y fin interesan a la comunidad internacional en su conjunto *deberían* estar abiertos a la participación universal", recomienda a la Asamblea que examine la cuestión del envío de invitaciones "de manera que se asegure la participación más amplia posible".

Una vez superadas las descalificaciones recíprocas de la *guerra fría*, la cláusula *todos los Estados* se ha impuesto como un componente normal en los tratados multilaterales generales. La AGNU abrió a *todos los Estados* tratados que habían adoptado la *fórmula de Viena* y hoy se presume que la cláusula está implícita en los tratados multilaterales generales que no se pronuncian al respecto.

Esta circunstancia ha alimentado el movimiento, sustentado ya durante la *guerra fría* por los países socialistas y No Alineados, reivindicativo de un *derecho* de participación de los Estados en los tratados multilaterales abiertos. En el campo de la *sucesión de Estados*, la CV de 1978 (v. Caps. II y XII) reconoció a los *nuevos Estados nacidos de la descolonización* un *derecho* a devenir contratantes o partes en los tratados, según que el tratado hubiera o no entrado en vigor para el predecesor, mediante la mera notificación formal de sucesión (arts. 17, 18 y 22), lo que se hacía extensivo a los tratados en los que el predecesor fuera simplemente signatario (art. 19).

Esto no significa, sin embargo, que haya cristalizado ya un *derecho* de todos Estados a participar en los tratados multilaterales generales integrante del núcleo imperativo del DI. Ello supondría coartar el albedrío de los negociadores para designar, de uno u otro modo, los sujetos con los que están dispuestos a comprometerse (por ej., el art. 20 de la Convención marco de las NU sobre el cambio climático, 1992, rescata una fórmula similar a la de Viena) o, incluso, la posibilidad de los contratantes de emanar declaraciones obstativas a la participación de Estados —o gobiernos— no reconocidos.

205. La participación de otros sujetos

Los otros sujetos de la sociedad internacional están lejos de conseguir el reconocimiento de una amplia, general e incondicional participación en los tratados multilaterales abiertos a la generalidad de los Estados.

Las OI han tropezado con la fuerte oposición de los Estados para acceder como partes a los tratados multilaterales, aunque éstos les afecten y/o interesen por su contenido. La participación de las Organizaciones en pie de igualdad con los Estados origina, desde luego, complicaciones técnicas que requieren esfuerzos adicionales en la negociación y redacción del texto, así como en el establecimiento de los métodos de control y de arreglo de las controversias a las que pudiera dar lugar la aplicación e interpretación del tratado. Pero ninguno es insoluble y la práctica muestra avances considerables a este respecto.

Permitir la aceptación de las disposiciones de un tratado por una Organización sin que ello supusiera su participación en el mismo fue una primera medida que, por ej., se siguió al regular las actividades del espacio ultraterrestre. Más tarde se ha ido regularizando la práctica de admitir como contratantes a las OI

previamente invitadas a participar en las Conferencias convocadas para la formación del tratado, acudiendo a formulaciones generales respecto de todas las Organizaciones con capacidad para celebrar tratados, como hace la CV sobre Derecho de los Tratados entre Estados y OI y de éstas entre sí (1986, art. 84.1 y 2) o sólo respecto de las Organizaciones de integración, a las que normalmente se conmina a precisar, en su instrumento de manifestación del consentimiento, el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el tratado y, con posterioridad, las modificaciones que la misma pueda sufrir, según prevé un número creciente de tratados multilaterales, como la CONVEMAR (1982, art. 305.1, *f* y Anexo IX) o los instrumentos relativos a la protección del medio ambiente de nueva generación, por ej., la Convención Marco de las NU sobre cambio climático (1992, art. 22), o el Convenio sobre la diversidad biológica (1992, art. 34).

Aun así el derecho de participación de las OI en los tratados multilaterales generales suele someterse a condiciones discriminatorias. La misma CV de 1986, siguiendo un criterio muy extendido, sólo computa los instrumentos de ratificación o adhesión de los *Estados* llamados a ser partes, y no los de las OI, entre los treinta y cinco precisos para su entrada en vigor (art. 85.1), razón por la cual este hecho aún no se ha producido. Por otro lado, el ejercicio del derecho a ser parte que la CONVEMAR (1982) reconoce a las OI de integración se subordina (Anexo IX) a que *ya* sean partes en la misma la mayoría de sus Estados miembros; como consecuencia, estipula que la Organización no podrá conservar el *status* de parte si todos sus miembros dejan de serlo.

Los *movimientos de liberación nacional* y los *pueblos coloniales*, admitidos habitualmente como de *observadores* en Organizaciones y Conferencias tendentes a la formación de tratados multilaterales generales, han encontrado fuertes resistencias cuando se ha planteado su participación como contratantes.

Fue significativo que la CONVEMAR (1982) se abriese a la participación de Namibia, cuando aún estaba bajo la ocupación de África del Sur, otorgando su representación (art. 305.1, *b*), no al movimiento de liberación local (SWAPO), sino al Consejo nombrado por la ONU para ejercer su administración una vez que se declaró terminado el mandato sudafricano; no lo es menos que la Convención (art. 305.1, *e*) esté abierta a la firma, no de pueblos coloniales, sino de los *territorios* que, gozando de plena autonomía, *reconocida como tal por las NU*, y sin haber alcanzado todavía la independencia de conformidad con la resolución 1514 (XV), tengan competencia sobre materias regidas por la Convención, incluida la de celebrar tratados en relación con ellas. No siendo así, corresponde en todo caso a la potencia administradora, bajo el control de las NU, representar al territorio no autónomo defendiendo sus derechos e intereses en pro del bienestar y desarrollo de su pueblo (res. III.1, *a*, de la Tercera Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar).

A lo que de momento han podido aspirar los pueblos que luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera —y las autoridades que los representan— es a que se les reconozca —siguiendo un modelo aplicado a las OI— la posibilidad de obligarse por las disposiciones de algunos tratados multilaterales generales mediante una declaración al efecto, pero sin acceder formalmente a la condición de partes.

Es el caso de los Convenios de Ginebra sobre DI Humanitario (1949) y del Protocolo adicional I (1977, art. 96.3). Mediante declaración formulada el 7 de julio de 1982, Palestina expresó su compromiso unilateral de aplicar el Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, lo que Suiza, en su calidad de Estado depositario, consideró válido. Más adelante, cuando la OLP solicitó (14 de junio de 1989) adherirse, entre otros, al Convenio IV, en nombre del Estado palestino, el depositario estimó que "no estaba en condiciones de decidir si la solicitud ...podía considerarse como instrumento de adhesión" (v. CIJ. *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004).

LII. CLÁUSULAS PARA FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN A TRAVÉS DE LA MODULACIÓN DEL CONTENIDO DEL TRATADO

206. *Cláusulas moduladoras en general*

Para facilitar la más amplia participación en los tratados multilaterales los negociadores recurren a menudo a cláusulas cuyo objeto es excluir, suspender, suavizar y matizar su contenido obligacional o permitir la opción por contenidos alternativos. De esta manera, *modulando* los compromisos incorporados al tratado pueden disolverse las reticencias de los Estados (y otros sujetos) recelosos del efecto de las obligaciones asumidas sobre sus intereses o sobre su libertad para afrontar eventuales conflictos surgidos de la aplicación de un tratado. De ahí que sea frecuente encontrar estas cláusulas en ámbitos de soberanía especialmente *sensibles*, como la participación en OI de integración o la activación de mecanismos de control y arreglo de controversias, o cuando se trata de asociar con un mismo objeto a Estados y sujetos con situaciones dispares, difícilmente reconducibles a un régimen uniforme.

Una consideración de este tipo está presente en la Constitución de la OIT, cuyo art. 19.3 dispone: "Al elaborar cualquier convenio o recomendación de aplicación general, la Conferencia deberá tener en cuenta aquellos países donde el clima, el desarrollo incompleto de la organización industrial u otras circunstancias particulares hagan especialmente diferentes las condiciones de trabajo, y deberá proponer las modificaciones que considere necesarias de acuerdo con las condiciones peculiares de dichos países".

Tratando de acuñar una categoría que permita englobar estas cláusulas se ha hablado (P. J. Martín Rodríguez) de vías o mecanismos de flexibilización *ab intra* por comparación con las técnicas moduladoras *ab extra* derivadas del mismo Derecho de los Tratados, como las reservas. En todo caso, no parece posible una clasificación atendiendo a un solo criterio. Los negociadores gozan de absoluta discrecionalidad en la concepción de las cláusulas, atendiendo a una amplia gama de intereses y objetos, a menudo solapados: el tipo de tratado, su función, alcance y duración dentro del mismo, su definición concreta o genérica, el control de su ejercicio... A ello se une una gran confusión conceptual y terminológica hasta el punto de que un mismo tipo de cláusula puede haber sido concebida y/o desarrollar en la práctica efectos divergentes en función de los elementos que presidieron su diseño (como, por ej., pone de relieve la comparación entre las denominadas

excepciones y restricciones en tratados de derechos humanos y de carácter económico, v. *infra*).

Examinaremos a continuación las cláusulas más recurrentes que permiten a los contratantes *personalizar* los compromisos derivados del tratado.

207. Cláusulas facultativas y de exclusión

Las *cláusulas facultativas* (*opting o contracting in*) condicionan la obligatoriedad de ciertas disposiciones o partes del tratado a su expresa aceptación, que puede ir acompañada de limitaciones o condiciones, expresamente permitidas o no.

La más célebre es la conocida como *cláusula facultativa u opcional*, prevista en el art. 36.2 del Estatuto de la CIJ, estipulando el derecho de todo Estado parte de aceptar como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto de cualquier Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte. Presidida por los principios de *mutualidad y reciprocidad*, el funcionamiento de esta cláusula ha (de)generado en un sistema *sui generis* casi potestativo, permisivo hasta el extremo de toda suerte de “condiciones” y “reservas” restrictivas del ámbito y alcance de la jurisdicción de la Corte (v. CIJ, *Competencia en materia de pesquerías*, España c. Canadá, exc. prel. 1998).

Las *cláusulas de exclusión* (*opting o contracting out*) permiten a los contratantes —o a algunos de ellos— excluir la aplicación de ciertas disposiciones o partes del tratado, obligatorias de no mediar una expresa declaración de voluntad en tal sentido. El art. 17.1 de las CV prevé la hipótesis del consentimiento en obligarse respecto de parte de un tratado “si el tratado lo permite o los demás contratantes convienen en ello”.

Aunque los negociadores gozan de libertad a la hora de limitar o dejar abierto *sine die* el plazo para formular las declaraciones unilaterales de referencia, razones de seguridad jurídica invitan a exigir —según refleja una abundante práctica convencional— que la fecha límite para una declaración hecha de conformidad con una cláusula de *exclusión* sea la de su entrada en vigor.

De permitirse la exclusión después de la entrada en vigor del tratado más que de disposiciones relativas a la celebración de tratados, se trataría (CDI) de “denuncias parciales que, en su espíritu, se basan más en la Parte V de las CV, relativa a la nulidad, la terminación y la suspensión de la aplicación de los tratados” (v. Cap. XII). Algunos tratados así lo explicitan (por ej., el art. 30 de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (1989) dispone: “Todo Estado Parte en la Convención podrá *denunciar* ésta, o solamente su capítulo III, por una notificación dirigida por escrito al depositario”).

En cambio, la declaración formulada en virtud de una cláusula *facultativa* podrá habitualmente hacerse tanto antes como después de la entrada en vigor del tratado, pues ya no se trata de *restar*, sino de *sumar* respecto de otros sujetos partes dispuestos de antemano a *sumar juntos*.

Concebidas como el anverso y el reverso de una misma moneda, cláusulas *facultativas* y de *exclusión* son multiuso, en la medida en que a ellas recurren los

tratados multilaterales tanto en relación con disposiciones sustantivas como de orden adjetivo, aunque es en la esfera procesal donde desarrollan su *hábitat* natural.

Es por eso que los supuestos más ilustrativos los aportan la aceptación o exclusión de la competencia de los mecanismos de control o el arreglo de las controversias previstos en los tratados, llegando incluso a incorporar un mismo tratado ambas técnicas; por ej., la Convención de NU contra la tortura (1984) dispone el carácter facultativo de la competencia del Comité homónimo para recibir y examinar comunicaciones estatales e individuales alegando violación de sus disposiciones (arts. 21 y 22) y, a la vez, permite la exclusión de la jurisdicción de los medios de arreglo dispuestos en el tratado (CIJ y arbitraje) respecto de las controversias que pudieran surgir en su aplicación e interpretación.

208. Cláusulas de Opción entre disposiciones o partes del tratado

Los tratados multilaterales también pueden disponer de cláusulas cuyo objeto consiste en permitir, mediante declaración unilateral, optar entre diferentes disposiciones, siempre que estén perfectamente delimitadas. En este sentido el art. 17.2 de las CV dispone que el consentimiento en obligarse por un tratado que permita una opción sólo surtirá efecto “si se indica claramente a qué disposiciones se refiere”, lo que abarca tanto disposiciones *stricto sensu* (artículos o párrafos) como capítulos, partes o anexos del tratado.

La práctica convencional articula la opción en función de dos hipótesis que, según la CDI, no aparecen recogidas en su totalidad en la mencionada disposición de Viena:

1) *Cumulativa*, si la opción permite elegir entre todas las disposiciones del tratado o sólo algunas.

Esta técnica se pone de manifiesto, por ej., en las declaraciones hechas en virtud del Acta General de Arbitraje (1928, rev. 1949), cuyo art. 38.1 permite la adhesión: “a) Bien a toda el Acta (caps. I, II, III y IV); b) Bien exclusivamente a las disposiciones relativas a la conciliación y al arreglo judicial (caps. I y II), así como las disposiciones generales relativas a ese procedimiento (cap. IV)”.

La CDI ha estimado que la línea divisoria de este tipo de cláusulas con las *facultativas* está en que las de opción han de formularse necesariamente con la manifestación del consentimiento en tanto condicionan la entrada en vigor del instrumento en cuestión. Ejemplo paradigmático de supuesto fronterizo es la Carta Social Europea (1961), cuyo art. 20 permite diversas alternativas en virtud de un complejo sistema denominado por algunos de “aceptación imparcial facultativo”, hoy recogido en el pár. 1 del art. A de la Carta Social Europea revisada (1996).

2) *Alternativa*, si la cláusula brinda la posibilidad de *elegir* entre dos o más (conjuntos de) disposiciones recíprocamente excluyentes.

En el ámbito de la OIT, por ej., el Convenio 96 relativo a las agencias tributarias de colocación dispone (art. 2): “1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá indicar en su instrumento de ratificación si acepta las disposiciones de la parte II..., o si acepta las disposiciones de la parte III... 2. Todo Miembro que acepte las disposiciones de la parte III del Convenio podrá notificar ulteriormente al Director General la aceptación de las disposiciones de la parte II; a partir de la fecha del registro de tal notificación..., las disposiciones de la parte III del Convenio dejarán de tener efecto con respecto a dicho Miembro y le serán aplicables las disposiciones de la parte II”.

209. Cláusulas de salvaguardia y derogatorias

Estas cláusulas permiten a una parte suspender la aplicación de obligaciones de un tratado mediando determinadas circunstancias excepcionales. Se trata de cláusulas que se presumen no recíprocas.

Se suelen denominar de *salvaguardia* las cláusulas que facultan a las partes para decidir la suspensión una vez han apreciado discrecionalmente la ocurrencia de las circunstancias requeridas para ello y la han notificado a las demás por los cauces previstos por el tratado. Las controversias que el ejercicio de esta facultad puede originar se someterían a los medios de arreglo particulares dispuestos por el tratado y, en su defecto, a los generales del DI.

Se suelen denominar cláusulas *derogatorias* o *derogaciones* las que someten el ejercicio del derecho de suspensión a la autorización o al control de las demás partes o de los órganos establecidos por el tratado.

Se trata de una distinción que a grandes rasgos siguen los tratados de contenido económico; compárense, por ej., los arts. XIX y XXV del GATT: mientras el primero permite suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a determinados productos o retirar o modificar la concesión si se produce una evolución imprevista o cambio de circunstancias (salvaguardia), de acuerdo con el segundo son las Partes las que, en circunstancias excepcionales distintas a las previstas en otros artículos, podrán eximir a otra u otras de las obligaciones impuestas por el presente acuerdo (derogación).

No obstante no hay que amarrarse a una terminología movediza (y equívoca), sino a los elementos presentes en cada caso, a saber, la mayor o menor precisión de las circunstancias que permiten la suspensión y la mayor o menor discrecionalidad consentida a las partes en su apreciación, la duración y eventuales prórrogas de la suspensión...

Así, por ej., lo que se denomina *salvaguardia* en los tratados de contenido económico antes mencionados puede aparecer en los tratados de derechos humanos bajo la rúbrica de *derogación* (v. art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, "Derogación en caso de estado de urgencia"), o de *suspensión*, término más acorde en lengua española con los efectos de la disposición (v. art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, titulado "*Suspensión de garantías*", que dispone: "1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el DI y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social [...]. 3. Todo Estado parte que haga uso del *derecho de suspensión* deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la OEA...").

Hay que distinguir en todo caso estas cláusulas de las que limitan el alcance de una obligación mediante excepciones y restricciones.

Por ej., el art. VI del *Pacto de Bogotá* dispone que no son aplicables los procedimientos de arreglo de las controversias que son su objeto a "los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes o por laudo arbitral, o por sentencia de tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del Pacto".

En estos supuestos se está estableciendo el contenido mismo de la obligación, no *modulando* el contenido ya establecido de la misma. Obviamente su apreciación en cada caso concreto puede originar controversias susceptibles de someterse a los medios particulares de arreglo dispuestos por el tratado o, en su defecto, a los generales del DI.

Nuevamente hay que llamar la atención sobre la terminología, traicionera, y la operación calificadora, a menudo polémica. Así, por ej., la llamada *excepción de orden público*, característica del DI Privado, que permite excluir la aplicación de una ley extranjera reclamada en principio por las normas de conflicto del foro, no es una *excepción* a pesar de su nombre, sino una *salvaguardia*, si nos atenemos a las descripciones que hemos hecho.

210. La modificación del tratado entre algunas partes

Hay, finalmente, tratados multilaterales que disponen de cláusulas cuyo objeto consiste en prever, para aceptarlos o para prohibirlos, *acuerdos modificativos* de sus disposiciones en las relaciones entre algunas —no todas— las partes contratantes, característica que marca su diferencia con el procedimiento previsto en las CV para la *enmienda* del tratado original, potencialmente extensible a todas las partes en él (v. Cap. XII).

La aceptación de *acuerdos modificativos* responde a diferentes propósitos. Uno consiste en permitir a los sujetos contratantes hacer más estrecha su cooperación para satisfacer los objetivos del tratado multilateral, que puede establecer, al efecto, los límites y condiciones (formales, materiales, de procedimiento...) oportunos. Como consecuencia, junto a las relaciones jurídicas *generales* entre todas las partes en el tratado multilateral, cohabitan las relaciones *especiales* entre las partes en el acuerdo complementario, que modifican *inter se* la aplicación del *tratado madre* sin enmendarlo. La relación entre el acuerdo general y el particular puede concebirse como la existente entre un estándar mínimo y el desarrollo y *profundización* de éste.

Diversos mecanismos de flexibilización de derechos y obligaciones de los Estados miembros de la UE recuerdan esta técnica, que en su conjunto responde a lo que se denomina en su argot particular *integración diferenciada*, concebida como la llave maestra que permitirá avanzar a una Unión ampliada. La *cooperación reforzada* instaurada en el Tratado de Ámsterdam (1997) —llamada *estructurada* en materia de seguridad y defensa por el *Tratado que establece una Constitución para Europa* (arts. I-41.6 y III-312)— es expresión cabal de este procedimiento, en la medida en que permite a los Estados miembros avanzar en la integración aumentando sus compromisos. Del recurso a acuerdos complementarios en otros ámbitos son expresivos, por ej., las Uniones *regionales* previstas en el art. 6 de la Convención Postal Universal, o los *arreglos* particulares propiciados en el art. 19 del Convenio de París sobre propiedad industrial.

Otro propósito de un acuerdo modificativo puede ser el de permitir una selección de las partes del tratado multilateral con las que, por consideraciones de homogeneidad, previa vinculación o vecindad, se desea activar el régimen convencional, adaptándolo a las características de esas partes. A la consecución de este objetivo responde la denominada técnica o régimen de *bilateralización*: el acuerdo complementario no sólo adapta el régimen convencional a las necesida-

des y conveniencias de los interesados, ampliándolo o reduciéndolo en puntos convenidos, sino que sin él no sería posible la aplicación del tratado multilateral entre las partes. En este caso, a diferencia del anterior, la existencia de un acuerdo complementario es requisito *sine qua non* para la aplicación del régimen conve- nido en el tratado multilateral.

Los convenios gestados en el marco de la Conferencia de La Haya sobre DI Privado son particularmente proclives a recurrir al régimen de *bilateralización*. Su teoría se elaboró a raíz del Convenio relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil (1971), que no sólo condiciona su entrada en vigor a la conclusión de un acuerdo complementario entre dos Estados partes, sino que éstos también pueden cualificar —ampliando o reduciendo— su compromiso *inter se* dentro de los límites previstos (art. 23). Esta técnica puede ser empleada para, simplemente, permitir a los contratantes elegir los interlocutores con los que poner en marcha, sin modificaciones, el régimen previsto por el tratado multilateral (v. por ej., art. XXXV.1 del GATT: “El presente Acuerdo, o su artículo II, no se aplicará entre dos partes contratantes: a) si ambas partes contratantes no han entablado negociaciones arancelarias entre ellas, y b) si una de las dos partes contratantes no consiente dicha aplicación en el momento en que una de ellas llegue a ser parte contratante”).

Si el tratado no se pronuncia, las CV de 1969 y 1986 se muestran dispuestas a admitir la licitud del acuerdo modificativo entre algunas partes siempre que se preserven los derechos e intereses de las demás y la coherencia e integridad del tratado.

En este sentido, el art. 41.1 impone como condiciones para la celebración del acuerdo que: 1) No afecte al disfrute de los derechos que a las otras partes concede el tratado, ni al cumplimiento de sus obligaciones; y 2) No se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y fin del tratado en su conjunto.

Para garantizar el estatuto de quienes quedan al margen del acuerdo modificativo, la Convención (art. 41.2) impone a las partes en él la obligación de notificar a las demás su intención de celebrarlo, así como su contenido y repercusión sobre el tratado, lo que puede interpretarse en el sentido de que la notificación ha de tener lugar en todo caso antes de la conclusión del acuerdo, si bien “a partir del momento en que la negociación haya alcanzado cierta madurez”, según afirmó la CDI en 1966.

Las CV dejan, no obstante, abiertas varias cuestiones en relación con la aplicación del art. 41:

1) Una es la determinación del objeto y el fin del tratado, que puede ser problemática en tratados que enuncian obligaciones interdependientes (por ej., un tratado de desarme) y absolutas, cuyo cumplimiento no depende del que le incumbe a los otros contratantes (por ej., un tratado sobre derechos humanos).

2) Otra es la relativa al efecto jurídico de la objeción formulada a la notificación a la que se refiere el artículo 41.2.

3) Por último, la sanción que podría entrañar la violación del tratado multilateral por las partes en el acuerdo modificativo: si el incumplimiento de las condiciones del

art. 41 no basta para invalidar el acuerdo modificativo, de él podría deducirse la responsabilidad internacional de sus autores y, eventualmente, la consideración de la terminación o suspensión de la aplicación del tratado original en relación con los infractores como consecuencia de su violación grave (v. Caps. XII y XIX).

En definitiva, la apreciación de las condiciones establecidas por el art. 41 para la celebración de acuerdos modificativos puede ser muy controvertida. También lo son las cláusulas que los admiten, condicionados a su *compatibilidad* con el objeto y fin del tratado, sin disponer de medios para apreciar este criterio en cada caso concreto (v. por ej., la CONVEMAR (1982), art. 311.3 y 4. Sólo en el num. 6 del mismo artículo la Convención es algo más precisa al prohibir expresamente los acuerdos contrarios al principio básico de la Zona Internacional de Fondos Marinos como patrimonio común de la Humanidad).

Expresivo de los problemas que deja abiertos el art. 41 de las CV es que la CDI, en el marco de su multifacético estudio sobre la diversificación y expansión del DI y el riesgo de su fragmentación (v. Cap. I) le dedique un apartado especial, habiendo constatado que las consecuencias de los acuerdos *inter se* "inadmisibles" no están reguladas expresamente por él y deben ser analizadas más a fondo. En este punto conviene advertir que la celebración de acuerdos cuyo objeto coincide o se solapa con el de un tratado anterior con sujetos partes coincidentes puede situarse, no sólo en el marco del art. 41, sino en la más cómoda *concurrencia* de disposiciones convencionales sucesivas sobre la misma materia (v. Cap. XVI).

LIII. LAS RESERVAS: LA NOCIÓN Y SUS ELEMENTOS

211. Planteamiento

Podemos definir la *reserva* como una *declaración unilateral* formulada *por escrito* por un sujeto de DI *al manifestar el consentimiento* en obligarse por un *tratado multilateral*, con objeto de *excluir o modificar los efectos jurídicos* de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a dicho sujeto, *sea cual sea la denominación* que reciba la declaración (art. 2.1.d CV).

Si descomponemos, como hicimos con el tratado (v. Cap. VIII), los elementos de esta definición, cuyo valor consuetudinario nadie discute hoy, según parece, advertimos que la reserva: 1) Es una declaración *unilateral*; 2) es una declaración *formal*, que se hace por escrito; 3) ha de formularse *al manifestarse el consentimiento* en obligarse por el tratado; 4) tiene por objeto, en su aplicación al sujeto que la formula, *excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones* del tratado; 5) está vinculada a los tratados *multilaterales* y, en su estado puro, a los multilaterales generales, su hábitat natural y verdadero paraíso; 6) el *enunciado o denominación* de la declaración es en principio *irrelevante*. Todos estos elementos o rasgos definitorios requieren, sin embargo, ser precisados y, en su caso, matizados y completados. De ahí los párrafos que siguen.

212. La reserva: una declaración unilateral

La reserva es una declaración unilateral. Pero a diferencia de otros actos unilaterales que pueden ser independientes en su formulación y producción de

efectos jurídicos (promesa, reconocimiento, renuncia..., v. Cap. VII), la reserva se presenta siempre como doblemente dependiente: 1) lo es, en su formulación, del tratado respecto del que se propone (que puede haberlas previsto o no); y 2) lo es, en la producción de efectos jurídicos, del mismo tratado (si ha dispuesto sus consecuencias) y de la *reacción* frente a ella de los demás contratantes (actos unilaterales de la misma naturaleza). El carácter unilateral de la reserva, aunque *sui generis*, se manifiesta por ser un acto revocable (v. *infra*), pues si la revocabilidad no es una característica necesaria del acto unilateral, todo lo revocable es seguramente unilateral.

La indisociabilidad de la reserva respecto del tratado al que se formula y la imposibilidad de proyectar sus efectos fuera del mismo ha sido firmemente sostenida por la CIJ (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, Nicaragua c. Honduras, 1988; *Aplicabilidad de la sección 22 del art. VI de la Convención sobre privilegios e inmunidades de las NU*, 1989).

Dada la naturaleza unilateral del acto, característica definidora de la reserva es que su contenido no esté pactado de antemano. La denominada *reserva negociada*, es decir, la previsión no sólo del derecho a formularla, sino del contenido de la misma reserva e, incluso, de quiénes pueden prevalerse de ella, frecuente en la práctica de Organizaciones como el Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya de DI privado, surten efecto con la simple indicación del Estado, lo que no ocurre con las reservas propiamente dichas, sometidas a una dinámica de *aceptación-objeción* por los demás contratantes (v. *infra*). Teniendo esto en cuenta la reserva *negociada*, más que una reserva, es una especie de *opción* (art. 17.2 CV, v. *supra*).

Ahora bien, la naturaleza unilateral de la reserva no impide, según propone la CDI a modo de desarrollo progresivo, la *formulación conjunta de una reserva* por varios Estados u OI en un instrumento único (*Guía de la práctica*, directriz 1.1.7). Se trata de una posibilidad distinta a la práctica de *reservas concertadas*, es decir, reservas idénticas o similares pero formuladas individualmente. Es de lamentar, sin embargo, que la *Guía* no resuelva la cuestión que se plantea a continuación, a saber, si la retirada de la reserva así formulada puede ser individual y/o conjunta (v. *infra*).

213. La reserva: Una declaración formal, por escrito

La reserva es una declaración formal que se hace por escrito y se comunica, por su autor directamente o por el depositario (si lo hubiere), a los demás sujetos contratantes y facultados para llegar a ser partes en el tratado con el propósito de informarles y dar pie a su reacción.

Todos los actos relacionados con la reserva (objeción, aceptación expresa, retirada de la reserva) se hacen también por escrito y se comunican a los sujetos mencionados por las mismas vías (arts. 23. 1, 4 y 78.a CV).

La reserva (y los demás actos con ella relacionados) se entenderá hecha cuando haya sido recibida por el sujeto al que fue transmitida (art. 78.b CV), lo que en ocasiones puede plantear problemas (por ej., para determinar el comienzo del plazo para formular objeción).

214. *El momento de su formulación: la manifestación del consentimiento*

Según la definición de Viena la reserva ha de formularse en un momento determinado: el de la manifestación del consentimiento del sujeto en obligarse por el tratado (arts. 2.1,*d* y 19.1 CV), o —de ser ese el caso— el de la notificación de sucesión del nuevo Estado (arts. 2.1,*j* y 20 CV de 1978). Es habitual por eso que las reservas se integren en el mismo instrumento donde consta la voluntad del Estado y se comuniquen al perfeccionar dicho consentimiento. Se trata de una norma consuetudinaria exigida por la seguridad jurídica que reclama la estabilidad de las relaciones convencionales y el mismo principio *pacta sunt servanda*, puestos en peligro si las partes en un tratado pudieran en todo momento cuestionar las obligaciones convencionales contraídas mediante la formulación de nuevas reservas (CIJ, *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, 1988; CIDH, *Restricciones a la pena de muerte*, 1983).

Las mismas disposiciones de Viena se hacen eco de este límite *ratione temporis* cuando exigen que la reserva formulada al firmar (esto es, al autenticar el texto del tratado) denominada *reserva embrionaria*, sea confirmada formalmente por su autor al manifestar el consentimiento en obligarse, considerando la fecha de esa confirmación determinante de su régimen jurídico (art. 23.2 CV). No obstante, la reserva *embrionaria* ofrece, junto a su interés político, excluyendo las sorpresas, una cobertura jurídica a las reacciones de los demás, pues su aceptación expresa u objeción no requieren confirmación una vez la reserva se ha formalizado (art. 23.3 CV, v. *infra*).

En el ámbito interamericano existe la práctica de circular los *proyectos de reserva* a todos los interesados en el tratado a través del depositario, el Secretario General de la OEA, con el fin de contar con sus comentarios (res. 102 de la AG de la OEA, 1973). Esta práctica es conforme con las previsiones del art. 23 de las CV, en la medida en que la reserva hecha al firmar se considera retirada de no ser confirmada al manifestarse el consentimiento en obligarse por el tratado (*Normas aplicables a las reservas formuladas a tratados interamericanos*, CJI, res. II-12/1985).

El carácter supletorio de las reglas de Viena permite, no obstante, que los negociadores de un tratado autoricen la formulación de reservas antes o, incluso, después de este momento. Lo primero implica prescindir, al manifestar el consentimiento, de la confirmación de la reserva formulada al firmar, posibilidad prevista con frecuencia en convenios del Consejo de Europa, sobre todo respecto de reservas expresamente autorizadas. La CDI sugiere la generalización de esta práctica, esto es, la no exigibilidad de confirmación de la reserva expresamente autorizada por el tratado hecha al firmarlo (*Guía...*, directriz 2.2.3). Obviamente esa confirmación es siempre innecesaria cuando el consentimiento en obligarse por un tratado se manifiesta mediante firma (directriz 2.2.2).

215. *Reservas tardías*

Si el tratado permite la formulación de reservas tras la manifestación del consentimiento, suele circunscribirla a las expresamente autorizadas o, en relación con las no previstas, a la aceptación —incluso expresa— de los demás contratantes. Disposiciones de este tenor, sin ser frecuentes, pueden encontrarse en convenios elaborados por la Conferencia de La Haya de DI Privado, el Consejo de Cooperación Aduanera y el Consejo de Europa.

Por ej., el art. 30.3 del Convenio europeo relativo a la asistencia administrativa mutua en materia fiscal (1988) dispone: “Toda parte puede, después de la entrada en vigor del presente Convenio respecto de él, formular una o más de las reservas previstas en el pár. 1 de las que no haya hecho uso en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación. Esas reservas entrarán en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un mes después de la fecha de recepción de la reserva por uno de los depositarios”.

Pero en defecto de cláusula convencional ¿podrán derribarse todos los límites temporales y consentir la formulación de reservas a sujetos que ya son contratantes o, incluso, partes en el tratado? El Secretario General de NU ha desarrollado una práctica permisiva de las *reservas tardías* formuladas a tratados de los que es depositario siempre que medie la *aceptación unánime* de los demás contratantes, que se presume en ausencia de objeción dentro de un cierto plazo (inicialmente fijado por el Secretario en noventa días, pero recientemente extendido a doce meses).

Esta práctica, aunque inaugurada con anterioridad, fue formalizada en 1984 a través de un dictamen jurídico emitido por la Secretaría de NU, en virtud del cual: “Las partes en un tratado siempre podrán decidir, por unanimidad y en cualquier momento, aceptar una reserva aunque no existan disposiciones concretas en el tratado —en cuanto al momento en que deben formularse las reservas— o aunque existan y estén en contradicción con esas disposiciones”. La misma regla se aplica a la modificación extensiva de reservas existentes (Oficina de AA. Jurídicos de NU, *Manual de Tratados*, 2001).

Aunque la práctica de otros depositarios, como la de la Secretaría del Consejo de Europa, es hostil a las reservas *tardías* por considerar que su admisión sienta un precedente peligroso que “amenazaría la seguridad jurídica y menoscabaría la aplicación uniforme de los tratados europeos”, la CDI traduce en sus directrices la práctica del Secretario General de NU. La ilicitud de las reservas formuladas tras la manifestación del consentimiento se salva si “ninguna de las partes contratantes se opone a la formulación tardía de esa reserva” (*Guía...*, directriz 2.3.1), considerándola “aceptada por una parte contratante si ésta no ha hecho ninguna objeción a esa formulación dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido notificación de la reserva” (directriz 2.3.2). Se ha pretendido de esta manera equiparar el plazo para oponerse a la formulación tardía de una reserva con el establecido en las reglas de Viena para objetar las formuladas a tiempo (art. 20.5, v. *infra*).

En cuanto a los efectos de la objeción a una reserva *tardía* la unanimidad exigida implica que su rechazo por tan sólo un contratante ocasiona que el tratado

entre o siga en vigor “con respecto al Estado o la OI que haya formulado la reserva sin que ésta sea efectiva” (directriz 2.3.3). Las mismas reglas se aplican a “la modificación de una reserva existente que tenga por objeto ampliar su alcance” (directriz 2.3.5).

Ahora bien, aun presumiendo la buena fe del que formula *tarde* una reserva *olvidada*, cabe cuestionar qué justifica *agrarar los efectos de una reserva vigente*. La CDI aduce las mismas razones en ambas situaciones, en particular la de evitar la denuncia del tratado para ratificarlo después con reservas nuevas o ampliadas; como, por ej., hicieron Trinidad y Tobago y Guyana tras denunciar el Primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (denuncia permitida en su art. 12), adhiriéndose el mismo día con nuevas reservas, que fueron objetadas por un nutrido grupo de Estados (europeos en su mayoría) por constituir un abuso de derecho y violar el principio *pacta sunt servanda*. La CDI estima en sus comentarios que en caso de objeción el autor de la reserva “permanece obligado conforme a la expresión inicial de su consentimiento; y no puede desvincularse (para, eventualmente volver a ser parte insistiendo en las reservas rechazadas) con arreglo a las disposiciones del propio tratado o las reglas generales codificadas por los artículos 54 a 64 de las Convenciones de Viena” (v. Cap. XII).

En defecto de previsión convencional podríamos preguntarnos si un Estado puede *reservarse*, en el momento de manifestar su consentimiento, la facultad de formular reservas al tratado más adelante, como hizo Alemania respecto de la propia CV sobre Derecho de los Tratados (1969), sin que nadie lo objetara. Esta clase de reserva suscita severos reparos doctrinales, al instaurar una precariedad permanente gobernada por la soberanía del Estado, y aunque el régimen vigente de la institución no lo impide expresamente, debe considerarse sometida a las reglas aplicables a las reservas *tardías*.

216. Su objeto: *excluir o modificar efectos jurídicos*

El objeto de la reserva consiste en *excluir o modificar* los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en relación con su autor, siempre que ello sea posible; lo que sin duda encuentra un límite en el *ius cogens* internacional y en la misma compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado (art. 19.c CV, v. *infra*).

La vinculación de la reserva a *ciertas disposiciones del tratado* destierra las *reservas generales*, es decir, las redactadas en términos “demasiado vagos o amplios para que pueda apreciarse el sentido y el ámbito de aplicación exactos” (TEDH, *Belilos c. Suiza*, 1988), lo que plantea una duda razonable acerca de los compromisos asumidos por su autor. La especie más extendida de este género es la declaración mediante la que un Estado proclama la superioridad de su Derecho interno, religión, cultura o valores sobre los compromisos derivados del tratado (de la que encontramos demasiados supuestos en las reservas formuladas por países de religión islámica, en particular, a tratados de derechos humanos que ponen el dedo en la llaga del controvertido multiculturalismo). Consecuencia de la exclusión de esta declaración de la noción de reserva —que es el punto que ahora nos interesa destacar— es la de frenar sus efectos jurídicos desde su misma

formulación y, por tanto, su eventual oponibilidad ante el silencio de otros contratantes.

La CDI propone, no obstante, ampliar el “objeto de las reservas” (*Guía...*, directriz 1.1.1) —y, por lo tanto, su noción— al acoger las llamadas *reservas transversales*, dirigidas a la totalidad del tratado pero circunscritas a aspectos específicos del mismo (por ej., a ciertas categorías de personas u objetos, como los miembros de las fuerzas armadas, los buques y aeronaves de Estado...), en circunstancias bien determinadas (como las derivadas por un conflicto bélico), o relativas a la situación particular de su autor o de su ordenamiento interno (por ej., preservando su *status* de neutralidad).

Transversales también son las reservas cuyo objeto es excluir o modificar la aplicación de la totalidad del tratado a un determinado territorio, que han recibido en la *Guía* un trato especial pensando, de un lado, en las “reservas de alcance territorial” (directriz 1.1.3) y, de otro, en las “reservas formuladas con ocasión de una notificación de aplicación territorial” (directriz 1.1.4) (v. Cap. XVI).

Que estas u otras reservas *transversales* puedan no ser válidas por razón de su carácter demasiado general o impreciso y/o por ser incompatible con el objeto y fin del tratado (art. 19.c CV) no es obstáculo, en opinión de la CDI, para que sigan siendo reservas, pues “la inclusión de las reservas generales en la categoría de reservas, constituye el preámbulo indispensable para apreciar su validez con respecto a las normas relativas al régimen jurídico de las reservas” y lo definido como reserva se entiende “sin perjuicio de la admisibilidad y efectos de tales declaraciones según las normas que les son aplicables” (directriz 1.6). La consecuencia es, sin embargo, diferente a la que sugieren las reglas de Viena, pues si como insiste la Comisión “una reserva..., sólo puede ser declarada ilegítima si se trata de una reserva”, será menester un pronunciamiento de los sujetos interesados sobre tal determinación, lo que nos traslada a las disposiciones reguladoras del régimen jurídico de las reservas, verdadero agujero negro del *sistema flexible* de Viena (v. *infra*).

217. Reservas de exclusión

Hay reservas de *exclusión* y reservas de *modificación*. Las primeras, según se desprende de las CV, tienen por objeto descartar la aplicación de cláusulas determinadas de un tratado, algunos de sus párrafos o apartados. Las cláusulas, párrafos o apartados pueden ser uno o varios, pero —a menos que cambie de naturaleza— la reserva no ha de pretender la exclusión de *partes* enteras del tratado. De ser ese el caso estaremos en el supuesto previsto por el art. 17.1 CV (v. *supra*). Qué se entiende por una *parte* de un tratado es, sin embargo, una cuestión abierta cuya solución no deja de presentar dificultades. Cabe proponer que será una *parte* del tratado lo que *parte* el tratado denomine, pero también un número sustancial de artículos aunque estén en partes o capítulos distintos...

La CDI rebasa también en este punto los límites señalados al definir como reserva la declaración unilateral hecha en virtud de una *cláusula de exclusión* (*Guía...*, directriz 1.1.8) arguyendo que su objeto —como el de la reserva— es excluir el efecto jurídico del tratado en su aplicación al sujeto que la formula, planteamiento que estima compatible con la CV en la medida en que su artículo 17.1 deja expresamente a salvo “lo dispuesto en los artículos 19 a 23” (relativos a las reservas). Las *cláusulas de exclusión* se presentan así como *cláusulas de*

reservas negociadas, aceptadas de antemano y, por ello, no susceptibles de objeción por los demás contratantes. El único límite impuesto por la CDI a esta asimilación es el de carácter temporal que define la reserva, es decir, que la declaración permitida mediante una cláusula de exclusión ha de formularse al manifestar el sujeto el consentimiento en obligarse por el tratado.

La asimilación propuesta por la CDI no deja de tener su lógica, pero parece no sólo forzada en el marco de las CV, sino desmentida por la práctica, en la que no es difícil encontrar tratados con *cláusulas de exclusión* y, simultáneamente, de *prohibición* de formular reservas, caso, por ej., del Estatuto del TPI, cuyo art. 120 prohíbe las reservas al Estatuto, mientras que el art. 124 permite excluir, durante un período de siete años, la competencia de la Corte para ciertos crímenes, y de numerosos convenios auspiciados por el Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya de DI Privado. Incluso hay OI, como la OIT, que ha puesto en conocimiento de la CDI su práctica opuesta a la pretendida asimilación: “Desde hace larga data la OIT sigue sistemáticamente la práctica de no aceptar el registro de los instrumentos de ratificación de convenios internacionales del trabajo que vayan acompañados de reservas [...]Pese a la prohibición de formular reservas, los Estados miembros de la OIT tienen el derecho y, en ocasiones, incluso el deber, de adjuntar las declaraciones facultativas y obligatorias que procedan [...] [que] guardan relación con las limitaciones autorizadas por el propio convenio y, por consiguiente, *no equivalen a reservas en el sentido jurídico*”.

218. Reservas de modificación

Las reservas de *modificación* tienen por objeto, no ya excluir, sino limitar o reducir los efectos jurídicos de disposiciones determinadas de un tratado (o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos).

Aunque el art. 2.1 d de las CV habla sólo de *modificar*, su sentido es necesariamente restrictivo. La CDI lo subraya (*Guía...*, directriz 1.1.5). Se trata de desterrar la controvertida *reserva extensiva*, que contraría el espíritu mismo de la institución. La reserva aspira a facilitar la participación en el tratado marginando o suavizando obligaciones. No puede serlo una declaración que propone nuevos y adicionales compromisos. Sería insensato presumir para declaraciones de esta clase la aceptación tácita que puede jugar a favor de las reservas (v. *infra*).

Otras directrices de la *Guía* insisten, por pasiva o por activa, en la misma pretensión. Así (directriz 1.4.1), la declaración unilateral por la que su autor pretende “asumir obligaciones que van más allá de las que le impone el tratado”, ampliando o ensanchando su alcance, no es una reserva, sino que “constituye un compromiso unilateral” regido por las normas jurídicas aplicables a este tipo de actos (v. Cap. VII). Tampoco es reserva la declaración que tiene por objeto “agregar nuevos elementos al tratado”, sino que “constituye una propuesta de modificación del contenido del tratado” (directriz 1.4.2). Si es reserva la declaración que tiene por objeto “cumplir una obligación en virtud del tratado de una manera diferente pero equivalente a la impuesta por el tratado” (directriz 1.1.6), advirtiéndose que la *propuesta de sustitución* debe implicar asumir una obligación menor que la prevista en el tratado, pues caso contrario entraríamos de nuevo en el terreno vedado de la declaración expansiva.

219. Su vinculación a los tratados multilaterales

La reserva está vinculada a los tratados multilaterales. Sin embargo, que las CV de 1969 y 1986 se refieran sin más adjetivación a las “Reservas” en el título

de la Sección 2ª de la Parte II —a diferencia del proyecto de la CDI (1966), que lo titulaba “Reservas a los tratados multilaterales”—y que no se aceptaran en su día las enmiendas tendentes a precisarlo ha dado pie a especular acerca de la posibilidad de reservas a los tratados bilaterales.

Con independencia de su denominación, una declaración de esta índole no constituye una reserva en el sentido de las CV, no sólo porque los preceptos reguladores de su régimen jurídico (arts. 19 a 23) están redactados pensando exclusivamente en los tratados multilaterales, sino por respeto a la misma naturaleza, función y efectos jurídicos de la institución. La misma CV sobre sucesión de Estados en materia de tratados (1978), incluye la única disposición sobre las reservas (art. 20) en la sección dedicada a los “tratados multilaterales” (sección 2ª de la Parte III).

Al adoptarse el texto de un tratado bilateral de común acuerdo, las reservas son en este momento impensables. Su formulación posterior, con ocasión de la manifestación y perfeccionamiento del consentimiento, revelaría la ruptura del acuerdo preexistente sobre el texto del tratado, lo que constituiría una oferta de renegociación que, de ser aceptada, permitiría la conclusión del tratado y, de no serlo, la impediría.

La *Guía* de la CDI corrobora este planteamiento al excluir de la definición de reserva las “declaraciones unilaterales relativas a los tratados bilaterales” (directriz 1.5.1). Por contraste con la auténtica reserva, comenta la CDI, la pretendida a un tratado bilateral se diferencia de aquélla por los efectos que persigue y los que efectivamente surte, a saber, “obtener de la otra parte una modificación de las disposiciones del tratado —y no simplemente sus efectos jurídicos, como la reserva— a la cual el Estado o la OI condiciona la manifestación de su consentimiento definitivo en obligarse por el tratado”.

Es este el sentido en el que debe interpretarse la práctica de Estados Unidos, debida al ejercicio por el Senado de la facultad de aprobar “reservas” o “enmiendas” a los tratados sometidos a su “*advice and consent*” condicionando el mismo a la aceptación de aquéllas por la(s) otra(s) parte(s) (v. Cap. X).

220. Su denominación

La denominación que se dé a una declaración unilateral formulada a un tratado no prejuzga en uno u otro sentido su condición de reserva, y así lo expresa la *definición de Viena* (art. 2.1.d CV). Es el efecto que la declaración persigue, y no el nombre que reciba, lo que determina su naturaleza y régimen jurídico.

Ahora bien, considerando la existencia de supuestos de difícil y controvertida calificación, en gran parte debida a las manipulaciones de los sujetos interesados, podría presumirse que a un Estado le son oponibles las cabeceras que emplea y a los demás los actos hechos o dejados de hacer en relación con ellas. Si un Estado llama *reserva* a su declaración, es lógico esperar que los demás reaccionen frente a ella como a la reserva corresponde (aceptándola u objetándola); pero no lo será en caso contrario. Si un Estado no reacciona frente a lo que el declarante llama *reserva*, habrá de probar que, a pesar del nombre, no es tal. Si un Estado insiste en que es *reserva* lo que bautizó de otra manera, habrá de demostrarlo.

La imposición de límites a la indiferencia del nominalismo tiene particular relevancia por lo que hace a la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas (v. *infra*).

LIV. LAS RESERVAS: RÉGIMEN JURÍDICO

221. Origen y evolución histórica

Las reservas nacen con el primer instrumento multilateral surgido de las guerras napoleónicas (Acta Final del Congreso de Viena, 1815), su práctica se consolida con los Convenios codificadores del *ius in bello* y arreglo pacífico de las controversias gestados en las Conferencias de la Paz de La Haya (1899 y 1907) y se multiplica al ritmo de la proliferación de los tratados multilaterales generales y abiertos auspiciados tras la Segunda Guerra Mundial.

Su régimen jurídico ha cambiado, sin embargo, radicalmente con el paso de los años. Hasta 1950, rigió el *principio del consentimiento unánime*, en virtud del cual las reservas no previstas en el tratado no eran admitidas de no mediar la aceptación expresa de todos los Estados interesados (contratantes y facultados para llegar a ser partes). Ello implicaba un derecho de veto sobre las reservas ajenas, en la medida en que una sola objeción impedía al reservante devenir contratante y, consecuentemente, lo excluía del círculo subjetivo del tratado. Favorable a la unidad e integridad del tratado, la aplicación del principio fue dulcificada a partir de las Conferencias de La Haya con la presunción irrevocable de aceptación de las reservas no objetadas en un determinado plazo (establecido, en el silencio del tratado, por el mismo depositario).

Con anterioridad, en el ámbito regional americano se abrió paso un sistema menos rígido, denominado *regla panamericana mínima*, que permitía la entrada en vigor del tratado multilateral entre el Estado que formulaba la reserva y los que la aceptaban, pero no entre el reservante y los que la objetaban. Sobre la unidad e integridad del tratado prevalecía en este caso la fragmentación y la divisibilidad, el relativismo y la reciprocidad de efectos, combinándose el afán por ampliar la participación en el tratado con el reconocimiento de que las reservas no podían ser impuestas contra su voluntad a los demás Estados.

Propuesta por el Consejo Directivo de la Unión Panamericana en 1932, la *regla panamericana mínima* vino precedida por la denominada *regla panamericana máxima* que, alimentada por la fuerza de la soberanía de los Estados, permitía que la reserva sólo afectara a la aplicación de la disposición respectiva en las relaciones entre el reservante con los demás contratantes (Convención de La Habana de 1928, arts. VI. 3 y VII); ciertas cláusulas sobre reservas aún la reflejan, como el artículo LV del Pacto de Bogotá (1948), que prevé la aplicación de las reservas formuladas al mismo "en relación con el Estado que las hiciere a todos los Estados signatarios a título de reciprocidad", lo que implica que desplegarán sus efectos jurídicos con independencia de su aceptación (aunque cabe objeción). La *regla panamericana media* (adoptada por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959, pero no debatida hasta 1972), posibilitaba al reservante y al objetante convenir que "el tratado rige entre ellos, a excepción de las disposiciones afectadas por la reserva".

Las dudas surgidas respecto de la entrada en vigor de la Convención sobre la prevención y represión del delito de genocidio (1948), debidas a la formulación de reservas y objeciones por contratantes y signatarios, llevaron a la AGNU a solicitar de la CIJ un dictamen que, emitido el 28 de mayo de 1951, señaló un nuevo rumbo. Lejos de confirmar el principio del consentimiento unánime, la Corte declaró que éste no se había convertido en norma de DI y que, en el silencio del tratado (caso de la Convención de genocidio), era la *compatibilidad de la reserva con su objeto y fin* el criterio que debía regir, de un lado, su formulación y, de otro, la reacción de los demás contratantes mediante su aceptación u objeción. Siendo éste un juicio descentralizado y, por ende, discrecional, la misma Corte asumió que ante reservas idénticas la reacción de los demás podía ser —y de hecho es— dispar, pero la exclusión absoluta del reservante del círculo subjetivo del tratado sólo podía ser la consecuencia de una objeción unánime o de una decisión de carácter jurisdiccional, hipótesis ambas muy improbables.

El principio formulado por la Corte, pese a la incertidumbre que genera acerca de lo que es o no compatible con el tratado (o, tal vez, por eso), fue inmediatamente endosado por la AG para todo instrumento multilateral concluido bajo los auspicios de la Organización; y lo mismo hizo más tarde la CDI en el proyecto de arts. (1966), base de la CV sobre el Derecho de los Tratados (1969). La necesidad de conciliar dos ambiciosos imperativos: colmar la vocación universal de los tratados multilaterales generales, sin merma de su más elemental integridad, catapultaba el criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado como la clave de bóveda del régimen jurídico de la institución.

No obstante, la CV aún fue más lejos, pues se aproxima a las reglas panamericanas, cuyas consecuencias apura en un sentido muy favorable para el reservante. La presentación del régimen de Viena como un *sistema flexible* responde a la realidad de unas reglas que, acaso, refleja sólo pálidamente.

222. El régimen de Viena

Los artículos 19 a 23 de las CV ofrecen un conjunto de disposiciones sobre formulación, admisión, efectos jurídicos y retirada de reservas y de objeciones a las mismas, llamadas a aplicarse en defecto de las previsiones que, al respecto, puedan encontrarse en el tratado del que dependen.

Pese a su carácter supletorio, el régimen de Viena tiene gran trascendencia por la escasez de cláusulas de reservas, debida a la dificultad política y técnica de su redacción, y —sobre todo— a las lagunas e imprecisiones que presentan. Además, la codificación del régimen supletorio ha actuado como factor de desaceleración de la iniciativa de los negociadores, cuya pasividad no conduce ya necesariamente al vacío o la confusión y encuentra un régimen que, por añadidura, halaga la soberanía y la libertad de los Estados.

Sin embargo, los problemas advertidos en la aplicación del mismo régimen supletorio, sobre todo respecto de tratados que no se avienen con los dictados del principio de reciprocidad presente en el *sistema flexible*, ha llevado a la CDI a retomar la recomendación hecha hace años a los negociadores para que asuman su papel. Para animarlos, la Comisión se ha impuesto la labor de acompañar la *Guía de la práctica* de "cláusulas modelo" que puedan servir de ejemplo.

223. *Formulación y admisibilidad de reservas previstas: prohibidas y autorizadas*

La consideración de las reglas sobre formulación y admisibilidad de reservas ha de ordenarse atendiendo a que el tratado haya previsto o no tal formulación. A esta distinción se refiere el artículo 19 de las CV, que permite la formulación de reservas a menos que estén prohibidas por el tratado, expresa o implícitamente (art. 19 *a* y *b*) o, en su defecto, sean incompatibles con su objeto y fin (art. 19 *c*).

Examinaremos, en primer lugar, las reservas previstas por el tratado, sea para prohibirlas, sea para autorizarlas.

La *prohibición expresa* de formular reservas (art. 19 *a* CV) puede ser general, admitir excepciones o circunscribirse a determinadas disposiciones o tipo de reservas (identificadas normalmente en función de su categoría u objeto).

Existe en la actualidad una tendencia favorable a incluir cláusulas prohibiendo toda reserva al tratado a fin de preservar su integridad y, en su caso, evitar que por esta vía un Estado acabe defraudando obligaciones aceptadas un *quid pro quo*. Así la CONVEMAR (1982) dispuso (art. 309) la prohibición de reservas "salvo las expresamente autorizadas por otros artículos". La prohibición general de formular reservas casa a la perfección con la labor de codificación y desarrollo progresivo; de ahí que en NU haya prosperado en señeros instrumentos de última generación sobre desarme (Convención sobre la prohibición de minas anti-personas, 1997, art. 19), protección del medio ambiente (Convención Marco sobre el cambio climático, 1992, art. 24, y Protocolo de Kyoto, 1997, art. 26), derechos humanos (Protocolo Facultativo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1999, art. 17) y DI Humanitario (Estatuto del TPI, art. 120).

La prohibición de formular reservas también puede ser *implícita*, en la medida en que la cláusula disponga que pueden hacerse *únicamente* determinadas reservas (art. 19 *b*), lo que equivale a excluir todas las demás.

Aunque lo más habitual es que este tipo de cláusulas se identifique por el numeral de las disposiciones del tratado, también encontramos supuestos en los que lo delimitado es la categoría u objeto de la reserva; por ej., el art. 2 del Segundo Protocolo Facultativo al Pacto de NU, sobre derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989), dispone que: "No se admitirá ninguna reserva... con excepción de una reserva... en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena de un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra".

La reserva prohibida, si se formula, será ineficaz por sus propios méritos. Para que produzca efectos jurídicos —y siempre que no afecte a *ius cogens*— sería indispensable el consentimiento expreso y unánime de los demás contratantes (e, incluso, de los llamados a serlo respecto de tratados que aún no han entrado en vigor o lo han hecho en fecha reciente). Su silencio no puede en consecuencia

interpretarse como aquiescencia, ni en tal sentido es precisa la objeción para que la reserva sea inoponible. Cosa distinta es que la aceptación expresa por un Estado de la reserva prohibida formulada por otro permita establecer entre ambos las bases de un acuerdo modificativo del tratado en la medida en que éste sea posible (v. *supra*).

En la práctica, sin embargo, el problema no reside tanto en que se formulen reservas prohibidas por el tratado, sino en calificar como tales algunas de las que se proponen. Hay, en efecto, prohibiciones cuya aplicación es poco menos que mecánica (por ej., las identificadas por el número de los artículos) por ser, en la terminología reciente de la CDI, *manifiestamente inválidas* (Guía..., directriz 2.1.8), pero otras obligan a estimaciones subjetivas, como las que rechazan las reservas de carácter general (así, por ej., el art. 57 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos) y/o se limitan a remitir al criterio supletorio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado (por. ej., art. 28.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979), circunstancia en la que el tratamiento de la reserva prohibida tiende a confundirse con el de la no prevista. Y no digamos cuando la reserva prohibida trata de emboscarse tras la pantalla de una declaración interpretativa, a lo que particularmente invita la prohibición general de formular reservas al tratado (v. *infra*).

En la OEA, la cláusula prohibiendo formular reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado ha cuajado en un buen número de instrumentos de derechos humanos. La cláusula se advierte por implicación en la remisión que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75) hace a la CV (CIDH, *Efectos de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención*, 1982), y se hace explícita en otros tratados en los que, además, se impone la vinculación de la reserva a disposiciones específicas, lo que equivale a prohibir las reservas generales (por ej., art. 21 de la Convención para prohibir y sancionar la tortura, 1985, art. 18 de la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, 1994...).

En el caso de reservas *autorizadas* —sea con carácter general o puntual—, su eficacia puede condicionarse a una aceptación unánime o mayoritaria de los demás contratantes, lo que en definitiva implica someter su aceptación a un procedimiento colegiado. De ser así la reserva autorizada y la reserva *prohibida* son la misma cosa si la prohibición puede ser levantada mediante una aceptación unánime o mayoritaria de los demás contratantes (v., por ej, Acuerdo ADPIC, 1994, art. 72). Pero si el tratado nada dispone, la *reserva expresamente autorizada* no “exigirá la aceptación ulterior de los demás contratantes” (art. 20.1 CV). Ello tiene la virtud de conferir a su autor la condición de contratante desde el momento en que consintió en obligarse por el tratado.

La práctica exhibe, no obstante, *cláusulas mixtas* previsoras de una doble técnica, por un lado, de *autorización expresa* para determinadas reservas y, por otro, de instauración de un procedimiento colegiado de aceptación para las *no previstas*; por ej., la Convención única de estupefacientes (1961), permite formular reservas distintas de las expresamente autorizadas si dentro de un plazo de doce meses no son objetadas por un tercio de los contratantes, quedando bien entendido que los Estados que hubieran formulado objeción no estarán obligados a asumir ninguna obligación jurídica derivada de la reserva para con el Estado que la formuló (arts. 49 y 50).

Ahora bien, el requisito de que la autorización sea *expresa* viene a subrayar que la aceptación por adelantado no se presume para las reservas *no prohibidas*. Las reglas de Viena no ofrecen base de sustentación para hablar en este caso de *reservas implícitamente autorizadas*. Su régimen ha de ser el de las reservas *no previstas* y, en consecuencia, han de ser compatibles con el *objeto y fin* del tratado (CDI, *Guía...*, directriz 3.1.3, v. *infra*)

La autorización expresa de reservas no implica que los contratantes se hayan despojado de la facultad de objetarlas y estén obligados a pasar por todas ellas, primero porque estas reservas, si el tratado no especifica su contenido, no escapan a la exigencia de compatibilidad con el *objeto y fin* del tratado (*Delimitación de la plataforma continental franco-británica*, 1977; CDI, *Guía...*, directriz 3.1.4) y también porque siempre será posible objetar por consideraciones políticas o de pura conveniencia u oportunidad. Cuando se ignora qué y cómo se va a reservar, es lógico entender que los Estados conservan la facultad que les permite parar, en las relaciones con el reservante, los efectos de la reserva. Pensemos además (P.H. Imbert) en los Estados que no han participado en la negociación de la autorización o han figurado en la minoría contraria a su adopción.

Sólo en el supuesto de la denominada *reserva negociada* (que no es propiamente una reserva) cabría presumir que los Estados se desarman por completo; hay convenios del Consejo de Europa, en cuyo seno es frecuente este tipo de cláusula, que así lo explicitan

Elemental es advertir que no pueden conceptuarse como reservas expresamente autorizadas, y menos aún negociadas, las formuladas en atención a la *previsión de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado*. Cabe por eso disentir de la interpretación que la CIDH dio a las reservas a la Convención Americana de Derechos Humanos formuladas de conformidad con su art. 75 (que remite en bloque a las disposiciones de la CV), considerando que "sólo tiene sentido si se entiende como una autorización expresa destinada a permitir a los Estados cualesquiera reservas que se consideren apropiadas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado [...] y, consecuentemente, no están sujetas a aceptación de ningún otro Estado Parte". La CIDH ansiaba propiciar la célérica vigencia de la Convención Americana respecto del Estado que manifiesta su consentimiento, incluso con reservas (*Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos*, 1982) (v. *infra*).

224. Reservas no previstas: el criterio de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado

Imprevisión no equivale a prohibición. Un Estado puede formular una reserva no prevista en la medida en que no "sea incompatible con el objeto y el fin del tratado" (art. 19 c). El principio ha adquirido en la actualidad carácter general y alcance universal siendo, según dice la CDI, "el que reviste la mayor importancia a los fines de la determinación de la licitud de las reservas" (*Conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos*, 1997). A favor del carácter expansivo del criterio supletorio juega su aplicación, no sólo ante el silencio del tratado, sino en

relación con toda reserva que no encuentre en el tratado la cláusula que le sea aplicable.

Es elocuente que Organizaciones con reglas propias en materia de reservas, como la OEA, cuya práctica tradicional no hacía alusión a parámetro alguno para apreciar su admisibilidad, haya asumido este principio (*Normas sobre las reservas a los tratados multilaterales Interamericanos*, CJI, res. II-12/1985). Hasta entonces la Organización se había limitado a articular un procedimiento de consulta a fin de que quienes proyectaban formular una reserva pudiesen conocer de antemano la reacción de los demás (res. 102, 1973).

Ahora bien, la universalidad del principio como elemento nuclear para determinar la admisibilidad de las reservas no hace más fácil su apreciación. Hay que determinar el *objeto y fin* del tratado ("las disposiciones esenciales..., que constituyen su razón de ser", según dice la CDI) y, a continuación, establecer la compatibilidad con él de la reserva formulada.

De antaño jurisprudencia y doctrina han hecho notables esfuerzos para tratar de identificar los tratados cuya *naturaleza* o *carácter* es difícilmente compatible con la formulación de reservas.

Alejandro Álvarez, disidente en la CIJ en la op. cons. sobre las reservas a la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (1951), citó al efecto los tratados constitutivos de una OI, los relativos al *status* territorial de los Estados, los que proclaman principios fundamentales de DI y los humanitarios. Se ha afirmado también la incompatibilidad de las reservas con un tratado que pretende codificar normas generales (CIJ, *Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969). Se ha sugerido, asimismo, la incompatibilidad cuando las reservas se formulan a disposiciones cuya adopción fue *conditio sine qua non* para la aceptación de otras disposiciones del tratado...

Hoy la cuestión ha adquirido renovados bríos al calor de las decisiones adoptadas por órganos de supervisión de tratados de derechos humanos tendentes, con la misma intención, a determinar el sentido y el alcance del principio de la compatibilidad y, en consecuencia, a suministrar índices que den cuerpo al indefinido *objeto y fin* del tratado y permitan establecer la compatibilidad o no con él de una reserva.

Además de recordar la prohibición de reservar normas imperativas, pues resulta inconcebible que un Estado pueda mediante una reserva eximirse de la aplicación de una norma que "no admite acuerdo en contrario" (art. 53 CV), se ha sugerido que tampoco pasarían el *test* del *objeto y fin* del tratado las reservas de contenido vago y/o carácter general; las reservas a disposiciones que expresan derecho consuetudinario; las formuladas a tratados de derechos humanos, dada la dificultad de distinguir en este ámbito entre lo dispositivo y lo imperativo (*Observación General 24* del CtDH, 1994); las que pretenden cercenar o limitar la obligación de adoptar medidas internas de desarrollo de normas y obligaciones internacionales *non self-executing* (frecuentes en la práctica de Estados Unidos) por ser contrarias al principio *pacta sunt servanda* y a su inmediata consecuencia, la imposibilidad de invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (arts. 26 y 27 de las CV); las reservas que obstaculizan la actuación de los órganos de supervisión del cumplimiento del tratado dispuestos por éste con carácter obligatorio...

Todos los esfuerzos por destripar el *objeto y fin* de los tratados, acumulando toda suerte de herramientas exegéticas, de la gramática común a los trabajos preparatorios, del *nomen iuris* a su estructura general y a la práctica ulterior, es

meritorio en su planteamiento, discutible en sus aproximaciones y poco relevante en sus resultados, mientras no existan mecanismos centralizados para determinar la *admisibilidad objetiva* de la reserva y perviva su abandono en manos de cada contratante, facultado no sólo a una apreciación discrecional de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado, sino también a objetarla por meras consideraciones de oportunidad y conveniencia.

Ni siquiera un procedimiento colegiado de aceptación de las reservas a tenor de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado, como el instaurado por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965, art. 20), ha resultado operativo en la práctica a causa, seguramente, de las mayorías requeridas para la objeción (dos tercios de los contratantes). De hecho ninguna de las reservas formuladas por aproximadamente un tercio de los 171 Estados que eran partes en octubre de 2006, ha sido objetada por incompatible con el objeto y fin del tratado.

Para buscar una significación al artículo 19 *c* de las CV que no sea puramente ornamental debería admitirse que la impugnación de una reserva por *ilicitud* — esto es, por incompatibilidad con el *objeto y fin* del tratado — no está sometida al plazo preclusivo que, en cambio, limita la presentación de objeciones a reservas lícitas pero, para el objetante, *inoportunas* o inconvenientes.

Esta distinción, que vendría a avalar la práctica de las objeciones *tardías* que invocan expresamente la incompatibilidad de una reserva con el *objeto y fin* de un tratado, ha sido propuesta en el *Documento de trabajo definitivo sobre las reservas formuladas a tratados de derechos humanos* (2004), preparado por mandato de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la CDH. Las CV no ofrecen, sin embargo, una base de sustentación para la distinción, por lo que cabe concluir que en la práctica los contratantes pueden formular las reservas no previstas que les venga en gana y que con el mismo espíritu los demás podrán aceptarlas u objetarlas dentro de un plazo preclusivo, dejando abierta la cuestión de si acaso podrán también objetar más tarde a condición de hacerse adalides del respeto del *objeto y fin* del tratado.

La incertidumbre que la situación genera alienta la instauración de mecanismos institucionalizados capaces de emitir un juicio objetivo e imparcial, y a ser posible vinculante, sobre la validez de reservas cuya compatibilidad con el *objeto y fin* de un tratado es controvertida. Esta es la función que desde hace más de dos décadas reclaman para sí los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos (v. *infra*).

225. *Dinámica de la reserva: aceptación-objeción*

La libertad de formular reservas se corresponde con el derecho de los demás sujetos contratantes y facultados para llegar a ser partes de aceptarlas u objetarlas.

La CDI, siguiendo las pautas de la CV ha brindado una noción comprensiva de la *objeción* al definirla como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una OI como reacción ante una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra OI, por la que el primer Estado o la primera Organización se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de la reserva, o excluir la aplicación del tratado en su conjunto, en sus relaciones con el Estado o la Organización autor de la reserva” (*Guía...*, directriz 2.6.1).

La *objeción* ha de ser, en todo caso, *expresa* —más precisamente por escrito (art. 23.1 CV)— y ha de plantearse en el término de doce meses desde la recepción de la notificación de la reserva, si el objetante ya era contratante en esa fecha o, si no lo era, al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado (art. 20.5 CV). Con anterioridad a ese momento, la *reserva embrionaria* también es susceptible de objeción sin que se exija su ulterior confirmación (art. 23.3 CV) aunque, como es natural, sus efectos quedarán en suspenso hasta que se cumpla una doble condición: que la reserva sea efectivamente formulada y que el objetante adquiera —de no tenerla— la condición de contratante.

Han de considerarse efectivas las objeciones que se plantean con carácter general a un tipo determinado de reservas aun antes de que se formulen y, en consecuencia, haciendo abstracción de quienes sean sus autores, lo que evita al objetante el desgaste político y la reiteración. Más difícil es pronunciarse acerca de si, ante reservas idénticas, ha de presumirse reiterada la objeción hecha a la primera, pues lo considerado incompatible, y más aún lo inoportuno, podría no serlo después o respecto de otros sujetos; en ocasiones no es el *olvido*, sino el *cálculo* la razón de ser de la pasividad frente a una reserva.

Así se explica, por ej., que en 2001 Croacia objetara la reserva formulada por la RF de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), al *adherirse* a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), al art. IX (que prevé el derecho de las partes de someter a la CIJ las controversias relativas a su interpretación y aplicación) por considerarla incompatible con el objeto y el fin de la Convención. En 1999 Croacia había planteado ante la CIJ una demanda contra la RF de Yugoslavia, considerándola responsable de crímenes genocidas, y trataba de *cubrir* los fundamentos de la jurisdicción de la Corte en la hipótesis de que se aceptara a la RF de Yugoslavia como *adherente* a la Convención (lo que le facultaba para formular reservas) y no como *sucesor* de la antigua Yugoslavia (v. Caps. II y XII).

La *aceptación* de la reserva, además de *expresa* y por escrito (art. 23.1 CV), puede ser —y suele ser— *tácita*, cuando se agota el término de doce meses sin que los contratantes formulen objeción, e *implícita*, cuando un sujeto se obliga por el tratado sin objetar las reservas previamente formuladas (art. 20.5 CV); si bien cabe suponer que, en este caso, debe haberse agotado con anterioridad el plazo de doce meses desde la recepción de la comunicación de la reserva, pues de no ser así la regla sería injustificadamente discriminatoria.

La práctica parece confirmarlo. Unos días antes de que Canadá depositara su instrumento de adhesión a la CV de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, la República Árabe Siria hizo otro tanto, con reservas. Canadá objetó las reservas sirias meses después, sin que su acto provocara reacción alguna.

226. Efectos jurídicos

La dinámica individualista ínsita en el régimen de aceptación-objeción de una reserva provoca efectos jurídicos del mismo signo, *bilateralizados*, verificables siempre y sólo en las relaciones entre el reservante y cada uno de los aceptantes u objetantes (arts. 20.4, y 21 CV). Por eso se habla de los *efectos relativos* de las reservas.

Si la formulación de reservas no altera los efectos jurídicos del tratado multilateral en lo que respecta a las otras partes en sus relaciones *inter se* (art. 21.2 CV), en cambio, lo fracciona en un haz de relaciones bilaterales subjetivas en función de la reacción (aceptación-objeción) que despierte.

En las *relaciones entre reservante y aceptante*, las disposiciones del tratado a que se refiere la reserva se modificarán en la medida determinada por la misma (art. 21.1 CV).

Para las *relaciones entre reservante y objetante* las reglas de Viena contemplan dos posibles efectos: *máximo*, si el autor de la objeción manifiesta *inequívocamente* la intención de impedir la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el reservante (art. 20.4); *mínimo*, de no expresar tal intención, en cuyo caso las disposiciones concernidas “no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva” (art. 21.3). Se distingue así entre una *objeción cualificada* (también apodada *reforzada o radical*) y una *objeción simple (residual o presunta)*.

Tradicionalmente se había presumido (*regla panamericana mínima*; CIJ, *Reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, 1951; incluso CDI, proyecto de arts., 1966) que la objeción impedía la entrada en vigor del tratado entre el objetante y el autor de la reserva. La Conferencia de Viena invirtió la presunción y el art. 20.4 de las CV que mantiene vivas las relaciones convencionales entre el autor de la objeción y el reservante, salvo previsión en contrario, cuenta hoy con respaldo generalizado en la práctica.

La primera impresión que produce la lectura del artículo 23.1 de las CV es, sin embargo, la de que los efectos de la *objeción simple* coinciden con los de la *aceptación*, lo que situaría al objetante en la disyuntiva de recurrir a la *objeción cualificada* (dinamitando la aplicación del tratado) o dar a su acto —la *objeción simple*— una significación exclusivamente política. Esto último dependerá, no obstante, de la incidencia de factores como el tipo de cláusula —adjetiva o sustantiva, contractual o normativa— reservada y el carácter —excluyente o modificativo— de la misma. Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que si bien *una reserva es oponible al aceptante no lo será al objetante*, que siempre puede contestar la posición de su autor.

Si un sujeto puede, al objetar, oponerse a la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el autor de la reserva, podrá con mayor motivo excluir la aplicación de sólo una parte del tratado o de las disposiciones que estime vinculadas a las que han sido reservadas, siempre que sea factible la divisibilidad del tratado. Se ha hablado así (CDI) de objeciones de efecto *intermedio*, entre la *simple* y la *cualificada*.

Este tipo de objeción ha cobrado vida sobre todo como reacción a las reservas formuladas al art. 66 de la CV de 1969 (relativo al procedimiento para la verificación de la nulidad, la terminación y suspensión de los tratados, v. Cap. XII). Su autor declara no considerarse obligado con el reservante por las disposiciones sustantivas relacionadas con la(s) de carácter procesal reservada(s). Con frecuencia se ha tratado, además, de objeciones planteadas con carácter general (v. *supra*).

Cabe preguntarse si en esta tesitura podrá el autor de la reserva reaccionar reclamando en su beneficio los efectos de la objeción *cualificada*, esto es, que el tratado no entre en vigor en sus relaciones con el objetante.

227. Reservas y entrada en vigor del tratado

Según el artículo 20.4.c de las CV, un acto de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado que contiene una reserva es efectivo desde la fecha en que al menos otro contratante la ha aceptado, supuesto al que hoy debe añadirse el de la objeción no cualificada. En las antípodas del principio clásico, se ha pasado de la *aceptación unánime* como condición para que el autor de la reserva acceda al tratado a la *objeción cualificada unánime* como condición para impedirlo, hipótesis muy improbable.

De acuerdo, pues, con las reglas de Viena la primera aceptación u objeción a una reserva sin oponerse a la entrada en vigor tiene una especial trascendencia, pues permiten considerar contratante al reservante y contarle, en su caso, en el número de los necesarios para la entrada en vigor del tratado. No obstante, a menos que la reserva haya sido expresamente autorizada o, siendo una reserva de las no previstas, su aceptación sea expresa, la situación del autor con respecto al tratado será incierta —en cuanto a su condición de contratante y a la misma entrada en vigor del acuerdo— durante el plazo de doce meses previsto con carácter supletorio en el artículo 20.5 de las CV.

No es esta, sin embargo, la práctica seguida por el Secretario General de NU en su función de depositario de cerca de cuatrocientos tratados multilaterales generales (entre textos principales y protocolos), que se limita a verificar las condiciones de entrada en vigor del tratado contando entre los instrumentos de manifestación del consentimiento precisos para ello los depositados con reservas no prohibidas, sin parar mientes en el juego de la aceptación-objeción. Sólo cuando enfrenta reservas prohibidas el Secretario General rechaza el depósito del instrumento que la incorpora, absteniéndose de girar notificación alguna a signatarios y contratantes (*Manual de Tratados*, 2001).

A esta misma solución llegó la CIDH en la op. cons. relativa al *Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos* (1982), que acontece “para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión”.

Aunque esta práctica no se conforma con las reglas de Viena se explica por la seguridad casi absoluta de que todo reservante será contratante, sea cual sea el tenor de sus reservas, habida cuenta de la altísima improbabilidad de atraer una objeción unánime cualificada.

La CDI reitera el papel mecánico del depositario como mera correa de transmisión o *depositario-buzón*, incluso en el supuesto de reservas que a su juicio sean *manifiestamente inadmisibles*, que debe limitarse a “señalar a la atención de su autor” y, de persistir éste, comunicar a los demás signatarios y contratantes (y, si procede, al órgano competente de la OI interesada) “con indicación de la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva” (*Guía...*, directrices 2.1.7 y 2.1.8).

228. *Supuestos especiales*

Como excepciones al *sistema flexible*, la CV contempla dos supuestos para los que prevé un procedimiento colegiado de aceptación que, desde el punto de vista de sus efectos, pretende salvaguardar la unidad e integridad de los respectivos regímenes convencionales. Por su especialidad, uno y otro están justificados, aunque su aplicación puede resultar problemática en ciertos casos.

De un lado, según dispone el art. 20.2, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes cuando del número reducido de negociadores y del objeto y fin del tratado se desprenda que la aplicación íntegra de éste ha sido condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse. Los tratados multilaterales *restringidos* serán, sin duda, los principales beneficiarios de esta regla, pero no todos ni sólo ellos. Lo decisivo no está en el alcance multilateral restringido o plurilateral del tratado, sino en la *intención* de los negociadores de proceder a su aplicación integral, siendo el número limitado de posibles contratantes, lo mismo que el objeto y fin del acuerdo, meros índices para la identificación de esa intención.

Se habla para este caso de aceptación de todas las *partes*, término que no ha de interpretarse en el sentido en que lo define el artículo 2.g de las CV (sujeto que ha consentido en obligarse por un tratado que para él ya ha entrado en vigor), sino por referencia a los sujetos invitados a ser partes en el tratado, sean ya contratantes o no.

De otro, de conformidad con el art. 20.3, “cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una OI y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esta organización”. Cuál sea el órgano competente, así como los requisitos de formación de la voluntad orgánica, serán cuestiones que habrán de dilucidarse acudiendo a las reglas propias de cada Organización. Caso de que el tratado constitutivo aún no haya entrado en vigor y, por tanto, no estén establecidos sus órganos, ha de entenderse que todo quedará en suspenso hasta que se constituya el órgano competente y éste decida. Ha de descartarse una aceptación tácita (art. 20.5 CV).

229. *Retirada y modificación de reservas y objeciones*

Una vez formuladas, las reservas producen efectos indefinidamente a menos que el tratado disponga otra cosa.

Los hay que, en efecto, prevén *reservas temporales*. Así lo recomienda el Consejo de Europa y ha puesto en práctica en relación con determinados tratados adoptados bajo sus auspicios, previsores de *reservas transitorias* cuya renovación, según el caso, se permite o no.

De conformidad con el régimen supletorio de Viena (art. 22.1), la retirada o revocación de la reserva —que como ésta también ha de hacerse por escrito (art. 23.4)— es una posibilidad siempre abierta a quienes las formularon sin necesidad de contar con el consentimiento de los sujetos que las hubiesen aceptado. El carácter unilateral de la reserva, su consideración como un mal que ha de soportarse y el deseo de devolver al tratado cuanto antes su integridad y unidad, justifican esta regulación.

De hecho los tratados tratan de estimular la retirada de reservas a través de medios como la previsión de una revisión periódica más o menos institucionalizada. Así, el Secretario General del Consejo de Europa puede, en tanto que depositario, exigir información periódica al Estado autor de la reserva acerca de la perspectiva de su retirada o, de no hacerlo, a dar explicaciones sobre el porqué de su mantenimiento (a esta técnica recurren, entre las más recientes, la Convención penal sobre la corrupción, 1999, arts. 37 y 38; y la Convención sobre la cibercriminalidad, 2001, arts. 42 y 43).

A salvo disposición en contrario, los efectos de la retirada se producirán respecto de cada uno de los demás contratantes a partir de la recepción de su notificación (art. 23.3 *a* CV), hecha normalmente por el depositario del tratado (arts. 77.1 *e* y 78 CV).

La CDI ha recogido estas reglas (*Guía...*, directrices 2.5.6 y 2.5.8), y precisado las consecuencias, a saber, “la aplicación, en su integridad, de las disposiciones a que se refería la reserva en las relaciones entre el Estado o la OI que retira la reserva y todas las demás partes, con independencia de que éstas hayan aceptado la reserva o hayan formulado una objeción al respecto” (directriz 2.5.7). La CDI añade tres “cláusulas tipo”, inspiradas en las gestadas en el seno de ciertas OI (como el Consejo de Europa), sobre la fecha en que puede surtir efecto el retiro de una reserva, bien a la expiración de un determinado plazo contado desde la recepción de su notificación, bien en la fecha en que la notificación hubiera sido recibida por el depositario, bien dejando en libertad al autor para fijar la fecha que tenga por conveniente.

Si cabe retirar una reserva, ha de entenderse que también será posible revisarla para reducir su alcance. La laguna en este punto de las CV pretende ahora colmarla la CDI proponiendo que “el *retiro parcial* de una reserva estará sujeto a las mismas reglas de forma y de procedimiento que el retiro total y surtirá efecto en las mismas condiciones”, modificándose “los efectos jurídicos de la reserva en la medida determinada por la nueva formulación de la reserva” (*Guía...*, directrices 2.5.10 y 2.5.11).

El régimen de la retirada de objeciones es paralelo al de la retirada de reservas. En cualquier momento un objetante puede comunicar por escrito la revocación de

la objeción, surtiendo efecto cuando la notificación correspondiente ha sido recibida por el autor de la reserva (arts. 22.2, 22.3.b, y 23.4 CV).

Ahora bien, si el retiro total de una reserva deja sin efecto las objeciones que se le hubieran formulado (CDI, *Guía...*, directriz 2.5.7), en el supuesto de retiro parcial “una objeción hecha a esa reserva sigue surtiendo efecto mientras su autor no la retire, en la medida en que la objeción no se refiera exclusivamente a la parte de la reserva que ha sido retirada” (directriz 2.5.11).

230. Política legislativa

La reserva es una de las instituciones del Derecho de los Tratados con detractores y defensores más apasionados. Los primeros la acusan del daño que inflige a la unidad e integridad del tratado, así como del debilitamiento de la autoridad de los instrumentos generales de codificación y desarrollo progresivo del DI, amén de la explotación oportunista de falsas imágenes de cooperación. Los segundos la sostienen invocando su virtud estimulante de la universalidad del tratado a un buen precio, a tenor, dicen, del número globalmente reducido de reservas formuladas y su alcance generalmente marginal y modesto.

En nuestro caso, no somos detractores de la institución, que responde a la índole descentralizada de la sociedad internacional, pero sí de las lagunas e incoherencias de las reglas de Viena, del abuso que de ellas se está haciendo por los Estados y de las consecuencias calamitosas para la integridad de tratados que constituyen la médula espinal del DI (derechos humanos, derecho de los tratados, relaciones diplomáticas y consulares...) que se derivan de reservas manifiestamente incompatibles con su objeto y fin, transformando a la postre el *sistema flexible* en un *sistema esperpéntico*. Este sistema, además, fue concebido con la cabeza puesta en tratados de naturaleza *contractual*, en los que la reciprocidad tiene por finalidad compensar, equilibrar, tutelar los derechos de los demás contratantes en sus relaciones con el reservante; carece de sentido cuando se aplica a tratados de naturaleza *normativa* inspirados en la defensa de intereses colectivos superiores, que establecen obligaciones absolutas, independientes de la actitud y del comportamiento de los otros.

En estas circunstancias, ante el fracaso del sistema, basado en una apreciación descentralizada que se consume en un breve período de tiempo y está trufada de consideraciones subjetivas, para proteger la integridad esencial de tratados vertebradores de las relaciones internacionales, es aconsejable una relectura de las CV que permita distinguir entre el juicio de oportunidad (sometido a plazo) y el juicio de validez o licitud (imprescriptible) y una actitud más positiva de las partes en tales tratados para reconocer que éste juicio debe ser atribuido a los órganos que cuidan de su aplicación.

Buscando un fundamento para la distinción entre el juicio de oportunidad y el juicio de validez o licitud se ha apuntado que, al regular los efectos de las reservas, el art. 21.1 de las CV se refiere a las que sean *efectivas*, lo que excluiría a las *ilícitas*, incompatibles con el *objeto y fin* del tratado.

Esta argumentación podría encontrar cierto aliento en el pronunciamiento precursor de la CIJ cuando en 1951 (*Reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*) observaba: "El Estado que haya formulado y mantenido una reserva a la que hayan formulado objeciones una o más partes en la Convención, pero no otras, *puede considerarse como parte en la Convención si dicha reserva es compatible con el objeto y el fin de la Convención*" (énfasis añadido). Así se ha interpretado en el *Documento de trabajo definitivo sobre las reservas formuladas a tratados de derechos humanos* (2004), ya citado, en el que se afirma: "Tanto la opinión consultiva como la disposición sobre los tratados [art. 19.c], implican que si la reserva es incompatible no puede ser aceptada. El artículo 19, al ocuparse sólo de las obligaciones del Estado autor de la reserva, prohíbe al Estado formular una reserva que sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Si dicha reserva no puede formularse, otro Estado no tiene la posibilidad de aceptarla. La compatibilidad con el objeto y el fin del tratado es, en este sentido, fundamental para que la declaración se convierta en una reserva válida a los fines de los artículos 19 a 23 de la CV. En este sentido, existen sólo dos posibilidades: o bien el Estado no pasa a ser parte en el instrumento, o bien sí lo hace, pero sin beneficiarse de la reserva".

Asumir un régimen específico para las reservas formuladas a tratados de derechos humanos sería una buena medida que iría en la línea de otras previsiones específicas del Derecho de los Tratados relativas a la salvaguardia del ser humano (arts. 60.5 de las CV de 1969 y 1986 y 11 y 12 de la CV de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados).

Objetar con tales fundamentos es, desde 1999, una práctica recomendada a sus miembros por el Consejo de Europa como reacción a reservas manifiestamente incompatibles con el objeto y fin de tratados de derechos humanos (a los que más recientemente se han añadido los de terrorismo). Para respaldar esta recomendación se argumenta, en primer lugar, que los tratados de derechos humanos imponen obligaciones absolutas de carácter objetivo cuya observancia por un sujeto es independiente de que otros las asuman, no siendo en consecuencia aplicable el principio de reciprocidad del que está imbuido el régimen de Viena. ¿Qué sentido tiene entonces objetar pretendiendo efectos *máximos* o *mínimos* si el objetante estará en todo caso obligado a respetar la obligación objeto de reserva en su aplicación a los seres humanos bajo su jurisdicción, nacionales del reservante o no? En segundo lugar, si la disposición reservada expresa Derecho consuetudinario —del que están empapados los tratados de derechos humanos— las referidas objeciones sirven para advertir que la pretendida reserva en ningún caso puede eximir a su autor del cumplimiento de la norma general, lo que revierte en el propósito de evitar que pudiera llegar a interpretarse que con la reserva se está minando el valor consuetudinario de la regla que es su objeto (v. Caps. XIV y XV).

Los comités de expertos independientes establecidos por los convenios sobre derechos humanos auspiciados por las NU y por organismos regionales han afirmado su competencia para decidir sobre la compatibilidad de una reserva con el *objeto y fin* de los tratados que son el fundamento de su existencia.

Se ha sostenido además que el efecto de una objeción a una reserva *ilícita* debía ser prescindir de la reserva, manteniendo la obligación de su autor como contratante del tratado (objeción de efecto *supermáximo*).

En este sentido cabe mencionar, a título de ejemplo, la objeción de Suecia (2002) a la reserva de Qatar al adherirse al Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (2000): "Esta objeción no impide la entrada en vigor de la Convención entre Qatar y Suecia. La Convención entra en vigor en su integridad entre los dos Estados, sin que Qatar pueda hacer valer su reserva".

En su decidida apuesta por la instauración de un sistema objetivo de control los comités de expertos independientes establecidos por los convenios sobre

derechos humanos auspiciados por las NU y por organismos regionales se han alineado con esta solución, considerando que declarar viciada la manifestación del consentimiento en obligarse perjudicaría la causa de los derechos humanos y la anhelada universalidad de los instrumentos que los regulan, al provocar la parálisis de los mecanismos de supervisión del tratado.

Siguiendo la estela marcada por el TEDH (*Belilos c. Suiza*, 1988; *Loizidou c. Turquía*, 1995; *Ilie Ilascu c. la República de Moldavia y la Federación de Rusia*, 2001), el Comité de Derechos Humanos, guardián del Pacto de NU sobre derechos civiles y políticos y de sus Protocolos Facultativos, lo expresó en estos términos: “La consecuencia normal de una reserva inaceptable no es la de que el Pacto carezca de todo vigor para la parte que formula la reserva. Antes bien, será posible considerar independientemente esa reserva, en el sentido de que el Pacto será aplicable para la parte que formule la reserva sin que la reserva se tenga en cuenta” (*Observación General núm. 24*), divisibilidad de la reserva respecto de la manifestación del consentimiento de su autor que aplicó en el asunto *R. Kennedy c. Trinidad y Tobago* (1999).

Sin embargo, esta atrevida consecuencia, que rebasa las previsiones de las CV, ha sido impugnada (en particular, por lo que afecta a los comités establecidos por los convenios de NU), por ciertos Estados (Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia) que ven peligrar la libertad que les depara el *sistema flexible*, así como por la misma CDI, que según ha observado en las *Conclusiones preliminares sobre las reservas a tratados normativos, incluidos los tratados de derechos humanos* (1997): “En caso de inadmisibilidad de una reserva, incumbirá al Estado que formule la reserva adoptar medidas. Estas medidas podrán consistir, por ejemplo, en que el Estado modifique su reserva para eliminar la inadmisibilidad, retire su reserva o renuncie a ser parte en el tratado” (conclusión 10^a). Lo que la CDI no dice es como habrá de procederse mientras tanto (v. *infra*).

Muy atenta al piso político sobre el que ha de asentar sus trabajos, la Guía de la CDI sugiere modestamente al autor de reservas un *reexamen periódico*, a fin de considerar el retiro de las que no respondan a la finalidad para la que fueron formuladas, debiendo prestar especial atención “al objetivo de preservar la integridad de los tratados multilaterales y, en su caso, plantearse la utilidad del mantenimiento de las reservas, particularmente en relación con su derecho interno y con la evolución de éste desde que se formularon” (directriz 2.5.3). La Comisión no se ha atrevido, siquiera, a mantener otra directriz — confiriendo facultades a los órganos de control del tratado para recordar a los Estados cuyas reservas hubiesen sido declaradas inadmisibles que su retiro “constituye uno de los medios de que dispone para cumplir con las obligaciones que correspondan” — debido, sobre todo, al abucheo que le propinaron los representantes de los Estados en la VI Comisión de la AG. Tampoco ha querido pronunciarse sobre la validez de las objeciones hechas por algunos Estados reclamando el efecto *supermáximo*.

Otra vía para combatir las reservas que se consideran incompatibles con el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos y no han sido oportunamente objetadas podría abrirse invocando su nulidad o terminación por estar en conflicto con normas imperativas de DI (arts. 53, 64 y 66 de la CV, v. Caps. I y XII).

La R.D. del Congo lo intentó para combatir la reserva ruandesa al art. IX de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), relativa a la jurisdicción de la CIJ sobre las controversias dimanantes de la interpretación y aplicación de la Convención, alegando que una reserva así impide a la Corte ejercer su deber de proteger las normas imperativas, por lo que debe considerarse nula y sin efecto, pero la Corte (*Actividades armadas en el territorio del Congo*, 2006) se salió por la tangente arguyendo que la competencia

que le confería la CV para conocer de las causas de nulidad y terminación relativas al *ius cogens* no tenía efecto retroactivo, no pudiendo aplicarse a tratados anteriores a la entrada en vigor de la misma CV (art. 4).

IV. LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS

231. *Declaraciones unilaterales formuladas a un tratado [distintas de las reservas]*

Al margen de las reservas, el acto de firma o de manifestación del consentimiento puede ir acompañado de declaraciones unilaterales no previstas en el tratado. La diversidad de objetos perseguidos (declaraciones interpretativas, políticas o de principios, relativas a la aplicación del tratado en el ámbito interno, de no reconocimiento de otros sujetos contratantes...) y la variada terminología empleada aquí y allá dificultan la delimitación de los distintos tipos de declaraciones formuladas en relación con un tratado (o aprovechando la ocasión) y de éstas con las reservas.

La incertidumbre generada por la terminología aumenta por el recurso a expresiones en las distintas lenguas que pueden tener incidencia jurídica. En Estados Unidos, por ej., junto a los términos declaración (*declaration, statement*) y reserva (*reservation*) aparece *understanding*, que es el que más se corresponde con el sentido que define las declaraciones interpretativas, quedando habitualmente *declaration* y *statement* para las manifestaciones sobre ciertas cuestiones de política o de principio, sin intención de afectar a los derechos u obligaciones del tratado.

La mayor dificultad se presenta en relación con la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas ¿Dónde acaba la interpretación de una disposición y comienza su modificación (restrictiva) y, con ella, la reserva? La calificación en manos de cada Estado será por lo general interesada y la práctica muestra que a menudo se utilizan declaraciones interpretativas para formular reservas prohibidas, extemporáneas o, incluso, referidas a la cláusula relativa a las reservas.

Así, la declaración interpretativa formulada por Uruguay al ratificar (en 2002) el Estatuto del TPI fue objetada por más de una decena de Estados (europeos) por considerarla una reserva prohibida por el art. 120 del Estatuto. Asimismo, frente la declaración interpretativa formulada en su día por Yugoslavia al Tratado sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo (1971), Alemania, Estados Unidos y Gran Bretaña estimaron que, efectivamente, podría tratarse de una declaración interpretativa (que esos Estados rechazaban) o de una reserva (considerada tardía e incompatible con el objeto y fin del Tratado).

También ocurre que para tapar las consecuencias de la propia falta de reacción un sujeto pretenda que es una mera declaración interpretativa lo que su autor denominó reserva. Esta, recordemos, obliga a objetar en un plazo predeterminado a quienes no se avienen a pasar por ella... La mera declaración interpretativa, en cambio, no sólo se puede hacer en cualquier momento, sino que es inoponible a quienes no la aceptan expresamente. En este caso el silencio protege. Tampoco

es inhabitual que los Estados que reaccionan frente a una declaración interpretativa que no comparten propongan, a su vez, su propia interpretación, “contrapuesta”.

La confusión se agrava debido a la omisión por las CV de toda noción y régimen jurídico de las declaraciones interpretativas. Colmar esta laguna es uno de los objetivos prioritarios de la CDI en su actual labor sobre las reservas a los tratados, reclamada por los mismos Estados en sus observaciones. De ahí la docena de directrices que ha dedicado a la definición y procedimiento de formulación y retirada de estas declaraciones, pendiente aún (octubre de 2006) —como en el caso de las reservas— el espinoso tema de su régimen jurídico.

Una sección de la *Guía práctica* que prepara la CDI tiene por objeto, a su vez, distinguir las reservas y las declaraciones interpretativas de otras declaraciones unilaterales formuladas en relación con un tratado. Algunas de estas declaraciones ya han sido objeto de nuestra atención (así, las declaraciones hechas en virtud de una cláusula facultativa, las de opción, las que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales y las que pretenden agregar nuevos elementos al tratado, v. *supra*). Las *declaraciones de no reconocimiento*, “aun cuando tengan por objeto excluir la aplicación del tratado entre el Estado que hace la declaración y la entidad no reconocida” (directriz 1.4.3), las *de política general*, mediante las que su autor “manifiesta una opinión acerca de un tratado o de la materia objeto del tratado” (directriz 1.4.4), y las relativas a la *aplicación del tratado en el ámbito interno* (directriz 1.4.5), completan la lista de declaraciones unilaterales definidas, que no son reservas ni declaraciones interpretativas y que excluye por tanto de su ámbito de aplicación.

232. *Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas*

La CDI define la *declaración interpretativa* como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una OI, con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa OI atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones” (*Guía...*, directriz 1.2).

Dos elementos de esta definición son comunes con las reservas: 1) su carácter unilateral, si bien indisociable del tratado concernido; y 2) la irrelevancia de su enunciado o denominación (a salvo su valor *indiciario* de la intención del autor, v. *infra*).

A su vez, unas y otras se distinguen por su objeto, en un caso (la reserva) la exclusión o restricción de los efectos jurídicos de disposiciones del tratado, en el otro (las declaraciones interpretativas) precisar o aclarar el sentido o el alcance de esas disposiciones.

Partiendo de esta premisa, respaldada por una práctica bien establecida, evocada por la jurisprudencia (*Delimitación de la plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña*, 1977; TEDH, *Belilos* c. Suiza, 1988, CtDH, *T.K c. Francia*, 1988...), la CDI ofrece algunas ideas acerca del método y criterios que han de guiar la distinción.

Respecto del método, se acude en primer lugar a la regla general de interpretación de los tratados (art. 31 CV), pues se dispone que “corresponde interpretar la declaración de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse

a sus términos a la luz del tratado al que se refiere” (*Guía...*, directriz 1.3.1). Ahora bien, consciente la CDI de que las normas de interpretación aplicables a instrumentos convencionales no pueden trasladarse pura y simplemente a declaraciones unilaterales (CIJ, *Competencia en materia de pesquerías*, 1998), la atención prioritaria dada al texto no excluye tener “debidamente en cuenta la intención del Estado o de la OI de que se trate en el momento en que se formuló la declaración”.

La Comisión comenta que de esta manera ha pretendido obviar la falsa alternativa que, para distinguir entre reservas y declaraciones interpretativas, se plantea entre la conveniencia de aplicar un “criterio subjetivo” (¿qué ha querido hacer el declarante?) o un “criterio objetivo” (¿qué ha hecho?). Si tanto en uno como en otro caso es decisivo averiguar el objeto y, por ende, la intención perseguida por el declarante, a los efectos de determinar la naturaleza jurídica de una declaración hecha en relación con un tratado, lo que hay que descubrir, finalmente, es el resultado efectivo que produce o produciría (a tenor de la licitud y/o reacción de los demás contratantes) la declaración.

Para facilitar esta determinación, la regla se complementa con dos presunciones *iuris tantum* que toman en consideración determinadas situaciones frecuentes en la práctica. Una (directriz 1.3.2) precisa que “el enunciado o denominación que se den a una declaración unilateral proporcionan un *indicio* acerca del efecto jurídico perseguido”, que resultará reforzado —aunque sigue admitiendo prueba en contrario— cuando el sujeto “formula varias declaraciones a propósito de un mismo tratado y denomina a algunas de ellas reservas y a otras declaraciones interpretativas”. La otra (directriz 1.3.4) presume que una declaración unilateral formulada a un tratado que prohíbe las reservas “no constituye una reserva, salvo que aquélla tenga por objeto excluir o modificar...”. Se parte así del bien arraigado principio general de Derecho según el cual la mala fe no se presume (*Lago Lanós*, 1957) que, aplicado a esta situación, implica suponer que el autor de la declaración tiene la intención de realizar un acto autorizado y no prohibido por el tratado.

233. Régimen jurídico: declaración interpretativa simple y declaración interpretativa condicional

La definición —y la distinción— es relevante porque el régimen jurídico de las declaraciones interpretativas (a menos que sean *condicionales*) se diferencia del que corresponde a las reservas.

A diferencia de éstas y habida cuenta de que la interpretación propuesta no requiere necesariamente una reacción de las otras partes contratantes, no se impone un límite temporal a su formulación pues, a salvo disposición convencional en contrario, “la declaración interpretativa podrá ser formulada en cualquier momento”, antes o después de la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, no exigiendo confirmación la formulada al firmar (*Guía...*, directrices 2.4.3, 2.4.4 y 2.4.6). Se admite, además, la posibilidad de hacer declaraciones interpretativas verbales, así como dirigidas a tratados bilaterales (directriz 1.5.2).

La genuina, la mera declaración interpretativa o declaración interpretativa *simple* se propone como una *oferta* acerca del sentido o el alcance que ha de atribuirse al tratado o a alguna de sus disposiciones, sin que obligue ni sea oponible a los demás, a menos que la acepten expresamente.

Una aceptación expresa sí que tendría un efecto vinculante *inter partes* (o con carácter general, si la aceptan todos). La interpretación pasaría a ser *auténtica*.

La misma CDI así lo ha resuelto al proponer que el "efecto jurídico de la aceptación de la declaración interpretativa a un tratado bilateral por la otra parte" constituirá la "interpretación auténtica de ese tratado" (*Guía...*, directriz 1.5.3). Se ha estimado que en este caso hay un acuerdo colateral al tratado que dimana de su contexto en el sentido del art. 31 de las CV. De no ser así, la declaración interpretativa, ya se dirija a un tratado bilateral como a uno multilateral, lo que sí podrá estar anticipando es la posición de su autor en un eventual litigio sobre el sentido o el alcance atribuido a lo interpretado, siéndole oponible.

Es así como pueden expresarse provechosamente las cabeceras de las declaraciones en cuanto índices de la intención de sus autores. Un sujeto podría incluso alegar la doctrina de los actos propios (*estoppel*) contra el que pretendiera que lo que denominó declaración interpretativa es en realidad una reserva y viceversa.

Consideremos, por ej., el tropel de declaraciones interpretativas formuladas por los más de cien Estados partes en la CONVEMAR (1982), que prohíbe las reservas (art. 309) y permite declaraciones y manifestaciones a fin de armonizar el derecho interno con las disposiciones de la Convención (art. 310). Que sólo un número muy limitado de las declaraciones formuladas hayan sido recalificadas de reservas prohibidas por el tratado y objetadas como tales, no significa que del silencio de los demás contratantes quepa colegir la oponibilidad de las interpretaciones hechas al amparo del art. 310.

Puede ocurrir, sin embargo, que el autor de una declaración interpretativa pretenda ligar su consentimiento en obligarse por el tratado a la aceptación de una interpretación específica del mismo o de alguna de sus disposiciones, descartando otras. Llamamos a esta declaración interpretativa *condicional*, pues la interpretación propuesta se impone como condición *sine qua non* de la participación y/o relaciones convencionales del sujeto que la formula con los demás contratantes.

La distinción entre una declaración interpretativa *simple* y una declaración interpretativa *condicional* tiene trascendencia práctica. Compárense, por ej., las declaraciones formuladas por Francia, de un lado, a la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial (1965), precisando que en lo que respecta al art. 4 "interpreta la referencia que allí se hace a los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como a los derechos enunciados en el artículo 5 de la misma Convención, en el sentido de que releva a los Estados Partes de la obligación de promulgar disposiciones represivas que no sean compatibles con las libertades de palabra y de expresión, de reunión y de asociación pacíficas que se garantizan en virtud de esos preceptos" y, de otro, al Protocolo Adicional II al Tratado de Tlatelolco relativo la proscripción de armas nucleares en América Latina, respecto del que el gobierno galo precisó: "si la declaración interpretativa que ha hecho el Gobierno de Francia es impugnada, en todo o en parte, por una o más partes contratantes en el Tratado o en el Protocolo II, esos instrumentos carecerán de efecto en las relaciones entre la República Francesa y el Estado o Estados que los impugnen".

En este caso, dado que la declaración interpretativa *condicional* sí requiere para producir efectos jurídicos una reacción de los otros sujetos implicados en el

tratado, la CDI aplica similares exigencias a las previstas para la reserva, a saber: la declaración interpretativa condicional habrá de formularse por escrito (*Guía...*, directriz 2.4.7), al firmar o manifestar el consentimiento en obligarse por el tratado (directrices 1.2.1 y 2.4.7), exigiendo confirmación la formulada al firmar (directriz 2.4.5). Se considera, asimismo, como *declaración interpretativa condicional tardía* la depositada tras la expresión del consentimiento y sometida, como la reserva tardía, “a que ninguna de las demás partes contratantes se oponga a la formulación tardía de esa declaración” (directriz 2.4.8), reglas igualmente aplicables a la ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional (directriz 2.5.12). El retiro total o parcial de una declaración interpretativa condicional se regirá, asimismo, por las reglas aplicables a las reservas (directriz 2.5.13). El mimetismo de la regulación es tal que cabe preguntarse si acaso no bastaría una directriz de reenvío al régimen de las reservas.

El Relator (A. Pellet) ha precisado, no obstante, que la similitud entre la declaración interpretativa condicional y la reserva no implica identidad absoluta; pues el hecho de que una interpretación se presente como condición no transforma automáticamente el objeto pretendido por ésta —elemento distintivo por antonomasia de toda declaración unilateral— en una tentativa de excluir o modificar los efectos jurídicos de una disposición, como pretende la reserva.

LVI. RESERVAS, DECLARACIONES Y DERECHO INTERNO

234. La participación de las Cámaras legislativas

La participación de las Cámaras legislativas en materia de reservas puede ser contemplada desde dos puntos de vista. Para una concepción *aristocrática* el Gobierno goza de absoluta libertad en la materia. Para una concepción *democrática* no hay razones para excluir la participación de las Cámaras en la determinación del número y contenido de las reservas concernientes a tratados cuya conclusión requiere autorización parlamentaria. El carácter unilateral de la reserva y el momento de su formulación en el orden internacional abogan por esta solución, más acorde sin duda con un Estado de derecho. Lo mismo cabría decir de cualesquiera declaraciones que se considere oportuno hacer con respecto al tratado.

Las prácticas constitucionales en materia de reservas cambian de un país a otro, pudiendo concebirse como una competencia compartida Ejecutivo/Parlamento, corresponder exclusivamente al Ejecutivo o, lo que es más inusual, al Parlamento.

En América Latina únicamente la Constitución de Panamá (art. 310) se ocupa de esta cuestión, en relación con el Canal, afirmando que ninguna enmienda, reserva o entendimiento que se refiera a los tratados sobre el Canal, su zona adyacente y su protección a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas, tendrá validez si no cumple con los requisitos de ser aprobados por el Órgano Legislativo y, luego de su aprobación, ser sometidos a referéndum nacional.

En España la Constitución de 1978 no se pronuncia, pero su espíritu es favorable a la concepción democrática y así se ha traducido en los textos reglamentarios del Congreso y del Senado por lo que atañe a

su participación en la formulación de reservas, no por lo que hace a su retirada ni a la reacción frente a las reservas de los demás, cuestión ésta sobre la que los reglamentos guardan silencio y es escasa tanto la práctica como la elaboración doctrinal.

235. La participación de las Cámaras: a) En la formulación y retirada de reservas y objeciones

En España, cuando el Gobierno remite a las Cortes un tratado para recabar la autorización parlamentaria de su conclusión, debe hacerlo con las reservas y declaraciones que se proponga formular, pudiendo las Cortes ampliar, suprimir o modificar las propuestas del Gobierno (arts. 20.3 y 26 del Decreto 801/1972, y 155.2 del Reglamento del Congreso). Si el Gobierno no hubiese previsto formular reservas o declaraciones al tratado, los parlamentarios tienen derecho a proponerlas en la medida en que el tratado correspondiente lo permita (arts. 156. 2 y 3 del Reglamento del Congreso, y 144. 1 y 3 del Reglamento del Senado).

Reservas y declaraciones pueden ser debatidas por los parlamentarios del mismo modo que los artículos de un proyecto de ley, regulación satisfactoria siempre que las propuestas parlamentarias de adición o de modificación no acaben confeccionando una reserva prohibida por el tratado.

A menos que las Cámaras den a su propuesta un carácter meramente recomendatorio, el Gobierno ha de manifestar el consentimiento en obligarse por el tratado ateniéndose a las reservas y declaraciones aprobadas por las Cortes. En todo caso, la naturaleza vinculante a un solo efecto de la intervención de éstas (v. Cap. X), permite al Gobierno paralizar la expresión de su compromiso esperando un momento más favorable para revisar las reservas y declaraciones decididas por las Cámaras.

La intervención parlamentaria no puede ser excusada por el Gobierno alegando que la conveniencia de formular una reserva o declaración ha sido apreciada una vez evacuado el trámite de autorización de la conclusión del tratado. Si ésta se verificase con reservas y declaraciones no autorizadas por las Cortes, debería evacuarse un procedimiento que condujese a la retirada o modificación de aquéllas que, *a posteriori*, no contasen con el beneplácito de las Cámaras.

Por lo que se refiere a la retirada—total o parcial—de reservas y de objeciones por parte de España, nada impide desde luego arbitrar la participación de las Cámaras. Sin embargo, hasta ahora ha primado la libertad del Gobierno, limitándose el Decreto 801/1972 a garantizar una cierta publicidad de la retirada de las reservas (art. 32.2), aunque no alude a las objeciones.

236. La participación de las Cámaras: b) frente a las reservas ajenas

En relación con esta cuestión es preciso distinguir, entre la reacción frente a las reservas formuladas por otros sujetos antes de que España adquiera la condición de contratante y la reacción frente a las formuladas con posterioridad.

En el primer supuesto es fácil la extensión del régimen considerado para la formulación de reservas. Téngase en cuenta que las reservas de los demás contratantes también han de ser comunicadas a las Cortes al iniciarse el trámite de autorización parlamentaria (arts. 20.3 y 26 del Decreto 801/1972).

Más dificultades plantea la participación de las Cortes en la segunda situación. Pese a contar con un plazo de doce meses desde la recepción de la notificación de la reserva formulada por otros sujetos para objetarla, la lentitud, saturación y rutina de las Cámaras alimentan la tentación de la facilidad: dejar las manos libres al Gobierno y garantizar la publicidad de las mismas (art. 32.1 del Decreto 801/1972), que es lo que hasta ahora se ha venido haciendo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Además de biblio. general sobre tratados (Cap. VIII), puede consultarse:

1. Sobre el fomento de la participación en los tratados multilaterales a través de mecanismos moduladores de los compromisos asumidos en general, en lengua española: por todos, P.J. Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, 2003; **en otras lenguas:** la monografía de F. Bestagno, *Le clause di salvaguardia economica nel DI*, Milán, 1998; M. Virally, "Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités", en *Les clauses échappatoires en matière d'instrument relatifs aux droits de l'homme*, Bruselas, 1982, 6; J.A. Salmon, "Les notions à contenu variable en DI public", en Ch. Perelman y V. Elst (eds.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, 1984; K. Arts, "Participation in Multilateral Treaties", *As. YIL*, 2000, 281; *id.*, "Participation in Multilateral Treaties", *As. YIL*, 2001-2002, 265; A. Aust, "Limping Treaties: Lessons from Multilateral Treaty-Making", *NILR*, 2003-3, 243; A. Spiliopoulou Åkermark, "Treaties and the Limits of Flexibility", *Nordic JIL*, 2005, 509.

2. En relación con el recurso a estos mecanismos en tratados de derechos humanos: R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 1987; R. Higgins, "Derogations under Human Rights Treaties", *BYIL*, 1976-1977, 281; Th. Buergenthal, "To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations", en L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, 1981, 84; A.Ch. Kiss, "Permissible Limitations on Rights", *ibid.*, 292; R. Pelloux, "Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire aux Etats liés par les Conventions et Pactes relatifs aux droits de l'homme?", en *Les clauses échappatoires...*, cit., 47; J. Velu, "Le droit pour les Etats de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation", *ibid.*, 198; T. Stein, "Dérogrations aux garanties énoncées dans les instruments relatifs aux droits de l'homme", en *Actes du cinquième Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, París, 1982, 142; R. Sapienza, "Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritto dell'uomo", *RDI*, 1991, 604; F. Ouguergouz, "L'absence de clauses de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: les réponses du DI général", *RGDIP*, 1994, 290.

3. En cuanto a la flexibilización de los tratados en el ámbito económico, en general, y en el GATT y en la UE, en particular, en lengua española: M. Urrea, *La cooperación reforzada en la UE*, Madrid, 2002; A. Alcoceba, *Fragmentación y diversificación en la construcción europea*, Madrid, 2005; J.M. Areilza y A. Dastis, "Flexibilidad y cooperación reforzadas...", *RDCE*, n° 1, 1997, 9; F.M. Mariño, "Integración flexible en la UE: el marco del Tratado de Ámsterdam", en F.M. Mariño (ed.), *Acción exterior de la UE y comunidad internacional*, Madrid, 1998, 63; *id.*, "La integración diferenciada. La cooperación reforzada", en M. Oreja (ed.), *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Madrid, 1998, 603; J. Martín y Pérez de Nanclares, "La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: Especial referencia a la noción de cooperación reforzada", *RDCE*, n° 3, 1998, 205; *id.*, "La flexibilidad como instrumento básico del futuro de la UE", en *Seminario sobre la reforma de la delimitación competencial en la futura UE*, Granada, 2002, 1; *id.*, "La cláusula de cooperación reforzada a la luz del Tratado de Niza: Crónica de una modificación necesaria", *Noticias UE*, n° 218, 2003, 95; J.M. Martínez Sierra, "La cooperación reforzada tras Niza", *Rev. Cortes Generales*, 2000, 31; X. Pons Rafols, "Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza", *RDCE*, n° 9, 2001, 145; A. Mangas, "Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza", en C. Moreira (ed.), *Tratado de Niza. Análisis, comentarios, texto*, Madrid, 2002, 67; M. Urrea, "La cooperación reforzada en el proyecto de Constitución europea", *Suplemento BEUR*, n° 12-13, 2004, 27. **En otras lenguas:** K. Junge, *Flexibility, Enhanced Cooperation and the Treaty of Amsterdam*, Londres, 1999; A. Schrauwen, *Flexibility in Constitution. Forms of Closer Cooperation in Federal and Non-Federal Settings*, Groninga, 2002; A. Stubbs, *Negotiating Flexibility in the EU. Amsterdam, Niza and Beyond*, Palgrave, 2002; M. Hahn, "Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exceptions", *Michigan JIL*, 1991, 558; F. Tedeschi, "La riforma della clausola di salvaguardia del GATT", *LCI*, 1995, 58; C.D. Ehlermann, "Differentiation,

flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam", *RMUE*, 1997-3, 57; D. Vignes, "Construction européenne et différenciation: la flexibilité", *Liber amicorum H. Gross Espiell*, Bruselas, 1997, 1748; G. Gaja, "How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?", *CMLR*, 1998, 855; J.V. Louis, "De la différenciation à l'avant garde", *CDE*, 2000-3/4, 301; M. McRae, "GATT Article XX and the WTO Appellate Body", en M. Bronckers (ed.), *New Directions in International Economic Law*, Londres, 2000, 227; H. Bribosia, "Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice", *RDUE*, 2001-1, 111; W.A. Cann, "Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism", *Yale JIL*, 2001, 431; G. Karydis, "L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable", *RTDE*, 2002, 1.

4. En relación con las reservas a los tratados en general, en lengua española: J. Quel, *Las reservas a los tratados internacionales*, Bilbao, 1991; J. Bonet, *Las reservas a los tratados internacionales*, Barcelona, 1996; R. Riquelme, *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, Murcia, 2004; *id.*, "La definición de reserva a examen ¿Confirmación o desdibujamiento de sus elementos esenciales?", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 621. **En otras lenguas:** P.H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux (Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la CIJ le 28 mai 1951)*, Paris, 1979; F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam, 1988; L. Migliorino, *Le obiezioni alle riserve nei trattati internazionali*, Milán, 1997; R. Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milán, 1999; C. Gennarelli, *Le riserve ai trattati internazionali*, Milán, 2001; M.F. Gennarelli, *Le riserve ai trattati internazionali*, Milán, 2001; C. Redgwell, "Universality or Integrity?: Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties", *BYIL*, 1993, 245; *id.*, "The Law of Reservations in Respect of Multilateral Convention", en J.P. Gardner (ed.), *HR as General Norms and State's Right to Opt Out. Reservations and Objections to HR Conventions*, Londres, 1997, 3; D.W. Greig, "Reservations: Equity as a Balancing Factors?", *AYIL*, 1995, 21; J.A. Frowein, "Reservations and the International Order Public", *Essays K. Skubiszewski*, La Haya-Londres, 1996, 403; Sucharipa-Behrmann, "The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties", *ARIEL*, 1996, 67; J. Klabbbers, "Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties", *FYIL*, 1997, 138; *id.*, "Accepting the Unacceptable? A New Nordic Approach to Reservation to Multilateral Treaties", *NJIL*, 2000, 179; I. Buffard y K. Zemanek, "The 'Object and Purpose' of a Treaty: An Enigma?", *ARIEL*, 1998, 311; *id.*, "Alain Pellet's Definition of a Reservation", *ARIEL*, 1998, 295; *id.*, "Re-Examining the Genocide Opinion: Are the Object and Purpose of Convention Suitable Criteria for Determining the Admissibility of Reservations?", *Liber amicorum S. Oda*, Dordrecht, 2002, 335; A. Pellet, "La CIJ et les réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle", *ibid.*, 481; G. Gaja, "Le riserve tardive ai trattati: un fenomeno a molti viso (ma non sempre visto bene)", *RDI*, 2003, 463; ; M.A. Martín López, "The Distinction between Reservations and Interpretative Declarations", *Miscellanea Iuris Gentium*, 2003, 22; P. Kohona, "Reservations: Discussion of Recent Developments in the Practice of the Secretary-General of the UN as Depositary of Multilateral Treaties", *Georgia JICL*, 2005, 415; C. e.S., v. XXII, 2002, dedicó a las reservas un apartado especial, con contribuciones de T. Treves, "Foreword", 3; A. Tanzi, "The Resumed Codification of the Law of Reservations to Treaties", 7; C. Campiglio, "Qualche riflessione a proposito delle riserve tardive", 35; A. Sassi, "General Reservations to Multilateral Treaties", 57; A. Zanobetti, "Joint Reservations and Joint Declarations to Treaties", 57.

5. Sobre las reservas a determinados tratados, con especial referencia a los tratados en materia de derechos humanos, en lengua española: C. Díaz Barrado, *Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados*, Madrid, 1991; A. Chueca, *Reservas a convenciones internacionales en materia de derechos humanos*, Zaragoza, 1992; A. Salado, *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Murcia, 2003; C. Gutiérrez Espada, "A propósito de la adhesión española (1985) a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas", *REDI*, 1986, 9; J. Quel, "Las reservas en los Convenios de La Haya de DI privado", *REDI*, 1993, 115; A. Sánchez Legido, "Algunas consideraciones sobre la validez de las reservas al Convenio

Europeo de Derechos Humanos", *Rev. Jur. Castilla La Mancha*, 1994, 207; C. López Hurtado, "¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos dentro del DI? Reservas y denuncias de tratados de derechos humanos", *AMDI*, 2001; R. Riquelme, "¿Unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas a los tratados? Reservas a tratados de derechos humanos", en J. Liceras (ed.), *Cur. Derechos Humanos Donostia-San Sebastián*, v. V. **En otras lenguas:** entre los trabajos más recientes, L. Lijnzaad, *Reservations to UN HR Treaties: Ratify and Ruin?*, Dordrecht, 1995; A. Cançado Trindade, "The IL of HR at the Dawn of the XXI Century", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. III, 1999, 145; S. Spiliopoulou Akermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *ICLQ*, 1999, 479; R. Baratta "Should Invalid Reservations to HR Treaties Be Disregarded?", *EJIL*, 2000, 413; Y. Tyagi, "The Conflict of Law and Policy on Reservations to HR Treaties", *BYIL*, 2000, 181; P. de Cesari, "Riserve, dichiarazioni e facoltà nelle Convenzioni dell'Aja di DI privato", *C. e S.*, 2002, 149; R. Goodman, "HR Treaties, Invalid Reservations, and State Consent", *AJIL*, 2002, 521; K. Korkelia, "New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights", *EJIL*, 2002, 437; C. Espaliú, "The Spanish Reservation to Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", *SYIL*, 2004.

6. Sobre las declaraciones interpretativas, en general, y en relación con determinados tratados, en particular, en lengua española: R. Riquelme, *La Convención sobre el Derecho del Mar. Las declaraciones formuladas*, Murcia, 1990; C. Martínez Capdevila, *Las declaraciones en el Derecho comunitario. Estudio de las declaraciones a los Tratados y al Derecho derivado*, Madrid, 2005. **En otras lenguas:** F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations...*, cit.; R. Sapienza, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milán, 1996; D.M. McRae, "The Legal Effect of Interpretative Declarations", *BYIL*, 1978, 155; L. Migliorino, "Declarations and Reservations to the 1971 Seabed Treaty", *IYIL*, 1985, 106; M. Coccia, "A Controversial Declaration on the UN Convention against Torture", *EJIL*, 1990, 314; R. Sapienza, "Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités", *RGDIP*, 1999, 601; L.D.M. Nelson, "Declarations, Statements and 'Disguised Reservations' with respect to the Convention on the Law of the Sea", *ICLQ*, 2001, 767; A. Fodella, "The Declarations of States Parties to the Basel Convention", *C. e S.*, v. XXII, 2002, 111.

7. Por lo que se refiere a la intervención parlamentaria en materia de declaraciones y reservas a los tratados: C. Gutiérrez Espada, "Reservas propuestas en el Congreso de los Diputados al Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1982, 79; v. tb. biblio. Cap. X (fase intermedia en la celebración de tratados).



Capítulo XII

Patología y revisión de los Tratados

LVII. CONSIDERACIONES GENERALES

237. Sobre la nulidad, terminación y suspensión de los tratados

La Convención de Viena dedica su Parte V (arts. 42-72) a la regulación de la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados. Es la parte más amplia y también la más compleja y farragosa. Ha sido la parte más debatida y también la más politizada. Entre sus normas algunas, como las que enuncian genéricamente las causas de nulidad, pueden considerarse declarativas, codificadoras de normas consuetudinarias; pero su más precisa tipificación y la sumisión de su verificación a órganos independientes resultan innovadoras. Ese ha sido —y es— uno de los motivos de la lenta acumulación de ratificaciones y adhesiones, así como de la formulación por algunos contratantes de reservas dudosamente compatibles con su objeto y fin, que han encontrado las objeciones de otros interesados (v. Cap. XI).

El que la Convención se ocupe de la regulación de las causas de nulidad, terminación y suspensión no debe considerarse como una forma de debilitar los principios que protegen la observancia de los tratados, ni interpretarse como estímulo para escapar de las obligaciones convencionales, sino más bien como aceptación de que el riesgo de una invocación abusiva de tales causas no justifica una no menos abusiva afirmación absoluta e incondicional del carácter *sagrado* de los tratados.

En su regulación, la Convención hace un esfuerzo por poner de manifiesto la excepcionalidad del régimen de nulidad, terminación y suspensión y por garantizar la estabilidad de los tratados, reduciendo al mínimo la incertidumbre y el riesgo de abusos, lo que resulta evidente si se tiene en cuenta que:

1) Parte de la presunción de la validez de los tratados y establece una lista cerrada (*numerus clausus*) de causas de nulidad, terminación y suspensión, independientes del acuerdo de las partes, lo que impide, al amparo de sus disposiciones, alegar otras distintas (art. 42).

Ahora bien, siendo ello absolutamente correcto respecto de la nulidad, otras normas internacionales han previsto la posibilidad de dar por terminado o suspender la aplicación de un tratado internacional cuando se producen determinadas situaciones como ocurre, por ej., en algunos supuestos de sucesión de Estados. También los conflictos armados o la completa ejecución de las obligaciones convencionales pueden proponerse

como motivo de suspensión o terminación de los tratados. Si las CV no los mencionan es debido a la exclusión de estas cuestiones de su ámbito (v. *infra*).

2) Tipifica en términos estrictos las causas más controvertidas, como por ej., el cambio fundamental en las circunstancias existentes en el momento de su celebración (art. 62).

3) En la mayoría de supuestos limita la capacidad para invocarlas a la parte afectada, y admite un buen número de supuestos de sanación y desactivación de las causas por aquiescencia (art. 45).

4) Exige que la invocación de una causa observe una forma precisa (art. 67) y facilita ampliamente su revocación (art. 68).

5) No reconoce efectos inmediatos a la pretensión de quien invoca una de estas causas y somete su apreciación, si las partes discrepan, a órganos imparciales cuya decisión puede llegar a ser vinculante (arts. 65-66).

6) Limita las consecuencias de la nulidad, terminación y suspensión al acceder a la divisibilidad de las disposiciones del tratado cuando la naturaleza de la causa alegada lo permite (art. 44), refiriéndose en estos casos la inaplicación a determinadas disposiciones del tratado.

7) Promueve la suspensión como preliminar, alternativa o sustitutiva, según los casos, de la terminación.

8) Salva el cumplimiento de las obligaciones que, recogidas en el tratado objeto de anulación, terminación o suspensión, tienen su fundamento en otras normas del DI (art. 43).

238. Sobre la revisión de los tratados

Además de poder experimentar estas patologías, el principio *pacta sunt servanda* no implica que los tratados sean inmutables, sino que se ven afectados por el paso del tiempo y han de cambiar cuando lo hacen las circunstancias, sobre todo políticas, económicas y sociales, que los originaron, cuando ya no traducen equilibradamente los intereses en presencia, cuando quienes los promovieron no disponen ya del poder que garantiza su cumplimiento o cuando se desea aumentar su eficacia tras la experiencia acumulada con su aplicación. En estos casos se hace necesaria la revisión del tratado, bien parcial, mediante una especie de intervención de cirugía selectiva (*enmienda*), bien total (*sucesión* de tratados).

Aunque la revisión de los tratados afecta generalmente a tratados en vigor, cabe la posibilidad de que afecte a un tratado antes de que su entrada en vigor se produzca. Esto puede ser así, bien por la amenaza que el paso del tiempo supone para el tratado nonato, bien por una reconsideración de las circunstancias de su adopción o por el deseo —si de un tratado multilateral se trata— de animar la participación, selectiva o universal, ofreciendo nuevos alicientes.

En este caso los signatarios y contratantes jugarán un papel esencial en el proceso de reforma, pero nada impide que se facilite la participación de todos los sujetos interesados. El procedimiento a seguir y los efectos de la reforma habrán de ser establecidos por los participantes dado que las cláusulas previstas en el tratado para su enmienda, de existir, no están aún vigentes.

Un ejemplo de revisión de un tratado antes de su entrada en vigor, aunque con identidad propia y oculta tras la etiqueta de la *interpretación*, nos lo ha brindado la CONVEMAR (1982) con el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI (1994). Este Acuerdo *interpretativo* enmienda de hecho las disposiciones de la Convención relativas al sistema de exploración y explotación de la *Zona Internacional de Fondos Marinos y Oceánicos* con la finalidad de obtener la participación del mayor número de Estados, especialmente de los países capitalistas desarrollados, sin los cuales la Parte XI de la Convención era papel mojado.

IVIII. LA NULIDAD DE LOS TRATADOS

239. *Las causas de nulidad: planteamiento*

La Convención de Viena presume la validez de los tratados. “La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención”, dice el art. 42.1. Presupuesta la validez, la Convención tipifica las posibles causas de nulidad (arts. 46-53), que son reflejo de un vicio o defecto sustancial presente ya en el momento de la conclusión del tratado. La lista de causas es *exhaustiva*. Sólo alegando una de ellas puede conseguirse la declaración de nulidad de un tratado (arts. 42.1 y 69.1). La CIJ (*Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997) lo ha confirmado.

Las causas de nulidad enumeradas en la Convención pueden ser clasificadas en tres grupos, según conciernan a:

- 1) La *incompetencia* para expresar la voluntad del sujeto, lo que incluye: a) la violación de disposiciones de Derecho interno relativas a la competencia para celebrar tratados (art. 46); y, b) la inobservancia por el representante de una restricción específica de sus poderes para manifestar el consentimiento (art. 47);
- 2) los *vicios del consentimiento*, a saber: a) el error (art. 48); b) el dolo (art. 49); c) la corrupción del representante (art. 50); y d) la coacción sobre el mismo (art. 51);
- 3) la *sanción* del recurso a la amenaza o el uso de la fuerza para coaccionar a un Estado o a una OI (art. 52); y
- 4) la ilicitud del *objeto*, esto es, la oposición del tratado con una norma imperativa de DI general (*ius cogens*) preexistente (art. 53).

240. *La nulidad por la incompetencia para expresar la voluntad del sujeto*

La redacción en términos negativos que utiliza la Convención a la hora de tipificar las causas de nulidad recogidas en los arts. 46 y 47 pone de relieve el

carácter excepcional con que se contempla la posibilidad de declarar la nulidad de un tratado como consecuencia de la incompetencia para expresar la voluntad del sujeto.

a) *Violación del Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar el tratado*

La primera de las causas enumeradas por la Convención consiste en la *violación de las disposiciones de Derecho interno concernientes a la competencia para celebrar el tratado* (art. 46). Para que una violación de las disposiciones de Derecho interno sea relevante a efectos de nulidad es preciso que se cumplan tres requisitos:

1) Que afecte a normas de Derecho interno de *importancia fundamental*. Lo son, en el caso de los Estados, la Constitución y las leyes que se integran en el llamado *bloque de la constitucionalidad*; también pueden serlo las leyes especiales sobre tratados. En el caso de las OI lo primordial será el respeto de su tratado constitutivo y su contexto, que resulta continuamente remodelado por decisiones y prácticas orgánicas.

Las normas internas a tener en cuenta son las *vigentes al concluirse el tratado*, no las anteriores ni las posteriores, con independencia de su origen y legitimidad.

Entre ellas no han de considerarse los tratados en vigor suscritos con terceros por los que un Estado aceptó limitaciones de su capacidad convencional, pues el problema que se plantea en este caso no es de validez o nulidad, sino de compatibilidad y eventual responsabilidad ante la inevitable infracción de un tratado que implica la observancia del otro (v. Cap. XVI y XIX). No obstante, sí que estaríamos ante el supuesto del art. 46 si las obligaciones pactadas han sido incorporadas materialmente a la Constitución o a otra norma interna de importancia fundamental.

2) Que la norma concierna a la *competencia para celebrar tratados*, y no al procedimiento (mayorías o quórum)—, como son, por ej., en el caso del Estado, las que prescriben la autorización parlamentaria, o, en el caso de las OI, las que delimitan su capacidad convencional.

3) Que la violación del Derecho interno sea *manifiesta*, entendiéndose por tal (art. 46.2) la que resulte evidente para todos. La apreciación de este requisito en el caso concreto puede plantear dificultades, sobre todo cuando la causa afecta al Derecho de una OI. Determinadas iniciativas —como la notificación a los demás sujetos de las normas fundamentales de los Derechos internos relativas a la competencia para celebrar tratados, o, en su caso, una declaración judicial de inconstitucionalidad del tratado— pueden favorecer una convicción en este sentido.

La CIJ (*Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002) ha puesto de relieve que los Estados no están obligados a conocer las disposiciones legislativas o constitucionales de los demás Estados con trascendencia en sus

relaciones internacionales, concluyendo que las restricciones impuestas por normas fundamentales de Derecho interno a la capacidad de actuación de un Jefe del Estado, al que por sus funciones se considera representante del Estado (art. 7.2 de la CV), no pueden considerarse manifiestas, en el sentido del núm. 2 del art. 46 de la CV, salvo que se les haya dado una publicidad adecuada.

b) Inobservancia de restricción específica del plenipotenciario

En segundo lugar, la Convención (art. 47) dispone que *las restricciones específicas* de que hayan sido objeto los *poderes* de un representante *para manifestar el consentimiento* en obligarse por un tratado podrán ser alegadas si *con anterioridad* a dicha manifestación han sido *puestas en conocimiento* de los demás negociadores. Se trata, como ya indicamos al hacer referencia a la representación de los sujetos en los actos de formación de los tratados (v. Cap. IX), del supuesto en que el representante, con poder para ello, manifiesta el consentimiento desdeñando las instrucciones recibidas.

De la regulación establecida cabe destacar que:

1) Se prescinde de las extralimitaciones del plenipotenciario en relación con actos previos a la manifestación del consentimiento porque, como señaló la CDI (1966), siempre está en manos del Estado solventarlas, bien repudiando el texto del tratado, bien confirmando, al manifestar el consentimiento, los iniciales excesos de su representante.

2) Las restricciones reservadas, no notificadas a los otros negociadores, son irrelevantes internacionalmente.

3) Con el art. 47 se trata de proteger la seguridad de las transacciones internacionales hasta el punto en que lo merece la buena fe de los demás negociadores.

241. La nulidad como consecuencia de un vicio del consentimiento

a) El error

Según dispone el art. 48.1 de la CV para que un *error* vicie el consentimiento hasta provocar la nulidad del acto ha de referirse “a un *hecho* o a una *situación* cuya existencia diera por supuesta (quien la invoca) en el momento de la celebración del tratado” y ha de quedar reflejada en éste («error en un tratado”).

Ahora bien, para que un *error de hecho en el tratado* comprometa su validez ha de cumplir dos *condiciones*:

1) El hecho o situación supuestamente existente al celebrarse el tratado fue base esencial del consentimiento otorgado por quien después pretende servirse de

un error para viciarlo (CPJI, *Readaptación de las concesiones Mavrommatis en Jerusalén*, 1927); o, como afirma la doctrina, el error debe ser tal que, sin él, la *víctima* no habría prestado el consentimiento.

2) El error no fue imputable, por acción u omisión, al sujeto que lo alega; no ha de resultar de su negligencia o ignorancia culpable (CIJ, *Templo de Préah Vihear*, 1962).

La práctica internacional pone de manifiesto que los problemas originados por un error de hecho concretado en el tratado no suelen provocar la alegación de su nulidad, al menos inicialmente, sino que suelen ser resueltos por las partes mediante negociación o, de surgir una controversia sobre la existencia del error o su adecuación para provocar la nulidad del tratado, recurriendo a procedimientos de arreglo de carácter jurídico como el arbitraje o, incluso, el arreglo judicial.

Un caso de error resuelto mediante negociación fue el que se deslizó en el Tratado de París (1898), por el que una España vencida debió ceder a Estados Unidos el archipiélago de las Filipinas. Para definirlo los vencedores concibieron un poliedro de paralelos y meridianos sin que su codicia evitara que un par de islas filipinas (Cagayán de Joló y Sibutú) quedaran fuera de él. El problema se zanjó con un acuerdo adicional (1900) por el que España cedió también estas islas a cambio de un módico precio. No deja de ser curioso que cien años después este acuerdo fuera uno de los numerosos tratados aportados por Malasia, beneficiaria de una cadena rocambolesca de sucesiones, para fundamentar un título sobre dos insignificantes islas al este de Borneo, generadoras de espacios marinos nada insignificantes que, a la postre, le fueron adjudicadas sobre la base de una posesión efectiva zurcida con modestos actos, como la reglamentación de la recolección de huevos de tortuga y la creación de una reserva ornitológica... (CIJ, *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, 2002).

El error como causa de nulidad no ha de confundirse con la pura equivocación *material* en la redacción del texto del tratado (art. 48.3), caso en el que procede una *corrección* (arts. 79 de la CV de 1969 y 80 de la CV de 1986). Considerar que un error *material* deja de serlo desde el momento en que uno de los contratantes no está dispuesto a *corregirlo* es un criterio práctico para resolver los conflictos de calificación que en ocasiones pueden darse.

b) El dolo

El *dolo* (art. 49 CV), como causa de nulidad, supone que el sujeto que lo alega ha manifestado su consentimiento inducido por el comportamiento engañoso o fraudulento de otro negociador. Se manifiesta el consentimiento por error, pero provocado fraudulentamente por otro.

No siempre que hay error hay dolo. Así, no lo hay cuando una parte, conocido el error —por él no inducido— en que incurre otra, se limita a explotarlo o aprovecharlo, o cuando el error ha sido originado por informaciones inexactas suministradas de buena fe por una de las partes. Pero siempre que hay dolo hay error. El hecho de que en este caso ese error sea fruto de un comportamiento ilícito, que se quiere sancionar, de otro sujeto —el *inductor*— justifica que el dolo reciba un tratamiento separado.

En este supuesto se está sancionando la intención maliciosa de inducir a error al otro sujeto. De ahí que no se someta a las limitaciones que presenta el error como

causa de nulidad (error de hecho en el tratado, art. 48 CV, v. *supra*), sino que abarque otras manifestaciones —como el error de derecho, el que versa sobre los motivos o valor de las prestaciones y el error no reflejado en el tratado— y que la carga de la prueba se desplace del carácter esencial del error al hecho de la maniobra fraudulenta.

Como causa de nulidad los elementos constitutivos del dolo son:

1) Un *elemento material*, esto es, una conducta fraudulenta que engloba, como dijo la CDI (1966), “toda declaración falsa, toda presentación inexacta de los hechos y otros procedimientos engañosos”.

2) Un *elemento psicológico*: la intención o propósito de equivocar, de provocar el error de otro u otros sujetos negociadores.

3) Un *resultado*: la maniobra fraudulenta induce efectivamente a quienes la padecen a un error que es determinante en la expresión de un consentimiento que, de no mediar aquélla, no se habría manifestado. En este sentido se dice que el dolo ha de ser *esencial*.

c) La corrupción del representante

Según el art. 50 de la CV si la manifestación del consentimiento de un Estado (o una OI) en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la *corrupción de su representante*, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador (o una OI negociadora), aquel Estado (o la OI) afectado podrá alegar esa circunstancia como vicio de su consentimiento.

El término *corrupción*, tal y como puso de manifiesto la CDI (1966), se ha utilizado para indicar que “solamente los actos concebidos con el propósito de ejercer una influencia fundamental en la disposición del representante para concertar el tratado pueden alegarse como vicio del consentimiento que se supone manifiesta el representante en nombre de su Estado”, pero no “cualquier pequeño favor o cortesía” de que pueda ser objeto con motivo de la celebración de aquél.

Tales actos han de proceder, directa o indirectamente, de otro sujeto negociador; no basta con probar que un representante ha sido corrompido si este hecho no puede, de una u otra forma, imputarse a otro Estado (u Organización) negociador (a).

De la redacción del art. 50 de la CV y del comentario de la CDI parece también desprenderse, aparentemente, una doble exigencia:

1) Que la corrupción afecte al representante del Estado en la manifestación del consentimiento y no en etapas previas de la celebración del tratado.

En relación con esta exigencia cabe señalar que de admitir el juego de la corrupción en términos tan estrechos sólo sería imaginable en formas *simplificadas* de conclusión de los tratados; en las formas solemnes el representante desempeña un papel reglado de antemano. Ahora bien, debemos entender que la corrupción

del representante en la fase inicial de celebración del tratado debe ser igualmente relevante para alegar la nulidad en la medida en que su actividad ha podido inducir al error a los órganos competentes para autorizar y expresar el consentimiento del Estado.

2) Que como consecuencia de ella se consientan obligaciones que, de no mediar corrupción, no se habrían consentido. Ha de advertirse que quién alega la corrupción como causa de nulidad no ha de probar, para que surta efectos, una relación de causalidad con la manifestación de voluntad en obligarse por el tratado.

Las referencias a la corrupción de gobernantes y funcionarios están a la orden del día en el ámbito de las inversiones extranjeras y los contratos públicos entre Estados y corporaciones foráneas, especialmente en países en desarrollo, algunos de ellos fallidos. Se han concertado por eso numerosos tratados internacionales para combatir esta corrupción (Convención interamericana contra la Corrupción, OEA, 1996; Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios público extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, OCDE, 1997; Convenio de Derecho penal sobre la corrupción, Consejo de Europa, 1999; Convención para prevenir y combatir la corrupción, UA, 2003; Convenio contra la Corrupción, NU, 2003) y no faltan en los países desarrollados (a partir de la Ley de Práctica corruptas en el extranjero, de Estados Unidos, 1977) leyes penalizando los comportamientos corruptos de las empresas en el exterior. Sin embargo, los datos que se ofrecen periódicamente sobre los índices de corrupción son alarmantes (v., por ej., *Índice de fuentes de soborno 2006*, Transparencia Internacional). Naturalmente, esto podría dar lugar a casos de nulidad de los contratos obtenidos por esta vía, pero los arbitrajes entre Estados y corporaciones extranjeras parecen ajenos a esta problemática. Por otro lado, ¿acaso quienes son asequibles a la corrupción en las relaciones económicas con privados son seres puros, diamantinos a un comportamiento venal, en las relaciones diplomáticas? Probablemente habría que hacer algo de sociología y determinar si quienes han estado dispuestos a matar, torturar y detener ilegalmente a sus semejantes, también lo han estado para enriquecerse y gozar torticeramente invocando el *interés público*. Como la compra de voluntades conoce formas muy sutiles y puede vestir incluso ropajes ideológicos, no cabe esperar que esta causa de nulidad haga carrera en los tribunales internacionales...

d) La coacción sobre el representante

Según el art. 51 de la CV “la manifestación del consentimiento de un Estado (o de una OI) en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por *coacción sobre su representante* mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico”.

El primer elemento a destacar en la caracterización de esta causa de nulidad estriba en la índole de los comportamientos que pueden considerarse *coactivos*. El art. 51, al referirse a una coacción *mediante actos o amenazas*, aspira a comprender, según se desprende del comentario de la CDI (1966), «todas las formas de intimidación o violencia», incluyendo tanto las que afectan a la integridad física y a la libertad como las que se ciernen sobre la carrera, el patrimonio, la situación social o familiar de la víctima, tal vez sometida al chantaje de quienes conocen aspectos de su vida cuya revelación puede, de alguna manera, perjudicarle, pero sin llegar a privarle de su voluntad, ya que en este caso el tratado sería *inexistente*.

Los actos y amenazas con que se pretende coaccionar al representante han de dirigirse contra él como persona y no como órgano del Estado (o de la OI) y,

además, aunque de la lectura del art. 51 quepa interpretar que sólo serán relevantes los llevados a cabo en el momento de la manifestación del consentimiento, ha de entenderse que la causa de nulidad abarca los actos realizados en cualquier etapa de la formación del tratado siempre que hayan podido influir en la posterior manifestación del consentimiento.

La coacción se distancia, en cambio, de la corrupción por lo que hace a la imputación de los actos en que ambas se concretan. El art. 51, a diferencia del 50, no exige que la autoría directa o indirecta de la coacción corresponda a otro sujeto negociador y ello porque la coacción puede provenir de cualquiera.

242. La nulidad como sanción por el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza para coaccionar a un Estado o a una OI

Dispone el art. 52 de la Convención que es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios del DI incorporados en la Carta de las NU. La enfática redacción utilizada es expresiva de la gravedad de la conducta sancionada.

Esta causa de nulidad es una consecuencia lógica de la prohibición de la amenaza y del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales y su alcance se vincula al de dicha prohibición (v. Cap. XXVI), debiendo hacerse la salvedad de que también han de considerarse causa de nulidad los actos de *intervención* — cuyo ánimo es por definición coactivo (v. Cap. III)— en el caso de que se adopten interpretaciones restrictivas de la prohibición que los dejen *extra muros*.

El momento en que ha de apreciarse un hecho *ilícito* de esta naturaleza es el de la conclusión del tratado y los actos comprendidos en la fuerza a la que se refiere el art. 52 han de determinarse en la práctica, en cada momento, mediante la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Carta de las NU que hoy se consideran declarativas de normas generales.

Tal y como está redactado el art. 52 no se requiere que el uso o la amenaza de la fuerza sea imputable a otro sujeto negociador para que la causa opere, lo que resulta expresivo de la gravedad de la conducta sancionada.

No siempre es fácil distinguir la coacción sobre el sujeto de la coacción sobre su representante. Pero el hecho de que ambas causas de nulidad se sometan al mismo régimen y produzcan, salvo en su alcance subjetivo, los mismos efectos (v. *infra*) resta importancia a esta dificultad.

Una de las situaciones más problemáticas resulta de los protectorados *de facto*. Las autoridades locales conservan formalmente todas sus competencias pero las ejercen al dictado de los agentes del *protector*. En circunstancias extremas más que de nulidad podría hablarse de *inexistencia* del acuerdo por privación sustancial de la capacidad de obrar de los órganos estatales. Pero es más corriente que

las autoridades locales conserven un albedrío sobre el que actúa por vía coactiva, personal e institucional, el protector. Cuando la relación es clientelar la coacción no es necesaria, basta con corromper las instituciones y quienes las encarnan. Las dificultades de probar en sede judicial lo que socialmente es comúnmente admitido y el transcurso del tiempo hacen difícil sostener la mayor parte de las pretensiones de nulidad tejidas con estos mimbres, sobre todo cuando recaen sobre tratados territoriales suscritos con terceros de acuerdo con las *propuestas* del protector.

243. La nulidad por la ilicitud del objeto: oposición al *ius cogens* preexistente

El art. 53 de la CV dispone que “es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de DI general”.

El mismo precepto define estas normas, a los efectos de la Convención, como las “aceptada(s) y reconocida(s) por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma(s) que no admite(n) acuerdo en contrario y que sólo puede(n) ser modificada(s) por una norma ulterior de DI general que tenga el mismo carácter” (v. Cap. I).

Con esta disposición y teniendo en cuenta la oponibilidad universal que acompaña a las normas de *ius cogens*, la CV positiva la existencia del límite que encuentra la libertad de los sujetos a la hora de fijar el contenido de sus obligaciones jurídicas.

LIX. LA TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS TRATADOS

244. Planteamiento

Un tratado válidamente celebrado y concluido puede terminar o ver suspendida su aplicación, eximiendo a las partes de la obligación de seguir cumpliéndolo de forma definitiva o temporal.

A diferencia de las causas de nulidad, las de *terminación* y *suspensión*, aparecen con posterioridad a la conclusión del tratado. De ahí que sus efectos no se produzcan como los de aquella *ex tunc*, sino *ex nunc*, a partir del momento en que dicha causa se considera relevante (v. *infra*).

Las circunstancias que mueven a la terminación o suspensión de la aplicación de un tratado están, o en la naturaleza de las cosas, como ocurre cuando el cumplimiento se hace imposible, o en la voluntad de una o de todas las partes, que al apreciar cambios objetivos en la situación o en sus expectativas e intereses se

inclinan a abandonar definitiva o temporalmente un tratado que ya estiman insatisfactorio o se vieron forzados a aceptar en el pasado, ejerciendo una libertad puramente formal.

Las relaciones entre la suspensión y la terminación son estrechas, hasta el punto de que la CV las regula conjuntamente. No sólo hay circunstancias que, alternativa o sucesivamente, pueden conducir a la una o la otra, sino que la extensión y generalización de la suspensión, característica de la Convención, ha respondido al propósito de evitar las radicales consecuencias de la terminación aportando un sustitutivo satisfactorio.

A diferencia de la terminación, la suspensión no supone un cese *definitivo* de los efectos del tratado. El tratado en suspenso pervive y el paréntesis que se abre sobre la aplicación de todas o de algunas de sus cláusulas está dispuesto a cerrarse en cuanto desaparezcan las circunstancias que lo motivaron o cambie la voluntad que animó los actos al respecto relevantes.

Ahora bien, una relación estrecha no significa que terminación y suspensión formen una pareja inseparable. Y si, por un lado, las partes pueden establecer libremente causas y regímenes de terminación o de suspensión particulares y autónomos, por otro el DI general incluye causas extrínsecas de terminación y suspensión recíprocamente estancas. Así, por ej., la incompatibilidad del tratado con una norma imperativa sobrevenida conduce necesariamente a su terminación (art. 64 CV); la imposibilidad *temporal* de cumplirlo sólo puede alegarse, en cambio, como causa para suspender la aplicación (art. 61.1 CV).

La terminación o la suspensión de un tratado puede producirse por acuerdo de las partes (arts. 54, 57 y 59.1 CV) o al margen de éste, mediante la alegación de alguna de las causas que el DI general reconoce (*causas extrínsecas*) (arts. 60, 62 y 64 CV) o, incluso, sin ellas (*denuncia y suspensión no motivadas*) (art. 56 CV).

245. Terminación y suspensión por acuerdo de las partes

Las partes en un tratado pueden prever o decidir en cualquier forma, fecha y condición su terminación o la suspensión de su aplicación, pudiendo ésta tener lugar: 1) de conformidad con las disposiciones del tratado ó 2) por acuerdo posterior de las partes.

1) La terminación o suspensión de un tratado puede producirse, en primer lugar, *conforme a las disposiciones del tratado* (arts. 54 a y 57 a CV). Dentro de la más amplia libertad de elección los negociadores pueden convenir cláusulas previsoras de su terminación o suspensión. Las primeras giran, generalmente, en torno a dos ejes: duración y facultad de denuncia. Las cláusulas de *duración* suelen poner un término, periodos de vigencia acompañados generalmente de la previsión de su tácita reconducción, o bien una vigencia por tiempo ilimitado, lo que se presume en silencio del tratado. En cuanto a las cláusulas de *denuncia*, las

hay de muy diverso tipo. Unas son incondicionales; otras condicionadas por factores diversos, materiales, formales y temporales.

Así, por ej., los Convenios de Ginebra (1949), y sus Protocolos adicionales (1977), prevén la posibilidad de su denuncia mediante notificación al depositario. Los efectos de la misma se producen transcurrido un plazo de tiempo —un año para los cuatro Convenios de Ginebra y su Protocolo I, seis meses respecto del Protocolo II—, siempre y cuando el denunciante no se encuentre inmerso en una de las situaciones en las que resultan aplicables estos tratados (conflicto armado, ocupación...). En este caso la efectividad de la denuncia habrá de esperar al fin de las hostilidades o al restablecimiento de la situación que haga innecesaria la aplicación del DI Humanitario.

Supuestos peculiares de cláusulas que prevén la terminación del tratado sin conectarla con su duración o posibilidad de denuncia son las previstas en algunos convenios sobre derechos humanos en los que se dispone su terminación si el número de partes se reduce por debajo del límite establecido, dieciséis en el caso de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948, art. 15) ó seis en la Convención sobre los derechos políticos de la mujer (1952, art. VIII.2).

Las cláusulas de suspensión de la aplicación total o parcial de los tratados —a menudo propuestas para favorecer la participación en los mismos (v. Cap. XI)— suelen condicionarse a razones o motivos de seguridad nacional, orden público o salud pública y a su previa notificación.

Ejemplos de cláusulas de este tipo pueden encontrarse en los convenios suscritos en los últimos años por España sobre control de los flujos migratorios o de readmisión de personas en situación irregular. Por regla general estas cláusulas hacen del momento de la notificación de la intención de suspender la aplicación del tratado la fecha crítica del cese de su observancia.

2) La terminación o la suspensión puede también producirse por un acuerdo posterior de las partes que puede ser *expreso*, *implícito* e, incluso, *tácito* (arts. 54.b, 57. b, 58 y 59.1 y 2 CV).

En el caso de que la terminación de un tratado se produzca por un acuerdo posterior *expreso* la CV exige el consentimiento de todas las partes en el tratado y la consulta a los demás sujetos contratantes. Con la exigencia del consentimiento unánime, la CV se ha negado a admitir que los tratados multilaterales terminen por una decisión mayoritaria o selectiva a menos que el tratado así lo disponga. No ocurre lo mismo cuando lo que se pretende es suspender la aplicación del tratado, ya que el art. 58 prevé una suspensión *restringida* o *relativa* por acuerdo entre algunas de las partes, con un régimen similar al de la modificación de los tratados (art. 41 CV) (v. Cap. XI).

El acuerdo posterior *expreso* de terminación de un tratado puede ir unido o no a su sustitución por otro (v. *infra*). Esto último es lo que sucede, en todo caso, si el acuerdo abrogatorio es *implícito*: el art. 59.1.a, de la CV considera, en efecto, terminado un tratado cuando todas las partes en él celebren otro sobre la misma materia del que se desprenda, de una u otra forma, una intención abrogatoria.

La Convención da entrada a una manifestación de abrogación *tácita* cuando en el art. 59.1.b, considera terminado un tratado cuyas disposiciones son hasta tal punto incompatibles con las de un tratado posterior celebrado por las mismas

partes que su aplicación simultánea es imposible. Esta posibilidad puede extenderse, aunque la CV no lo prevea, al nacimiento de una nueva norma consuetudinaria, máxime si esta alcanza carácter imperativo (v. *infra*), así como a los casos en que las partes se conducen deliberada y reiteradamente como si no existiera un tratado que, en principio, es aplicable, absteniéndose de reclamar de los demás su cumplimiento (*desuetudo*).

La Convención de Viena no se refirió a este supuesto porque la CDI lo consideró en su día subsumible en el que luego fue artículo 54. *b*, donde inicialmente se decía que un tratado podía terminar en cualquier momento por consentimiento de todas las partes, sin más explicaciones.

La *desuetudo* o desuso de un tratado o de alguna de sus disposiciones se produce normalmente como consecuencia de un cambio de circunstancias que origina un desinterés común en la aplicación del régimen pactado. A menudo puede ir unido a la emergencia de normas imperativas. Así, por ej., a ninguna potencia colonial se le habría ocurrido, en pleno proceso de descolonización, ejercer el derecho de retracto incluido en un buen número de tratados suscritos por ellas para delimitar sus áreas de influencia. Asimismo, es impensable que España invocara hoy el artículo X del Tratado de Utrecht (1713) para objetar la presencia y residencia de judíos y moros en Gibraltar. Ahora bien, la falta de aplicación de las disposiciones convencionales puede venir provocada por razones muy diversas, siendo posible que el desuso sea temporal, produciéndose simplemente la suspensión de la aplicación o constituyendo una fase previa para su revisión (v. *infra*).

La Convención pasa en silencio la suspensión *tácita* por incompatibilidad absoluta de aplicación de dos tratados sucesivos sobre la misma materia. La omisión es desacertada porque hay casos —como aquéllos en los que el tratado posterior tiene prevista una duración limitada o ha sido concebido para una circunstancia excepcional— en que la suspensión puede aportar una solución más satisfactoria.

246. *Terminación y suspensión por invocación de causas extrínsecas al tratado*

Las normas generales del DI reconocen el derecho de una parte a dar por terminado un tratado o suspender su aplicación, con independencia de las cláusulas relativas a su terminación o suspensión, mediando una de las causas que a tal fin se consideran relevantes y que por eso se denominan *extrínsecas*. Su trascendencia práctica comienza donde acaba el derecho de denuncia no motivada o de suspensión inmotivada (v. *infra*).

La CV regula las causas extrínsecas de terminación de los tratados o suspensión de su aplicación en los artículos 60-62 y 64.

Lo son todas las que están: la *violación grave* del tratado, la *imposibilidad subsiguiente de cumplimiento*, el *cambio fundamental en las circunstancias* y la *aparición de una nueva norma imperativa de DI general* (*ius cogens superveniens*)

Pero no están todas las que son. Aunque la Convención aspira a que su lista se tenga como exhaustiva y cerrada (art. 42.2 CV) y así lo ha mantenido la CIJ (*Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997), la exclusión del ámbito de la Convención

de determinadas materias, que son cuna de nuevas causas, hace esa aspiración inviable. Así, entre las causas *extrínsecas* de terminación de un tratado cabe mencionar la completa *ejecución* de las obligaciones convenidas y la *extinción* o *desaparición del sujeto parte*. El *conflicto armado* es frecuente causa de suspensión (y puede serlo de terminación). Una y otra (terminación y suspensión) pueden ser empleadas como *contramedidas* (v. Cap. XIX y XX).

Estén o no en la Convención, las causas *extrínsecas* (sobre las que nos extenderemos de inmediato) operan frente a cualquier tratado, incluidos los que contienen sus propias cláusulas de terminación o suspensión, y forman parte del *orden público internacional*, es decir, tienen un carácter cogente.

247. Causas extrínsecas de terminación o suspensión previstas en la Convención de Viena

a) La violación grave del tratado

La *violación* o inobservancia injustificada de un tratado según las normas de DI es causa de terminación y suspensión del mismo y despliega, además, sus efectos en otros órdenes, muy particularmente en el de la responsabilidad internacional (v. Cap. XIX).

La CV (art. 60) la ha tipificado restrictivamente. Sólo una violación *grave* puede ser tomada en consideración, definiéndose como tal: *a)* un rechazo del tratado no admitido por la Convención, o *b)* la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.

La CIJ (*Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997) ha confirmado estas exigencias y puesto de relieve que no basta, para invocarla como causa de terminación o suspensión de un tratado, la violación de cualquier disposición, afirmando incluso que ni siquiera las violaciones recíprocas justificarían la terminación a menos que exista un acuerdo entre las partes.

Aunque la Corte admitió que Checoslovaquia violó el tratado de 1977 sobre la construcción y explotación de un sistema de esclusas en el Danubio, al desviar sus aguas para proveer una solución a la situación originada por la suspensión y posterior abandono, sin base legal, de los trabajos del lado de Hungría, también estimó que la notificación de terminación del tratado por Hungría fue prematura, por ser anterior a la violación del tratado por Checoslovaquia.

De esta causa de terminación o suspensión quedan excluidos algunos tratados. El artículo 60.5 de la Convención se refiere así a “las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular... (las) que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”. La violación grave de estas disposiciones comportará la responsabilidad internacional de su autor, pero no consentirá a las otras invocarla para dar por terminado el tratado o suspender su aplicación.

Posiblemente esta puntualización es técnicamente superflua, ya que estos tratados vienen a establecer obligaciones absolutas o incondicionadas. Además, su carácter de *ius cogens* les atribuye una obligatoriedad que supera el marco convencional. El fundamento de la violación como causa de terminación o suspensión —*inadimplendi non est adimplendum*— les es, pues, ajeno. Pese a todo una regla como la del artículo 60.5 merece un juicio positivo, pues sirve para poner de relieve los valores que han de primar en la sociedad internacional, una pedagogía de la que no andamos sobrados.

b) La imposibilidad sobrevenida de cumplimiento

La terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación puede producirse como consecuencia de una *imposibilidad de cumplimiento* (art. 61 CV).

Así, por ej., la desaparición de una isla, la desecación de un río o el desmoronamiento de una presa harían imposible el cumplimiento de regímenes convencionales que descansaran sobre su existencia, de la misma forma que la pérdida de una cosecha podría hacer imposible el cumplimiento de un acuerdo comercial sobre suministro del producto desaparecido.

La imposibilidad ha de ser, en todo caso, *sobrevenida* con posterioridad a la conclusión del tratado, pues de lo contrario el tratado sería inexistente, e implicar la destrucción o desaparición de un *objeto esencial o indispensable para la ejecución o el cumplimiento*. Si la imposibilidad de cumplimiento resulta *definitiva o irreversible* operará como causa de terminación; si, por el contrario, es *temporal*, sólo produciría la suspensión del tratado (art. 61.1 CV).

En el caso relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* la imposibilidad de cumplimiento fue una de las causas invocadas por Hungría para justificar su denuncia del tratado de 1977 con Checoslovaquia. La CIJ (1997) lo descartó considerando que aunque se admitiera que un determinado régimen jurídico es un *objeto indispensable* para la ejecución del tratado, en el caso de especie ese régimen no había desaparecido definitivamente, pues los arts. 15, 19 y 20 del tratado ofrecían los medios para proceder, mediante negociaciones, a los reajustes requeridos entre las exigencias económicas y las ecológicas.

c) El cambio fundamental en las circunstancias

El *cambio fundamental en las circunstancias* como causa de terminación o suspensión de la aplicación de los tratados ha sido uno de los puntos más apasionadamente controvertidos en la historia del DI desde que Gentilis, en 1612, afirmó que *omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*. A su alrededor, conservadores y renovadores vertieron argumentos que, a la postre, conducían a la petrificación o —en el polo opuesto— a la precariedad de los tratados. Sus consecuencias —terminación o suspensión— dependerán de la voluntad del sujeto que la invoca legítimamente.

La CV, al recoger esta causa de terminación o suspensión, ha puesto de relieve su carácter excepcional, al exigir:

a) Que afecte a circunstancias *existentes en el momento de la celebración* del tratado, sean *fácticas* (CIJ, *Competencia en materia de Pesquerías*, 1973) o *jurídicas*, esto es, del DI en vigor.

b) Que la existencia de tales circunstancias hubiese constituido *base esencial* del consentimiento de las partes en obligarse, de forma que, de no haber existido, el tratado no habría sido concluido; condición que introduce un elemento subjetivo —la intención de las partes— en lo que pretende ser una norma objetiva.

c) Que el cambio de las circunstancias *no fuera previsto* por las partes en el momento de la celebración del tratado.

d) Que el cambio sea *fundamental*, modificándose radicalmente como consecuencia del mismo el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado (art. 62.1.b CV).

La CIJ ha hecho especial hincapié en estas condiciones (*Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997) para rechazar la pretensión de Hungría de dar por terminado el Acuerdo de 1977 suscrito con Checoslovaquia sobre la base de los cambios políticos experimentados por este Estado, la disminución de la rentabilidad del proyecto y los avances experimentados en la protección del medio ambiente. Ninguno de estos factores fueron esenciales para consentir el tratado ni su modificación transformó radicalmente el alcance de las obligaciones asumidas. El mismo tratado era sensible (arts. 15, 19 y 20) a un enfoque evolutivo en su ejecución.

Esta causa no es aplicable a la terminación o suspensión de los tratados que establecen una frontera (art. 62.2.a CV). La mención, una vez más, tal vez sea innecesaria por lo que hace a los tratados ya ejecutados en los que no quedan obligaciones por cumplir. Pero los *terratenientes* se sienten con ella más tranquilos cuando sus vecinos se inclinan por el irredentismo. La Convención no ha querido plantearse si el cambio en las circunstancias sería o no causa de terminación o suspensión de tratados que establecen, no una frontera —esto es, un límite entre Estados— sino una delimitación de espacios bajo jurisdicción estatal y espacios internacionales eventualmente manejados por agencias u OI. En la mar está el arcón de estos ejemplos.

d) *La oposición del tratado con una nueva norma imperativa de DI general (ius cogens superveniens)*

La cuarta y última causa prevista por la CV —que, a diferencia de las anteriores, sólo opera como causa de terminación— es la *oposición del tratado con una nueva norma imperativa de DI general (ius cogens superveniens)* (art. 64 CV) (v. Cap. I). La consideración de la libre determinación de los pueblos como principio fundamental del DI ha provocado la terminación de las disposiciones convencionales que lo contradigan.

En el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo—Nagymaros* Hungría sugirió la terminación del tratado de 1977 con Checoslovaquia por la aparición de nuevas normas imperativas del DI del medio ambiente. La CIJ (1997) consideró que las normas invocadas no tenían carácter imperativo y, en todo caso, podían ser tenidas en cuenta en el marco *evolutivo* facilitado por el mismo tratado (arts. 15, 19 y 20).

248. Causas extrínsecas de terminación o suspensión al margen de la Convención de Viena

Las causas mencionadas por las CV no agotan, como ya hemos advertido, la nómina de causas extrínsecas de terminación de los tratados o suspensión de su aplicación. Entre las no reguladas por la Convención se mencionan la completa *ejecución* de las obligaciones convencionales, la *extinción o desaparición del sujeto parte*, el recurso a la terminación o suspensión de la aplicación de un tratado como *contramedida* y el *conflicto armado*.

La omisión de la primera ha sido criticada por el sector doctrinal que estima que una vez que se agotan las obligaciones consentidas el tratado deja de existir. Así sucede, por ej., cuando se ejecuta la sentencia dictada en virtud de un compromiso arbitral; pero no es el caso cuando el tratado impone obligaciones repetitivas o establece reglas de conducta permanentes.

La omisión de las otras tres responde a la exclusión del ámbito de las CV de las materias con las que se relacionan: la sucesión de Estados, a la que dedicamos especial atención en este mismo capítulo (v. *infra*), la responsabilidad internacional y la aplicación coactiva del DI (v. Caps. XIX y XX) y la ruptura de hostilidades (arts. 73 de la de 1969 y 74.1 de la de 1986).

Aunque el *conflicto armado* influye en la aplicación de los tratados, su peso como causa de suspensión o terminación depende de las circunstancias. Son las partes, en primer lugar, las que en el mismo tratado —o en un acuerdo posterior— decidirán si y en qué medida el conflicto armado incidirá sobre su aplicación. Las partes pueden hacer abstracción del conflicto. Más que eso, hay tratados, como los del *ius in bello* y el *Derecho Humanitario Bélico*, hechos para ser aplicados justamente en caso de conflicto.

Ahora bien, ¿qué hacer si los tratados callan y no se descubre, ni siquiera implícita, una intención común de las partes? Teniendo en cuenta que será el titular del derecho quien decida sobre las consecuencias y el alcance de las mismas, el IDI (sesión de Helsinki, 1985) advirtió que:

1) El conflicto armado no comporta *ipso facto* efectos sobre los tratados.

Según el IDI determinados tratados, como los constitutivos de una OI y los relativos a la protección de la persona humana, nunca se verán afectados por el conflicto. No obstante, en relación con los primeros conviene advertir que el conflicto podría desencadenar sea una *expulsión*, sea el ejercicio del derecho de retirada conforme a las reglas de la Organización o, incluso, al margen de ellas, si se considera dentro de las previsiones del art. 56 de la CV (v. *infra*).

2) El conflicto armado será causa de suspensión si y en la medida en que la aplicación del tratado sea incompatible con él. De ser posible, sus efectos se limitarán a las relaciones entre o con los beligerantes.

3) La víctima de una agresión tiene derecho a suspender sus relaciones convencionales con el agresor, siempre que el C. de S. —y, más aún, la CIJ— haya realizado las oportunas calificaciones.

La incertidumbre existente sobre los efectos que los conflictos armados u otras situaciones análogas pueden tener respecto de la aplicación de los tratados y la necesidad de clarificarlos teniendo en cuenta la práctica desarrollada por los Estados llevó a la CDI, en 2004, a incluir este tema en su actual programa de trabajo.

Por el momento el trabajo realizado por la Comisión ha puesto de relieve las dificultades con las que puede tropezar el establecimiento de una regulación sobre esta cuestión y su aplicación. Por un lado, no siempre será fácil saber si estamos ante una terminación o suspensión de la aplicación del tratado o ante una mera violación de sus disposiciones. Por otro, el concepto de *conflicto armado* es relativamente fluido y puede ser dificultoso determinar si los efectos que se producen en la aplicación de los tratados provienen del conflicto armado o son más bien consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias o de la imposibilidad de cumplimiento.

Pese a estas dificultades el trabajo realizado consagra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de identificar los efectos que el conflicto armado puede proyectar sobre la aplicación de los tratados y, aunque la práctica internacional es aún contradictoria y los miembros de la CDI también muestran reticencias, cabe apreciar la existencia de ciertas tendencias que identifican tratados o disposiciones convencionales especialmente indicados, por su objeto y fin, para provocar o conservar su aplicación en caso de conflicto armado. La CDI ha considerado una lista indicativa que incluiría junto a los tratados expresamente aplicables en caso de conflicto armado, los tratados por los que se declaran, crean o regulan derechos permanentes o un régimen o una situación permanente, los de amistad, comercio y navegación y los análogos relativos a derechos privados, los de protección de derechos humanos, los relativos a la protección del medio ambiente, los relativos a los cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones conexas, los multilaterales normativos, los relativos a la solución pacífica de las controversias, los relativos a las relaciones diplomáticas y consulares y las obligaciones derivadas de tratados multilaterales sobre arbitraje comercial y ejecución de laudos arbitrales. Subyace la idea de que en estos casos la intención de las partes no puede ser otra sino la de avalar la aplicación de los tratados; debe señalarse que las partes podrían desmentir esta presunción, pero sólo en la medida en que no choquen con normas imperativas o regímenes *erga omnes* que afectan intereses legítimos de terceros.

249. *Supuestos que no son causas extrínsecas de terminación y suspensión (según la Convención de Viena)*



La CV hace referencia a dos supuestos que expresamente excluye de la nómina de causas *extrínsecas*: 1) el descenso del número de partes por debajo del que fue necesario para la entrada en vigor del tratado (art. 55 CV) y 2) la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares (art. 63 CV).

Por lo que se refiere al supuesto del art. 55 ha de hacerse notar que el hecho contemplado sí tendrá efectos abrogatorios en el caso de que las partes lo hayan convenido como condición resolutoria del tratado (v. *supra*). Esa voluntad común puede ser implícita si la disminución del número de partes pone en entredicho la satisfacción del objeto y fin del tratado o si de ella se deriva una imposibilidad de cumplimiento. También es posible que la disminución de partes vaya acompañada de la *desuetudo* de las que sobre el papel lo siguen siendo.

El supuesto del art. 63 responde a la separación que la CV quiere instaurar entre las relaciones convencionales, de un lado, y las diplomáticas y consulares, de otro (art. 74 CV de 1969). Aunque la Convención proclama que la ruptura de

relaciones diplomáticas o consulares no afectará a las relaciones convencionales, se ve obligada a moderar el alcance de su afirmación reconociendo que sí las afectará cuando la existencia de aquellas relaciones sea indispensable para la aplicación del tratado (art. 63 CV). Dado el carácter episódico que suele tener una ruptura de relaciones, la hipótesis llama a una suspensión más que a una terminación, con independencia del juego que podría dar también la imposibilidad temporal de cumplimiento del tratado.

Lo anterior no empece que gobiernos que han llegado al punto crítico de una ruptura diplomática y consular —y, por supuesto, al estallido de hostilidades— procedan a la denuncia de tratados, conforme con sus propias cláusulas o con el derecho reconocido por el art. 56 de las CV. En estos casos la ruptura no es por sí misma la *causa* que permite fundar la terminación, sino sólo la *ocasión* para que un gobierno ejerza un derecho que reposa sobre otros fundamentos.

250. Terminación o suspensión no motivada

Al margen de la terminación del tratado o la suspensión de su aplicación por causas extrínsecas, el art. 56 de la CV se refiere al derecho de *denuncia no motivada*. Aunque la Convención guarda silencio, podríamos preguntarnos si también cabe la posibilidad de proceder a una *suspensión no motivada*.

Según el num. 1 del art. 56 el derecho de denuncia no motivada se circunscribe al tratado “que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia”. Sin embargo, existen tratados que contienen cláusulas conviniendo su duración indefinida —lo que es una cláusula sobre su terminación— y nadie duda que sean susceptibles de denuncia no motivada.

El derecho no alcanza a todos los tratados concluidos por tiempo ilimitado. El art. 56 reclama la verificación de una intención de las partes en este sentido, que ha de determinarse atendiendo, bien a las circunstancias generales de la conclusión de un tratado y a cualesquiera otros datos que permitan iluminarla, bien a la naturaleza de determinados tratados.

Esto último ha dado pie a la elaboración de listados doctrinales de tratados denunciables, que deben ser tomados con prudencia. Se han venido aceptando como denunciables *por su naturaleza* los tratados de alianza, amistad y establecimiento, comercio, cooperación y Derecho uniforme. A ellos se han añadido, en las relaciones con OI, los de intercambio de información y documentación, los de ejecución de resoluciones y los de sede, tal y como puso de manifiesto, respecto de esta última categoría, la CIJ en la op. cons. sobre la *Interpretación del acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto* (1980).

No serían, en cambio, denunciables *por su naturaleza* los tratados de paz, mantenimiento de la paz y desarme y, por supuesto, los de establecimiento de fronteras a cuya supervivencia el DI aporta un estatuto *acorazado* (v. *supra*), así

como los de protección de la persona humana cuya denuncia, en ocasiones prevista (v. por ej., Convenciones contra la discriminación racial, 1965, el *apartheid*, 1973, la tortura, 1984), habrá de generar rechazo, por escandalosa, en la opinión pública internacional, habiéndose pronunciado ya contra su admisibilidad los órganos, universales y regionales, encargados de supervisar su cumplimiento.

Ante la denuncia del Pacto de NU de Derechos Civiles y Políticos (1966) por Corea del Norte, notificada el 25 de agosto de 1997, el Secretario General de NU puso en conocimiento de este país que, en su opinión, la denuncia del Pacto es imposible salvo que concite el consentimiento de todas las partes y, en consecuencia, no eliminó la referencia a Corea del Norte de la lista de partes. La imposibilidad de denunciar los Convenios sobre derechos humanos que no contengan una cláusula de denuncia ha sido afirmada también por el CtDH, órgano de control del cumplimiento del Pacto, que en su *Comentario General n° 26* (1997), consideró que no fue intención de los negociadores aceptar esta posibilidad, no pudiendo estar condicionada la protección otorgada a los individuos a los cambios que experimente el gobierno de un Estado. Se trata, como ha puesto de relieve la CIDH de tratados multilaterales peculiares en los que las partes asumen obligaciones respecto de los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción.

Entre unos y otros supuestos existe una amplia gama de tratados en los que la decisión no es tan clara: por ej., los que conceden a una parte derechos sobre el territorio de la otra (cesiones en arriendo, bases militares...), los de codificación y desarrollo progresivo del DI; incluso se ha mencionado a los constitutivos de OI, respecto de los cuáles la posibilidad de retirada, como ya se ha apuntado y demuestra la práctica internacional (ONU, OMS, UNESCO), parece consustancial con el carácter voluntario que presenta la condición de miembro (v. Cap. V).

El derecho de denuncia no motivada inferido de la naturaleza de un tratado permite afirmar su supervivencia frente a cláusulas prohibitivas incluidas en tratados concluidos por tiempo ilimitado, es decir, en este caso a perpetuidad. Esta consideración viene avalada por el frecuente recurso a tales cláusulas en tratados negociados por Estados muy desiguales en su poder, presumiblemente como resultado de actos próximos a la corrupción y a la coacción, aunque difícilmente demostrables. De negar el derecho de denuncia nos veríamos forzados a ensanchar, tal vez desmesuradamente, el *cambio en las circunstancias* (v. *supra*) como causa de terminación de los tratados.

La denuncia de un tratado habrá de ser notificada al depositario o a las partes en el tratado con doce meses de antelación (art. 56.2), aunque ello no debe interpretarse como única condición de efectividad (v. *infra*).

¿Y qué decir de la *suspensión no motivada*? Al hacer referencia a esta posibilidad no nos estamos refiriendo, como es obvio, a una suspensión arbitraria o abusiva, sino a una suspensión basada en consideraciones políticas que tal vez no bastarían por sí solas para hacer efectiva una de las causas extrínsecas de suspensión y que, en todo caso, evitarán la necesidad de su prueba.

Como ya se ha advertido, la CV nada dice al respecto, pero si quien puede lo más puede lo menos, la respuesta ha de ser afirmativa dentro de los límites en que la Convención admite —art. 56— el derecho de denuncia no motivada de los

tratados. Eso sería, además, conforme con el propósito de ofrecer la suspensión, cuando es posible, como alternativa a la terminación.

LX. VERIFICACIÓN, RÉGIMEN Y EFECTOS DE LA NULIDAD, TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS

251. Planteamiento

Dejando a un lado los supuestos en los que la terminación o suspensión de un tratado se produce por acuerdo entre las partes, en los que será su voluntad la que determine quién, cómo, cuándo y en qué condiciones, y una vez conocidas y caracterizadas las causas de nulidad, terminación y suspensión, hemos de considerar quiénes están legitimados para invocarlas, qué pasos habrán de seguirse para hacerlas efectivas y cuáles serán las consecuencias.

A diferencia de lo que ocurre en Derecho interno, la inexistencia de una jurisdicción internacional obligatoria ha planteado de antiguo la cuestión de si y hasta qué punto los sujetos que invocan la existencia de una causa de *nulidad*, *terminación* o *suspensión* del tratado, o pretenden su denuncia, pueden ejercer de *juan palomo*, asumiendo la responsabilidad de sus apreciaciones, si son erróneas, o si, por el contrario, nada cabe hacer sin acuerdo de las partes o, por lo menos, sin haber experimentado determinados procedimientos.

En términos de DI general la cuestión sigue abierta y da cera a múltiples diferencias, pero la CV vincula la apreciación de las causas que recoge a la satisfacción de un procedimiento establecido en sus arts. 65-68, del que queda excluida la *violación grave* del tratado multilateral, que recibe una regulación específica (art. 60).

El TJCE (*Racke*, 1998) ha puesto de manifiesto la necesaria evacuación de tal procedimiento advirtiéndole su vinculación a la propia CE como normas de DI general y, en consecuencia, considerando contraria al DI la suspensión efectuada por la CE del acuerdo de cooperación, de 2 de abril de 1980, suscrito con la RFS de Yugoslavia.

252. Legitimación para invocar las causas de nulidad, terminación y suspensión y posibilidad de sanación

La CV, en su intento por garantizar la estabilidad de los tratados y como muestra de la excepcionalidad que inspira su regulación, contiene previsiones estrictas sobre la determinación de quiénes están legitimados para invocar una

causa de nulidad, terminación o suspensión y prevé la posibilidad de que éstos pierdan su derecho (*sanación*).

Por regla general la CV reconoce sólo la legitimación del afectado, regla que encuentra sus excepciones en los supuestos de coacción en la manifestación del consentimiento y de contradicción del tratado, por su contenido, con el *ius cogens*.

La invocación de la nulidad en los supuestos de los arts. 46 a 50 de la CV —*violación de disposiciones de Derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, inobservancia de restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento, error, dolo, corrupción*— se contempla básicamente como un derecho exclusivo del sujeto afectado, lo que se traduce en una amplia aceptación de la sanación.

En efecto, sólo las víctimas están legitimadas para invocar estas causas de nulidad; pero incluso ellas perderán su derecho si después de haber tenido conocimiento de los hechos: 1) han convenido expresamente que el tratado es válido, ó 2) se han comportado de tal manera que debe considerarse que han dado su aquiescencia a la validez del tratado o renunciado a alegar su nulidad (art. 45 CV). De esta manera se pretende evitar los abusos de quienes, tras conocer los hechos subsumibles en una causa de nulidad, siguen cumpliendo el tratado como si nada hubiese sucedido y sólo más tarde, a su conveniencia, los traen a colación para poner término a sus obligaciones.

La aquiescencia (v. Cap. VII) habrá de establecerse a partir del comportamiento posterior al conocimiento de los hechos que se subsumen en la causa invocada, teniendo en cuenta *bona fide* todas las circunstancias del caso concreto y recordando que la renuncia de un derecho no ha de presumirse con ligereza.

Frente a la nulidad *relativa* —o anulabilidad— de las causas mencionadas, las enunciadas en los arts. 51-53 —*coacción sobre el representante, coacción sobre el sujeto mediante la amenaza o el uso de la fuerza y contradicción con una norma de ius cogens existente en el momento de su celebración*— producen una nulidad *absoluta*: cualquier sujeto parte en el tratado, más allá del círculo de los afectados, puede invocarla, sin esperanza alguna de sanación; incluso, cabe pensar en una apreciación de oficio por un órgano llamado a aplicar el tratado de la nulidad basada en la coacción sobre el sujeto o la infracción del *ius cogens*.

La *terminación* o *suspensión* de la aplicación del tratado por una causa extrínseca tipificada en la Convención es el resultado del ejercicio de un derecho reconocido a las partes afectadas, con exclusión de aquéllas que la han provocado infringiendo sus obligaciones. Sólo cuando se plantea la oposición del tratado con una nueva norma imperativa de *DI general* (*ius cogens superveniens*) puede hablarse de la existencia de la *obligación* de cualquier parte de poner en marcha el procedimiento para terminar el tratado e, incluso, de una apreciación de oficio por el órgano llamado a aplicarlo.

La exclusión de legitimación del infractor para invocar las causas de terminación o suspensión que él mismo ha provocado se justifica por el principio general de que nadie puede sacar ventaja de su delito (CPJI, *Fábrica de Chorzow*, 1927); pero respecto de la *imposibilidad de cumplimiento* su ejemplaridad no resulta convincente. Nos encontramos ante una causa de terminación o de suspensión puramente *fáctica*. Si el cumplimiento no es posible en los términos del art. 61.1 de la Convención, el tratado termina o su aplicación queda suspendida por imperio de los hechos, *ipso facto*. La atribución de éstos a un infractor es relevante en el plano de la responsabilidad, para endurecer las consecuencias del ilícito, pero no resucita a los muertos. Proponer que se ignore la terminación o suspensión cuando la invoca el *culpable* es absurdo. Ello tiene su reflejo en la sanación. La imposibilidad de cumplimiento, al igual que la oposición del tratado con el *ius cogens superveniens* no son sanables, mientras que en los otros supuestos (*violación grave, cambio fundamental en las circunstancias*) se pierde el derecho a alegar la causa si se dan las circunstancias recogidas en el art. 45 de la CV.

253. *Procedimiento general para la verificación de la nulidad, terminación y suspensión*

Quien sostenga que un tratado es nulo, quiera darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, debe notificar *por escrito* su pretensión a las demás partes señalándoles la causa y las razones (arts. 65.1 y 67.1 CV). Esta iniciativa puede ser espontánea o derivada de la necesidad de dar una respuesta a una exigencia de cumplimiento del tratado (arts. 65.5 de la CV de 1969 y 65.6 CV de 1986).

La declaración constará en un instrumento solemne firmado por el Jefe del Estado, Presidente del Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores y se comunicará a las demás partes. De no cumplir el requisito de la firma, se podrá invitar al comunicante a que presente sus plenos poderes (art. 67.2 CV). La rigidez de esta disposición y la diferencia que presenta con respecto al art. 7.1. *b* (v. Cap. IX) viene a confirmar el propósito de salvar la validez y vigencia de los tratados planteando condiciones estrictas para hacer efectivas su nulidad, terminación y suspensión.

En Derecho español la pretensión de hacer efectiva la nulidad, terminación o suspensión de un tratado habrá de llevarse a cabo por los órganos encargados de la acción exterior del Estado o por sus representantes. La iniciativa corresponde, lógicamente, al Gobierno, salvo que exista una declaración de inconstitucionalidad por la violación de una norma de Derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados que ordene formalizar la declaración de nulidad. Ahora bien, cabe preguntarse si y en que medida el Gobierno habrá de contar con la previa autorización de las Cortes para llevar adelante sus planes.

La Constitución de 1978 dispone (art. 96.2) que: "para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el art. 94". Esta disposición, aunque positiva, fue redactada deficientemente. Más allá de su literalidad, cabe afirmar que la intención de los constituyentes fue someter a autorización de las Cortes todos los actos discrecionales del Gobierno dirigidos a la terminación de los tratados concluidos con esa autorización. Subsanada por vía interpretativa esta deficiencia, el art. 160 del Reglamento del Congreso somete la denuncia a un procedimiento en Cortes idéntico al de su conclusión.

Ha de entenderse que la denuncia o terminación de los tratados cuya conclusión no fue sometida a autorización de las Cortes tendrá que ponerse inmediatamente en conocimiento de las Cámaras.

Visto el limitado alcance de esta disposición, cabría preguntarse si ocurrirá lo mismo cuando se trate de promover la nulidad o la suspensión de un tratado. La gravedad de las consecuencias de una declaración de nulidad y el recurso analógico al régimen de la denuncia favorecen una respuesta afirmativa que, en el trasfondo, estaría animada por el propósito de extender el control parlamentario sobre las diferentes facetas de la acción exterior que se traducen en comportamientos jurídicamente relevantes. Ahora bien, no puede decirse que, según la normativa vigente, esa respuesta deba darse por descontada.

En cuanto a la suspensión de la aplicación de un tratado, el alcance temporal de la misma y la urgencia con la que en algunas ocasiones puede plantearse, podrían apoyar la tesis de la competencia del Gobierno — Consejo de Ministros o Ministro de Asuntos Exteriores si recaba la posterior confirmación del Consejo— siempre que con posterioridad y a la mayor brevedad posible se comunique tal decisión a las Cortes.

Por lo que hace al órgano competente para la formalización de las peticiones de nulidad, terminación y suspensión, una vez decididas por el Gobierno y, de ser necesario, autorizadas por las Cortes, es preciso advertir que, con base en el criterio de que quién manifestó el consentimiento en obligarse por el tratado es el llamado a retirarlo, tendrá que ser el Rey el que firme los instrumentos de denuncia o los preceptivos para poner en marcha el procedimiento de verificación de las causas de nulidad y terminación de los tratados que consintió. En supuestos de suspensión, dado su carácter, no parece que esta formalidad sea necesaria.

Tanto el Gobierno, al solicitar autorización para formular su pretensión de terminación, nulidad y, en su caso, suspensión, como las Cortes al apreciar su concesión, han de tener presente que, según el art. 96.1 de la Constitución, las disposiciones de los tratados que formen parte del ordenamiento español sólo podrán ser derogadas *en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del DI*. Esto significa que la inconstitucionalidad de una de estas decisiones puede derivar no sólo de un defecto de autorización parlamentaria (art. 96.2) sino también de una infracción de las normas internacionales (art. 96.1).

La referencia que se hace en el artículo 65.1 de la CV a la necesidad de indicar en el escrito las *razones* en que se funda la pretensión de nulidad, terminación o suspensión de la aplicación del tratado ha suscitado la duda sobre su pertinencia cuando de la denuncia *no motivada* se trata, duda a la que, además, ha contribuido el num. 2 del art. 56 de la Convención al exigir que quien pretenda denunciar un tratado notifique su intención con doce meses de antelación.

No obstante sería desacertado pensar que en la denuncia *no motivada* una parte cuenta con la potestad de hacer efectivo unilateralmente su designio, sometiéndolo sólo a un plazo de preaviso. La sujeción de la denuncia *no motivada* a lo establecido en los arts. 65 a 68 de la Convención se desprende de una interpretación sistemática y teleológica que se apoya en los trabajos preparatorios y que quedó confirmada en una declaración del Presidente del Comité de Redacción de la Conferencia y en la intención que subyace en el art. 56.2, que no es sino la de tranquilizar al resto de partes en un tratado asegurándoles un tiempo razonable para reaccionar. Así pues, el art. 56.2 puede entenderse en el sentido de ampliar de tres a doce meses el plazo que tienen las partes para formular objeciones a la pretensión de una de ellas a proceder a la denuncia no motivada del tratado. Cualquier reducción de este plazo ha de contar con el acuerdo de las partes (CIJ, *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997).

Transcurridos, pues, tres —o doce— meses desde la recepción de la notificación sin que ninguna de las partes haya formulado objeciones, el notificante podrá

adoptar la medida propuesta, haciéndolo constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes (arts. 65.2 y 67.2 CV).

De formularse objeción, surgirá una controversia a la que las partes deberán buscar, en los doce meses siguientes, una solución a través de los medios de arreglo pacífico enumerados en el art. 33 de la Carta de las NU (arts. 65.3 y 66.1 CV).

Si transcurrido este plazo no se encuentra una solución el procedimiento a seguir variará según la causa de nulidad, terminación o suspensión que se alegue, siendo preciso distinguir dos supuestos:

1) Si la controversia versa sobre *nulidad* o *terminación* de un tratado por su *oposición con una norma de «ius cogens»* cualquiera de las partes en la controversia podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la CIJ, salvo que de común acuerdo las partes decidan someterla al arbitraje (art. 66.a CV).

Tratándose de controversias en que esté implicada una OI, dado que éstas no pueden ser partes en procedimientos contenciosos ante la Corte, la Convención de 1986 (art. 66) prevé un heterodoxo y problemático recurso a la jurisdicción consultiva bajo el compromiso de los interesados de reconocer como *decisiva* la opinión de la Corte. Las posibilidades de que esta alternativa no prospere abre a las partes el recurso al arbitraje regulado en el Anexo de la CV de 1986.

2) Si la controversia versa sobre otra causa de nulidad, terminación o suspensión cualquiera de las partes en la controversia podrá iniciar el procedimiento de conciliación, regulado en el Anexo de la Convención, presentando a tal fin una solicitud al Secretario General de NU (art. 66. b CV).

Efectiva la nulidad, terminación o suspensión a nivel internacional, los órganos internos de aplicación quedarán vinculados por la decisión adoptada. En España esta circunstancia habrá de publicarse en el BOE.

La CV no hace ninguna referencia a cuáles son los derechos y obligaciones de las partes mientras se evacua este procedimiento o se resuelve la controversia creada. La regulación establecida y la ilegalidad que presenta cualquier pretensión unilateral de nulidad, terminación o suspensión, hacen suponer que dichos derechos y obligaciones permanecen vigentes en tanto la pretensión no pueda considerarse efectiva.

254. Procedimiento en casos de terminación o suspensión por violación grave de un tratado multilateral

El procedimiento señalado en el párrafo anterior no se aplica cuando se invoca la *violación grave* de un tratado multilateral como causa de terminación o suspensión. En este caso son las partes, excluida la presunta autora de la violación, las que decidirán por *acuerdo unánime* la terminación o suspensión del tratado, total o parcial, en sus relaciones con el infractor o entre todas ellas (art. 60.2.a CV).

Adviértase, pues, que: 1) una parte en un tratado multilateral carece del derecho a alegar directamente la violación grave del tratado para forzar su terminación, ni siquiera en sus relaciones con el autor de la violación, aunque sí lo tiene para plantear la consideración de esta medida al conjunto de las partes; 2) el presunto infractor no cuenta con un recurso eficaz en Derecho para combatir el acuerdo de todos sus socios; y 3) es la *decisión* misma sobre la terminación y suspensión la que se pone en manos de esta colectividad (las partes excepto el infractor) y no sólo un derecho a invocarla que, de ser objetado por la parte excluida, pondría en marcha el procedimiento previsto en el art. 65.2 y siguientes de la Convención.

Junto a esta previsión, el art. 60 reconoce a una *parte* que se considera *especialmente perjudicada* por la violación, el derecho de alegarla como causa de suspensión total o parcial de la aplicación del tratado en sus relaciones con el autor de la violación (art. 60.2.b CV). Lo mismo podrá hacer *cualquier parte*, excepto la infractora, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones (art. 60.2.c CV). No queda claro sin embargo si este derecho conduce, una vez ejercitado, a su apreciación por el conjunto de las demás partes o bien —como opinamos— al procedimiento ordinario de los arts. 65 y siguientes.

Las reglas de la CV sobre la violación grave del tratado, centradas en las medidas lícitas que pueden adoptarse, no coartan el derecho del lesionado a recurrir a la terminación o a la suspensión de la aplicación del tratado a título de *contramedida* (v. Cap. XX).

255. Efectos de la declaración de nulidad del tratado

A la hora de considerar los efectos de una declaración de nulidad⁸⁵ ha de precisarse si van a afectar al tratado en su conjunto o sólo a determinadas disposiciones (*alcance material*); si, referidos a un tratado multilateral, se van a proyectar sobre todas las partes o sólo respecto de alguna (*alcance subjetivo*); y si se producirán desde el momento en que se ha hecho efectiva esta pretensión (*ex nunc*) o, por el contrario, serán retroactivos (*ex tunc*). Las mismas preguntas plantean las declaraciones de terminación y de suspensión de la aplicación de un tratado.

Aunque las causas de *nulidad* se presentan aparentemente como un bloque, la realidad es que sus efectos, al igual que ocurriera con la legitimación y la posibilidad de sanación, se gradúan atendiendo a la ilicitud —y, dentro de ella, a la mayor o menor gravedad— de los comportamientos que las originan (v. Tabla I).

1) Respecto del *alcance objetivo o material* de la nulidad cabe señalar que cuando la nulidad es *absoluta* es también *total*, es decir afecta a todo el tratado;

mientras que la nulidad *relativa* impone en unos casos y permite en otros una nulidad *parcial*, limitada a las disposiciones afectadas por la causa apreciada (art. 44 CV).

Así, el llamado principio de *divisibilidad* se impone siempre que se trata de una *violación de una norma de Derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados*, de una *inobservancia de las restricciones del representante para manifestar el consentimiento* y de un *error*, a condición de que:

- a) Dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación.
- b) Se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte o partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto.
- c) La continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

En los supuesto de *dolo y corrupción del representante* el principio de divisibilidad, cumplidas estas condiciones, no es obligatorio, sino facultativo. La *víctima* será quien decida si se acoge a él o prefiere una nulidad total.

2) Respecto del *alcance subjetivo* la nulidad se circunscribirá a las relaciones entre el invocante y las otras partes (art. 69.4 CV), lo que permite salvar, en principio, la supervivencia de los tratados multilaterales.

Sin embargo, si la nulidad viene producida por la *coacción sobre el sujeto mediante el uso o la amenaza de la fuerza* o la *oposición del tratado con una norma de ius cogens*, su apreciación afectará a todas las partes en el tratado. La particular gravedad de estas causas justifica esta severa determinación. Repárese en la diferente redacción que han recibido los arts. 52 y 53 de la Convención en relación con los arts. 46 a 51.

3) Respecto del *alcance temporal* de los efectos de la nulidad debemos advertir que el tratado nulo lo es *ab initio* y no sólo desde la fecha en que se ha alegado, o ha sido establecida, la causa de nulidad. Así se desprende del art. 69.1 cuando afirma que “las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica”. La producción de efectos *ex tunc* corresponde a la lógica de unas causas que, como ya hemos visto, están vinculadas a la existencia de defectos o vicios del tratado en su origen.

El problema se plantea cuando la alegación y declaración de nulidad se producen en un momento en el que el tratado ya está en ejecución o ha sido total o parcialmente ejecutado. En estos supuestos las reglas propuestas por la Convención son prudentes:

En primer lugar, la eliminación de las consecuencias de los actos ejecutados con base en el tratado nulo y el restablecimiento de la situación anterior a su realización han de llevarse a cabo sólo en la medida de lo posible (art. 69.2.a CV).

En segundo lugar, la *restitutio ad pristinum* —restablecimiento de la situación que hubiera existido de no haberse producido estos actos— es, salvo en el supuesto del art. 53 (*ius cogens*) en que constituye un *deber*, un *derecho*, cuyo alcance puede ser negociado por las partes no culpables (es decir con exclusión del sujeto que provocó el dolo, la corrupción o la coacción) (art. 69.3 CV).

Ahora bien, los actos ejecutados de buena fe antes de la alegación de la causa no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad (art. 69.2.b CV); esto es, de ellos no puede derivarse una reparación.

Por último, es preciso destacar que la declaración de nulidad no afecta al deber de cumplir las obligaciones enunciadas en el tratado a las que estén sometidas las partes en virtud de otra norma de DI (art. 43 CV).

Tabla I
Efectos de la nulidad

Causa	Alcance material	Alcance subjetivo	Alcance temporal
art. 46	Divisibilidad	Invocante-partes	Restitutio ad pristinum <i>derecho</i>
Art. 47	Divisibilidad	Invocante-partes	Restitutio ad pristinum <i>derecho</i>
Art. 48	Divisibilidad	Invocante-partes	Restitutio ad pristinum <i>derecho</i>
Art. 49	Divisibilidad optativa	Invocante-partes	Restitutio ad pristinum <i>derecho</i>
Art. 50	Divisibilidad optativa	Invocante-partes	Restitutio ad pristinum <i>derecho</i>
Art. 51	Indivisibilidad	Invocante-partes	Restitutio ad pristinum <i>derecho</i>
Art. 52	Indivisibilidad	Todas las partes	Restitutio ad pristinum <i>derecho</i>
Art. 53	Indivisibilidad	Todas las partes	Restitutio ad pristinum <i>deber</i>

256. *Efectos de la terminación y suspensión de la aplicación del tratado*

La terminación y la suspensión, a menos que el tratado disponga o las partes acuerden otra cosa, eximirá a las partes de la obligación de observar sus disposiciones en sus relaciones mutuas de forma definitiva o durante el tiempo que la suspensión dure (arts. 70. 1. a y 72.1.a CV).

Ahora bien, en el caso de la suspensión, como la intención de las partes es la de volver a aplicar el tratado cuando sea posible, la CV les impone una obligación de comportamiento: no realizar actos que impidan u obstaculicen la reanudación de la aplicación del tratado (art. 72.2).

Tal como ocurría con las causas de nulidad, la apreciación de los efectos de las causas de terminación y suspensión de la aplicación de un tratado obliga a hacer algunas distinciones (v. Tabla II)

1) Desde un punto de vista *objetivo* o *material* cabe señalar que en los supuestos de denuncia prevista en el tratado y de denuncia no motivada la terminación se

produce en principio respecto de la totalidad del tratado (art. 44.1 CV). Lo mismo acontece cuando el tratado se opone a una nueva norma imperativa (*ius cogens superveniens*).

Tratándose, en cambio, de terminación o suspensión por cualquiera de las otras causas extrínsecas opera el principio de *divisibilidad* si se dan las condiciones establecidas en el art. 44.3, con la salvedad de que si la causa es la *violación grave del tratado* será la parte *inocente* —en los tratados bilaterales— o el colegio de las partes (excluido el infractor) —en los multilaterales— quienes decidan si la terminación o la suspensión es *total* o *parcial* (art. 60.2. a).

2) Desde un punto de vista *subjetivo* la terminación o suspensión para todas las partes se impone por lógica en los tratados bilaterales. En los multilaterales ocurre otro tanto cuando el tratado choca con normas imperativas sobrevenidas de DI general y se produce su terminación. La Convención pretende enfatizarlo cuando con dudosa técnica nos dice que el tratado «se convertirá en nulo y terminará» (art. 64 CV). Pero tratándose de las otras causas puede no ser así, atendiendo a las características de cada caso. En particular, por lo que hace a la *violación grave*, cabe advertir que la decisión sobre la terminación o suspensión del tratado entre todas las partes o sólo en sus relaciones con el autor de la violación es una prerrogativa del colegio que forman, con exclusión del infractor (art. 60.2.a CV).

3) En el orden *temporal* la terminación y la suspensión respetan derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de las partes previamente creadas por la ejecución del tratado (art. 70.1.b y 72.1.b CV). Sus efectos (*ex nunc*) se producen a partir del momento en que se hace efectiva la verificación de la causa invocada (lo que, tratándose de la *imposibilidad de cumplimiento* será un hecho). La única excepción proviene del *ius cogens superveniens*, que condiciona el mantenimiento de derechos, obligaciones y situaciones jurídicas previas a que no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de DI general (art. 71.2.b CV).

Como acontece en el caso de nulidad, la terminación o la suspensión de las disposiciones de un tratado no afecta al deber de cumplir las obligaciones enunciadas en el mismo a las que estén sometidas las partes en virtud de otra norma de DI (art. 43 CV),

Tabla II
Efectos de la terminación o suspensión por causas extrínsecas

Causa	Alcance material	Alcance subjetivo	Alcance temporal
Art. 60	Divisibilidad optativa	Absoluta o relativa según voluntad partes	Ex nunc
Art. 61	Divisibilidad	Invocante-partes	Ex nunc
Art. 62	Divisibilidad	Invocante-partes	Ex nunc
Art. 64 (terminación)	Indivisibilidad	Todas las partes	Ex nunc, salvo oposición con <i>ius cogens</i>

LXI. LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN LOS TRATADOS

257. Planteamiento

Cuando un Estado sucede a otro surge de inmediato la pregunta sobre la suerte de los tratados aplicados en el territorio que cambia de soberano. La CV, al excluir de su regulación las cuestiones relacionadas con la sucesión de Estados (art. 73) evitó la respuesta. La estricta regulación del art. 62 impide, por otro lado, que pueda invocarse en este caso el *cambio fundamental en las circunstancias* como causa de terminación. El *cambio*, además de su imprevisión, exigiría que las condiciones políticas del momento estuvieran ligadas al objeto y fin del tratado de forma que hubiesen constituido base esencial del consentimiento y que las circunstancias sobrevenidas modificaran radicalmente el alcance de las obligaciones todavía exigibles en virtud del tratado.

La respuesta —que la CV no quiso dar— ha oscilado entre los extremos de la *tabula rasa* (que supone la terminación de los tratados) y de la *continuidad* (que conduce a la sucesión, universal y automática, en los mismos). La primera invoca el respeto de la soberanía del Estado nuevo y el efecto relativo de los tratados (*res inter alios acta*); la gran baza de la segunda es la estabilidad, la conservación del *status quo*. Históricamente la doctrina mayoritaria se pronunció por la *continuidad*, hasta que el proceso de la descolonización hizo crecer a los propagandistas de la *tabula rasa* (al menos para los Estados nacidos de este proceso, a los que la llamada *doctrina Nyerere* atribuía el derecho de decidir unilateralmente los tratados concluidos por el predecesor que seguirían en vigor).

En la práctica las soluciones han sido muy variadas, influyendo en particular la naturaleza de los diferentes tipos de tratados y los variados supuestos de sucesión (v. Cap. II). Buscando cautelosamente el marco para una respuesta podemos decir: 1) que en algunos casos normas generales de DI pueden imponer la *continuidad*; 2) en los demás, la suerte de los tratados en vigor en el territorio que cambia de soberanía vendrá determinada por el régimen particular que hayan podido asumir los sujetos interesados (así, la CV sobre sucesión de Estados en materia de tratados, 1978), v. Cap. II); 3) de no mediar obligaciones particulares la suerte de los tratados vendrá determinada por el acuerdo de las partes en cada caso concreto.

La escasa aceptación de la CV sobre sucesión de Estados en materia de tratados (1978) hace que su aplicación directa —a título de obligación pactada— se limite a los supuestos en que estén implicados Estados que en ella son parte. No obstante, cabe proponer que su operatividad podría ir más allá, sea porque algunas de sus reglas acaben cristalizando en normas generales (v. Cap. XIV), sea porque se utilicen como criterios al servicio de soluciones negociadas o decisiones de terceros que háyan de vérselas con un problema sucesorio.

258. Normas generales

El alcance del DI general en este punto no se presenta absolutamente claro. Sólo en materia de tratados constitutivos de *regímenes territoriales objetivos* cabe

afirmar la existencia de una norma consuetudinaria general que establece su *continuidad*, incluso por encima de la libre determinación de los pueblos.

La norma, invocada ya por la Comisión de Juristas que se ocupó del asunto de la *Desmilitarización de las islas Aaland*, ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Corte (CPJI, *Zonas francas de la Alta Saboya y del País de Gex*, 1932; CIJ, *Derecho de paso por territorio indio*, 1960, *Templo de Préah Vihear*, 1962, *Controversia territorial* (Libia/Chad), 1994, *Proyecto Gabcikovo-Nagymaros*, 1997, *Isla de Kasikili/Sedudu*, 1999, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001, *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002, (y fue recogida en el Convenio de 1978 (arts. 11 y 12).

De todos modos, los Estados con un territorio históricamente desasosegado, buscan calmantes en las letanías convencionales. Así, por ej., en el tratado suscrito el 12 de septiembre de 1990 por Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la URSS con la R. F. de Alemania y la R. D. Alemana (denominado *cuatro más dos*) se dispuso que las fronteras exteriores de la Alemania unida serían las de las antiguas Repúblicas, a la vez que se preveía la confirmación de la frontera con Polonia, lo que se hizo en el tratado germano-polaco del 14 de noviembre de 1990, excluyéndose así toda reivindicación territorial. Realmente, este tratado estaba de más atendiendo a la regla de la continuidad, pero la desazón de Polonia era explicable cuando advierte en otra de sus fronteras —la de Lituania— la resistencia del país vecino a aceptar la sucesión del tratado polaco-soviético (1945), arguyendo que la continuidad de Lituania en los tratados ha de predicarse de los acuerdos en vigor en 1940, año de su anexión a la URSS. Cuando la continuidad da un salto cronológico hace añicos la estabilidad que es su fin. En esta línea, el proyecto de Constitución de Estonia (art. 122) declaraba que sus fronteras terrestres están determinadas por el tratado de paz de Tartu (1920).

La continuidad de otros tratados, sea los multilaterales generales de codificación y desarrollo progresivo del DI, sea —dentro de ellos— de los concernientes a los derechos humanos o, incluso, sólo de los de DI humanitario, ha encontrado muchos y sólidos defensores tanto en la doctrina como en OI, como la OIT, ONG, como el CICR, y muy especialmente en los órganos de control de cumplimiento de estos tratados, como el CtDH que se ocupa del Pacto de NU sobre Derechos Civiles y Políticos (1966).

En el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio* (1996) el demandante (Bosnia y Herzegovina), que previamente había notificado ser sucesor de la antigua Yugoslavia como parte en esta Convención, trató de cubrirse frente a las excepciones planteadas a la validez y eficacia de esta sucesión por el demandado (la entonces R. F. de Yugoslavia), expresando su devoción por el principio de la sucesión *automática*. La Corte evitó pronunciarse sobre el punto, por no ser necesario para su decisión, pero algunos jueces (Weeramantry, Shahabuddeen) sí lo hicieron en sus opiniones individuales para afirmar el principio en cuestión (v. tb. op. ind. del juez Elaraby en *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004).

Ahora bien, pese a las ventajas que la sucesión *automática* en estos tratados proporciona a la estabilidad y vocación universal de estos compromisos y a la protección de los individuos con independencia de los cambios que pueda experimentar el Estado en cuyo territorio se encuentran, la práctica seguida por los nuevos Estados resulta dispar y heterogénea y genera incertidumbres a la hora de descubrir la existencia de una *opinio iuris* que avale la continuidad de los tratados sobre protección de la persona humana.

Junto a ello, el carácter general del *efecto relativo de los tratados* comporta la imposibilidad de otorgar efectos inmediatos a los acuerdos de transmisión de derechos y obligaciones suscritos entre el Estados predecesor y el sucesor, a las declaraciones unilaterales efectuadas por el sucesor respecto de los tratados suscritos por el predecesor, y a las disposiciones de los tratados que prevean su aplicación automática al sucesor. Reglas también incorporadas en la CV de 1978 (arts. 8-10)

Salvo en tratados constitutivos de OI que afrontan la participación de los nuevos desde la perspectiva de su admisión a la Organización (v. Cap. V), las previsiones convencionales sobre la sucesión de los nuevos Estados en los tratados concluidos por el predecesor, no abundan.

Citemos, a título de ejemplo, el Acuerdo internacional del Café (1975), que en su art. 71.4 dispuso que la notificación de sucesión debía efectuarse dentro de los noventa días siguientes a la fecha en la que se hubiera producido el acceso a la independencia. En general, cuando los negociadores sienten la necesidad de hacer previsiones sobre esta eventualidad, su voluntad suele traducirse en cláusulas que condicionan o excluyen la posibilidad de que el nuevo Estado suceda al predecesor en sus compromisos convencionales.

259. La Convención de Viena de 1978

Más allá del DI general o de las previsiones que al efecto puedan contener los tratados internacionales, los criterios previstos por la CV de 1978 para resolver las cuestiones sucesorias descansan sobre la distinción entre la sucesión descolonizadora y la tradicional (v. Cap. II).

Tratándose de un nuevo Estado nacido de la descolonización, el Convenio ofrece al sucesor la ventaja del principio de la *tabula rasa* (art. 16), consecuencia natural del principio de libre determinación de los pueblos tal y como ha sido aplicado a los pueblos coloniales (v. Cap. IV) y reflejo del respeto de la soberanía del Estado nuevo y del efecto relativo de los tratados (*res inter alios acta*), pudiendo, por tanto, si esa es su voluntad, imponer la terminación de los tratados suscritos por el predecesor, posibilidad que cabe asimilar, aunque sin las limitaciones temporales sobre las que opera, a la denuncia no motivada (v. *infra*). De no ser esta su voluntad el Convenio facilita enormemente su participación en los tratados multilaterales generales y abiertos mediante la notificación de su sucesión, que actúa como forma de manifestación del consentimiento, con la particularidad de retrotraer sus efectos al momento en que se produjo la sucesión (arts. 18-23, 27.1 y 3 y 29.1, 3 y 4); la participación en cualquier otro tratado —multilateral o bilateral— requiere el consentimiento —expreso o implícito— de los otros Estados partes (arts. 17 y 24).

En relación con los supuestos de sucesión *tradicional* (o no descolonizadora), el principio general recogido por el Convenio de 1978 es el de la *continuidad* automática inmediata de los tratados en vigor dentro de los límites territoriales en que se venían aplicando, principio que cede ante el acuerdo en contrario de los

interesados o cuando se desprende del tratado o consta de otro modo que su aplicación respecto del Estado sucesor sería incompatible con el objeto y fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución (arts. 31.1.b y 34.2.b), circunstancias éstas llamadas a propiciar la terminación del tratado o su revisión.

Esta regulación —que emparenta el régimen de la sucesión con algunas causas de terminación de los tratados— no advierte la importancia de la voluntad de las otras partes en tratados bilaterales y multilaterales cerrados, sin la cual es impensable la sucesión en los derechos y obligaciones del causahabiente, dado que no es irrelevante para los demás quien sea el obligado.

El principio de *continuidad* recogido por el Convenio de 1978 se completa con el principio de la *elasticidad* o *variabilidad* del ámbito territorial de un tratado, aplicable a los supuestos de modificación de soberanía territorial sin nacimiento de nuevos Estados (art. 15).

Así, si un Estado sólo mengua territorialmente seguirá aplicando los tratados de que es parte en su disminuido territorio, sin perjuicio de la operatividad que puedan tener causas de terminación o suspensión como la *imposibilidad sobrevenida* de cumplimiento o el *cambio fundamental en las circunstancias*.

A la inversa, el Estado que se expansiona territorialmente aplicará, en principio, sus tratados en vigor a los espacios adquiridos. La extensión no tendrá, sin embargo, lugar cuando del tratado o de cualquier otro modo se desprenda que: 1) no era intención de las partes aplicarlo a la totalidad del territorio (art. 29 de las CV de 1969 y 1986) ó 2) la aplicación del tratado al territorio adquirido es incompatible con su objeto y fin o cambia radicalmente las condiciones de su ejecución (art. 15.b del Convenio de 1978), circunstancias que, de nuevo, llamarán a la terminación o, en su caso, a la renegociación de los tratados.

260. La práctica reciente

Los criterios previstos en la CV de 1978 sólo en parte se ven avalados por la práctica seguida por los nuevos Estados. La *continuidad* enunciada con carácter general en los supuestos de sucesión tradicional se ve superada por el amplio juego que la terminación o la suspensión de la aplicación manifiestan.

El nuevo Estado producto de la descolonización, tras un período de reflexión, procede a dar por terminados —o a intentar la renegociación— de los tratados que no son acordes con sus intereses, y a solicitar de las otras partes el consentimiento a su participación o a notificar la sucesión —caso de los multilaterales generales— cuando sí lo son. En tanto no se produce la declaración de sucesión, la aplicación del tratado queda en suspenso, a menos que se produzca la aplicación provisional o se haya pactado otra cosa (art. 23.2 CV 1978).

La actitud de los Estados Federados de Micronesia que, junto con las Islas Marshall y las Palaos, pertenecen a la última oleada descolonizadora, responde fielmente a este planteamiento (Declaración de 22 de mayo de 1992 enviada al Secretario General de la ONU). Namibia, otro Estado de *reciente independencia* ha previsto en su Constitución la presunción de vigencia de los tratados suscritos por el predecesor *salvo manifestación en contrario*; el gobierno namibio consideró que el precepto constitucional no bastaba y ha notificado algunas sucesiones. por ej., la sucesión respecto de los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Bélico.

Sin embargo, en los supuestos de sucesión tradicional la práctica de los nuevos Estados no se muestra siempre acorde con los criterios fijados por la CV (1978). Mientras en supuestos de *unificación* o de *disolución pacífica* suele acogerse la regla de la *continuidad*, allí donde la disolución del Estado enfrenta a los sujetos interesados o se produce una *separación* traumática la operatividad de la *continuidad* es más que discutible, pues lo normal, según se desprende de la práctica, es que el nuevo Estado trate de afirmar y consolidar su personalidad internacional haciendo prevalecer su voluntad en la tesitura sucesoria y, por tanto, proceda a dar por terminados o a renegociar los tratados que no respondan a sus intereses o, tras un período de suspensión, se haga efectiva su participación tras obtener el acuerdo de las demás parte, que generalmente se materializa en un canje de notas, en los bilaterales o multilaterales restringidos, y en la notificación de sucesión o la manifestación del consentimiento respecto de los multilaterales generales y abiertos.

Así, por ej., el Yemen unificado ha seguido incondicionalmente el principio de continuidad, incluso más allá de lo posible (Carta conjunta de los dos antiguos Ministros de Asuntos Exteriores al Secretario General de NU, de 19 de mayo de 1990), pues cabe suponer un cierto grado de incompatibilidad entre las obligaciones pretéritas del Yemen del Norte y del Yemen del Sur. La Alemania unida, más atenta a esta circunstancia y a la percepción de sí misma como fruto de una absorción del Este por el Oeste, confirma la continuidad de los tratados de la RFA, cuyo alcance territorial se amplía a lo que fue la RDA y a todo Berlín, mientras que respecto de los tratados suscritos por la RDA se prevé un período de reflexión y consulta con los interesados, incluida la CE, para decidir su suerte (arts. 11 y 12 del Tratado que instituye la unidad alemana). Con ello no se trata de apartarse del principio de continuidad, sino de utilizar sus excepciones al considerar la compatibilidad de estos tratados con los consentidos por la RFA en una época en que ambas Repúblicas se alineaban en bloques antagónicos (OTAN y Pacto de Varsovia, CE y COMECON), así como con sus principios constitucionales y con su condición de miembro de la CE. Las consultas evacuadas con ciento treinta Estados condujeron a la terminación de más de dos mil tratados.

La disolución de Checoslovaquia y la aparición de las Repúblicas Checa y Eslovaca confirma también la sucesión automática y universal en los tratados (declaraciones parlamentarias de 17 de diciembre de 1992). Sólo cabe mencionar una excepción, vinculada a un territorio que corresponde a Eslovaquia: la República Checa no se consideró sucesora del tratado bilateral con Hungría (1977) sobre la construcción de una doble presa en el Danubio (*Gabcikovo-Nagymaros*), motivo de la controversia de la que estaba conociendo la CIJ cuando la disolución de Checoslovaquia se produjo. Eslovaquia asumió la sucesión, inevitable por el carácter territorialmente localizado de las obligaciones pactadas, y fue inútil el alegato de Hungría ante la CIJ de la terminación del tratado por desaparición de una de las partes. En cuanto a la URSS, rebajada ya a finales de 1991 de los países bálticos, su extinción condujo a declaraciones en NU (la de Rusia, del 27 de enero de 1992) y acuerdos entre las repúblicas (acuerdo sobre la CEI, art. 12), basados en el principio de continuidad salvo excepciones y en las consultas con los interesados. No obstante, algunas repúblicas (Moldavia, Uzbekistán, Turkmenistán) tal vez entendieron que su personalidad se vería reforzada si procedían a *adherirse* a los tratados de que podían ser partes simplemente como sucesores.

En los supuestos de separación la práctica internacional no confirma la continuidad, sino la *tabula rasa*, produciéndose, según la voluntad del nuevo Estado, la terminación de los tratados o su continuidad tras un período de suspensión en el que determina su voluntad o concita la de los demás participantes. La suerte experimentada por los tratados aplicables en el momento de la separación en el territorio de Pakistán (1947), Singapur (1965) y Bangladesh (1972) así lo confirma. Por lo que respecta a los países bálticos, las cartas enviadas al Secretario General de NU por las autoridades competentes de Estonia (8 de octubre de 1991), Letonia (26 de febrero de 1993) y Lituania (23 de junio de 1995) advertían que no se consideraban partes en virtud de sucesión de ninguno de los tratados celebrados por la URSS. En cuanto a Yugoslavia, los nuevos

Estados (Eslovenia, Croacia, la antigua República yugoslava de Macedonia, Bosnia y Herzegovina) procedieron de manera equívoca, aceptando la continuidad en sus declaraciones a la Conferencia sobre el establecimiento de la paz en Yugoslavia, pero actuando luego según el principio de la *tabula rasa*, es decir notificando la sucesión en los tratados de su interés o depositando el correspondiente instrumento de adhesión. La RF de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) se apresuró a reconocer como propios los compromisos del Estado pretendidamente disuelto el mismo día en que formalizó su voluntad continuista de la RFS de Yugoslavia (declaración de 27 de abril de 1992). Pero cuando en el año 2000 aceptó ser un *sucesor* más cambió su registro, decantándose en muchos casos, como el de la mismísima Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), por notificar su *adhesión*, no la sucesión, a la Convención.

Hay quienes, sin embargo, sugieren templar la significación de la práctica producida por los Estados surgidos de la URSS y la antigua Yugoslavia, aduciendo que a menudo los sucesores han recurrido a expedientes, como la adhesión a tratados multilaterales o la notificación caso por caso de sucesión, que se condicen mal con el principio de continuidad o sucesión automática, más por deficiencias técnicas de su administración exterior que por una voluntad deliberada de rechazar las reglas propuestas. Sin embargo, la diferencia existente respecto al momento en que surten efecto cada una de estas vías de vinculación a los tratados (la adhesión desde su depósito o notificación, la continuidad y la declaración de sucesión desde que se produce la sucesión) puede, llegado el caso, actuar como factor de controversia entre las partes. Es obvio que la decisión de la RFY (Serbia y Montenegro) de *adherirse* a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), lejos de ser consecuencia de una preparación técnica deficiente, revela su excelencia: estableciendo una solución de continuidad con el pasado, trata de protegerse de su eventual responsabilidad por actos genocidas cometidos en el solar de la antigua Yugoslavia...

En relación con los tratados bilaterales, la afirmación rusa de continuidad en todos los tratados de la URSS, no ha impedido que otros Estados partes con la URSS en tratados bilaterales, como Austria, hayan impuesto el principio de renegociación: un canje de notas ha hecho, finalmente, la oportuna selección. La CE también procedió a la renegociación de los acuerdos suscritos con la URSS en diciembre de 1989 y a la conclusión de nuevos acuerdos con algunas de las nuevas repúblicas (Rusia, Ucrania, Bielorrusia, Tayikistán, Kirguistán...).

La lógica de la regla de la *elasticidad o variabilidad* del ámbito territorial de los tratados en supuestos de modificación del titular de la soberanía territorial sin nacimiento de nuevos Estados también puede ser objeto de variaciones a voluntad de los interesados.

El caso de Hong Kong ha permitido comprobar cómo la elasticidad puede presentar excepciones cuando por voluntad de las partes interesa mantener vigentes en el territorio *tratados multilaterales* concluidos por el antiguo soberano y aplicados al territorio afectado por el cambio aunque en ellos no participe el nuevo titular de la soberanía. En la Declaración conjunta suscrita por China y el Reino Unido el 19 de diciembre de 1984 sobre la cuestión de Hong Kong, notificada al Secretario General por el gobierno chino el 20 de junio de 1997, las partes acordaron la aplicación a este territorio de un total de ciento veintiséis convenios en los que China era parte siempre que estos tratados se hubieran aplicado en Hong Kong antes del 1 de julio de 1997, versaran sobre asuntos exteriores o defensa, o, de no haberse aplicado en dicho territorio con anterioridad al 1 de julio de 1997, se hubiera decidido aplicarlos a partir de dicha fecha, así como de ochenta y siete tratados, a los que hay que sumar los Pactos de NU sobre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, en los que China no era aún parte y que habían sido aplicados en este territorio con anterioridad a la fecha del traspaso de soberanía. La aplicabilidad en Hong Kong del resto de tratados en los que fuera parte China o manifestara el consentimiento en el futuro dependería, según la Declaración conjunta, de la decisión adoptada por el nuevo titular de la soberanía teniendo en cuenta las circunstancias y necesidades de ese territorio y la opinión de las autoridades de la región de Hong Kong. En relación con los *tratados bilaterales* las variaciones pueden ser aún mayores dada la necesidad de valorar las relaciones existentes entre el nuevo soberano y los terceros Estados con los que el predecesor hubiera concluido tratados, ya que la duplicidad de compromisos convencionales puede conducir a la terminación de unos y a la ampliación del ámbito territorial de otros, y la voluntad de esos

terceros sobre el mantenimiento con el nuevo soberano de las relaciones convencionales aplicables al territorio antes de la fecha de la sucesión o sobre su terminación.

Los depositarios de los tratados multilaterales han tenido que adoptar decisiones relacionadas con la participación de los nuevos Estados. Aunque la práctica no ha sido uniforme, el Secretario General de las NU ha actuado, en defecto de cláusula convencional que disponga otra cosa, exigiendo al nuevo Estado en cada caso un instrumento formal de sucesión o de específica manifestación del consentimiento e ignorando a estos efectos las declaraciones generales de sucesión efectuadas por el nuevo Estado y los acuerdos suscritos por el predecesor y el nuevo Estado por lo que a la transmisión de obligaciones convencionales se refiere. (Sección de Tratados de la Oficina de AA. Jurídicos, *Précis de la pratique de Secréttaire general en tant que dépositaire de traités multilatéraux*)

El Secretario General ha aceptado los instrumentos de sucesión siempre que: 1) el tratado hubiera sido aplicado, o se hubieran dado los pasos necesarios para ello, en el territorio del nuevo Estado antes de la fecha de la sucesión, y 2) el territorio haya sido reconocido como un Estado en el sentido de la *fórmula de Viena* y de la práctica de la AGNU.

En caso de duda el cumplimiento de la primera condición se presume siempre que el predecesor no hubiere excluido de la aplicación del tratado el territorio implicado en la sucesión y el sucesor declare que el tratado ha sido aplicado en dicho territorio. El cumplimiento de la segunda condición genera incertidumbre cuando el nuevo Estado aún no ha sido admitido como miembro de NU o de uno de sus organismos especializados.

El Estado que deposita un instrumento de sucesión se encuentra en las mismas condiciones que el que manifiesta el consentimiento por los cauces previstos en el tratado a los efectos de formulación de reservas y declaraciones, pudiendo además retirar las efectuadas por el predecesor.

En definitiva la práctica, tanto de los nuevos Estados como del Secretario General de NU como depositario de tratados, no se ajusta, salvo en ~~en~~ casos de *unificación*, al criterio de *continuidad* que la CV de 1978 predica para los supuestos de sucesión tradicional. La participación de los nuevos Estados en los tratados multilaterales generales se hace efectiva a voluntad del sucesor sea mediante una declaración de sucesión, modalidad preferida por los Estados surgidos de un proceso de disolución, sea por adhesión u otra manifestación del consentimiento, formas preferidas en casos de separación y de acceso a la independencia de los pueblos coloniales. En relación con los tratados multilaterales restringidos y bilaterales la participación del nuevo Estado ha de concitar el acuerdo de las demás partes.

LXII. LA REVISIÓN DE LOS TRATADOS

261. Planteamiento

La CV sólo presta atención a la revisión parcial de los tratados (*enmienda*) a la que dedica los arts. 39 y 40. La *sucesión de tratados* o su sustitución por otros, sin estar expresamente prevista, es una posibilidad implícita en los arts. 30. 3 y 59 de la Convención.

262. La enmienda de los tratados

Se entiende por enmienda toda *modificación formal* de las cláusulas de un tratado, sea cual sea su número y calidad, *potencialmente extensible a todos los sujetos que participan* en él.

El art. 39 de la CV constata que “un tratado podrá ser enmendado por *acuerdo entre las partes*”. En el caso del tratado *bilateral* es obvio que las partes habrán de proceder de mutuo acuerdo. Lo habitual es que la negociación de la enmienda se efectúe a través de los canales diplomáticos, de misiones especiales o de comisiones mixtas previstas en los tratados y que se materialice en un canje de notas.

Exigir el acuerdo de las partes para hacer efectiva la enmienda de un tratado *multilateral* puede ser engorroso; de ahí la frecuencia con que sus cláusulas finales incluyen reglas particulares de adopción y entrada en vigor de las enmiendas para escapar de una unanimidad eventualmente paralizante (como la experiencia de la UE, que adoptó expresamente ese principio, art. 48 TUE, ha venido confirmando).

El hecho de que los tratados multilaterales aspiren a establecer una regulación estable y por tiempo indefinido, o relativamente largo, para determinadas relaciones y el constante cambio de las necesidades de una sociedad internacional compleja, han provocado la proliferación de cláusulas previsoras de su enmienda. La práctica internacional revela que el contenido de estas cláusulas es: 1) muy *variado*, influyendo en él el carácter (cerrado, interdependiente, integral, abierto...) del tratado y su formación bajo los auspicios de una OI o al margen de la misma; 2) generalmente *incompleto y fragmentario*, ya que no suelen agotar todos los aspectos susceptibles de regulación (iniciativa para proponer la enmienda, los requisitos para su toma en consideración, adopción, entrada en vigor, efectos...); y 3) ocasionalmente *plural*, al establecer dos o más regulaciones de la enmienda en atención a criterios diversos, como la amplitud de la reforma (como ocurre en la Carta de las NU, arts. 108 y 109), el momento en que se plantea (Tratado Antártico, 1959, art. XII) o la importancia que se atribuye a los artículos cuestionados (Tratado constitutivo de la UNESCO, art. XIII). Esta última característica aparece subrayada en la CONVEMAR (1982), donde se combinan hasta cuatro posibilidades diferentes (arts. 312-314 y 155).

La heterogeneidad de estas cláusulas y los flecos que dejan sueltos, en unos casos, así como la carencia de ellas, en otros, justifican la previsión de un régimen supletorio. Esa es la finalidad que persiguen los arts. 39 y 40 que, además, remiten cuando procede a la Parte II de la Convención (celebración y entrada en vigor de los tratados).

El primero de los pasos que han de llevar a la enmienda de un tratado está relacionado con la propuesta de esta revisión. Aunque la CV no contiene previsión alguna sobre quienes son los sujetos legitimados para promover la enmienda de un tratado, cabe entender, salvo acuerdo en contrario, que la iniciativa corresponde a las partes. La propuesta habrá de comunicarse a todos los contratantes que tendrán derecho a participar en las decisiones que hayan de adoptarse tanto respecto de la propuesta en sí como de la negociación y celebración del acuerdo para enmendar el tratado.

La estricta vinculación que el régimen de Viena establece entre los negociadores de la enmienda y los contratantes y la inexistencia de una previsión diferente en la CONVEMAR (1982) puede explicar que la revisión de la Parte XI, efectuada a través del acuerdo *interpretativo* (1994) se hiciera antes de que se produjera la entrada en vigor de la Convención. De haberse producido ésta antes de que se adoptara la enmienda de sus disposiciones la revisión hubiera quedado a voluntad exclusivamente de las partes (v. Cap. XI).

Aunque generalmente la toma en consideración de la propuesta de enmienda suele ser la consecuencia automática de su formulación, algunas cláusulas convencionales la condicionan al apoyo de un número determinado de partes —un tercio en el caso de los Pactos de NU sobre derechos humanos (por ej. Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, art. 51) o la mitad en el caso del procedimiento ordinario de enmienda de la CONVEMAR (art. 312), o a que la misma pase por ciertos filtros como, por ej., la resolución favorable del órgano competente de una OI —caso de la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio (art. XVI)— o, incluso, de dos órganos —como ocurre con la Carta de las NU (art. 109).

Para la celebración de estos acuerdos la Convención remite a las disposiciones de su Parte II (celebración y entrada en vigor); sin embargo, las dificultades que plantea su aplicación (supletoria) especialmente respecto de la adopción y entrada en vigor del acuerdo de enmienda, aconseja incluir en los tratados cláusulas de enmienda lo más completas posible.

Por lo que a la adopción del acuerdo de enmienda se refiere es preciso poner de relieve que, al margen de la previsión generalizada de la adopción por mayorías diferentes a la prevista en la regla residual del art. 9.2 de la CV, también existen supuestos en los que el silencio colectivo puede operar como procedimiento de adopción del acuerdo (por ej., Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974, art. VIII b) *vi* *bb*).

Aunque no faltan cláusulas en las que la adopción de la enmienda implica su inmediata entrada en vigor, lo normal es que los procedimientos previstos los separen. Esta *doble fase* es característica de las cláusulas que confían la adopción del acuerdo de enmienda a una conferencia internacional. En relación con la entrada en vigor del acuerdo de enmienda la exigencia del consentimiento de todos los negociadores o sólo de un cierto número de éstos constituye una opción que puede combinarse con la exigencia de que en ese número figuren determinados sujetos, como es el caso, por ej., de la Carta de las NU, cuya revisión ha de contar con la ratificación de dos tercios de sus miembros, incluidos los cinco miembros permanentes del C. de S. (arts. 108 y 109). También en este punto encontramos cláusulas que otorgan relevancia al silencio o la falta de objeción de las partes a la hora de apreciar su consentimiento al acuerdo de enmienda y provocar su entrada en vigor. Una solución a la que, por ej., hubo de recurrirse para hacer posible la entrada en vigor de las enmiendas introducidas al Estatuto de la CPJI.

Los efectos de la enmienda se producen *inter partes* (art. 40.4 CV), rigiéndose las relaciones entre las partes en el tratado enmendado y las que sólo lo son en el originario —cuando la entrada en vigor de aquél no es determinada por el consentimiento de todas las partes en éste— por lo establecido en el art. 30

(tratados sucesivos sobre la misma materia). Se proclama así la libertad de aceptar o no las enmiendas, que sólo evitaría una cláusula convencional que les atribuyera eficacia *erga omnes*, lo que en supuestos como los de los tratados constitutivos de OI se hace imprescindible. Así, por ej. el art. 108 de la Carta de las NU prevé la entrada en vigor de las reformas a la Carta para todos los miembros de la Organización cuando hayan sido adoptadas y ratificadas por las dos terceras partes de éstos, incluyendo los cinco miembros permanentes del C. de S.

Aunque sin llegar a forzar la participación de quienes ya eran contratantes de la CONVEMAR (1982) en el acuerdo interpretativo (1994) de la Parte XI de la Convención, éste trata de facilitarla al prever para aquéllos un sistema *opting out* de vinculación al acuerdo que, acogiendo las pretensiones de Estados Unidos y otros países industrializados, enmienda de hecho el régimen de la Zona Internacional de los Fondos Marinos.

Dada la especial vinculación que existe entre el tratado originario y el acuerdo de enmienda se presume que todo sujeto facultado para llegar a ser parte en el originario está también facultado para llegar a ser parte en el tratado en su forma enmendada (art. 40.3 CV). Ahora bien, la apertura del texto enmendado a la participación de todos los sujetos facultados para llegar a ser partes en el tratado originario y la especial vinculación que genera entre ambos tratados no es un obstáculo para que el acuerdo de enmienda, si así lo prevé, se haga extensivo a otros sujetos. De ser así la diferencia entre el acuerdo de enmienda y los tratados suplementarios (caso, por ej., del Protocolo de 1967 relativo al Estatuto de los Refugiados, 1951) se desdibuja.

Se presume *iuris tantum* que los sujetos que manifiestan su consentimiento en obligarse por un tratado después de la entrada en vigor de su enmienda tienen la intención de obligarse tanto por el tratado originario como por el tratado enmendado cuando ambos subsisten con círculos subjetivos diferentes (art. 40.5 CV). El deseo de evitar esta doble vinculación exige una previsión al respecto (como ocurre, por ej., en el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, de 6 de mayo de 1993, art. 20.2).

Esta presunción es norma por lo que respecta a la CONVEMAR (1982) y el Acuerdo interpretativo de la Parte XI (1994). Desde la adopción de éste ambos textos son inseparables por lo que a la manifestación del consentimiento se refiere, entendiéndose que el consentimiento a la Convención lo es también al acuerdo interpretativo y siendo la participación en la Convención la premisa de la manifestación del consentimiento al acuerdo interpretativo.

Si las normas internacionales sobre celebración de los tratados son aplicables a los acuerdos de enmienda (art. 39), ¿lo serán también los preceptos internos que se interesan, igualmente, por la celebración de los tratados? La respuesta debe ser afirmativa. Ahora bien, su operación práctica presentará dificultades en los casos en que se entienda aceptada una enmienda por omisión o falta de objeción, o cuando se prevea su oponibilidad *erga omnes* una vez que, con el apoyo de una mayoría, ha entrado en vigor, forzando a los demás a pasar por la enmienda o a retirarse del tratado.

263. La revisión total de los tratados: sucesión de tratados

La sucesión y sustitución de un tratado por otro suele ser la consecuencia de la revisión global de instrumentos marcados por el paso del tiempo que interesa más reemplazar que enmendar.

El supuesto del tratado que nace con una expresa vocación sucesoria, encarnada en sus cláusulas, ha de ser diferenciado del supuesto más general y comprometido de la compatibilidad de tratados sucesivos sobre la misma materia (v. Cap. XVI). Dado que la CV no le presta la menor atención, cabría preguntarse hasta qué punto son aplicables analógicamente al supuesto las normas relativas a la enmienda. Una primera impresión es la de que la analogía estaría justificada salvo en lo concerniente a las relaciones entre quienes son partes sólo en el tratado *causante* y quiénes lo son únicamente en el tratado *sucesor*, porque si la enmienda presupone la unidad del tratado, la sucesión comporta la existencia de dos instrumentos diferentes, lo que empujaría a invertir la presunción establecida en el artículo 40.5 de la Convención.

La mayor parte de las cláusulas sucesorias acompañan los efectos de su entrada en vigor al ritmo de incorporación de nuevas partes al tratado sucesor, de manera que el tratado *causante* sigue rigiendo las relaciones entre las partes en los dos tratados y quienes lo son sólo en aquél. De esta manera, ambos tratados coexisten incluso durante un largo tiempo y, a menos que se disponga otra cosa en el tratado sucesor, sólo el trasvase de todas las partes de uno a otro produciría la terminación del tratado *causante*. Naturalmente, en los ámbitos donde la uniformidad del régimen sea primordial, será lógico prever que la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado *sucesor* determina la denuncia simultánea del tratado *causante*.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Además de biblio. general sobre tratados (Cap. VIII), puede consultarse:

1. Sobre la nulidad de los tratados: D.W. Greig, *Invalidity and the Law of Treaties*, Londres, 2006; T.O. Elias, "Problems concerning the Validity of Treaties", *R. des C.* 1971, t. 134, 333; J.A. Frowein, "Nullity in IL", *EPIL*, v. VII (1984), 361; M. Schroder, "Treaties, Validity", *ibid.*, 511; H.G. de Jong, "Coercion in the Conclusion of Treaties", *NYIL*, 1984, 209.

2. Sobre la terminación y la suspensión de los tratados, en lengua española: E.J. Rey Caro, "Las reservas de la Rep. Argentina a la Convención sobre el derecho de los tratados. El 'estoppel' y la cláusula 'rebus sic stantibus'", *ADI*, 1975, 229; A. Gómez Robledo, 'La cláusula *rebus sic stantibus*', en *Hom. Miaja*, 99; M.A. Martín López, 'La terminación y la suspensión de los tratados internacionales a título de contramedida', *ADI*, 1999, 529; C. López Hurtado, '¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos dentro del DI? Reservas y denuncias de tratados de derechos humanos', *AMDI*, 2001. **En otras lenguas:** R. Pisillo Mazzeschi, *Risoluzione e sospensione dei trattati per inadempimento*, Milán, 1984; S. Rosenne, *Breach of Treaty*, Cambridge, 1985; A. Vamvoukos, *Termination of Treaties in IL. The Doctrines of "Rebus Sic Stantibus" and Desuetude*, Oxford, 1985; N. Kontou *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary IL*, Oxford, 1994;

M. Goma, *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*, La Haya, 1996; C. Laly-Chevalier, *La violation du traité*, Brusclas, 2005; Ph. Cahier, 'Le changement fondamental des circonstances et la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités', *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. I, 163; A. Yahí, 'La violation d'un traité: l'articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale', *RBDI*, 1993, 437; F. Ouguergouz, 'L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: les réponses du DI général', *RGDIP*, 1994, 289; P. Weil, 'Droit des traités et droit de la responsabilité', *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 523; J. Crawford, 'The Exception of Non-Performance', *AYIL*, 2001, 55; R. Mullerson, 'The ABM Treaty: Changed Circumstances, Extraordinary Events, Supreme Interest and IL', *JCLQ*, 2001, 509".

3. Sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, en lengua española: F. Ruiz Ruiz, *Sucesión de Estados y salvaguardia de la dignidad humana*, Burgos, 2001; C. Gutiérrez Espada, "Sobre la sucesión a los tratados en casos de separación de Estados (a propósito, por ej., de la independencia de Estonia, Letonia y Lituania)", *REDI*, 1991, 559; *id.*, "Sobre la sucesión de Estados en materia de tratados", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 361; A.G. López Martín, "La reafirmación de la regla de la continuidad en los tratados de fronteras (a propósito de la sentencia del TIJ en el asunto de la controversia fronteriza Libia/Chad)", *REDI*, 1997-1, 91. **En otras lenguas:** Z. Meribout, *La codification de la succession d'États aux traités*, París, 1984; I. Hatjikonstadis, *The Role of Good Faith in the Law of State Succession in respect of Treaties*, Nueva York, 1998; Ph. Pazartzis, *La succession d'États aux traités multilatéraux à la lumière des mutations territoriales récentes*, París, 2002; M. T. Kaminga, "State Succession in Respect of HR Treaties", *EJIL* 1996, 469; M.C.R. Craven, "The Genocide Case, the Law of Treaties and State Succession", *BYIL*, 1997, 127; J. Klabbers, "State Succession and Reservations to Treaties", *Essays B. Vierdag*, Ámsterdam, 1998, 107; S. Rosenne, "Automatic Treaty Succession", *ibid.*, 97; D. Papenfuß, "The Fate of the International Treaties of the GDR within the Framework of German Unification", *AJIL*, 1998, 469; P. Pazartzis, "State Succession to Multilateral Treaties: Recent Developments", *ARIEL*, 1998, 397; S. Torrecuadrada, "Le rôle du consentement dans la succession d'États aux traités", *PYIL*, 1998, 58; M. Bojanic, "Éléments d'appréciation de la pratique étatique en matière de succession aux traités de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie", *RBDI*, 2000, 489; A. Rasulov, "Revisiting State Succession to Humanitarian Treaties: Is There a Case for Automaticity?", *EJIL* 2001, 141; P. Dumberry, "La succession d'États en matière de traités et le cas de sécession", *RBDI*, 2003, 377; F. Ruiz Ruiz, "The Succession of States in Universal Treaties on the Protection of HR and Humanitarian Law", *IJ HR*, 2003-2, 42. V. tb. biblio. Cap. II (sucesión de Estados).

4. Sobre el ius cogens y su incidencia en la nulidad y terminación de los tratados: J. Barberis, "La liberté de traiter des États et le *ius cogens*", *ZaöRV*, 1970, 19; J. Sztucki, *Ius Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties. A Critical Appraisal*, Viena-Nueva York, 1974; G. Gaja, "Ius Cogens beyond the Vienna Convention", *R. des C.*, 1981, t. 172, 271. V. tb. biblio. Cap. I (normas imperativas del DI).

5. Sobre el procedimiento de verificación de la nulidad, terminación y suspensión de los tratados, en lengua española: M. Hinojo, "Un apunte en torno al art. 66.2 de la CV 1986 sobre el Derecho de los tratados entre Estados y OI y entre OI", *Hom. E. Casas Barquero*, Córdoba, 1996, 337; **en otras lenguas:** G. Bosco, "La soluzione delle controversie secondo la Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati fra Stati ed OI", *RDI*, 1986, 325; M. Hayashi, "The Dispute Settlement Clause of the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties", *New York UJILP*, 1987, 327.

6. Sobre la sentencia dictada por la CIJ en el asunto del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, en lengua española: A.J. Rodrigo, "La aportación del asunto *Gabčíkovo-Nagymaros* al DI del medio ambiente", *ADI*, 1998, 769; **en otras lenguas:** S. Maljean-Dubois, "L'arrêt rendu par la CIJ le 25 septembre 1997 dans l'affaire relative au projet *Gabčíkovo-Nagymaros*", *AFDI*, 1997, 286; M. Fitzmaurice, "The *Gabčíkovo-Nagymaros* Case", *Leiden IIL*, 1998, 321; P. Kovács, "Quelques considérations sur l'appréciation et l'interprétation de l'arrêt de la CIJ, rendu dans l'affaire

Gabcikovo-Nagymaros", *GYIL*, 1998, 252; D. Reichert-Facilides, "Down the Danube: The Viena Convention on the Law of Treaties and the Case Concerning the *Gabcikovo-Nagymaros Project*", *ICLQ*, 1998, 837; J. Sohnle, "L'irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la CIJ: l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*", *RGDIP*, 1998, 85; K. Wellens, "The Court's Judgement in the *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*: Some Preliminary Reflections", *Essays E. Suy*, La Haya, 1998, 765; N. Burniat y G. Delforge, "Le syllogisme dialectique: modèle pour une analyse structurelle des rapports entre faits et droit dans le cadre du raisonnement juridique en DI public. Etude de cas: l'arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* rendu le 25 septembre 1997 par la CIJ", *RBDI*, 1999, 435.

7. Sobre la jurisprudencia del TJCE, en particular sobre el asunto *Racke*, en lengua española: F. Castillo de la Torre, "Derecho comunitario, Derecho de los tratados y sanciones económicas (Comentario a la sentencia del TJCE de 16 de junio de 1998, *Racke*)", *RDCE*, n° 4, 1998, 549; J. Roldán, "La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)", *REDI*, 1998-2, 9; J.M. Sánchez Patrón, "La aplicación del DI general a las actuaciones de las OI. La práctica de las CCEE-UE", *AMDI*, 2006. **En otras lenguas:** S. Furlan, "L'utilizzazione del mutamento di circostanze a fini sanzionatori da parte della Comunità", *Il diritto dell'UE*, 1999-2, 315; J. Klabbers, "Re-Inventing the Law of Treaties: The Contribution of the EC Court", *NYIL*, 1999, 45; *id.*, *CMLR*, 1999, 179; R. Mastroianni, "La rilevanza delle norme consuetudinarie sulla sospensione dei trattati nell'ordinamento comunitario: la sentenza *Racke*", *RDI*, 1999, 87; A. Berramdane, "L'application de la coutume internationale dans l'ordre juridique communautaire", *CDE*, 2000, 253.

8. Sobre la revisión de los tratados: L. Panella, *Gli emendamenti agli atti istitutivi delle OI*, Milán, 1986; A.J. Venables y D. Martin, *The Amendment of Treaties*, Londres, 1992; N. Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary IL*, Oxford, 1994; M.J. Bowman, "The Multilateral Treaty Amendment Process: A Case Study", *ICLQ*, 1995, 540.

Capítulo XIII

La formación de las normas generales: costumbre y principios generales del Derecho

LXIII. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

264. Planteamiento

Pese a la trascendencia que el consentimiento de los sujetos tiene en la formación del DI y a que en este ordenamiento norma y obligación tiendan a confundirse (v. Cap. I), el DI cuenta con normas caracterizadas por su generalidad cuya fuente de producción normativa es la *costumbre*.

Nos referimos a las más importantes de esas normas como *principios*. Así, por ej., en la Declaración sobre los *principios de DI* referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las NU (res. 2625-XXV de la AGNU, v. Cap. I).

Estos *principios* fundamentales o estructurales, que traducen los valores que informan el ordenamiento jurídico internacional en su totalidad y sus diferentes ramas, ámbitos materiales o subsistemas, no han de confundirse con los denominados *principios generales del Derecho*, ajenos en origen al DI, que se extraen de los ordenamientos internos de sus sujetos y permiten colmar las eventuales lagunas de este ordenamiento jurídico.

La *jurisprudencia* resultante de las decisiones de órganos judiciales y arbitrales sobre controversias internacionales que han de ser resueltas con base en el DI constituye un acervo indispensable para la determinación de la existencia, contenido y aplicación de normas y obligaciones internacionales, tanto más relevante cuando se debate sobre reglas generales no escritas o se busca en principios generales del Derecho alivio en la desorientación.

265. La costumbre como fuente de producción normativa

Si el DI aspira a contar con normas generales, es imprescindible que se dote de cauces adecuados para su establecimiento. En la sociedad internacional clásica, esencialmente descentralizada y compuesta por Estados con señas de identidad

relativamente homogéneas, la formación de las normas generales del DI se produjo por vía consuetudinaria, esto es, como resultado de una práctica, generalizada y continuada, de comportamientos estatales uniformes (*usus o diuturnitas*), sustentada por el sentimiento de su obligatoriedad jurídica o la necesidad de mantener y desarrollar ordenadamente las relaciones internacionales (*opinio iuris sive necessitatis*).

Sin embargo las características de la sociedad internacional contemporánea —*universal, heterogénea y polimórfica*— y la necesidad de proceder con celeridad a la regulación de nuevos ámbitos o materias —*nuevas funciones del DI*— que en muchos casos exigen reglas muy técnicas, han hecho dudar de la idoneidad de la costumbre para la creación oportuna de nuevas normas generales. Los tratados, que otorgan mayor certidumbre y precisión a las reglas, se presentan como una vía más adecuada para responder a las exigencias de regulación planteadas por la sociedad internacional contemporánea.

Las limitaciones congénitas del tratado a tal efecto son, sin embargo, obvias, dada la reducción del círculo de sujetos obligados a los sujetos que lo han consentido. Dotar al tratado como tal de carácter *normativo* exigiría atribuirle efectos *erga omnes*, rompiendo con el principio del consentimiento que está en su base. Eso no se ha producido, aunque sí se han adoptado iniciativas para favorecer una aptitud generadora de normas que se han concretado en la elaboración de *tratados marco, procesos flexibles de enmienda* (v. Cap. XII), así como en el aprovechamiento de la interacción entre tratado y costumbre característica en las tareas de codificación y desarrollo progresivo del DI (v. Cap. XV).

La *costumbre internacional*, lejos de desaparecer, se ha adaptado a un nuevo *habitat*. La institucionalización de la sociedad internacional, aun limitada, ha servido también la causa de su modernización, no la de su extinción. Las OI, en efecto, han provocado un cambio esencial —una aceleración— en el procedimiento de elaboración de las normas consuetudinarias. Frente a la *costumbre tradicional* o *prudente* la nueva costumbre (*salvaje* según R.J. Dupuy). Anudadas a los tratados y a las resoluciones de las OI, en particular a las de la AGNU, las normas consuetudinarias resultantes precisan su contenido gracias a la expresión escrita que le aportan los instrumentos internacionales (v. Cap. XIV)—.

En definitiva, mientras la sociedad internacional conserve sus características estructurales esenciales, en particular la inexistencia de un poder legislativo mundial, y la costumbre mantenga su capacidad de adaptación a una realidad cambiante, conservará su importancia y gozará de un papel principal en la elaboración del DI general.

266. Noción y elementos de la costumbre

El art. 38 del Estatuto de la CIJ establece que “la Corte, cuya función es decidir conforme al DI las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar... b) la

costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Esta definición ha sido criticada doctrinalmente ya que la costumbre no es la prueba de una práctica sino, más bien, su resultado. Teniendo esto en cuenta podríamos definir la costumbre como *la norma resultante de una práctica general, constante, uniforme y duradera llevada a cabo por los sujetos del DI y realizada con la convicción de ser socialmente necesaria hasta el punto de ser jurídicamente obligatoria*.

Esta definición pone de relieve que la costumbre es un proceso de creación jurídica de carácter *espontáneo* (con todas las cautelas que han de aplicarse a semejante calificación) resultante de una *práctica* internacional (*usus o diuturnitas*) —elemento material— sustentada por la *conciencia* de la *necesidad social* y la *obligatoriedad jurídica* de los comportamientos que la integran (*opinio iuris sive necessitatis*) —elemento psicológico, espiritual o formal—; los dos elementos imprescindibles para la formación de la norma consuetudinaria.

Aunque doctrinalmente se ha discutido la estructura binaria de la costumbre internacional, considerando que los dos elementos citados no tienen individualidad propia sino que constituyen sólo aspectos de un único elemento complejo —la *práctica unitaria*—, la distinción, sin perder de vista su íntima conexión, es útil a efectos pedagógicos y permite poner de relieve la relevancia que pueden presentar cada uno de ellos en el proceso de formación de la norma.

Generalmente, y así ocurría tradicionalmente, la *práctica* —en ocasiones exclusivamente estatal— suele ser anterior a la *opinio iuris*. Es posible que los primeros *precedentes* carezcan de esa convicción, incluso pueden estar motivados por intereses distintos, como el deseo de persuadir a la colectividad de la necesidad de una regulación determinada, o la reacción frente a una norma que se considera injusta o insuficiente en un momento dado. Pese a ello, para que la norma cristalice es imprescindible que esa convicción de actuar conforme a Derecho exista.

Las primeras declaraciones efectuadas por determinados Estados considerando que los recursos naturales del suelo y el subsuelo adyacente a su mar territorial quedaban bajo su jurisdicción y control o las reivindicaciones de jurisdicción sobre los recursos vivos existentes en esas aguas y hasta las 200 millas no se efectuaron con la convicción de su adecuación al DI sino que constituían actuaciones contrarias al Derecho del Mar vigente en ese momento. La generalización de esta práctica entre los ribereños, unida al convencimiento de que el DI había de proceder a su reconocimiento, dieron lugar a la incorporación y consolidación de la denominada *plataforma continental* y, más tarde, de la *zona económica exclusiva* (v. Cap. XXIV).

En la actualidad los actores que intervienen en el proceso de formación de la norma consuetudinaria se han diversificado y el proceso normal y habitual ha experimentado alteraciones como consecuencia de los cambios que, como ya hemos apuntado, ha experimentado la estructura socio-política de la sociedad internacional. El proceso de formación es ahora más flexible y ágil como consecuencia de la relativa institucionalización de la sociedad internacional. Las OI, y

sobre todo la ONU, se presentan como un medio adecuado para la confirmación de nuevas convicciones acerca del Derecho, que tienen un carácter innovador y revisionista. De ser avaladas por la práctica posterior de los Estados provocarán el nacimiento de una costumbre cuyo proceso, inverso al anterior, es más rápido.

Así, por ej., la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada sin votos negativos en 1948 como un ideal común de humanización provocó, gracias al apoyo dispensado por la práctica internacional, el nacimiento de normas de DI general (v. Cap. XXIX).

Pese a estos cambios la concurrencia de los dos elementos es indispensable en todo caso en la formación de la costumbre. Nos encontramos ante dos elementos indisociables. Confirmando lo dicho en ocasiones anteriores (*Derecho de paso por territorio indio*, 1960; *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*, 1984; *Plataforma continental* (Libia/Malta) 1985), la CIJ afirmó en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), que:

"La Corte debe asegurarse de que la existencia de la norma en la *opinio iuris* de los Estados es confirmada por la práctica".

267. El elemento material de la costumbre: la práctica

De la definición de la costumbre se desprende la necesidad de una repetición de comportamientos de los sujetos de DI, llevada a cabo de manera general, constante, uniforme y duradera.

Así pues, es imprescindible en primer lugar que se produzca una *repetición de comportamientos*, esto es, que ante situaciones similares los sujetos de DI adopten una postura idéntica, tanto respecto de quienes toman la iniciativa como de las reacciones que suscita en los demás, sobre todo aquellos que se encuentran, por uno u otro motivo, especialmente interesados.

Estos comportamientos pueden venir constituidos por acciones (*costumbres positivas*) y omisiones (*costumbres negativas*), aceptadas implícitamente por la CPJI en el asunto *Lotus* (1927) cuando, ante la alegación por Francia de una norma consuetudinaria que obligaba a los Estados a abstenerse de ejercer su jurisdicción respecto de actos ocurridos en alta mar por ser este un espacio en el que los buques están sometidos exclusivamente a la jurisdicción del Estado del pabellón, afirmó:

"Incluso si la escasez de decisiones judiciales que se han podido encontrar... fuera una prueba suficiente del hecho invocado..., resultaría simplemente que los Estados se han abstenido, de hecho, de ejercer competencias en materia de jurisdicción penal, y no que se hayan reconocido obligados a hacerlo; ya que únicamente si la abstención estuviera motivada por la conciencia de un deber de abstenerse se podría hablar de costumbre internacional."

Tradicionalmente han sido los Estados quienes han contribuido a la formación de las normas generales del DI (*costumbres estatales*), pero la *nueva costumbre* se

nutre también de comportamientos de OI que con actuaciones de sus órganos favorecen la formación de la práctica necesaria.

Así, en relación con el Derecho de los Tratados, cabe destacar que la práctica del Secretario General de NU como depositario de tratados multilaterales ha sido —y seguirá siendo— relevante en la formación de normas generales. Se advirtió, por ej., en materia de reservas, en el dictamen de la CIJ sobre las *Reservas a la Convención para la prevención y represión del crimen del genocidio* (1951). Asimismo, la actitud del Secretario General frente a las denuncias no motivada de los tratados de derechos humanos, unida a las posiciones mantenidas por los órganos de control establecidos en estos tratados, ha servido para afirmar su perennidad, salvo previsión expresa de la facultad de denuncia o consentimiento unánime de las demás partes (v. Cap. XII). En otros ámbitos, como el DI humanitario, los comportamientos de los miembros de las fuerzas de mantenimiento de la paz desplegadas por NU en diferentes países (v. Cap. XXVII) pueden ser relevantes en la formación de normas consuetudinarias.

En el caso de las costumbres *estatales* los comportamientos que componen la *práctica* deben ser *imputables* a los Estados, pudiendo provenir de cualquiera de sus órganos, y no sólo de los encargados de las relaciones internacionales. Tratándose de éstos, tales comportamientos pueden hacerse efectivos a través de manifestaciones dispares: correspondencia diplomática, actuaciones orales o escritas llevadas a cabo al hilo de la conclusión de tratados internacionales, declaraciones paraconvencionales realizadas por varios Estados... Ahora bien, estos comportamientos también pueden concretarse en actos del poder legislativo o judicial de los Estados, si se proyectan sobre las relaciones internacionales.

Así, por ej., el nacimiento de la *Zona Económica Exclusiva*, de carácter consuetudinario, tuvo su origen en la práctica legislativa seguida por determinados países latinoamericanos estableciendo su jurisdicción sobre la exploración y explotación de los recursos vivos existentes en zonas de Alta Mar en la que hasta entonces regía sin discusión el principio de la libertad de los mares (v. Cap. XXIV). Y las decisiones judiciales han sido esenciales, por ejemplo, en la formación de normas sobre inmunidad del Estado extranjero (v. Cap. XXV).

La reducción de la generación de normas consuetudinarias a los comportamientos atribuidos a los sujetos del DI impide considerar a tal efecto los que provienen de otros actores como, por ej., las ONG o las corporaciones transnacionales (v. Cap. VI). La participación de la *sociedad civil*, más allá de su contribución a la *codificación y desarrollo progresivo* del DI (v. Cap. XIV), tiene por ahora un carácter indirecto, como inductora de comportamientos estatales y de las OI.

268. Caracteres de la práctica como elemento material de la costumbre

Para que esta repetición de comportamientos pueda conformar el elemento material de la costumbre es preciso que reúna las siguientes características:

1) En primer lugar es preciso que la práctica sea *general*, esto es, que haya sido seguida por un número amplio y representativo de sujetos. Generalidad no implica universalidad ni unanimidad, sino más bien *consenso*. Lo esencial en las *costumbres estatales*, como puso de manifiesto la CIJ (*Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969), es que esa práctica incluya a los Estados interesados,

aquéllos que han tenido ocasión de comportarse en el sentido de la norma que se invoca. El cumplimiento de este requisito sólo puede apreciarse caso por caso. La *generalidad* exigible a una norma consuetudinaria varía según afecte a un rubro u otro, de las relaciones diplomáticas a la terminación de los tratados, de la delimitación de la plataforma continental a las actividades en el espacio ultraterrestre.

La exigencia de *generalidad* no impide el nacimiento de costumbres *regionales* (como las del DI Americano; v. Cap. I), *particulares* (atendiendo a la práctica seguida por Estados que aunque no pertenezcan a la misma región o subregión tienen una cierta homogeneidad política, económica y social que alimenta intereses comunes) o, incluso, *locales*.

Estas normas consuetudinarias *regionales* (y *particulares*) —cuya existencia fue reconocida por la CIJ en el asunto del *Derecho de asilo* (1950) que enfrentó a Colombia y Perú— se caracterizan no sólo por poseer un ámbito *personal* y *espacial* restringido, sino también porque su *regulación* innova o modifica la existente con carácter general, anticipando su cambio.

Admitida la posibilidad de costumbres *locales*, limitadas a un número reducido de sujetos, se ha llegado a hablar incluso de costumbres *bilaterales* (CIJ, *Derecho de paso por territorio indio*, 1960).

La aceptación de costumbres *locales* no ha estado exenta de críticas. Según una opinión las obligaciones deducidas de la costumbre *local* pueden explicarse también como manifestación de un acuerdo tácito o sucesión de actos unilaterales. A pesar de todo, el expediente técnico de la costumbre *local* salva inconvenientes que los otros presentan, especialmente cuando la práctica que da lugar a la norma no proviene de los órganos del Estado capacitados para representar y obligar al Estado, *conditio sine qua non* de la obligatoriedad de los acuerdos internacionales o de las consecuencias predicables del acto unilateral (v. Caps. VII y VIII).

Que la práctica de los Estados deba ser *general* implica que un Estado no puede impedir su nacimiento simplemente *quedando al margen*. La costumbre surge y es obligatoria en principio para todos, hayan o no participado en su formación. La única forma de sustraerse a la *aplicación* de la costumbre general, siempre y cuando no revista carácter de *ius cogens*, es la de haber llevado a cabo una *objeción persistente*, una oposición inequívoca a la formación de la misma o, incluso, a su aplicación (v. *infra*).

2) En segundo lugar es preciso que la práctica sea *constante* y *uniforme*, en el sentido de que las respuestas o actuaciones de los Estados ante sucesivas situaciones similares no sean contradictorias, debiendo existir una identidad sustancial o consistencia en el contenido de la conducta de los sujetos interesados.

Ahora bien, la exigencia de uniformidad no implica una conformidad *absoluta*.

En el asunto de *las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) la Corte manifestó: "Parece suficiente, para deducir la existencia de una norma consuetudinaria, que los Estados conformen a ella

su conducta de una manera general y que traten los comportamientos no conformes con la norma en cuestión como violaciones y no como manifestaciones del reconocimiento de una regla nueva. Si un Estado obra de modo aparentemente inconciliable con una norma reconocida, pero defiende su conducta invocando excepciones o justificaciones contenidas en la regla misma, resulta de ello más una confirmación que un debilitamiento de la norma, y ello pueda o no justificarse de hecho la actitud de este Estado sobre tal base”.

A la hora de valorar los comportamientos desviados es necesario distinguir según se proyecten sobre una norma en formación o sobre una norma ya consolidada. En el primer caso actuarán como elemento perturbador en la apreciación de la uniformidad de la práctica y de su propia existencia; sin embargo si la norma ya existe tales comportamientos son meras violaciones de la norma consuetudinaria y, por tanto, contribuirán a su confirmación (en tanto dichas violaciones no se generalicen, alimentando —de ser consentidas— un cambio en la costumbre).

3) Por último, esta práctica debe ser *continuada o duradera*. La formación de la costumbre reclama el trascurso de cierto lapso temporal. ¿Cuánto es necesario? Nos encontramos ante una interrogante para la que no cabe una contestación única. El elemento material de la costumbre reclama un período de gestación cuya duración es relativa y depende de las circunstancias del caso y de la naturaleza de la norma. El carácter limitado de la práctica, su inconsistencia, la trascendencia del silencio de los sujetos, operan como circunstancias que prolongan el periodo necesario para la formación de la norma consuetudinaria.

Durante muchos años se consideró que la costumbre era el resultado de una práctica continuada desde tiempo *inmemorial*, que se fundaba en un uso inmemorial (CIJ, *Derecho de paso por territorio indio*, 1960.) Hoy esta afirmación ya no puede sostenerse, salvo como una referencia histórica, y hay quien ha dicho acertadamente que lo que antes necesitaba un centenar de años puede requerir menos de diez en la actualidad. La duración de la práctica no es un fin en sí misma, sino un medio para probar la generalidad y continuidad de aquella. Se habla hoy de la *aceleración* en el proceso de formación de las normas consuetudinarias. Hay autores que, incluso, sugieren la aparición, en ciertos sectores, de *costumbres instantáneas*, lo que parece desde luego exagerado, pues el tiempo puede reducirse y ver disminuida su importancia en el proceso de formación de la norma, pero no puede ser eliminado, a menos que pretendamos servirnos de la costumbre como un simple caballo de Troya que dé paso a procesos de producción jurídica esencialmente diferentes.

Diversos factores han estimulado la *aceleración* en la formación de normas consuetudinarias.

Uno de ellos viene constituido por la necesidad social de regular áreas nuevas abiertas a la actividad humana por el avance tecnológico. El vacío normativo en tales sectores arriesga provocar violentos conflictos de intereses entre los Estados y supone una invitación a actitudes de fuerza unilaterales. No podemos, sin embargo, llamarnos a engaño acerca del rumbo que pueden tomar las costumbres

aceleradamente creadas por los Estados, orientadas a la consolidación de las soberanías nacionales y situadas en el ámbito de su coexistencia, no en el de la cooperación en interés común de la Humanidad. Puede afirmarse que, hasta cierto punto, estas costumbres nacen, y nacen rápidamente, porque la cooperación internacional no ha sido posible o no lo ha sido con la intensidad necesaria.

Un segundo factor de estímulo ha estado en la multiplicación contemporánea de las vías a través de las cuales los Estados pueden reflejar actitudes y convicciones. Si el trascurso del tiempo es un mero instrumento para la identificación de una práctica general y constante y para la localización del sentimiento de obligatoriedad jurídica que debe animarla, el fenómeno de la OI —y muy especialmente las NU— consiente una rápida catalización de ambos elementos en condiciones apenas imaginables en el pasado (v. Cap. XIV).

269. *El elemento psicológico o espiritual de la costumbre: la “opinio iuris sive necessitatis”*

Para que surja una norma consuetudinaria, esto es, para que lo que los Estados *hacen* se convierta en lo que *deben hacer*, es preciso que la *práctica* o los comportamientos de los sujetos de DI se haya(n) realizado con el convencimiento de conformarse a una obligación jurídica. La exigencia de este requisito es mayoritariamente sostenida por la doctrina y ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Corte de La Haya en numerosas ocasiones. Gracias a este elemento la costumbre se distingue de los *usos y reglas de cortesía* o de mera tradición — como el envío de condolencias tras la muerte de un Jefe de Estado— y de los comportamientos basados en simples consideraciones de oportunidad. La *opinio iuris* se presenta, por tanto, como un elemento indispensable en la determinación de la práctica relevante en la formación de la norma consuetudinaria.

En el asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969) la CIJ puso de relieve que: “Los actos considerados no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben atestiguar, por su naturaleza o el modo en que se llevan a cabo, la convicción de que dicha práctica resulta obligatoria por la existencia de una regla jurídica. La necesidad de tal convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de *opinio iuris sive necessitatis*. Los Estados interesados deben pues tener la sensación de conformarse a algo equivalente a una obligación jurídica. Ni la frecuencia ni el carácter habitual incluso de los actos bastan. Existen numerosos actos internacionales, en el campo del protocolo por ejemplo, que se realizan casi invariablemente pero responden a simples consideraciones de cortesía, oportunidad o tradición y no a la convicción de estar ante una obligación jurídica”.

Para la CIJ está claro que cualesquiera otras consideraciones distintas de la convicción de la existencia de una obligación jurídica no sirven para generar el nacimiento de una norma consuetudinaria.

En este sentido, en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), la Corte ha observado que: “Las autoridades de los Estados Unidos, en algunas ocasiones, han manifestado claramente las razones que tenían para intervenir en los asuntos de un Estado extranjero, y que eran, por

ejemplo, motivos relacionados con la política interna de ese país, su ideología, su nivel de armamentos, o la orientación de su política exterior. Pero se trataba de consideraciones de política internacional y no de la afirmación de normas de DI en vigor”.

Doctrinalmente han surgido discrepancias sobre la importancia y autonomía que deba atribuirse a este elemento psicológico respecto de la práctica de los Estados. Algunos autores han atribuido a la *opinio iuris* un juego excesivo, incluso exclusivo, en la formación de la costumbre. Para ellos la *opinio iuris* constituye no sólo uno, sino el único de sus elementos. La práctica sólo vendría a probar o corroborar el consentimiento de los Estados que es el fundamento de la existencia de la norma. Para otros autores, por el contrario, la *opinio iuris* no es un elemento imprescindible en la formación de la norma, sino la consecuencia de su existencia. Desde su punto de vista es imposible encontrar criterios que permitan determinar los condicionamientos psíquicos que llevan a los sujetos a actuar de una determinada forma; siempre que hay una práctica constante y uniforme hay que presumir, salvo prueba en contrario, la existencia de tal convicción.

Por encima de estas discrepancias, ha de insistirse en la necesaria confluencia de la práctica y la *opinio iuris* para la formación de la norma consuetudinaria. Ambos elementos son, como ya se ha indicado, indisociables, y la jurisprudencia internacional lo confirma. Ahora bien, para determinar la relevancia y autonomía de la *opinio iuris* es imprescindible, en nuestra opinión, distinguir la costumbre *en formación* y la costumbre ya *consolidada*. Lo esencial es que la *opinio iuris* exista en el momento final previo al nacimiento de la norma. En este sentido la CIJ (*Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969) nos habla de “la convicción de que la práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de Derecho”.

270. La prueba de la “*opinio iuris*”

Las dificultades de prueba de la *opinio iuris* son obvias; pero no deben ser exageradas. Por difícil que pueda considerarse, la constatación de la convicción de actuar conforme a Derecho no es imposible. De una parte, una gran proporción de *precedentes* lleva implícita una indicación de lo que pueda considerarse como *opinio iuris*; de otra, aunque no se pueda asegurar la absoluta coherencia entre las declaraciones de los Estados y la voluntad real que les lleva a seguir determinados comportamientos, el principio de la buena fe hace suponer que existe una correlación entre la voluntad expresada y la real. Junto a esto la CIJ ha facilitado esta prueba al señalar (*Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine*, 1984), que la existencia de la *opinio iuris* “se prueba mediante la inducción, partiendo del análisis de una práctica suficientemente consolidada y convincente, y no por deducción partiendo de ideas preconcebidas *a priori*”.

Son muchos los actos que pueden servir para inducir la existencia de la *opinio iuris* —actos unilaterales de los Estados, correspondencia diplomática, legislación, decisiones de tribunales nacionales, resoluciones de OI, decisiones de tribunales internacionales, práctica de las Organizaciones y Conferencias internacionales, doctrina...—, pero la determinación de los que son relevantes se encuentra íntimamente condicionada por la manera en que se ha desarrollado el proceso de formación de la norma, siendo posible establecer una distinción entre la *opinio iuris del precedente* y la *opinio iuris del consenso*.

En el primer caso —*opinio iuris del precedente*— cuando la norma consuetudinaria surge según el modelo clásico, esto es, tiene su fundamento en la práctica de los Estados, es esta práctica la que ha de servir para inducir la *opinio iuris*. La jurisprudencia de la Corte de La Haya ha recalcado la virtualidad a tal efecto de las declaraciones de los Estados, (explicaciones de la práctica, defensa de posiciones, protesta ante determinadas actuaciones de otros Estados), de la correspondencia diplomática y de las decisiones judiciales nacionales (CPJI, *Lotus*, 1927; CIJ, *Pesquerías*, 1951, *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine*, 1984). La pesquisa puede acabar concluyendo que la *opinio iuris* no existe o sólo *in statu nascendi*, especialmente cuando la práctica estatal evidencia demasiadas discrepancias y conductas contradictorias.

Así, la CIJ en su op. cons. sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares* (1996) puso de manifiesto, ante la división de opiniones que se derivaban de la práctica estatal, la imposibilidad de determinar la existencia de una *opinio iuris* que prohibiera el uso, en todo caso, de las armas nucleares dadas las tensiones existentes entre una *opinio iuris* en proceso de formación y la adhesión de algunos Estados a la política de disuasión (v. Cap. XXVI y XXVIII).

Se habla de una *opinio iuris del consenso* cuando la formación de la norma consuetudinaria es facilitada y acelerada por tratados y/o resoluciones de OI. De ser así esos serán los instrumentos a tener en cuenta.

En este sentido, es preciso destacar la importancia de las Conferencias de codificación y sus trabajos preparatorios como elemento probatorio de la *opinio iuris* (v. Cap. XIV). Además la CIJ ha observado la trascendencia de la ratificación de un tratado, sobre todo de los *multilaterales generales*, como prueba de la existencia de la *opinio iuris*. En el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) la Corte advierte:

“En lo que se refiere a los Estados Unidos, en particular, se puede atribuir valor de *opinio iuris*... a la ratificación de la Convención de Montevideo sobre los derechos y deberes de los Estados (26 de diciembre de 1933), cuyo artículo 11 impone la obligación de no reconocer adquisiciones territoriales o ventajas especiales obtenidas por la fuerza”.

Ello no debe llevarnos, razonando a *contrario sensu*, a la conclusión de que la no participación en un tratado de estas características implique un déficit de *opinio iuris*, ya que la pasividad puede, precisamente, deberse a la asunción de disposiciones del tratado como normas consuetudinarias.

Junto a los tratados las resoluciones de OI, especialmente las de la AGNU, también operan como elemento de prueba de la *opinio iuris* de los Estados (v. Cap. XIV). Refiriéndose al carácter consuetudinario del principio de la prohibición del uso de la fuerza la Corte ha dicho:

"Esta *opinio iuris* puede, con la debida precaución, deducirse *inter alia* de la actitud de las partes y la actitud de los Estados hacia estas Resoluciones de la Asamblea General y particularmente la resolución 2625 (XXV)... El efecto del consentimiento al texto de estas resoluciones no puede ser entendido como una mera 'reiteración o aclaración' de la obligación convencional asumida con la Carta. Por el contrario puede ser entendido como una aceptación de la validez de la norma o conjunto de normas declaradas por la resolución, por sí mismas... Parece, por consiguiente, que la actitud mencionada expresa una *opinio iuris* respecto a esa norma o conjunto de normas, y que hay que considerar con independencia de las disposiciones, especialmente de las institucionales, a las que está sometido en el plano convencional de la Carta" (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986).

Dentro del Derecho consuetudinario general existen normas en las que la *opinio iuris* tiene un carácter cualificado. Nos referimos a las normas consuetudinarias de *ius cogens* cuya *opinio iuris* constituye una especie de *opinio iuris cogentis*. Las normas de *ius cogens* llevan implícita en su definición —norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de DI general que tenga el mismo carácter— la idea de la *opinio iuris*. Nadie duda que respecto de ellas existe una convicción de actuar conforme a Derecho, pero esta convicción va más allá, existe también una conciencia o convicción de que esas normas gozan de un carácter imperativo absolutamente necesario (v. Cap. I).

271. La oponibilidad de la costumbre general

Una cuestión de la mayor trascendencia es determinar a quién obliga la costumbre; esto es concretar su alcance y oponibilidad. La respuesta pasa necesariamente por la distinción entre la *costumbre general*, de vocación universal o regional, y la *costumbre particular*.

A la hora de determinar la oponibilidad de la *costumbre general* es imprescindible distinguir, a su vez, entre la norma consuetudinaria imperativa (forzosamente universal) y la que expresa *ius dispositivum*.

Las normas consuetudinarias de *ius cogens* son oponibles a todos los Estados con independencia de la actitud —incluso de oposición— que hubieran adoptado en el período de su formación.

En relación con la oponibilidad del resto de las costumbres generales la doctrina se ha dividido entre una tesis *objetiva*, para la que la costumbre obliga a todos al margen de su aceptación, y una *subjetiva* para la que la costumbre obliga sólo a quienes han contribuido a su formación.

Frente a ellas, la CIJ ha mantenido una posición ecléctica y ha considerado que la costumbre general obliga a todos los Estados con excepción de los que se han opuesto a ella en el período de su formación de manera permanente, persistente e inequívoca (*objector persistente*). La Corte parte, por tanto, de la presunción de oponibilidad de la norma, presunción que habrá de destruir quien rechaza su aplicación.

En este sentido, ante la alegación por Gran Bretaña de una norma consuetudinaria que obligaría a Noruega, la Corte afirmó (*Pesquerías*, 1951), que: "La regla de las diez millas no sería oponible a Noruega dada su sistemática oposición contra todo intento de aplicarla en las costas noruegas".

Esta doctrina parece exigir, para eludir la aplicación de la norma, una oposición a su formación desde el inicio del proceso, lo que, sin duda, presenta un problema en una sociedad internacional que se ha hecho universal en la segunda mitad del siglo XX (v. Cap. I). Los nuevos Estados, en particular los surgidos de la descolonización, no han podido oponerse en el período de su formación a las normas existentes en el momento de acceder a la sociedad internacional. ¿Quedarán obligados contra su voluntad? o, por el contrario, ¿se requerirá, de forma expresa o implícita, su no oposición a las mismas? Sabido es que los nuevos Estados han mantenido a la sombra del principio de soberanía una actitud selectiva frente al DI, admitiendo sólo las normas compatibles con sus intereses esenciales. Obligar a pasar al Estado nuevo por el Derecho elaborado por otros, como se ha afirmado por quienes identifican la sociedad internacional con un *club* cuyas reglas han de aceptar incondicionalmente los aspirantes a integrarse en él, lastima en alguna medida el principio de igualdad soberana, pues implica que los intereses de unos son más respetables que los de otros. No es coherente admitir que un Estado viejo se sustraiga a la aplicación de la norma consuetudinaria establecida con su oposición y sostener su obligatoriedad para los nuevos Estados que, precisamente por serlo, no pudieron participar en su elaboración ni oponerse a la misma. Desde esta perspectiva sería prudente entender que ~~se~~ son oponibles a los nuevos Estados aquellas normas consuetudinarias a las que no se han opuesto en un plazo razonable a partir de la fecha en que les fue posible hacerlo, la del acceso a la independencia.

Hasta el momento la efectividad y alcance de la tesis del *objector persistente* no han sido comprobados. Las controversias sobre la oponibilidad de la costumbre han derivado hacia controversias sobre su existencia y contenido. Para los Estados que quieren eludir la aplicación de una norma es más atractivo negar su existencia que reconocerla puntualizando —y debiendo probar— que se han opuesto a ella. Por otro lado, las referencias de la CIJ a la objeción persistente se han efectuado siempre tras haber constatado la inexistencia de la costumbre por la falta de algún elemento. Quizás por ello las dudas que la aplicación de la doctrina del *objector persistente* plantea —como la posible extensión de su eficacia a los *objetores subsiguientes* (nuevos o viejos), la necesidad de persistir en la objeción con posterioridad al nacimiento de la norma o su aplicabilidad en caso de

que la norma establezca obligaciones *erga omnes*— se encuentran aún sin resolver.

Pese a lo dicho, la objeción permanente, persistente e inequívoca en el período de formación de la norma constituye la única posibilidad de que gozan los Estados para liberarse de una norma deseada por la mayoría y resulta, creemos, una manifestación de equilibrio entre el consensualismo y el objetivismo, refugio de esa minoría que no ha podido impedir el nacimiento de la norma pero sí puede evitar obligarse por la misma. Teniendo esto en cuenta, podemos afirmar con P. Weil que la *objeción persistente* es a la norma consuetudinaria lo que la reserva es al tratado multilateral (v. Cap. XI). No han faltado, por lo demás, las actitudes oportunistas. Quienes hoy insisten en la oponibilidad absoluta de la costumbre general son precisamente los nuevos Estados; quienes defienden el respeto de los derechos del objeto persistente son Estados desarrollados.

272. *La oponibilidad de la costumbre particular*

A diferencia de la costumbre *general*, la costumbre *particular* sólo obliga a quienes con sus comportamientos han cooperado a su gestación. Quien alega una costumbre *particular* ha de probarlo.

En este sentido la CIJ (*Derecho de asilo*, 1950) entendió que una regla alegada por Colombia no era aplicable a Perú, pues no había podido demostrar que éste había cooperado a su formación.

Esta circunstancia ha sido alegada por algunos autores para negar a la costumbre *particular* su carácter consuetudinario. En su opinión, lo esencial en la norma consuetudinaria es su capacidad para obligar a terceros ajenos a su formación. Sin embargo, como afirma J. A. Barberis, la coincidencia entre *creadores* y *destinatarios* no es un argumento convincente. De ser así ¿negaríamos carácter consuetudinario a las normas generales creadas por una práctica universal?

Nada obsta, por otro lado, para que una norma consuetudinaria particular posea un efecto vinculante para terceros Estados, siempre que se trate de una costumbre modificativa y/o *sustitutiva* de otra anterior. La costumbre modificativa o sustitutiva será vinculante para todos los obligados por la norma modificada o sustituida aunque no hayan contribuido con sus actos a la aparición de la nueva norma. En este caso la oponibilidad se regirá por las reglas aplicables a la costumbre general. La nueva norma consuetudinaria presenta un alcance *general* dentro del universo restringido propio de la norma a la que sustituye.

Por lo demás, las normas consuetudinarias *particulares* pueden convertirse en generales si son avaladas por la práctica de Estados ajenos a su primitivo ámbito de aplicación. De ser así, la costumbre será oponible a todos excepto a los *objeto*res *persistentes*.

273. *Modificación y “desuetudo” de la costumbre internacional*

Al igual que los tratados, las normas consuetudinarias pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo y el cambio en las circunstancias que las originaron o de los intereses que traducían, pudiendo provocar comportamientos que expanden o, por el contrario, reducen su ámbito de aplicación o modifican su contenido.

En el primer sentido, una costumbre particular puede devenir general. La CIJ (*Controversia fronteriza, Burkina Faso/República de Mali*, 1986) apuntó esta posibilidad cuando observó que el principio del *uti possidetis iuris*, invocado en la práctica latinoamericana, no revestía el carácter de norma particular sino que constituía un principio general en materia de descolonización. De la misma forma, aunque menos usual, la norma general puede perder amplitud para ceñirse el vestido de una costumbre particular. La *desuetudo* de una norma consuetudinaria puede, si no alcanza a la generalidad de sujetos obligados, operar como mecanismo de transformación en costumbre particular o, incluso, bilateral.

En relación con la modificación del contenido de la norma la aparición y reiteración de prácticas contrarias a ella, de ser general, constante, uniforme y duradera, pueda provocar una modificación de la norma existente e, incluso, la aparición de una nueva norma.

Así, por ej., en la actualidad hay quienes proponen que la norma consuetudinaria sobre la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza ha sido modificada —y debilitada— por la práctica de unos pocos Estados y OI y la falta de reacción de una mayoría silenciosa (v. Caps. XXVI y XXXI).

¿Nos encontramos ante prácticas generalmente aceptadas susceptibles de haber provocado el nacimiento de nuevas normas consuetudinarias o la modificación de las existentes, o debemos considerar que se trata sólo de meras violaciones de las normas que configuran y desarrollan el contenido de tal prohibición?

Al responder debemos destacar el papel que la *opinio iuris* juega en el proceso de formación de la costumbre y su utilidad a la hora de constatar cambios en el DI general. La *opinio iuris*, además de ser esencial en la determinación de la práctica relevante (v. *supra*), permite diferenciar las meras violaciones de una norma consuetudinaria de los comportamientos que pueden operar como práctica modificativa de la misma. Si la *opinio iuris* es firme los comportamientos contrarios a la norma califican como violaciones (a menos que se pruebe la objeción persistente que, de todos modos, no podría prosperar frente a una norma imperativa).

La cautela en la apreciación de los hechos debe extremarse cuando la modificación o el cambio afectan a normas que enuncian principios fundamentales del DI (*ius cogens*) pues la pasividad de la mayoría de los miembros de la comunidad internacional frente a las prácticas sectarias de unos pocos poderosos no han de interpretarse necesariamente como emergencia de una nueva y menguante *opinio iuris cogentis*. La aquiescencia comunitaria (F. Jiménez) resulta irrelevan-

te para legitimar cambios en las normas internacionales que expresan valores fundamentales del ordenamiento jurídico internacional. Si fuera de otro modo estaríamos viviendo una edad de lamentables retrocesos del DI.

LXIV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

274. Una fuente supletoria

La práctica jurisprudencial y arbitral revela que a lo largo del siglo XIX jueces y árbitros, con aquiescencia de los Estados, aplicaron principios inducidos a partir de la reiteración de una regla en diferentes sistemas jurídicos internos, sobre todo en aquellos supuestos para los que no encontraban tratado ni norma consuetudinaria aplicable.

Este proceder fue consagrado por el Estatuto de la CPJI y de la CIJ —cuyo art. 38.1 hace referencia a los *principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas* como una de las fuentes del Derecho aplicables— y lo ha sido también por numerosos acuerdos de arbitraje y, recientemente, por el Estatuto del TPI (art. 21).

A menos que un tratado o compromiso arbitral los reclame como fuente normativa para la solución de una controversia, su papel es supletorio, a mayor abundamiento o para evitar el *non liquet* de árbitros y jueces que al administrar justicia no pueden confesar que viven como los aztecas de Xochimilco en medio de una laguna. La práctica de la CIJ confirma que sólo a falta de otra norma ha recurrido a esta fuente (v. *infra*).

El recurso a los principios generales del Derecho como mecanismo para colmar las lagunas que puede presentar un ordenamiento jurídico también ha sido mantenido por el TJCE (*Duraffour*, 1971).

Los tribunales internacionales pueden utilizar cualquiera de los principios generales de los ordenamientos estatales incluyendo los que inspiran sus diferentes ámbitos materiales y que son consecuencia, o concreción, de otros más genéricos y comunes a todos ellos. Esta afirmación debe ser, con todo, matizada ya que el recurso a los principios sólo será pertinente en la medida en que sean compatibles con la idiosincrasia del ordenamiento jurídico internacional.


En este sentido el Estatuto del TPI (art. 21) prevé el recurso a los principios generales del Derecho siempre que sean compatibles con el propio Estatuto, el DI y las normas y estándares internacionales reconocidos. Asimismo cabe recordar que la Sala de Apelación del TPIY (*Blaskic*, 1997) rechazó la aplicación de algunos principios generales reconocidos en algunos ordenamientos internos por considerarlos incompatibles con los caracteres del procedimiento penal internacional.

275. *Una fuente en entredicho*

La aplicación de los principios generales del Derecho como instrumento al servicio de la solución de las controversias internacionales ha sido bastante limitada. Ello se debe en buena parte a: 1) la impugnación de que fueron objeto los principios como categoría normativa del orden internacional desde las atalayas socialista y del *tercer mundo*; y, 2) la inquietud de que su utilización alimente e incentive la asunción por el juez internacional de un papel *creativo* que no le corresponde.

La doctrina soviética fue especialmente incisiva en sus críticas por estimar imposible la existencia de principios comunes a los sistemas capitalista y socialista. Existían en común ciertos conceptos jurídicos fundamentales de naturaleza no normativa, como las reglas lógicas, los procedimientos de técnica jurídica utilizados en la interpretación y aplicación del Derecho en general, tanto interno como internacional; pero a nivel de principios sustantivos la coincidencia se alcanzaba a tal nivel de abstracción que resultaba inoperante.

Esta posición merece ser tenida en cuenta en la medida en que subraya las dificultades de los principios generales del Derecho para operar como fuente autónoma. La jurisprudencia de la CIJ pone de manifiesto que las aplicaciones de principios generales se han concentrado en el procedimiento y en el arte de la interpretación de las reglas convencionales. Los principios aplicados en estos supuestos constituyen principios de justicia o de lógica jurídica implícitos también en la idea misma de Derecho —*bona fides, non bis in idem, in claris non fit interpretatio, res iudicata, nemo iudex in re sua...*

Por su parte, los Estados nacidos de la descolonización han criticado la formulación que de esta fuente hace el art. 38 del Estatuto de la Corte, aceptándola con desamor sólo bajo la condición de entender que *naciones civilizadas* son hoy todos los Estados soberanos, por el hecho de serlo, sea cual sea su localización geográfica, ideología, sistema político o grado de desarrollo. 

En cuanto al temor de que el recurso a los principios nutra y estimule el papel *creativo* de árbitros y jueces cabe decir que la práctica no lo justifica, por cuanto, dentro de una amplia libertad de apreciación los órganos de aplicación han actuado con notable moderación.

276. *¿Una fuente actual?*

La escasa utilización que en la práctica se ha hecho de los principios generales del Derecho puede plantear dudas sobre su valor instrumental en la solución pacífica de las controversias internacionales. A las observaciones ya hechas cabría añadir que la maduración y desarrollo de los regímenes internacionales margina el recurso a los principios.

Sin embargo, los principios mantienen su utilidad en ámbitos en que los Derechos internos gozan con regímenes relativamente sofisticados, tras una

larga experiencia, mientras que apenas comienzan a despuntar en el orden internacional.

Existe, por lo demás, un ámbito, el de las relaciones entre Estados y Corporaciones transnacionales, en el que la combinación de la falta de subjetividad internacional de una de las partes y la resistencia de ésta a aceptar la localización de los contratos en el orden legal del Estado cocontratante abren una ventana de oportunidad a los principios generales del Derecho como ley del contrato. También se les ve aparecer en los contratos que suscriben con los Estados los organismos bancarios y financieros internacionales, que desconfían de las carencias normativas del DI en ámbitos materiales que los Derechos internos están habituados a regular desde hace muchos años.

Es canónica la referencia a la sentencia arbitral dictada en el caso *Abu Dhabi* (1951), en la que el árbitro del litigio que enfrentaba a este Emirato con Gran Bretaña por la explotación de los recursos petrolíferos aplicó un principio general —el de que los contratos deben ser interpretados a la luz del Derecho vigente en el momento de su celebración. Junto a este principio cabe destacar la aplicación del principio de la *autonomía de la voluntad* para resolver controversias derivadas de los contratos internacionalizados, como ocurrió en *Texaco—Calasiatic* (1977).

También el DI de la Cooperación, el DI Administrativo —relaciones jurídicas creadas entre las OI sus funcionarios— y, sobre todo, el DI Penal, se perfilan hoy como ámbitos propicios al recurso a los principios generales del Derecho para evitar el *non liquet*.

En el ámbito del DI Penal, aún bastante rudimentario y con evidentes lagunas, el recurso a los principios generales del Derecho (*proporcionalidad, nullum crimen, nulla poena, sine lege...*) cobró auge de la mano de los Tribunales Penales (TPIY y TPIR) creados por el C. de S. (v. Caps. XXVII, XXX). De ahí la previsión del Estatuto del TPI (art. 21).

LXV. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

277. La evolución del concepto de jurisprudencia internacional

El Estatuto de la CIJ al enumerar los instrumentos de los que ésta ha de servirse para decidir conforme al DI las controversias que le sean sometidas alude a la jurisprudencia internacional —decisiones judiciales— como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho (art. 38.1. d).

Si tradicionalmente la jurisprudencia internacional estuvo compuesta por los laudos arbitrales y las decisiones de la CPJI y de la CIJ, en la actualidad se nutre también de las decisiones dictadas por los *nuevos tribunales internacionales*, tales como el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, los tribunales relacionados con la protección de los derechos humanos, los Tribunales Penales Internacionales

les, el TJCE y otros tribunales regionales y, ya en un sentido más amplio, las de otras instituciones *quasi-judiciales* entre las que destaca el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC (v. Cap. XVIII).

Esta proliferación y heterogeneidad de tribunales e instituciones *quasi-judiciales*, percibida por algunos como factor de riesgo para la unidad del DI complica la determinación del papel de la jurisprudencia, dada la variedad de matices y prácticas a tener en cuenta (v. Cap. I).

278. La función de la jurisprudencia en el Derecho internacional

A la hora de precisar el papel de la jurisprudencia en el DI la doctrina se ha dividido y alineado en torno a dos posiciones: la de quienes afirman que los tribunales *crean* el Derecho y la de quienes consideran que los tribunales internacionales *aplican* el Derecho existente. En cada una de ellas cabe, a su vez, descubrir matices y diferencias que se concretan al dar respuesta a las siguientes cuestiones: ¿es la jurisprudencia una *fuentes autónoma* del DI? ¿generan las decisiones judiciales *precedentes* vinculantes? ¿de qué manera influyen en la formación de normas y obligaciones?

En relación con la primera de las cuestiones planteadas es necesario advertir que la propia CIJ se ha preocupado mucho en señalar en sus decisiones que su función no es la de crear el DI sino aplicarlo.

Así, porej., en los asuntos de la *Competencia en materia de pesquerías* (1974) la Corte manifestó que “como tribunal, no debería tomar una decisión *sub specie legis ferendae* ni enunciar el Derecho antes de que el legislador lo haya establecido”, y en la op. cons. sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares* (1996) insistió en ello: “La Corte no puede legislar... su misión es la de... determinar la existencia o inexistencia de principios y reglas jurídicas... enuncia el derecho existente pero no legisla...”.

La posibilidad de que la jurisprudencia cree la norma entraría en colisión con el consensualismo que inspira el ordenamiento internacional y acabaría redundando en perjuicio del arreglo judicial de las controversias. Si la práctica demuestra el rechazo de los Estados a permitir a la CIJ dictar una solución utilizando un juicio de *equidad* (art. 38.2 del Estatuto) ¿cómo suponer su aceptación de un juez legislador?

Sin embargo no cabe descartar la posibilidad de que algún tribunal juegue un papel creador. En este sentido es necesario destacar que el TJCE siempre ha estado en la vanguardia del desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario y ha utilizado sus competencias para provocar avances en, y consolidar, el Derecho de la Unión Europea. Las creaciones jurisprudenciales de los principios rectores del ordenamiento comunitario y la determinación de sus consecuencias o de los criterios aplicables al reparto de competencias entre las Comunidades y los Estados miembros así lo atestiguan. Incluso la construcción jurisprudencial efectuada por el TEDH sobre la *discriminación positiva* podría considerarse también reflejo de una actuación creadora.

La alegación de los precedentes judiciales como eslabón en la formación de las normas consuetudinarias (*costumbre judicial*) debe también ser puntualizada,

pues, además de que el art. 59 del Estatuto de la CIJ prescribe la obligatoriedad de las sentencias exclusivamente para las partes y para el supuesto concreto objeto de las mismas, las controversias internacionales no se producen en serie, al punto de permitir sin más la aplicación del *precedente*. Cada caso presenta matices propios lo suficientemente importantes como para hacer de cada uno un supuesto distinto del anterior. Por otro lado, siendo la sociedad internacional esencialmente evolutiva, es muy posible que los precedentes de ayer no sirvan para dirimir la controversia de hoy, y menos la de mañana. La jurisprudencia internacional se adapta a la realidad social y los desafíos que esta plantea influyen en la posible aparición de desarrollos y cambios jurisprudenciales.

Los cambios experimentados por la jurisprudencia del TEDH en los años noventa y su apertura a la búsqueda de soluciones a los problemas de los miembros de minorías étnicas mediante la aplicación del Convenio de Roma son expresivos de la influencia que las circunstancias sociales pueden ejercer para provocar un cambio de posición en las decisiones de los tribunales internacionales. Esta realidad posiblemente sea la que ha llevado a los miembros del Consejo de Europa a convertir la regulación relativa al TEDH, a través de la enmienda efectuada por el Protocolo XI, en el primer *corpus iuris* que advierte de tal posibilidad (art. 30 del Convenio de Roma).

Aunque la jurisprudencia internacional muestra una tendencia generalizada a invocar sentencias anteriores, tanto propias como ajenas y, en este caso, especialmente las de la CIJ, los tribunales internacionales no fundan o motivan sus decisiones en los precedentes; su fundamento, su *ratio decidendi* está en los tratados, las normas consuetudinarias, los actos unilaterales de los que se deducen obligaciones jurídicas, los principios generales del Derecho, recurriéndose a los *precedentes* sólo para confirmar la solidez de su argumentación sobre aquellas bases. A la jurisprudencia internacional le es ajena la regla *stare decisis*.

Las referencias a sentencias anteriores suelen ser ya demasiado habituales en las sentencias arbitrales relacionadas con los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones y, aunque en ningún momento estos tribunales hayan hecho referencia a la obligatoriedad de las decisiones anteriores, su jurisprudencia evidencia la existencia de líneas jurisprudenciales continuadas.

Descartada la función creadora de la jurisprudencia internacional, ello no impide que las decisiones judiciales puedan jugar un papel relevante en la formación del DI y contribuir a su desarrollo. En alguna ocasión (*Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949, *Reservas a la Convención sobre la prevención y represión del genocidio* (1951) por ej., (no así en *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, 1996) la Corte ha emitido *opiniones consultivas*, basándose, más que en una norma, en la convicción de que así debería ser. De esta forma sus opiniones pueden servir de factor que acelere el desarrollo progresivo del DI mediante la formación o la cristalización de una norma consuetudinaria o mediante la incorporación a un tratado del pronunciamiento judicial sobre una cuestión jurídica planteada normalmente por la AG; en todo caso el juez internacional, aun interviniendo en la generación de la norma, no la crea. La práctica conforme de los sujetos y/o la formación de un tratado, esto es, el consentimiento de los sujetos es imprescindible.

La sentencia dictada por la CIJ en el asunto de la *Plataforma continental* (Túnez/Libia), 1982, en el que las partes solicitaron de la Corte una solución que tuviera en cuenta las nuevas tendencias aceptadas en la Tercera Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar, permite comprobar cómo la jurisprudencia puede acelerar la aparición de normas consuetudinarias. Asimismo, otras sentencias (*Pesquerías*, 1951, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969) y op. cons. (*Reservas a la Convención sobre la prevención y represión del genocidio*, 1951) dictadas por la CIJ ilustran su papel en el desarrollo progresivo del DI a través de la celebración de tratados internacionales.

En realidad el juez, la decisión judicial, declara, determina o descubre la existencia de la norma, pero no la crea. Los tribunales internacionales, salvo que las partes en la controversia prevean otra posibilidad, aplican el DI existente y pertinente a la solución del caso y al hacerlo, especialmente cuando la norma presenta una redacción ambigua, vaga, o existen contradicciones entre distintos textos auténticos, lo interpretan. En el supuesto en el que resulte aplicable al caso una norma consuetudinaria, comprueban su existencia, la identifican, precisan y le dan forma, lo que es muy relevante al tratarse de un Derecho no escrito. Y si se impone el recurso a los principios generales del Derecho, resultará imprescindible su ponderación y la determinación de las consecuencias pertinentes.

Resulta así que el juez internacional *busca* la norma o el principio. Lo suyo es un *hallazgo*, no una creación, acaso una *recreación*. La norma ya existe, como tal, en el DI y el principio se extrae de los ordenamientos internos. Lo que ocurre es que al hacerse imprescindible la determinación del contenido o de sus consecuencias la actuación judicial puede parecer, aunque no lo sea, *creativa*, por su amplia discrecionalidad. El juez internacional tiene la obligación, tal y como establece el art. 38.1 del Estatuto de la Corte, de resolver las controversias que le sean sometidas aplicando el DI —escrito o no— o recurriendo a los principios generales del Derecho. Al concretar el contenido de la norma consuetudinaria no la está creando, sólo identificando y precisando. A partir de la declaración judicial la norma adquiere mayor consistencia, aunque nada impide discrepar de la conclusión a la que han llegado los jueces. Al recurrir a un principio general del Derecho tampoco lo crea, sólo lo identifica, pondera y extrae las consecuencias necesarias para resolver la controversia que las partes le han sometido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

En relación con las fuentes del DI en general, v. biblio. Cap. VII.

1. Sobre la costumbre internacional, en lengua española: A. Peñaranda, *La costumbre en el DI*, Madrid, 1988; L. Millán, *La "opinio iuris" en el DI contemporáneo*, Madrid, 1990; R. Huesa, *El nuevo alcance de la "opinio iuris" en el DI contemporáneo*, Valencia, 1991; J.M. Gamio, *La costumbre como fuente del DI*, Montevideo, 1992; E. Jiménez de Aréchaga, "La costumbre como fuente del DI", en *Hom. Miaja*, I, 375; J.A. Barberis, "¿Es la costumbre una fuente del DI?", *AADI*, 1987-89, 11; P. Weil, "La teoría del objeto persistente", *R. Diplomacia*, 1989, 31; J.M. Gamio, "Costumbre universal y particular", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 69; J.D. González Campos, "Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 507. **En otras lenguas:** K. Wolfke,

Custom in Present IL, Dordrecht, 1993; M.E. Villiger, *Customary IL and Treaties*, La Haya, 1997; M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: IR and Customary IL*, Cambridge, 1999; G. Cahin, *La coutume internationale et les OI. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, París, 2001; L. Ferrari-Bravo, "Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats", *R. des C.*, 1985, t. 192, 233; 53; P. Trimble, "A Revisionist View of Customary IL", *UCLA LR*, 1986, 665; G. Abi-Saab, "La coutume dans tous ses Etats ou le dilemme du développement du DI général dans un monde éclaté", *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. I, 53; M. Cohen, "Technology, Multiple Fora and the Time-Factor: The International Legal Response", *ibid.*, 219; E. Suy, "Rôle et signification du consensus dans l'élaboration du DI", *ibid.*, 521; F. Wolff, "Nécessité croissante des normes internationales", *ibid.*, 553; P. Haggénmacher, "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale", *RGDIP*, 1990, 114; J.A. Barberis, "La coutume est-elle une source de DI?", *Mélanges M. Virally*, París, 1991, 43; P.M. Dupuy, "A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'objecteur persistant", *ibid.*, 257; *id.*, "Théorie des sources et coutume en DI contemporain", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., 51; G. Tunkin, "Is General IL Customary Law Only?", *EJIL*, 1993, 534; O. Elias, "The Nature of the Subjective Element in Customary IL", *ICLQ*, 1995, 501; I. Lukasuk, "Customary Norms in Contemporary IL", *Essays K. Skubiszewski*, La Haya-Londres, 1996, 487; O. Schachter, "New Custom: Power, *Opinio Iuris* and Contrary Practice", *ibid.*, 531; J.J. Paust, "Customary IL in the US: Clean and Dirty Laundry", *GYIL*, 1997, 78; R. Müllerson, "On the Nature and Scope of Customary IL", *ARIEL*, 1997-3, 341; *id.*, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", *Essays E. Suy*, La Haya, 1998, 161; K.B. Cheng, "Some Remarks on the Constituent Element(s) of General (or So-called Customary) IL", *Essays Ch. Weeramantry*, La Haya, 1998, 377; M.H. Mendelson, "The Formation of Customary IL", *R. des C.*, 1998, t. 272, 155; J.L. Goldsmith y E.A. Posner, "A Theory of Customary IL", *UChLR*, 1999, 1113; A. Oraison, "La CIJ, l'article 38 de son Statut et la coutume internationale", *RDISD-P*, 1999, 293; J. Barboza, "The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly", *Liber amicorum J.M. Ruda*, La Haya, 2000, 1; F. Vismara, "La prova di una pratica generale accettata come diritto nella prassi della CIJ", *LCI*, 2000, 439; S. Yee, "The News that *Opinio Iuris* Is not a Necessary Element of Customary (International) Law Is Greatly Exaggerated", *GYIL*, 2000, 227; A.E. Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary IL: A Reconciliation", *AJIL*, 2001, 757; R. Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary IL", *NILR*, 2003, 119; en el año 2003, la SFDI dedicó su coloquio al tema de *La pratique et le DI*, con intervenciones, entre otras, de L. Boisson de Chazournes, P. Haggénmacher, M. Kohen, L. Caflisch o P.M. Dupuy; O. Corten, "La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières", *RBDI*, 2004, 552; J. Kammerhofer, "Uncertainty in the Formal Sources of IL: Customary IL and Some of its Problems", *EJIL*, 2004, 523; E. De Wet, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *Ius Cogens* and its Implications for National and Customary Law", *EJIL*, 2004, 97; T. Meron, "Revival of Customary Humanitarian Law", *AJIL*, 2005, 817; G. Norman y J.P. Trachtman, "The Customary IL Game", *ibid.*, 541; C. Emanuelli, "L'Etude du CICR sur le droit humanitaire coutumier: la coutume en question", *RGDIP*, 2006, 435.

2. Sobre los principios generales del Derecho, en lengua española: A. Herrero, *La equidad y los principios generales en el Derecho de gentes*, Valladolid, 1973; **en otras lenguas:** B. Cheng, *The General Principles of Law, as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, 1987; R. Monaco, "Les jugements internationaux déclaratoires ou applicateurs de principes généraux", *Essays M. Lachs*, La Haya, 1984, 389; G. Battaglini, "Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto", *Etudes R. Ago*, cit., v. I, 97; O. Elias y Ch. Lim, "General Principles of Law, Soft Law and the Identification of IL", *NYIL*, 1997, 3.

3. Sobre la jurisprudencia internacional, en lengua española: M. Ortega, "Análisis del valor de la jurisprudencia en el DI", *REDI*, 1988, 55; **en otras lenguas:** además del clásico H. Lauterpacht, *The Development of IL by the International Court*, Londres, 1958; A. El-Ouali, *Effets juridiques de la sentence internationale. Contribution à l'Etude de l'exécution des normes internationales*, París, 1984; M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, 1996; G. Morelli, "Sulla nozione di sentenza internazionale dichiarativa", *Etudes R. Ago*, cit., 209; L. Condorelli, "L'autorité de la décision des

jurisdictions internationales permanentes", *La jurisdiction internationale permanente*, París, 1987, 280; P.M. Dupuy, "Le juge et la règle générale", *RGDIP*, 1989, 569; G. Abi-Saab "La jurisprudence. Quelques réflexions sur son rôle dans le développement du DI", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 19; Ph. Cahier, "Le rôle du juge dans l'élaboration du DI", *Essays K. Skubiszewski*, cit., 353; G. de Geouffre de la Pradelle, "La fonction des juridictions dans l'ordre international", *JDI*, 1998, 389; R. Ben Achour, "Quel rôle pour la justice internationale?", en R. Ben Achour et S. Laghmani (eds.), *Justice et juridictions internationales*, París, 2000, 17; M. Delmas-Marty, "L'influence du droit comparé sur l'activité des tribunaux pénaux internationaux", en A. Cassese et M. Delmas-Marty (eds.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, París, 2002, 113; P. Kovacs, "Développement et limites de la jurisprudence en DI", en *La juridictionnalisation du DI*, París, 2003, 269; E. Jouannet, "La notion de jurisprudence internationale en question", *ibíd*, 343; M. Divac Öberg, "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ", *EJIL*, 2005, 879.

4. Sobre la proliferación de tribunales internacionales y el riesgo de fragmentación de la unidad del DI: v. biblio. Cap. I sobre el particular.

Capítulo XIV

Codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional

LXVI. CONSIDERACIONES GENERALES

278. La formulación escrita de las normas

Es aspiración de todo sistema jurídico sustituir la costumbre por Derecho escrito, las normas espontáneas por normas codificadas, la lenta e incierta elaboración de reglas a través de prácticas acompañadas de una convicción de necesidad social y obligatoriedad jurídica, por un proceso cierto, más rápido y transparente, adecuado a las circunstancias cambiantes del tiempo histórico.

Esto último, la acomodación de la norma a las necesidades presentes y a una cierta previsión de las futuras, hace que la *codificación* en sentido estricto —esto es, la expresión escrita de la costumbre, en pos de su mayor precisión y certeza— sea inseparable de su *desarrollo progresivo*. De ahí que entendiéndola en sentido lato se haya sugerido que la codificación del DI representa el devenir normal y lógico del *perfeccionamiento* de la costumbre (A. Mahiou).

Así entendida, la codificación del DI posee rasgos propios debidos a la carencia en el sistema internacional de un poder legislativo capaz de adoptar, siquiera con miras codificadoras, un *corpus iuris* con fuerza jurídica obligatoria para todos los Estados soberanos.

Esta carencia quedó meridianamente clara una vez que la Carta de las NU negó competencia normativa *autónoma* a su órgano plenario, la AG. Después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 el C. de S. ha invocado sus competencias conforme al Capítulo VII de la Carta para, bajo la cobertura de las *amenazas a la paz*, emanar resoluciones obligatorias para todos los miembros en materia de terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva; pero la asunción de semejante poder *legislativo* rebasa muy probablemente las facultades atribuidas por la Carta al C. de S. como órgano de *policía* (v. *infra* y Cap. XXVIII).

Es por eso que la codificación se muestra como un proceso vulnerable a las complejas relaciones e interacción de los diferentes métodos de formación del DI (v. Cap. I).

El tratado multilateral general de contenido normativo se alza —por su carácter abierto a la participación de todos los Estados en un espacio dado, universal o regional, la seguridad y precisión de la cláusula escrita, la certidumbre del consentimiento, la relativa rapidez de su elaboración y versatilidad de su

contenido— como el medio idóneo para positivizar normas generales adaptadas a las exigencias que demanda la sociedad internacional, más hoy en un mundo globalizado; pero, atrapado por su efecto *relativo*, el tratado es en sí mismo insuficiente para satisfacer este objetivo (v. *infra* y Cap. XI).

Las resoluciones *recomendatorias* de OI —de la AGNU, en particular— y eventualmente ciertos acuerdos *no jurídicos*, son en esencia las otras piezas del *puzzle* que configuran la codificación internacional, cuyo ensamblaje vendrá promovido por la alquimia misteriosa de la costumbre, esto es, del proceso de formación de normas de DI general. Constituyendo el punto de partida de la codificación del DI, la costumbre será también su estación término (v. *infra*).

Junto a la labor que en el plano universal llevan a cabo la ONU y sus organismos especializados (OIT, OACI, OMI, UNESCO...), concurre la de organizaciones regionales como la OEA y el Consejo de Europa, verdaderos claustros maternos de instancia, preparación y elaboración de textos de codificación *lato sensu* en los más variados renglones del DI.

Conviviendo con —e influyendo en— la codificación *pública* u *oficial*, se advierte la existencia de numerosos proyectos de codificación *privada* o *doctrinal*, debidos —al margen de las iniciativas de iusinternacionalistas enciclopédicos, sobre todo en el siglo XIX— al esfuerzo colectivo de asociaciones e institutos científicos, algunos de rancio abolengo, como el *Instituto de Derecho Internacional* (IDI, 1873) o la *Internacional Law Association* (ILA 1873)... El objetivo que hoy prima es el diálogo y la cooperación en la codificación del DI entre todos los organismos, oficiales y privados, universales y regionales.

279. Codificación y efecto relativo de los tratados

Se dice que el efecto de los tratados es *relativo* porque éstos no pueden, en cuanto tales, conferir derechos ni imponer obligaciones a quienes no son partes en ellos sin mediar su consentimiento. Para el tercero el tratado es *res inter alios acta*. Esta afirmación, que se deduce directamente del principio de soberanía y cuenta con un sólido asiento en doctrina, práctica diplomática y jurisprudencia (CPJI, *Fabrica de Chorzow*, 1928; *Jurisdicción territorial de la Comisión Internacional del Oder*, 1929; *Zonas Francas de la Alta saboya y del País de Gex*, 1932; arbitrajes *Isla de Palmas*, 1928, *Isla de Clipperton*, 1931), ha sido escrupulosamente recogida en las CV (art. 34) como norma general que sirve de pórtico a la regulación de los efectos de los tratados para terceros (v. Caps. VIII y XVI).

La doctrina de los *tratados normativos* con efectos *erga omnes*, creadores directos en virtud de su interés general de derechos y obligaciones para todos los Estados —y eventualmente otros sujetos— carece de positividad, aunque haya tenido eco en sectores de opinión política y doctrinal. Asimismo han fracasado las propuestas que permitirían a la AGNU la imposición de ciertos tipos de tratados generales, incluso adoptados por la misma mayoría prevista para aprobar la reforma de la Carta (dos terceras partes de los Estados miembros, arts. 108 y 109), y a prever *sanciones* contra los Estados que no se obliguen por ellos. La aspiración

normativa general del tratado queda así a expensas de las manifestaciones formales, expresas y por escrito del consentimiento de los Estados, que no suelen darse ni en el número, ni con la calidad, oportunidad y rapidez deseables.

Quebrantada la vocación normativa general del tratado *en sí*, sus disposiciones, minuciosa y largamente preparadas y negociadas, sirven sin embargo los fluidos canales de formación consuetudinaria de normas generales, superando así la gravitación del relativismo congénito del tratado y suavizando la dependencia de su éxito respecto del hecho de su entrada en vigor y el número y condición de sus partes. De ello se hace eco el art. 38 de las CV, al prever que las reglas de los tratados lleguen a ser obligatorias para terceros a título de normas consuetudinarias de DI (v. *infra*).

280. La interacción entre los métodos de codificación

La interacción con la costumbre también se advierte respecto de las resoluciones de las OI, muy particularmente las de la AGNU, adoptadas en el ámbito de su competencia sustancial o material, resoluciones *externas* meramente recomendatorias (v. Cap. VIII) que, encarnando en una práctica conforme, coadyuvan a la producción de un efecto normativo del que por sí mismas carecen. La costumbre se muestra así —según la gráfica expresión de G. Abi-Saab— como la pértiga que opera el salto del terreno incierto de la *lex ferenda* a la tierra firme de la *lex lata* (v. *infra*).

Ha de advertirse, asimismo, que resoluciones y tratados no se presentan, a los efectos que aquí interesan, en compartimentos estancos, sino que se combinan, de suerte que las resoluciones inician una exploración que, si prospera, da paso a la elaboración de tratados multilaterales de interés general. Importantes sectores del DI contemporáneo (Derechos humanos, Espacio ultraterrestre...) han sido regulados mediante el binomio resolución-tratado, asociados en el proceso de codificación y desarrollo progresivo.

Por ej., la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948) fue precedido por la res. 96 (I) de la AG, de 1946, sobre el "Crimen de genocidio"; la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (res. 217 (III), de la AG, de 1948) fue la semilla de la que han brotado la inmensa mayoría de instrumentos convencionales de derechos humanos, universales y regionales (v. *infra*).

Es así como tratados multilaterales generales y resoluciones (de la AG) ejercen una influencia constante en la formación de normas consuetudinarias, *declarándolas, cristalizándolas y, aun, generándolas*. En cierta medida, dado el papel ejercido por las OI en la promoción del DI, y principalmente las NU en el plano universal, la gestación de nuevas costumbres se *institucionaliza* (G. Abi-Saab). Auspiciando, preparando y adoptando el tratado y/o la resolución, la Organización facilita la fábrica que labora para preconstituir la prueba de la costumbre, identificar sus elementos, acelerar su (trans)formación y actualizarla sobre bases

ampliamente participativas. Como se ha señalado (M. E. Williger), nada hay más próximo a la legislación en el DI actual que este proceso de integración de normas generales expresadas *en* o formadas *a partir* del texto escrito de un tratado y/o de una o más resoluciones (de la AG).

Más aún, al proceso descrito pueden llegar a incorporarse, en una suerte de *ménage à trois*, acuerdos *no jurídicos* (códigos de conducta, actas, memorandos, estándares, programas, directrices..., v. Cap. VIII) que, asimismo, pueden prece-der y, en tal sentido, preparar la base sobre la que se enraíza la gestación de tratados multilaterales generales.

Este es un fenómeno relativamente frecuente, no sólo pero sí particularmente, en el DI del medio ambiente; cite-mos, a título de ejemplo, las *Directrices* adoptadas en 1985 por la OIEA a resultados del accidente de Chernobil, que dieron paso y constituyeron la base para la adopción, al año siguiente, del Convenio de Viena sobre la pronta notificación de accidente nuclear o emergencia radiológica (1986); de la misma manera que la adopción del *Código de Prácticas* sobre la regulación de los movimientos transfronterizos de desechos radioactivos (adoptado por la OIEA en 1990) constituyó el germen del Convenio Conjunto sobre la seguridad de la gestión de combustible irradiado y sobre la seguridad de la gestión de desechos radioactivos (1997), complementario a su vez del capítulo 22 (desechos radioactivos) de la *Agenda 21* (adoptada en 1992 por la Conferencia de NU sobre Medio Ambiente y Desarrollo o *Cumbre de la Tierra*).

El proceso de codificación del DI aparece así jalonado por actos *pre-normativos* de diversa naturaleza y efectos, desarrollados a su vez en múltiples y heterogéneos escenarios en los que, junto a sujetos indiscutidos —Estados y OI—, pueden además intervenir actores de variada especie y condición en representación de la emergente *Sociedad Civil Internacional* (v. Cap. VI).

Tan multiforme y variopinto se presenta hoy el panorama de la codificación del DI —y tan estrechamente vinculado con su formación— que ha llegado a sugerirse la distinción entre una suerte de *codificación dura* (*hard*), identificada con la que se instrumentaliza mediante tratados multilaterales generales, y una *codificación blanda* (*soft*), representada por la que toma cuerpo en otro tipo de instrumen-tos, desde las Declaraciones adoptadas por la AGNU o en Conferencias interguber-namentales (por ej., la *Declaración de Río*, consensuada en la Conferencia de NU sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992) a los acuerdos *no jurídicos*. No es la competencia, sino la complementariedad el rasgo distintivo de su relación. Vino viejo en nuevos odres.

LXVII. CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO MEDIANTE TRATADOS MULTILATERALES GENERALES

281. *El tratado como instrumento*

En NU —como en ámbitos regionales— auspiciar la preparación y adopción de tratados generales pronto se concibió, ya lo hemos apuntado, como el mejor

instrumento para codificar y desarrollar progresivamente el DI, siendo su afán articular disposiciones de contenido normativo en un texto que aspira a ser *per se* obligatorio. Incluso, se confió en que una densa red convencional vocacionalmente general permitiría suplir o aminorar, al menos, las carencias institucionales de la sociedad internacional.

En los siguientes epígrafes centraremos nuestra atención en este proceso, atendiendo sobre todo a la práctica de las NU, la más relevante por su dimensión y alcance, pero no la única, ni tampoco la primera. De ahí que antes hagamos mención de la labor anticipadora que supuso la codificación regional en América Latina.

282. *Codificación regional. La anticipación de América latina.*

América latina fue la primera que concibió la idea de codificar el Derecho de Gentes, interés que está fuertemente arraigado en la conciencia y cultura política latinoamericana como traducción de solidaridad y singularidad regional (R. Mehdi).

Urgidos por la transformación social vivida tras la emancipación, se convocaron Congresos (Panamá, 1826; Lima, 1877; Montevideo, 1888...) y Conferencias Internacionales Americanas (Washington, 1889-1890; México, 1901-1902; Río de Janeiro, 1906; Buenos Aires, 1910; Santiago de Chile, 1923; La Habana, 1928; Montevideo, 1933; Lima, 1938; Bogotá, 1948; Caracas, 1954...), en las que la codificación de las normas internacionales representó un papel importante.

Ya en la II Conferencia Internacional Americana (México, 1901-1902) se suscribió una Convención para la formación de sendos Códigos de DI Público y de DI Privado que debían ser preparados por una Comisión de cinco jurisconsultos americanos y dos europeos "de reconocida reputación", proyecto reiterado en la III Conferencia (Río de Janeiro, 1906), ahora a cargo de una Junta Internacional de Jurisconsultos, representantes de los Estados signatarios. Pronto se comprobó, sin embargo, que tan ingente empresa —que llegó a contar con proyectos que superaban los mil artículos— era por napoleónica impracticable, lo que condujo a recomendar, no una codificación global, sino gradual y por sectores, dándose pasos sucesivos para establecer un conjunto sistemático de reglas de DI sobre las más ambiciosas materias, desde su arquitectura básica a sus funciones más elementales (existencia, igualdad y reconocimiento de Estados y sus relaciones diplomáticas y consulares, la formación y aplicación del DI, el arreglo pacífico de controversias, nacionalidad y extranjería, el derecho de asilo...), logrando algunos cuajar en Convenciones reguladoras de las relaciones de las Naciones de América. Así, las adoptadas en La Habana (VI Conferencia, 1928) sobre los tratados, los derechos y deberes de los Estados en caso de guerra civil, neutralidad marítima, funcionarios diplomáticos, agentes consulares, la condición de los extranjeros, el derecho de asilo...; en Montevideo (VII Conferencia, 1933), sobre derechos y deberes de los Estados, nacionalidad, extradición y asilo político; en Caracas (X Conferencia, 1954), sobre asilo diplomático y territorial... Todo ello sin entrar ahora en la densa trama de convenios suscritos en el marco de otras conferencias panamericanas para la solución pacífica de las controversias y la renuncia al uso de la fuerza en las relaciones internacionales (v. *infra*).

Pero lo que más interés despierta de la experiencia codificadora americana es su labor de anticipación sobre la regulación normativa de diversos ámbitos del DI (caso, por ej., del principio de no intervención y del régimen jurídico de las reservas a los tratados, v. Caps. III y XI).

En la actualidad, compete al *Comité Jurídico Interamericano* (CJI), órgano consultivo de la OEA en asuntos jurídicos, integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, la promoción del desarrollo progresivo y la codificación del DI (v. Carta de la OEA, arts. 99-105).

Patrón similar se sigue en otras regiones; así, el *Comité Europeo de Cooperación Jurídica* del Consejo de Europa, la *Comisión Árabe de DI* de la Liga Árabe, o el *Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano* (éste de composición gubernamental) son órganos encargados de tareas codificadoras.

283. *El impulso codificador de Naciones Unidas*

En el plano universal las primeras Conferencias Diplomáticas para satisfacer tareas codificadoras carecieron de la periodicidad y regularidad deseables, si bien son memorables los logros de la I y II *Conferencias de la Paz de La Haya* (convocadas en 1899 y 1907 bajo los auspicios del Zar de todas las Rusias) sobre desarme y el derecho de la guerra (*ius in bello*), la neutralidad y el arreglo pacífico de las controversias internacionales, que resultaron en una serie de Convenciones hoy en vigor para la inmensa mayoría de Estados cuyas disposiciones esenciales son consideradas DI consuetudinario (CIJ, *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, 1996; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004) (v. *infra*).

Bajo los auspicios de la S. de N. la codificación no fue más que un propósito vago y general, ni siquiera explícito en su Pacto fundacional (Parte I del Tratado de Versalles, 1919), por lo que esta empresa resultó fragmentaria y no logró el impulso que cabía esperar de un marco institucional de pretendida vocación universal.

Fue a partir de 1945, con la creación de la ONU, cuando la codificación del DI inicia un camino más provechoso. Promover “estudios” y hacer “recomendaciones” con el fin —entre otros— de “impulsar el desarrollo progresivo del DI y su codificación” se convirtió en una de las atribuciones confiadas por la Carta (art. 13.1.a) a la AG, tarea que ha desempeñado en la vida de la Organización un papel superior al que trasluce el conciso enunciado de este precepto. Aunque otros órganos principales también asumen esta tarea (caso en particular del CE y S en materia de derechos humanos), siempre se ha entendido que compete a la AG, especialmente a través de su VI Comisión (Asuntos Jurídicos) la *iniciativa*, la *dirección* y el *control* de la misma.

Con estos mimbres, la codificación (y el desarrollo progresivo) se canalizan a través de un proceso lento y laborioso cuyas etapas más significativas son: 1) la elaboración, sobre un tema previamente seleccionado, de *proyectos o informes* del órgano u órganos codificadores, sometidos regularmente a la VI Comisión de la AG, que eventualmente sirvan de base de negociación de un tratado multilateral; y 2) la elaboración (negociación y adopción) del texto del tratado —de haberlo—

en el seno de una Conferencia diplomática o en el de un órgano —habitualmente el plenario— de la misma Organización. Los materiales acumulados durante este proceso son en sí mismos influyentes en la formación de normas consuetudinarias, con independencia de la suerte que corra el tratado.

284. *La Comisión de Derecho Internacional y los otros órganos subsidiarios de la codificación*

Para ser asistida en la misión encomendada por la Carta, la AG creó en 1947 (res. 174-II) un órgano subsidiario, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), cuyo trabajo —primigenio, al menos— consiste justamente en la preparación de proyectos de artículos en orden a la codificación y el desarrollo progresivo del DI (art. 1 de su Estatuto).

La CDI es el *principal órgano de codificación y desarrollo progresivo de NU* (según calificación de la misma AG, res. 36/39, de 1981), el *órgano codificador por excelencia*, el único con *competencia general*, de carácter *permanente* —aunque de funcionamiento discontinuo o a tiempo parcial—, compuesto de *expertos* en DI formalmente *independientes* que, en su conjunto, se pretende representen a los principales sistemas jurídicos y formas de civilización del mundo (art. 8 del Estatuto de la CDI).

Los miembros de la CDI son 34 desde 1981 (res. 36/39), elegidos por la AG por un período de cinco años (reelegibles sin limitación), distribuidos de acuerdo con el siguiente reparto geográfico: ocho de países africanos, otros tantos de Europa occidental (y otros), siete asiáticos; seis latinoamericanos (y del Caribe), tres de Europa oriental y dos miembros en rotación. La creciente politización en la elección de los miembros de la Comisión ha implicado que, en los últimos años, se invierta la proporción de antaño entre los asientos ocupados por profesores, de un lado, y políticos, de otro (hoy, dos tercios de sus miembros), lo que ha contribuido a rebajar la calidad del producto y a desdibujar el perfil profesional e independiente del órgano, más aún en los supuestos en los que el miembro de la CDI es a la vez —en una suerte muy discutible de desdoblamiento funcional— representante de su Estado en la VI Comisión de la AG, mostrando, sin embargo, la importancia que los Estados atribuyen a la Comisión en su labor de codificación y desarrollo progresivo del DI.

El Estatuto de la CDI (art. 15) entiende que la *codificación* en sentido estricto consiste en “la más precisa formulación y sistematización de las normas de DI en materias en las que ya existía amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas”, mientras que el *desarrollo progresivo* pretende la “elaboración de convenciones sobre materias que no han sido reguladas por el DI o respecto de las que éste no está suficientemente desarrollado en la práctica de los Estados”.

Para dar sentido a la distinción el Estatuto de la CDI dispuso un procedimiento dispar, sobre todo en relación con la (s)elección de los temas a abordar, de manera que si los susceptibles de codificación correspondían a la misma Comisión (arts. 18-23), la iniciativa para examinar los relativos al desarrollo progresivo debían proceder de la AG u otros órganos políticos de la ONU o de sus organismos e instituciones especializadas (arts. 16-17), con lo que se pretendía evitar el riesgo de que la CDI asumiera un papel que no le correspondía, a saber, el de (pre)legislador internacional.

Sin embargo, la distinción entre lo que es expresión de normas consuetudinarias y lo que entra ya en el terreno de su formación, resultó desde un principio artificial y, en consecuencia, impracticable. Codificación y desarrollo progresivo son dos caras de una misma moneda que se superponen y entrecruzan a cada paso, y si cabe la posibilidad de desarrollo progresivo sin codificación, no la hay de codificación sin desarrollo progresivo, pues todo intento codificador implica necesariamente un esfuerzo dirigido a mejorar, completar y actualizar las normas existentes.

Esta elemental constatación, largo tiempo advertida, llevó a la Comisión a plantearse (1999) recomendar a la AG la revisión de su Estatuto a fin de suprimir la distinción y sus consecuencias procesales. Que tal recomendación no prosperara no ha impedido que la CDI haya seguido actuando como hasta ahora venía haciéndolo, es decir, sobre la base de una *idea compuesta* de codificación y desarrollo progresivo del DI, según observa el "Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación" (1996).

Su trabajo ha supuesto, añade la CDI en este informe, la elaboración de textos multilaterales sobre temas de interés general en los que, sobre la base de un programa a largo plazo (establecido el año de su constitución, sucesivamente revisado y ampliado), se ha tratado de reflejar los principios aceptados y aportar los detalles, las particularidades y el desarrollo de las ideas que fuesen necesarios. Incluso, en lo tocante a la selección de los temas, el procedimiento seguido ha sido el mismo, predominar el aspecto del desarrollo progresivo o el de la codificación, pues, particularmente desde 1970, la mayoría de las sugerencias para la labor futura de la Comisión han procedido de sus miembros; excepciones memorables fueron las peticiones hechas a la CDI por la AG (res. 36/106, 1981) para que reactivara el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad (que dormitaba en la agenda de la Comisión desde 1954 a la espera de la definición política de la agresión) y, como elemental complemento, que estudiara la viabilidad de un tribunal penal internacional (res. /45/41 y 46/54).

La evaluación que desde los albores del nuevo milenio viene realizando la CDI acerca del estado actual del proceso de codificación llevado a cabo en NU y el papel que a ella misma le corresponde ha implicado no obstante ciertos cambios en el programa, procedimiento y métodos de trabajo.

A destacar el acuerdo alcanzado sobre los criterios que han de orientar la selección de los temas, a saber:

- 1) que el tema refleje las necesidades de los Estados en materia de desarrollo progresivo y codificación del DI;
- 2) que esté *maduro*, o dicho en los términos de la CDI, que el tema a tratar se encuentre en una etapa suficientemente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados;
- 3) que se trate de un tema concreto y viable; lo que no significa, en último lugar,
- 4) que la Comisión deba limitarse a los temas tradicionales, sino que también podrá examinar aquéllos que reflejen las nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del DI y las preocupaciones urgentes de la comunidad internacional. Sin embargo, son justamente estas materias, digamos, más novedosas las que tradicionalmente *se resisten* a la CDI para pasar a manos de órganos genuinamente políticos.

La CDI es el principal, pero no el único órgano de NU con tareas codificadoras. Otros órganos *subsidiarios* de composición intergubernamental y funcionamiento permanente llevan a cabo esta labor en el ámbito de sus respectivas competencias, ya sea con carácter: 1) *exclusivo* (como la CNUDMI, creada por la AG por res. 2205 (XXI); ó 2) *compartido* con otras actividades (así, la CDH, creada por el CE y S en 1946 (res. 5 (I) y 9 (II), el Comité del Espacio, la Comisión de Desarme..., o dependientes de ciertos Programas de la Organización, como el relativo al Medio Ambiente, PNUMA).

Junto a ellos pululan un número creciente de órganos o comités *ad hoc* creados, en particular, por la AG —sea por propia iniciativa o a instancias de otro órgano principal, como el C. de S.— con miras a asumir un determinado tema y/o ámbito material de actividad.

Entre los comités específicos más recientes y laboriosos pueden citarse, el *Comité Especial sobre el terrorismo* (res. 51/210, de 1996), a cuya labor se deben dos tratados ya en vigor, la Convención sobre la represión de atentados terroristas cometidos con bombas (1997) y la Convención sobre la represión de la financiación del terrorismo (1999), amén de un proyecto de Convención sobre la represión de los actos de terrorismo nuclear, finalizado el 1º de abril de 2005) (v. Cap. XXVIII); el *Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* (res. 55/150, de 2000), que continuó el trabajo de codificación iniciado por la CDI hasta dar con la Convención de las NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2004) (v. Cap. XXV); el *Comité ad hoc para una Convención Internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción* (res. 56/93, de 2001), a cuya labor preparatoria se debe —de momento— la Declaración de NU sobre la clonación humana, aprobada por la AG en 2005 (res. 58/280)...

El mero inventario de estos órganos —permanentes o *ad hoc*— muestra los sectores del DI que han quedado fuera del campo temático cubierto por la CDI (DI económico, derechos humanos, espacio ultraterrestre, desarme, medio ambiente, terrorismo, biogenética...), siendo asimismo indicativos de por qué algunos temas se resisten a la labor preparatoria de la Comisión. La enjundia política del tema, proclive a la confrontación de intereses y a la necesidad de acuerdo previo entre los Estados, y/o su incidencia en ámbitos abiertos a la actividad humana por el espectacular avance científico y tecnológico, que por eso requieren una regulación *ex novo*, han sido factores decisivos para su remisión a órganos compuestos por representantes de los gobiernos de los Estados y sujetos en consecuencia a sus instrucciones, más capacitados en definitiva para innovar y, en su caso, efectuar la reforma *legislativa* del DI que los órganos de expertos —como la CDI—, a los que se reserva el papel de *consejeros del príncipe* (A. Pellet). No es raro, por eso, que un mismo sector o ámbito material haya sido sometido a distintos y/o sucesivos órganos de codificación en función de las circunstancias.

El Derecho del Mar, por ejemplo. Mientras fue la CDI la que elaboró los proyectos de los cuatro Convenios de Ginebra de 1958, sobre mar territorial y zona contigua, alta mar, plataforma continental y pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar (adoptados en la I Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar), fue en cambio el *Comité de Fondos Marinos* al que se confió la labor preparatoria de la que nacería como CONVEMAR (adoptada en 1982 en la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar). Tener que lidiar con factores económicos, estratégicos y tecnológicos, con el trasfondo político de la aparición de los nuevos Estados surgidos del proceso descolonizador fueron razones que militaron a tal efecto (v. Cap. XXIV).

La decisión depende en todo caso de la AG (o lo que es lo mismo, de los Estados miembros) en ejercicio de sus competencias de *iniciativa, dirección y control* de la codificación.

Si nos atenemos a la estadística, ésta muestra que de la densa red de tratados adoptados bajo los auspicios de NU desde su fundación (hablamos de más de cuatrocientos instrumentos, entre textos principales y protocolos, de los que es depositario el Secretario General), apenas llegan a una veintena los debidos al

Sin embargo, la distinción entre lo que es expresión de normas consuetudinarias y lo que entra ya en el terreno de su formación, resultó desde un principio artificial y, en consecuencia, impracticable. Codificación y desarrollo progresivo son dos caras de una misma moneda que se superponen y entrecruzan a cada paso, y si cabe la posibilidad de desarrollo progresivo sin codificación, no la hay de codificación sin desarrollo progresivo, pues todo intento codificador implica necesariamente un esfuerzo dirigido a mejorar, completar y actualizar las normas existentes.

Esta elemental constatación, largo tiempo advertida, llevó a la Comisión a plantearse (1999) recomendar a la AG la revisión de su Estatuto a fin de suprimir la distinción y sus consecuencias procesales. Que tal recomendación *no prosperara no ha impedido que la CDI haya seguido actuando como hasta ahora venía haciéndolo*, es decir, sobre la base de una *idea compuesta* de codificación y desarrollo progresivo del DI, según observa el "Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación" (1996).

Su trabajo ha supuesto, añade la CDI en este informe, la elaboración de textos multilaterales sobre temas de interés general en los que, sobre la base de un programa a largo plazo (establecido el año de su constitución, sucesivamente revisado y ampliado), se ha tratado de reflejar los principios aceptados y aportar los detalles, las particularidades y el desarrollo de las ideas que fuesen necesarios. Incluso, en lo tocante a la selección de los temas, el procedimiento seguido ha sido el mismo, predominar el aspecto del desarrollo progresivo o el de la codificación, pues, particularmente desde 1970, la mayoría de las sugerencias para la labor futura de la Comisión han procedido de sus miembros; excepciones memorables fueron las peticiones hechas a la CDI por la AG (res. 36/106, 1981) para que reactivara el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad (que dormitaba en la agenda de la Comisión desde 1954 a la espera de la definición política de la agresión) y, como elemental complemento, que estudiara la viabilidad de un tribunal penal internacional (res. /45/41 y 46/54).

La evaluación que desde los albores del nuevo milenio viene realizando la CDI acerca del estado actual del proceso de codificación llevado a cabo en NU y el papel que a ella misma le corresponde ha implicado no obstante ciertos cambios en el programa, procedimiento y métodos de trabajo.

A destacar el acuerdo alcanzado sobre los criterios que han de orientar la selección de los temas, a saber:

- 1) que el tema refleje las necesidades de los Estados en materia de desarrollo progresivo y codificación del DI;
- 2) que esté *maduro*, o dicho en los términos de la CDI, que el tema a tratar se encuentre en una etapa suficientemente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados; 3) que se trate de un tema concreto y viable; lo que no significa, en último lugar, 4) que la Comisión deba limitarse a los temas tradicionales, sino que también podrá examinar aquéllos que reflejen las nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del DI y las preocupaciones urgentes de la comunidad internacional. Sin embargo, son justamente estas materias, digamos, más novedosas las que tradicionalmente *se resisten* a la CDI para pasar a manos de órganos genuinamente políticos.

La CDI es el principal, pero no el único órgano de NU con tareas codificadoras. Otros órganos *subsidiarios* de composición intergubernamental y funcionamiento permanente llevan a cabo esta labor en el ámbito de sus respectivas competencias, ya sea con carácter: 1) *exclusivo* (como la CNUDMI, creada por la AG por res. 2205 (XXI); ó 2) *compartido* con otras actividades (así, la CDH, creada por el CE y S en 1946 (res. 5 (I) y 9 (II), el Comité del Espacio, la Comisión de Desarme..., o dependientes de ciertos Programas de la Organización, como el relativo al Medio Ambiente, PNUMA).

Junto a ellos pululan un número creciente de órganos o comités *ad hoc* creados, en particular, por la AG —sea por propia iniciativa o a instancias de otro órgano principal, como el C. de S.— con miras a asumir un determinado tema y/o ámbito material de actividad.

Entre los comités específicos más recientes y laboriosos pueden citarse, el *Comité Especial sobre el terrorismo* (res. 51/210, de 1996), a cuya labor se deben dos tratados ya en vigor, la Convención sobre la represión de atentados terroristas cometidos con bombas (1997) y la Convención sobre la represión de la financiación del terrorismo (1999), amén de un proyecto de Convención sobre la represión de los actos de terrorismo nuclear, finalizado el 1º de abril de 2005) (v. Cap. XXVIII); el *Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* (res. 55/150, de 2000), que continuó el trabajo de codificación iniciado por la CDI hasta dar con la Convención de las NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2004) (v. Cap. XXV); el *Comité ad hoc para una Convención Internacional contra la clonación de seres humanos con fines de reproducción* (res. 56/93, de 2001), a cuya labor preparatoria se debe —de momento— la Declaración de NU sobre la clonación humana, aprobada por la AG en 2005 (res. 58/280)...

El mero inventario de estos órganos —permanentes o *ad hoc*— muestra los sectores del DI que han quedado fuera del campo temático cubierto por la CDI (DI económico, derechos humanos, espacio ultraterrestre, desarme, medio ambiente, terrorismo, biogenética...), siendo asimismo indicativos de por qué algunos temas se resisten a la labor preparatoria de la Comisión. La enjundia política del tema, proclive a la confrontación de intereses y a la necesidad de acuerdo previo entre los Estados, y/o su incidencia en ámbitos abiertos a la actividad humana por el espectacular avance científico y tecnológico, que por eso requieren una regulación *ex novo*, han sido factores decisivos para su remisión a órganos compuestos por representantes de los gobiernos de los Estados y sujetos en consecuencia a sus instrucciones, más capacitados en definitiva para innovar y, en su caso, efectuar la reforma *legislativa* del DI que los órganos de expertos —como la CDI—, a los que se reserva el papel de *consejeros del príncipe* (A. Pellet). No es raro, por eso, que un mismo sector o ámbito material haya sido sometido a distintos y/o sucesivos órganos de codificación en función de las circunstancias.

El Derecho del Mar, por ejemplo. Mientras fue la CDI la que elaboró los proyectos de los cuatro Convenios de Ginebra de 1958, sobre mar territorial y zona contigua, alta mar, plataforma continental y pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar (adoptados en la I Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar), fue en cambio el *Comité de Fondos Marinos* al que se confió la labor preparatoria de la que nacería como CONVEMAR (adoptada en 1982 en la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar). Tener que lidiar con factores económicos, estratégicos y tecnológicos, con el trasfondo político de la aparición de los nuevos Estados surgidos del proceso descolonizador fueron razones que militaron a tal efecto (v. Cap. XXIV).

La decisión depende en todo caso de la AG (o lo que es lo mismo, de los Estados miembros) en ejercicio de sus competencias de *iniciativa, dirección y control* de la codificación.

Si nos atenemos a la estadística, ésta muestra que de la densa red de tratados adoptados bajo los auspicios de NU desde su fundación (hablamos de más de cuatrocientos instrumentos, entre textos principales y protocolos, de los que es depositario el Secretario General), apenas llegan a una veintena los debidos al

trabajo previo de CDI, el último de ellos la Convención sobre el derecho de los usos de los curso de agua internacionales para fines distintos de la navegación, adoptada en 1997, que todavía no ha entrado en vigor (v. *infra*).

Pero no todo ha de valorarse en función del número. La CDI ha estudiado ámbitos de gran envergadura jurídica desde una perspectiva transversal, es decir, en los que se aspira a codificar y desarrollar progresivamente normas generales que estructuren la arquitectura básica del DI, garantes de su unidad (v. Cap. I). Esta consideración está presente en los trabajos de la Comisión — concluidos o bajo su consideración— sobre la *formación y aplicación del DI* (actos unilaterales, Derecho de los Tratados, entre Estados y OI o entre éstas, la responsabilidad internacional de los Estados y de las OI por hechos internacionalmente ilícitos, la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el DI), la *sucesión de Estados* (en materia de tratados, de bienes, archivos y deudas del Estado, sobre la nacionalidad de las personas naturales), las *relaciones interestatales* (relaciones e inmunidades diplomáticas y consulares, misiones especiales), la *dimensión personal de la soberanía* (expulsión de extranjeros y protección diplomática)...; incluso el macro-tema relativo a la diversificación y expansión del DI y el riesgo de su fragmentación (v. Cap. I) muestra mejor que ningún otro el esfuerzo de síntesis de la CDI por abordar estudios que contribuyan a aportar soluciones sobre las *normas sistémicas* que sirven de almacén a los numerosos sectores en que hoy se ramifica el *corpus* normativo del DI.

Todo ello sugiere que en la labor de la CDI ha primado, no una *codificación extensiva*, sino más bien *intensiva* o de profundización de ámbitos nucleares del DI. Revelador es, en este sentido, el Derecho de los Tratados que, junto con el trío de CV en vigor (de 1969, 1978 y 1986), cuenta en la actual agenda de trabajo con temas que pretenden llenar sus lagunas y/o despejar sus ambigüedades (caso de "Las reservas a los tratados" y de "Los efectos de los conflictos armados en los tratados"), a los que cabe agregar los estudios abordados en el marco de la diversificación y expansión del DI y el riesgo de su fragmentación.



285. La Asamblea General y su VI Comisión

A través de su Comisión de Asuntos Jurídicos (VI Comisión), la AG selecciona y establece el orden de prelación de los temas por codificar y el órgano que asumirá su preparación (creándolo de ser preciso), sirve de correa de transmisión con los gobiernos de los Estados miembros, de los que recibe sus comentarios y observaciones que remite al órgano en cuestión, correspondiéndole asimismo el examen de los programas e informes de los órganos codificadores, dando todo ello lugar a una suerte de *diálogo* a lo largo de la elaboración del proyecto que, a la postre, es el que marca su devenir. Pero donde de forma más elocuente se manifiesta su poder es en la decisión sobre el curso a seguir por un proyecto definitivo de artículos (siguiendo o no lo recomendado por el órgano en cuestión).

Así, la Asamblea puede:

1) *Rechazar* el proyecto o simplemente diferirlo, para lo que serán decisivos los comentarios y observaciones de los gobiernos. Mientras tanto, la AG “toma nota” del proyecto del órgano codificador que, normalmente, hace figurar en anexo de una resolución señalándolo, en su caso, a la atención de los Estados miembros con el alcance que estimen por conveniente.

Conviene precisar que “tomar nota” de un proyecto de artículos (como de otro tipo de informe de cualquier órgano subsidiario o del mismo Secretario General) significa para la AG “tomar conocimiento de que ha sido presentado, y no expresa ni aprobación ni desaprobación” (según la opinión legal de la Asesoría Jurídica emitida en abril de 2001 a solicitud de la V Comisión de la AG, de Asuntos Administrativos y Presupuestarios).

Junto a frustraciones de este tipo en la primera generación de proyectos de la CDI (caso del *Modelo de reglas sobre el procedimiento arbitral*, 1953; o el de la *Cláusula de la nación más favorecida*, 1978), hoy se encuentra en esta antesala el proyecto de arts. sobre la Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, concluido en segunda lectura por la CDI en 2001, respecto del que la AG *tomó nota* (res. 56/83), incluyéndolo en un anexo a la resolución; de manera que “la posibilidad de convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar el proyecto... con miras a concertar una convención sobre el tema”, según recomendó la misma Comisión, se ha dejado para una decisión posterior que, tras sucesivos aplazamientos, la AG ha deferido de momento a su sexagésimo segundo período de sesiones (2007) (res. 59/35, de 2004) (v. Cap. XIX).

2) *Aprobar* el proyecto bajo la forma de Declaración (cuyo texto figura asimismo como anexo de una resolución de la AG), posibilidad a la que tradicionalmente se ha recurrido, no tanto en relación con el trabajo realizado por la CDI, sino más bien con el de ciertos órganos políticos, a menudo como paso previo a su materialización en tratado.

Esta fórmula, frecuente en el ámbito de los derechos humanos, ha sido recomendada por la CDI para su reciente proyecto de arts. sobre la Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (1999); la AG, tras seguir su pauta habitual de “tomar nota” del mismo (res. 55/153), ha aplazado la decisión a su sexagésimo tercer período de sesiones (2008) (res. 59/34, de 2005). En el baúl de los recuerdos está, por lo demás, la misma recomendación de la CDI en relación con el proyecto de Declaración sobre los derechos y deberes de los Estados (concluido en su primer período de sesiones, 1949), que la AG dejó pendiente en tanto un número suficiente de Estados hubieran transmitido sus comentarios..., hasta la fecha.

3) *Acordar* que se inicie la formación del tratado proyectado (negociación y, en su caso, adopción y apertura a la firma), ya sea en el seno del mismo plenario o en el de una Conferencia de plenipotenciarios convocada al efecto (por la AG), foro sobre cuya determinación no existe regla preestablecida.

La práctica muestra, no obstante, que la AG es la sede tradicional de negociación y adopción de los proyectos de tratado elaborados por los órganos políticos, caso, por ej., de los relativos a la protección de derechos humanos engendrados por la CDH. Los proyectos de la CDI normalmente se someten a una Conferencia de Plenipotenciarios (como las mismas CV sobre el Derecho de los Tratados), regla que por supuesto admite excepciones, caso, por ej., de los proyectos de artículos sobre Misiones especiales (y su Protocolo) y para la Prevención y sanción de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, adoptados por la AG en 1969 y 1973, respectivamente. También son posibles soluciones intermedias, como la aplicada al proyecto de arts. de la CDI sobre el derecho de los usos de los curso de agua internacionales para fines pacíficos distintos a la navegación, cuya negociación se sometió a un *Grupo de Trabajo* de composición abierta con carácter previo a la adopción, por la AG, de la Convención (1997) (res. 51/229).

Que el proyecto definitivo de arts. preparado por los órganos codificadores obtenga el beneplácito de la AG para ser negociado y, eventualmente, adoptado en un foro político-diplomático puede ya considerarse un primer e importante éxito de la labor de codificación y desarrollo progresivo del DI. Pero, en todo caso, se alcance o no este objetivo, el proceso seguido en la gestación del proyecto por el órgano en cuestión, sirviéndose de las normas existentes sobre el tema en DI, convencional y consuetudinario, de la legislación y la práctica nacionales, de la jurisprudencia internacional en los planos universal y regional (e interna, de ser el caso) y de la doctrina, amén del diálogo mantenido con los Gobiernos, tiene en sí mismo efectos muy positivos en la expresión y/o formación de normas consuetudinarias. De ahí que sea preciso insistir en que lo más interesante de la codificación del DI gestada en NU —como en los organismos especializados de su familia— es la tremenda promiscuidad del sistema (en cuanto órganos, métodos, fuentes, instrumentos...), que aquí discriminamos por razones puramente expositivas (como hacemos en relación con las declaraciones-resoluciones de la AG; v. *infra*).

Conviene, sin embargo, moderar el entusiasmo sobre los beneficios que pueda reportar una flexibilidad desmesurada en cuanto a los métodos y procedimientos al servicio de la codificación y el desarrollo progresivo del DI. El método de trabajo de la CDI refleja en los últimos años una tendencia a elaborar estudios analíticos, descripciones, conclusiones, resúmenes de la práctica, proyectos de directrices..., abocados ya *a priori* a tomar cuerpo en un conjunto de esquemas y/o guías para juristas y aplicadores del Derecho (Internacional), en lugar de realizar proyectos de arts. con formato normativo convencional. Así se advierte en relación con los “Actos unilaterales”, “Las reservas a los tratados”, la “diversificación y expansión del DI y el riesgo de su fragmentación” y, tal vez, “Los efectos de los conflictos armados en los tratados”. En otro tiempo, cuando trató de justificar su proyecto sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la CDI afirmó el valor inestimable de una convención “como instrumento para consolidar la opinión jurídica con respecto a las normas generalmente aceptadas como DI... Aunque podría decirse lo mismo de un código declaratorio, o de normas tipo, la experiencia muestra que una convención probablemente tendrá más autoridad y, por lo tanto, constituirá una pauta más eficaz. Además, una convención tiene efectos importantes por cuanto establece un acuerdo general acerca del contenido del derecho que codifica y que, de ese modo, pasa a ser derecho consuetudinario aceptado en la materia...”. Lo dicho, eran otros tiempos.

286. La formación del tratado en un foro universal

Si la forma elegida para materializar la codificación es el tratado la fase inicial de su formación (negociación y adopción):

1) Se *agiliza* por contar, salvo excepciones —como la de la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar, que se saldó por eso con once largos períodos de sesiones— con un texto de base que, especialmente si es el fruto de un órgano político, responde a una auténtica *prenegociación*; y;

2) Se *facilita* en la medida en que la Organización (NU) sigue prestando sus servicios, auspiciando y convocando —si es el caso— la celebración de Conferencias, ofreciéndoles una sede e infraestructura técnica y administrativa. Las facilidades son aún mayores cuando es la misma AGNU la receptora del proceso,

pues la aplicación de su Reglamento de régimen interno evita los debates previos acerca del procedimiento y método de adopción de decisiones (art. 18 de la Carta).

Dado que las técnicas o métodos de formación de los tratados multilaterales generales ya han sido consideradas (v. Cap. IX), lo que ahora interesa destacar es el efecto expansivo que la gestación del tratado en un foro universal puede tener en la formación consuetudinaria de normas generales. Recordemos que en su *negociación* participa una amplia mayoría de Estados y que su *adopción* ha de contar con un apoyo sustancial, resultante de la aplicación de la regla de los dos tercios (art. 9.2 de las CV) o del consenso (según una práctica extendida, hoy criticada por generar textos ambiguos desprovistos de autoridad).

A través del procedimiento descrito se han gestado tratados que cubren vastos sectores del DI (v. *supra*).. Fuera del ámbito de la ONU es notoria la labor de codificación y desarrollo progresivo realizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, a la que se deben los Convenios de Ginebra (1949) y sus Protocolos adicionales (1977) en materia de DI Humanitario.

En tanto que instrumentos convencionales estos tratados, una vez en vigor, sólo obligan —por mor de su consabido efecto relativo— a los Estados partes, siendo en este punto su suerte muy desigual. Los hay que, en efecto, revisten la *autoridad de una auténtica codificación* en la medida en que han logrado una participación prácticamente universal.

Es el caso de los Convenios de Ginebra (1949) con 192 Estados partes en octubre de 2006, los mismos que suma la Convención sobre los derechos del niño (1989). También superan ampliamente el centenar de Estados partes las Convenciones sobre Relaciones diplomáticas (1961) y sobre Relaciones consulares (1963), así como la inmensa mayoría de tratados sobre derechos humanos auspiciados por la ONU. La misma CV sobre Derecho de los Tratados (1969) rebasa los cien Estados partes.

Otros, en cambio, sólo cuentan con un número reducido —y poco representativo— de Estados partes en comparación con el de miembros de la sociedad internacional; o, lo que es peor, después de muchos años de espera no han alcanzado aún el número mínimo de contratantes exigido para su entrada en vigor.

Un ejemplo de lo primero puede ser la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y su familia (1990), en vigor desde el 1 de julio de 2003, con una treintena de Estados partes prácticamente todos de *emigración*...). Ejemplos de lo segundo, la CV sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado (1983), o la CV sobre Derecho de los tratados entre Estados y OI y de éstas entre sí (1986).

Ciertamente, en estos casos se produce una situación *incómoda*, en la medida en que el tratado, en lugar de cumplir su objetivo de dar precisión y certeza a las normas aplicables, puede introducir elementos de incertidumbre acerca de lo que es la *lex lata* y la *lex ferenda* (v. *infra*). Así puede ocurrir, según se ha dicho (A. Mahiou), cuando la codificación es prematura o peca de un exceso de optimismo acerca del estado de las relaciones internacionales y/o de su capacidad para avanzar en el sentido de una mayor integración e institucionalización de la sociedad internacional.

Este pudo ser el caso, por ej., de la regulación avanzada de la Zona Internacional de los Fondos Marinos (Parte XI de la CONVEMAR, 1982), enmendada *de facto* muy a la baja antes de su entrada en vigor mediante un denominado Acuerdo *interpretativo* (1994), a fin de atraer la participación de los Estados industrializados que, mediante sus contribuciones financieras y tecnológicas, hubieran debido hacer realidad la exploración y explotación de la Zona a través de la Autoridad Internacional (y de su *Empresa*). (V. Caps. XII y XXIV).

Pero incluso en estas circunstancias, la obra codificadora no es baldía. Su éxito no depende exclusivamente de la ventura de tratados cuya entrada en vigor y entre el mayor número de Estados es, sin lugar a dudas, deseable (por eso periódicamente se realizan campañas para ampliar el círculo de contratantes). El proceso que conduce a los tratado produce por sí solo efectos muy positivos en la *expresión y formación* de normas consuetudinarias.

Así, por ej., el escaso número de partes en la CV sobre sucesión de Estados en materia de tratados (1978) (v. Caps. II y XII) no fue óbice para que la CIJ (*Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997, v. *infra*) viera reflejada en su art. 12 (sobre regímenes territoriales no afectados por la sucesión) una norma consuetudinaria, de aplicación general.

Pero no sólo eso. No conviene olvidar los eventuales efectos probatorios de lo acuerdos no ratificados. La no ratificación de un tratado, como advierte F. Jiménez, no hace desvanecer el contenido normativo de algunas de sus disposiciones, reveladoras del consenso crítico de los Estados negociadores sobre la materia de que se trate; por el contrario, los potenciales efectos jurídicos de determinadas cláusulas se hacen depender de la conducta confirmatoria y aquiescente de los Estados afectados por las soluciones que convencionalmente han franqueado el estadio de las negociaciones y, por lo general, han sido objeto de autenticación. No se trata de elevar la *aquiescencia* a categoría de manifestación del consentimiento, sino de contextualizar e imbricar el tratado no ratificado en el conjunto de actuaciones de los Estados. En este caso, se ha dicho también (M. Kohen), la aquiescencia servirá para llenar la laguna entre el derecho formalmente no nacido y la existencia de derechos y obligaciones para las partes, pudiendo así llegar a reabsorber el conflicto entre la *lex lata* y la *lex ferenda*.

Se comprenderá, por tanto, que si a la labor preparatoria de los órganos codificadores unimos la del proceso de elaboración del tratado en un contexto multilateral en el que todos los Estados —y, paralelamente, otros sujetos y actores— tienen la oportunidad de expresar sus puntos de vista sobre los principios y normas jurídicas que deben regir las relaciones en un ámbito determinado, se contará con una inmejorable fuente de información para descubrir si la regla convencional se formuló de *lege lata*, se trata de una norma *in status nascendi* o se propone de *lege ferenda*. Los *trabajos preparatorios*, auxiliares en la interpretación de los tratados (art. 32 de las CV de 1969 y 1966, v. Cap. XVI), son en este sentido esenciales.

LXVIII. LOS EFECTOS DEL PROCESO

287. La interacción tratado/costumbre

Según una formulación ya clásica, reconocida y reiteradamente evocada por la jurisprudencia internacional, de la CIJ en particular (*Delimitación de la plataforma*

ma continental del Mar del Norte, 1969; *Competencia en materia de pesquerías*, 1973; *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986; *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, 1996; *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004), la regla convencional puede tener un efecto: 1) *declarativo*, 2) *cristalizador*, ó 3) *generativo* de normas consuetudinarias. La disposición o disposiciones convencionales que produzcan uno de estos efectos obligarán con independencia de la entrada en vigor del tratado y respecto de Estados no partes en el mismo. La dificultad estriba, no obstante, en localizar estos efectos en cada caso, y ello debido, entre otras, a las siguientes causas:

1) La impracticable distinción, ya señalada, entre codificación y desarrollo progresivo, entre lo que es expresión de normas consuetudinarias y lo que entra en el terreno de su formación, cristalizándola o generándola; de ahí que diferentes reglas de un mismo tratado, y aun una misma regla, puedan responder a varios de los efectos apuntados y en distinta medida.

El dato más elocuente lo aportan los preámbulos de un buen número de tratados multilaterales generales, donde se advierte que su objetivo ha sido tanto la codificación como el desarrollo progresivo del sector del DI abordado (v. por ej., los preámbulos de las CV sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 y sobre Sucesión de Estados de 1978 y 1983; por su parte la CONVEMAR (1982) ofrece al efecto un rico muestrario sobre el que tendremos ocasión de pronunciarnos (v. *infra*)).

2) La necesidad de ponderar, a fin de apreciar el papel de la regla convencional en la declaración o en las etapas sucesivas de formación de la norma consuetudinaria, una pluralidad de factores que van abriéndose en círculos concéntricos según el efecto pretendido.

Imprescindible es, en todo caso, examinar la redacción de la disposición y el proceso conducente a su gestación (proyectos e informes de los órganos codificadores, sus revisiones o retoques a resultados de las observaciones de los Estados, debates de éstos durante la negociación del texto, votaciones, sentido y explicación del voto, número y calidad de sujetos que apoyaron su adopción y lo autentificaron...); pero también, y muy especialmente cuando se trata de afirmar la *generación* de una norma consuetudinaria, han de valorarse los pasos posteriores del proceso de conclusión del tratado (manifestaciones del consentimiento, declaraciones y reservas, entrada en vigor...), así como la práctica ulterior —y de quiénes— conforme con la regla convencional (v. *infra*).

La ponderación de estos factores es más exigente: a) cuando se trata, no ya —o no sólo— de determinar la existencia y contenido de la norma consuetudinaria, sino su oponibilidad a un sujeto en particular; y, b) cuando la regla convencional se dirige a la derogación de una costumbre preexistente.

En la práctica existe, por consiguiente, una compenetración entre las distintas etapas de la formación de normas generales mediante tratado que aquí, de nuevo por razones expositivas, hemos segmentado.

288. *La declaración de la norma consuetudinaria mediante tratado*


Una regla convencional tiene un efecto *declarativo* cuando, *ab initio*, es la expresión formal y cierta de normas consuetudinarias preexistentes. Mediante su formulación escrita el tratado hace una auténtica labor de codificación, contribuyendo a constatar la existencia de la norma general y fijar su contenido. Más aún, la regla escrita puede declarar una norma general y, al mismo tiempo, servir de arranque para ulteriores desarrollos generativos de normas más completas.

Así lo afirmó de manera taxativa la CIJ (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986), al reconocer que determinados principios de la Carta de NU (en el ámbito del uso de la fuerza) y de las Convenciones de Ginebra sobre DI Humanitario son, en ciertos aspectos, la expresión de DI consuetudinario sobre la materia, mientras que en otros han sido el germen para su desarrollo progresivo.

Como comprobaremos, la comunión entre costumbre y tratado deja a salvo, no obstante, la independencia entra ambos métodos de producción normativa (v. *infra*), lo que asimismo explica que el tratado no *solidifique* la costumbre, pues ésta no es inmutable en el tiempo, sino que puede evolucionar y distanciarse del instrumento convencional hasta, incluso, hacerlo caer en *desuetudo*.

En todo caso, ¿cómo descubrir qué es y qué no es declarativo en un tratado? Sería ejemplar que sus redactores procedieran a la calificación de las reglas convencionales.

Como hicieron los *codificadores* del régimen jurídico de la alta mar en el Convenio de Ginebra (1958), en cuyo preámbulo puede leerse que los Estados partes, *deseando codificar* las normas de DI referentes a la alta mar, *reconocen* "las disposiciones siguientes como *declarativas* en términos generales de los principios establecidos en DI".

Pero esta posibilidad, si no excepcional, sí es al menos infrecuente e, incluso, podría decirse que de *otro tiempo*, no sometido como el presente a la vorágine de vertiginosos cambios de y en la sociedad internacional y su Derecho. 

Por eso habitualmente hemos de contentarnos con que el instrumento convencional, al establecer su ámbito de aplicación, deje expresamente a salvo los preceptos obligatorios en virtud del DI *con independencia de su incorporación al tratado* (como, por ej., hacen con toda claridad los arts. 3.b y 4 de las CV de 1969 y 1986; y 3.a y 7.1 de la CV de 1978), advirtiendo así de la posible inclusión en su texto de reglas declarativas, aunque no nos diga cuales, siendo el órgano de aplicación el que tendrá que buscarlas como un sabueso, olfateando una serie de índices aportados, sobre todo, por los trabajos preparatorios.

De inestimable valor son, en este sentido, los comentarios añadidos por la CDI en sus proyectos de arts., en los que, por ej., desliza que tal o cual disposición "ha sido reconocida desde hace mucho tiempo en las decisiones judiciales" (que cita), o, por el contrario, advierte que "la práctica a este respecto es limitada y bastante embrionaria", por lo que su regulación se propone "a modo de desarrollo progresivo".

Asimismo, haya entrado o no en vigor el tratado, el acuerdo de los plenipoten-
ciarios reunidos en Conferencia o en el plenario de una OI de plasmar en el texto

del tratado Derecho ya vigente, se configura como un excelente medio de prueba de la *existencia*, *contenido* y, hasta, *oponibilidad* de una norma consuetudinaria, tanto como su desacuerdo permite desenmascarar a la que no lo es.

La jurisprudencia de la CIJ abunda en afirmaciones del efecto declarativo de los tratados multilaterales generales y se ha servido de él en numerosas ocasiones.

Así, la Corte invocó determinados preceptos de la CV de 1969 (arts. 60 y 62: terminación de un tratado a causa de su violación o por cambio fundamental en las circunstancias) antes de su entrada en vigor y respecto de Estados en litigio que no eran —uno o los dos— contratantes de la Convención, arguyendo que la regla en cuestión fue adoptada sin oposición (*Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia*, 1971; *Consejo de la OACI*, 1972; *Competencia en materia de pesquerías*, 1973; *Interpretación del acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, 1980).

Ya en vigor la CV, la Corte ha recurrido a ella, con independencia de la situación al respecto de los Estados implicados en la controversia, tanto en relación con los mismos preceptos (arts. 60 y 62, considerados “como una *codificación* del derecho consuetudinario existente”, *Proyecto Gabcikovo-Nagymaros*, 1997) como en relación con la noción de tratado incorporada en el art. 2.1 (*Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002) en materia de reservas (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, 1988) y de interpretación de los tratados (arts. 31 y 32), punto en el que el carácter declarativo de estas disposiciones se ha reiterado una y otra vez (*Controversia territorial terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras), 1992; *Controversia territorial* (Libia/Chad), 1994; *Plataformas petrolíferas* (exc. prel), 1996; *Isla Kasikili/Sedudu*, 1999; *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001; *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, 2002; *Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004). Por otro lado, en *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), la Corte afirmó el carácter declarativo de los arts. 18 (paso inocente por el mar territorial) y 87 (libertad de la alta mar) de la CONVEMAR (1982).

Efecto declarativo ha atribuido la CIJ, incluso, a proyectos de arts. de la CDI, como el relativo a la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en el que se basó la Corte (cuando tan sólo había sido aprobado por la Comisión en primera lectura) para calificar determinados comportamientos estatales como ilícitos internacionales y susceptibles, por tanto, de generar responsabilidad internacional (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1980; *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986; *Proyecto Gabcikovo-Nagymaros*, 1997) y últimamente (una vez aprobado por la CDI en segunda lectura el proyecto) para desestimar el estado de necesidad invocado por Israel como causa de exclusión de la ilicitud de su conducta (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004). (V. Cap. XIX).

289. La cristalización de la norma consuetudinaria mediante tratado

La gestación de una norma consuetudinaria puede desarrollarse al tiempo que el proceso de elaboración de la regla convencional, de suerte que, con la adopción del texto —y aún antes— se produce su nacimiento, que el tratado viene a certificar. En este caso, se dice que el tratado tiene un efecto *cristalizador* de una norma general, hasta entonces en vías de formación (*in status nascendi*).

El supuesto no es infrecuente. El proceso de codificación *lato sensu* consiente, facilita la identificación de los elementos de la costumbre —práctica y *opinio iuris*—, acelerando su formación, perfilando su contenido y ámbito de aplicación, contribuyendo, en suma, a limar las prácticas divergentes mediante la consagración de la norma en un texto escrito.

Pero este efecto no se produce fácilmente y, de nuevo, hemos de preguntarnos qué índices guiarán al órgano de aplicación para verificar la existencia de una norma cristalizada por efecto del tratado. La CIJ ofreció una guía inmejorable cuando, en los asuntos de la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969), analizó por primera vez con detenimiento la acción de un tratado en la formación de una norma consuetudinaria y tuvo el acierto de señalar qué reglas no podían liberar tal efecto. Así:

1) las que, en atención a la génesis del precepto invocado, hubieran sido propuestas por el órgano codificador —la CDI en este caso— “con mucha vacilación, a título más bien experimental y todo lo más de *lege ferenda*, no ciertamente a título de *lege lata*, ni siquiera a título de DI consuetudinario en vías de formación”; y

2) las susceptibles de recibir reservas en virtud de una cláusula que las autoriza, lo que en opinión de la Corte sería una “confirmación significativa” de la conclusión precedente. Al hablar de *cristalización*, hablamos de una norma que para existir necesita el soplo vivificador de la regla convencional, y no parece que esté en condiciones de darlo la regla *reservable*.

Esta consideración fue criticada, sin embargo, en las opiniones disidentes de algunos jueces, así como por una parte de la doctrina (v. *infra*).

La razones aludidas fueron las que llevaron a la Corte a negar efecto cristizador al precepto sometido a discusión, el art. 12 de la Convención de 1958 sobre plataforma continental (relativo a su delimitación); aunque sí lo admitió en relación con los arts. 1 a 3 (definición de la plataforma continental y derechos básicos del Estado ribereño), que sin tales trabas y ayudados por el proceso de codificación habían logrado reflejar o cristalizar normas aceptadas, o al menos en vías de formación, de DI consuetudinario.

Así pues, los trabajos preparatorios hasta el momento de la adopción del tratado vuelven a ser decisivos para averiguar si una regla convencional ha cristalizado —o no— en una norma general. Su examen ayudará a descubrir la situación en la que se encontraba la norma al iniciarse su proceso de gestación y, dado que la cristalización la supone *in statu nascendi*, servirá para precisar el apoyo recibido por dicho proceso, pues la evidencia del consenso desempeña un papel esencial en la cristalización de la costumbre en formación, por encima de la suerte que propio tratado pueda correr. La naturaleza normativa que le fuera atribuida en el texto y contexto del tratado (como, por ej., su idoneidad o no para ser objeto de reservas) no hará sino confirmar y fortalecer la convicción de los órganos de aplicación sobre el papel de la regla convencional a tal efecto.

La revisión del Derecho del Mar en la III Conferencia de las NU ofreció un buen ejemplo del efecto *cristizador* del proceso de codificación y desarrollo progresivo. Antes incluso de la adopción de la CONVEMAR (1982) la CIJ tuvo la oportunidad de manifestar que “el concepto jurídico de la plataforma continental establecido en la Convención de 1958 se había visto modificado por el criterio plasmado en el proyecto de Convenio surgido

de la III Conferencia" (*Plataforma continental* (Libia/Túnez), 1982). Posteriores pronunciamientos de la misma Corte y de órganos arbitrales reiteran, con más rotundidad aún, que la empresa codificadora y el consenso alcanzado con respecto a ciertos preceptos de la CONVEMAR (relativos a la plataforma continental y a la ZEE), independientemente de su entrada en vigor, son indicativos de su coincidencia con el DI general sobre la materia (CIJ, *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine*, 1984; *Plataforma continental* (Libia/Malta), 1985; s. arbitral sobre la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea Bissau*, 1985...).

290. La generación de la norma consuetudinaria a partir del tratado

Una regla convencional tiene un efecto *generativo* cuando es el punto de partida de la gestación de una norma consuetudinaria conforme con su contenido. En este caso, el tratado aparece en el momento de su adopción con una propuesta de nueva norma que no expresa costumbre preexistente (efecto *declarativo*), ni tan siquiera en vías de formación (efecto *cristalizador*), pero que, sin embargo, es capaz de provocar y originar una práctica generalmente aceptada como Derecho, que se desarrolla a partir *de y bajo* la influencia del texto escrito, que desempeña una función de convocatoria, de incitación a un genuino desarrollo progresivo de una norma general.

La posibilidad de que una regla puramente convencional en su origen se transforme en una norma consuetudinaria ha sido expresamente reconocida, con carácter general, por: a) el art. 38 de las CV de 1969 y 1986, que recuerda que el efecto relativo de los tratados no impedirá que una "norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado —u OI— como norma consuetudinaria de DI, reconocida como tal"; y, b) la jurisprudencia internacional, que considera tal efecto como uno de los métodos reconocidos para la formación de nuevas normas de DI general.

Así, el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (1946) reconoció efectos generadores a ciertos preceptos del IV Convenio de La Haya de 1907 sobre las leyes y usos generales de la guerra terrestre, fallo recientemente invocado por la CIJ en su op. cons. sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004), en la que declara que las disposiciones de las Reglas de La Haya "han pasado a formar parte del derecho consuetudinario" y, en tal condición, son aplicables a Israel —y a los territorios palestinos ocupados— a pesar de no ser parte en el mencionado Convenio. A la misma conclusión había llegado la Corte cuando, en su op. cons. sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* (1996), examinó los derechos y deberes de las partes beligerantes en sus operaciones militares (v. *infra*).

No obstante, *factibilidad* no ha de confundirse con *facilidad*. Situada en el *punto alfa* de la formación de una norma consuetudinaria, la regla convencional abre la expectativa de la generación de una norma consuetudinaria sólo a partir de ciertas condiciones. Las sentencias de la CIJ en el citado asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969) vuelven a ser ilustrativas:

1) Es preciso, ante todo, que la regla convencional tenga "virtualmente un carácter *fundamentalmente normativo*", esto es, un contenido *directamente operativo* capaz de constituir la base de una obligación abstracta y general, potencial-

mente apta para ser aplicada en condiciones de igualdad por los miembros de la comunidad internacional. Tal carácter no sólo ha de apreciarse en relación con la regla en sí misma, sino dentro de la economía general del texto y el contexto del tratado, pues su aspiración normativa puede verse frustrada si se encuentra subordinada a otra, está sujeta a condición o es susceptible de reservas.

Este planteamiento llevó a la CIJ a considerar que la regla sometida a examen, el principio de la equidistancia como método de delimitación de la plataforma continental (art. 6.2 de la Convención de 1958), en sí misma fundamentalmente normativa, veía desvirtuado su carácter al depender su aplicación de: a) la obligación primaria de buscar el acuerdo de las partes en materia de delimitación; b) el papel que juega la existencia de circunstancias especiales que aconsejen el recurso a otros métodos, con lo que aquella regla queda bloqueada; y, c) la eventualidad de que se le formulen reservas, facultad que si bien no imposibilita que la regla convencional produzca un efecto generativo (dependiendo del poco uso que se haga de la expresa facultad de formularlas), sí dificulta su capacidad de influir en la formación de una norma general (v. *infra*).

2) El carácter fundamentalmente normativo de la regla convencional, siendo necesario, no es suficiente para afirmar que, en efecto, se ha satisfecho tal expectativa, pues a continuación ha de verificarse la efectiva generación —a partir de dicha regla— de los elementos constitutivos de la costumbre (práctica y *opinio iuris*), para cuya determinación la Corte propone dos criterios alternativos: a) una *participación muy amplia y representativa* en el Convenio, siempre que comprenda a los Estados particularmente interesados; o, b) una *práctica frecuente y uniforme* con el sentido de la regla invocada, incluida asimismo la de los Estados particularmente interesados —partes y no partes en el tratado—, impulsada por la convicción de actuar conforme a Derecho.

Para la mayoría —no para la unanimidad— de los miembros de la Corte el art. 6.2 de la Convención de 1958 tampoco cumplía esta condición.

Con la primera condición la Corte pretende conectar el número y calidad de las manifestaciones del consentimiento recibidas por el tratado con el grado de aceptación objetiva de su contenido, lo que desde luego ayuda, pero no es definitivo. Es cierto que cuantos más Estados consientan el tratado cuyas reglas tratan de reflejar una conciencia jurídica común, tanto más se estimulará el nacimiento de una norma general paralela; cuanto mayor sea la persuasión de sus disposiciones y la presión política que lo acompañe, tanto más se acelerará el eventual efecto *generativo*.

Así en la op. cons. sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* (1996) la CIJ se apoyó en la amplia participación en la Convención de La Haya (IV) relativa a las leyes y usos generales de la guerra terrestre y las Reglas anejas (1907) y en los convenios de Ginebra (1949) y en el hecho de que las cláusulas de denuncia en ellos contenidas jamás hubiesen sido utilizadas para situarlos en la parte del DI Humanitario convencional que, *sin ninguna duda*, forma parte del DI consuetudinario y que se corresponden con “los principios humanitarios más universalmente reconocidos...”, considerados “inviolables”.

Pero la primera condición propuesta por la Corte no es decisiva para probar que la acción de los Estados partes rebasa el cuadro de las obligaciones puramente

convencionales o contractuales y obedece al convencimiento de que una norma general está en juego. El *test* realmente definitivo de la *generación* de una norma general a partir de la regla convencional *fundamentalmente normativa* lo proporciona la otra condición, a saber, la práctica realizada con la convicción de su obligatoriedad jurídica gestada fuera del círculo subjetivo del tratado, es decir, con inclusión de sujetos no partes en el mismo.

Aunque la Corte sólo contempla la posibilidad de que el efecto generativo tenga lugar respecto de un tratado en vigor, no debe descartarse que tal ocurra respecto de un texto que aún no lo está. No puede ocultarse, sin embargo, que en este caso las dificultades serán mayores y la ponderación de las condiciones más exigente, especialmente si la propuesta de nueva norma supone la derogación de una costumbre preexistente. De ser así, el trabajo de codificación y desarrollo progresivo (pretendiendo un doble efecto, *degenerativo* y *generativo*, de derecho consuetudinario) producirá durante un tiempo una cierta turbulencia que hará difícil tomar la instantánea del estado normativo en un momento dado, a la espera de que la nueva propuesta logre —si puede— *madurar* en una nueva norma general.

Piénsese, por ej., en una porción de reglas de la CONVEMAR (1982), cuya entrada en vigor general se produjo sólo en noviembre de 1994), adoptadas para *desbancar* las normas codificadas por los convenios de Ginebra (1958). Si bien algunas lo lograron mediante la *crystalización* de costumbres (como ocurrió con la noción general de ZEE), otras en cambio *cerraron en falso* (C. Jiménez Piernas) el proceso de desarrollo progresivo, al exigir su posterior reinterpretación y/o enmienda, caso del régimen de la Zona Internacional de Fondos Marinos, objeto del Acuerdo de 1994 (v. *supra*), y de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, objeto del Acuerdo de 4 de agosto de 1995.

291. *Reservas y formación de normas consuetudinarias*

La facultad de formular *reservas* (v. Cap. XI) a disposiciones convencionales que enuncian normas consuetudinarias y, caso de admitirse dicha facultad, sus efectos o consecuencias sobre la capacidad de la regla convencional susceptible u objeto de reservas para influir en la formación de una norma general, han sido discutidas.

Indudablemente las reservas no serán posibles si una cláusula del propio tratado las prohíbe, lo que al tiempo fortalecerá la creencia de los órganos de aplicación de que la disposición puede ser considerada como expresión de una norma de derecho generalmente aceptada e influirá en todo caso en el proceso de su formación.

A esta conclusión llegó la CIJ en los asuntos de la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969) respecto de los artículos 1 a 3 del convenio de Ginebra sobre la plataforma continental (1958), pues observando que eran los únicos a los que se prohibía (art. 12) formular reservas, estimó que son “los que manifiestamente se ha considerado que consagran o cristalizan” normas generales.

Pero, en ausencia explícita de prohibición, ¿serán admisibles las reservas? De serlo, ¿con qué efectos?

Consideremos el primer punto. A menudo se ha sostenido la imposibilidad de formular reservas a una regla convencional que exprese DI consuetudinario por ser incompatible con el objeto y fin (art. 19 CV) de los tratados de codificación encaminados, como tales, a uniformar y conferir claridad, seguridad y certeza a la norma general; se ha dicho (R. Ago), en este sentido, que la reserva “supone la negación misma de la labor de codificación”.

Como pólvora para servir esta causa se ha traído a colación el pronunciamiento de la CIJ en el asunto al que acabamos de hacer de referencia al decir que si bien la facultad de formular reservas es característica de reglas y obligaciones puramente convencionales, “no podría ser así en el caso de las normas y obligaciones de derecho general o consuetudinario que por naturaleza deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional y no pueden por ello estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad en su beneficio”. Pero, situada en su contexto, el *dictum* de la Corte no llega tan lejos como pretenden algunos de sus exegetas. En realidad lo que la Corte pretendía era sólo destacar en el caso sometido a su consideración la distinción entre el tratamiento que los autores del Convenio sobre la Plataforma Continental (1958) habían dado a unas disposiciones (arts. 1 a 3) respecto de las que se prohibía formular reservas, y a otras (el art. 6, en concreto, sobre delimitación), que las permitía, por lo que a la Corte le pareció legítimo deducir que a éste “se le atribuyó un valor diferente y menos fundamental y que, contrariamente a esos artículos [1 a 3], no reflejaba derecho consuetudinario preexistente o en vías de formación” (v. *infra*).

El loable propósito que anima la defensa de la inadmisibilidad de reservas a reglas que se dicen reflejo de normas consuetudinarias choca con el principio del consentimiento que rige las relaciones convencionales, del que la reserva es consustancial y si los Estados pueden derogar las normas consuetudinarias por acuerdo *inter se*, no se ve por qué razón no podrán hacerlo mediante una reserva. Una reserva puede constituir para un *objeto persistente* el medio de manifestar la persistencia de su objeción (P. Weil).

Las cláusulas sobre reservas —incluso las permisivas— vienen determinadas a menudo por consideraciones de oportunidad política, que valoran los negociadores según la importancia que concedan a su observancia íntegra y uniforme entre las partes, aunque el motivo sea evitar que por la vía de reservas se frustren las ventajas obtenidas por cada uno de los grupos comprometidos en una negociación global, como ocurrió en la CONVEMAR (1982), que prohíbe las reservas, pero admite las declaraciones interpretativas (arts. 309 y 310). Nada que ver, pues, con la naturaleza herméticamente convencional o consuetudinaria de una regla.

La práctica confirma, como ha constatado A. Pellet en sus informes a la CDI como relator del tema “Las reservas a los tratados”, que los tratados de codificación son, de todos los tratados, los que reciben el mayor número de reservas. Y si ha podido ocurrir que determinadas objeciones se han basado en el carácter consuetudinario de las normas concernidas, la naturaleza propia de estos tratados no parece haber sido alegada nunca para sostener una declaración de incompatibilidad con su objeto y su fin.

El Estado que reserva la disposición es, seguramente, un Estado que se ha opuesto sin éxito o no ha participado en la adopción del texto del tratado; es un Estado que contesta la existencia o contenido de la disposición presuntamente codificadora o, por lo menos, considera que no le es oponible; es un Estado que estima erróneo o perjudicial para sus intereses el desarrollo progresivo que propone la disposición.

La prohibición de formular reservas impuesta por una norma general no tiene que ver con la naturaleza consuetudinaria de la norma subyacente a la regla convencional, sino con su condición de norma imperativa (*ius cogens*), pues es inconcebible que un Estado pueda mediante su objeción persistente y/o reserva

eximirse de la aplicación de una norma que no admite “acuerdo en contrario” (art. 53 de las CV). (V. Caps. I y XII). Esto explica que haya sido en el ámbito de los derechos humanos donde se haya levantado con más fuerza la bandera de la inadmisibilidad de las reservas, sobre todo por los órganos creados para la supervisión del cumplimiento de los tratados concernidos (v. *Observación general n° 24(52)*, 1994, del CDT; CDI, *Documento de trabajo definitivo sobre las reservas formuladas a tratados de derechos humanos*, 2004). (V. Cap. XI).

Las propuestas de A. Pellet en la CDI van en esta dirección: de un lado, “la naturaleza consuetudinaria de una norma enunciada por una disposición convencional no constituye en sí misma un obstáculo a la formulación de una reserva a esa disposición”; de otro, “Un Estado o una OI no podrá formular una reserva a la disposición de un tratado que enuncie una norma imperativa de DI general”; finalmente, “Para apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado general de protección de los derechos humanos, habrá que tener en cuenta el carácter indisoluble de los derechos en él enunciados y la importancia que tiene el derecho que es objeto de la reserva en la estructura general del tratado o la gravedad del menoscabo que le causa la reserva” (*Guía de la práctica... proyectos de directriz 3.1.8, 3.1.9 y 3.1.12*)

Que no esté prohibido *per se* reservar disposiciones convencionales que enuncian costumbre no significa, sin embargo, que el autor de una reserva pueda, por ese solo hecho, desvincularse de las obligaciones que la costumbre le impone con independencia del tratado (cuyo contenido es, por hipótesis, idéntico, v. *infra*).

Esta consideración enlaza, en todo caso, con la cuestión, planteada en segundo lugar, acerca de la repercusión de las reservas en el proceso de formación de una norma consuetudinaria. Para despejarla es aconsejable recurrir a dos variables: a) el fundamento de la facultad de formular reservas, bien en una cláusula del propio tratado o de las reglas supletorias de las CV; y b) el uso que se haga de dicha facultad, relacionados ambos con el efecto (declarativo, cristizador o generador de la norma general) que se predica de la regla convencional.

La primera variable es útil sólo para advertir que una cláusula permisiva de reservas debilita en principio —hasta que, transcurrido un razonable período de tiempo, pueda verificarse el uso que se ha hecho de ella— la capacidad de una regla convencional expuesta a las reservas de un número indefinido de sujetos, para provocar la cristalización e influir en la generación de una norma general. Dicho esto, el fundamento de la facultad de formular reservas es por sí mismo irrelevante para apreciar la repercusión de la regla convencional sobre la norma consuetudinaria. Como señaló P. Imbert es el uso que se hace de ellas el que las *corrompe*.

He ahí la segunda variable. El ejercicio de la facultad de reserva, sea cual sea su fundamento, repercute siempre negativamente a la hora de calibrar su influencia en cualquier estadio de la formación de la norma general, consumiendo y hasta agotando la energía que podía liberar para la codificación y el desarrollo progresivo del DI. La formulación de una reserva a una regla convencional no basta por sí sola para que su autor se sustraiga a normas universalmente obligatorias, pero si son muchos y cualificados los Estados que lo hacen se cernerá

la duda no sólo sobre su efecto cristalizador y generativo, sino también sobre su carácter *declarativo* de una norma.

LXIX. LA ESENCIAL INDEPENDENCIA DEL TRATADO Y DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

292. *Los principios*

Que una regla convencional sea la *expresión* del DI general, logre su *cristalización* o sirva para *generarlo*, no priva a la norma general de su individualidad e independencia como fuente de obligaciones. Ha de quedar claro, por consiguiente, que el DI consuetudinario continúa *existiendo* y *aplicándose* independientemente del DI convencional, incluso cuando su contenido es idéntico y el objeto del tratado fue atender a la codificación y desarrollo progresivo de normas generales.

El DI consuetudinario tiene vida y fuerza de obligar propia, rige las relaciones que implican a sujetos no partes en los tratados y, en cuanto a las relaciones entre las partes, las normas consuetudinarias no desaparecen, sino que coexisten con las reglas convencionales, de suerte que las partes vendrán obligadas por un doble y autónomo concepto: convencional y consuetudinario. La regla convencional vendría a ser una segunda piel de la norma general. La observación no es retórica, pues ello es justamente lo que permite al tratado sortear su consabido efecto relativo.

Una reserva sólo concierne a la regla convencional, no a la norma general por lo que no cabe excluir su aplicación sobre esta base.

"Por supuesto— escribió el juez Morelli (*Plataforma continental del mar del Norte*, 1969, op. dis.)— la facultad de formular la reserva sólo afecta a la obligación contractual que se deriva de la Convención [...]. Es obvio que la reserva no tiene nada que ver con la norma consuetudinaria como tal. Si existe ~~esta~~ norma, existe también para el Estado que ha formulado la reserva, del mismo modo que existe para los Estados que no han ratificado".

El actual relator de la CDI sobre "las reservas a los tratados", A. Pellet, sustenta la opinión: "Una reserva a una disposición convencional que enuncia una norma consuetudinaria no afecta al carácter obligatorio de la norma consuetudinaria de que se trate en las relaciones entre el Estado o la organización autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales obligados por esa norma" (*Guía de la práctica...*, proyecto de directriz 3.1.8).

Por otro lado, si por cualquier circunstancia la aplicación de la regla convencional decae, quienes la venían aplicando no se verán por ello eximidos de observar la norma consuetudinaria. El art. 43 de las CV lo recuerdan con toda claridad: "La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de su aplicación, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del DI independientemente de ese tratado".

Otros tratados multilaterales generales de codificación y desarrollo progresivo del DI disponen en consecuencia que su denuncia no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones por las que las partes estén vinculadas en virtud de los principios de DI general en ellos reflejados (así, los convenios de Ginebra (1949), I, art. 63; II, art. 62; III, art. 142 y IV, art. 158).

Conviene asimismo advertir que las normas generales consuetudinarias forman parte del contexto ampliado que ha de tenerse en cuenta para interpretar un tratado (art. 31.1.c de las CV, v. Cap. XVI). Desde esta perspectiva, la costumbre es una especie de telón de fondo y en cuanto tal un medio relevante para completar las disposiciones convencionales (CIJ, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continúa de África del Sur en Namibia*, 1971; sentencia arbitral en el asunto de la *Delimitación de la plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña*, 1977).

293. *Sus consecuencias*

La CIJ ha tenido ocasión de constatar la autonomía e independencia de las fuentes y de sacar provecho.

En el asunto sobre el *Personal diplomático de los Estados Unidos en Teherán* (1980), la Corte afirmó que las obligaciones que incumbían a Irán en materia de relaciones diplomáticas y consulares, no sólo eran de carácter convencional, derivadas de su condición de Estado parte en las Convenciones de 1961 y 1963, sino que las mismas también le correspondían como obligaciones de DI general.

Fue, no obstante, el contencioso entre Nicaragua y Estados Unidos (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986) el que permitió a la Corte establecer su jurisprudencia de manera más amplia e inequívoca.

Según Estados Unidos la Corte no disponía procesalmente de normas aplicables al fondo del asunto y no podía, en consecuencia, dictar sentencia, porque lo impedía una reserva —añadida a su declaración de aceptación de la jurisdicción de la CIJ (v. Cap. XVIII)— excluyendo las diferencias que implicaran la interpretación de tratados multilaterales, a menos que todos los Estados interesados fueran partes en el procedimiento. Según Estados Unidos eso afectaba no sólo a las Cartas fundacionales de NU (art. 2.4) y de la OEA (arts. 18 y 20), invocadas por Nicaragua, sino también a las normas consuetudinarias reflejadas en tales instrumentos, en la medida en que las subsumían y precluían toda posibilidad de coexistencia independiente.

La Corte afirmó de manera taxativa la *independencia* de las fuentes y la *impermeabilidad* de las normas consuetudinarias a las reservas formuladas en relación con la interpretación de tratados multilaterales, razón por la cual la indisponibilidad procesal de las Cartas de las NU y de la OEA como Derecho aplicable al caso no se extendía a las otras fuentes del DI cuya aplicación prescribía el art. 38 del Estatuto de la Corte.

Posteriores pronunciamientos de la Corte confirman el doble carácter de las normas generales. Recientemente (*Actividades armadas sobre el territorio del Congo*, 2006) la Corte afirmó (reiterando lo dicho en el asunto sobre la *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, 1996) que: “los

principios que constituyen la base de la convención [sobre genocidio] son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados independientemente de todo vínculo convencional”.

LXX. LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS COMO INSTRUMENTO DE CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO

294. *Las resoluciones de la Asamblea General*

La AG no ha sido investida por la Carta de NU de poderes legislativos y, en este sentido y con carácter general (las excepciones van referidas a la regulación de la estructura y funcionamiento interno de la Organización), sus resoluciones son meras *recomendaciones* en el ámbito de su competencia sustancial o material. (v. Cap. VIII).

Ahora bien, aun carentes de poder normativo autónomo, las resoluciones recomendatorias de la AG pueden desempeñar efectos similares a los descritos para los tratados multilaterales generales en las sucesivas etapas de formación de normas consuetudinarias: *declarativos, cristalizadores y generativos*. Así lo ha reconocido de manera reiterada la jurisprudencia internacional, arbitral (*Texaco-Calasatic*, 1977) y de la CIJ (*Actividades militares y para militares en y contra Nicaragua*, 1986; *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, 1996; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004), así como la doctrina (IDI, sesión de El Cairo, 1987, res. sobre “La elaboración de grandes convenciones multilaterales e instrumentos no convencionales con función o vocación normativa”).



Esta predilección no es caprichosa. Estamos ante un órgano plenario de naturaleza política, en el que tienen voz y voto los representantes de la práctica totalidad de Estados que componen la sociedad internacional actual (amén de la participación de otros actores con *status* diverso) con competencias generales que pueden cubrir cualquier asunto o cuestión dentro de los amplios márgenes constitucionales de la Carta (arts. 10 a 14) y, entre ellas, la específica de impulsar el desarrollo progresivo del DI y su codificación (art. 13.1.a). ¿Qué más puede pedirse para afirmar que la AG es un excelente receptáculo de opiniones políticas y crisol de una voluntad colectiva sobre los principios y normas que rigen o han de regir las relaciones internacionales? De ahí que la CIJ haya afirmado que: “las resoluciones de la AG, incluso aunque no sean vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proveer una importante evidencia para establecer la existencia de una norma o la aparición de una *opinio iuris*” (*Licitud de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, 1996).

Ha de entenderse, por consiguiente, que una resolución de la AG puede ser la expresión o contribuir a la formación de una norma consuetudinaria y, al mismo tiempo, constituir la prueba del estado de cualquiera de sus elementos constitutivos: práctica y *opinio iuris*, pues no cabe duda que la Asamblea es un excelente termómetro que permite, rápida y eficazmente, la medición de ambos. Lo que de nuevo nos lleva a corroborar los cambios operados en los métodos de prueba de la costumbre internacional (v. Cap. XIII).

El poder *cuasi legislativo* que por esta vía puede desempeñar la AG en ningún caso debe arrogárselo el C. de S. Como ha observado O. Corten, ni el Consejo ha sido investido de competencias en el ámbito de la codificación y el desarrollo progresivo del DI, ni las resoluciones del Consejo, por más que obligatorias cuando actúa en el marco del capítulo VII de la Carta (acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión, v. Cap. XXVII), pueden pretender cristalizar ni generar costumbre en ausencia de práctica y/u *opinio iuris* del conjunto de los Estados miembros; otra cosa es que se consideren las decisiones del Consejo en el marco general de la determinación de los elementos indicativos de la existencia, contenido y oponibilidad de una norma general, como ha hecho la CIJ en alguna ocasión (así en *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004).

295. Factores relevantes en la determinación de su valor jurídico

A la hora de apreciar el valor jurídico de una resolución de la AG ha de tenerse en cuenta un número abierto de factores (naturaleza y contenido, método de elaboración, apoyo recibido en el momento de su adopción, práctica precedente y subsiguiente...), que influyen en mayor o menor medida según el efecto pretendido.

La CIJ los resume así en su op. cons. sobre la *Licitud de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* (1996): es preciso "observar su contenido [de la resolución] y las condiciones de su adopción; y también es preciso comprobar si existe una *opinio iuris* en relación con su carácter normativo".

Otro tanto ocurría, como se observó, con los tratados de codificación y desarrollo progresivo, sólo que ahora la consideración de los factores relevantes adquiere especial significación, pues —a diferencia de los tratados— las resoluciones carecen de virtualidad obligatoria *per se* y, frecuentemente, de un propósito deliberado de codificación y desarrollo progresivo de normas generales.

Se trata, sustancialmente, de considerar si la resolución —o partes de ella— tiene un contenido normativo, esto es, que se ha gestado con la intención de enunciar principios jurídicos de alcance abstracto y general, y no meramente políticos, intención cuya verificación depende, cuando no es expresa, del *tenor de la resolución* y de las *circunstancias que rodearon su elaboración*. El examen de los *trabajos preparatorios* vuelve a ser aquí imprescindible.

Significativamente, en NU se ha ido asentando la práctica de etiquetar como *Declaraciones* las resoluciones de la AG que, con carácter formal y solemne, enuncian *principios de grande y duradera importancia*, creando en el órgano que las adopta una *fuerte expectativa de que serán cumplidas por los miembros de la*

comunidad internacional (Memorando de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General, 1962; en el mismo sentido, IDI, sesión de El Cairo, 1987, res. citada). En la medida en que tal expectativa se vea satisfecha, concluye el Memorando, una resolución puede llegar a ser reconocida como enunciando reglas obligatorias para los Estados en virtud de la costumbre.

Además, este tipo de *resoluciones-declaraciones*, aunque adoptadas por el procedimiento habitual de toma de decisiones de la Asamblea (art. 18 de la Carta), se somete a las mismas o similares técnicas preliminares de la elaboración de los tratados multilaterales generales, es decir, que de su proyecto se encarga un órgano —normalmente de naturaleza política— inscrito en el entramado de codificación y desarrollo progresivo de NU, ya sea de funcionamiento permanente o *ad hoc* (v. *supra*).

Siguiendo este método se han adoptado *resoluciones-declaraciones* sobre las más diversas materias. Mencionaremos, por su especial significación la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (res. 217-III, 1948); la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (res. 1514-XV, 1960); la *Declaración relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales* (res. 1803-XVII, 1962); la *Declaración de principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre* (res. 1962-XVIII, 1963); la *Declaración sobre los principios que rigen el fondo de los mares y océanos, así como su subsuelo, más allá de los límites de la jurisdicción nacional* (res. 2749-XXV, 1970); la muy importante *Declaración sobre los principios* —de DI referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados (res. 2625-XXV, 1970); la *Declaración que define la agresión* (res. 3314-XXIX, 1974); la *Declaración y programa de acción sobre el establecimiento de un NOEI* (res. 3201-XXIX, 1974)...A ellas cabe agregar las resoluciones que, en particular, miran al imbricado binomio mantenimiento de la paz/arreglo pacífico de las controversias internacionales, debidas en su mayoría a la labor del Comité sobre la Carta de las NU y el fortalecimiento del papel de la Organización: la *Declaración de Manila* —sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales (res. 37/10, 1982); la *Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las NU en esa esfera* (res. 43/51, 1988); la *Declaración sobre la determinación de los hechos* —por las NU en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (res. 46/59, 1991); la *Declaración sobre el mejoramiento de la cooperación entre las NU y los acuerdos u organismos regionales en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales* (res. 49/57, 1994)...

Supuesta la naturaleza fundamentalmente normativa de una resolución —se llame o no declaración— las condiciones de su adopción configuran el segundo factor a tener en cuenta. El apoyo recibido por la resolución en el momento de su adopción es esencial para valorar su autoridad y posible influencia en la codificación y desarrollo progresivo del DI. Cuando la resolución es adoptada por unanimidad, por consenso e, incluso, por más de los dos tercios (requeridos por la Carta para las cuestiones importantes, art. 18.2), siempre que esa mayoría sea suficientemente *representativa* (v. en este sentido IDI, sesión de El Cairo, 1987, res. citada), se creará una expectativa fundada de que lo aprobado posee relevancia jurídica.

La estimación del valor del voto no ha de ser lineal y, en este sentido, han de tomarse en consideración las diversas razones que pueden motivar la actitud de los Estados en un órgano político como la AG; para su averiguación puede ser de gran utilidad considerar el debate previo a su adopción y las explicaciones de voto. En todo caso, la simple emisión de un voto positivo —o de apoyo al consenso— no es, desde un punto de vista

formal, suficiente para comprometer al Estado que lo ha emitido, cuya obligación se limita —cualquiera que haya sido el sentido de su voto— a considerar de buena fe la posibilidad de observar lo recomendado por la AG. Aún así, los Estados son cada vez más conscientes de las implicaciones jurídicas de su actitud y toma de posición; de ahí que se muestren especialmente cautelosos para evitar los riesgos de asumir una obligación unilateralmente (v. Cap. VII). Manifestación de esta cautela es la práctica cada vez más frecuente de acompañar el voto —positivo o no— con declaraciones y reservas, como si de la adopción de un instrumento convencional se tratara.

No basta con que la resolución pretenda enunciar principios jurídicos y goce de apoyo general. Condición necesaria y complementaria es que una práctica generalmente aceptada como Derecho se haya gestado o geste, también, fuera del marco institucionalizado de la Organización, esto es, en las relaciones interestatales, *test* mediante el que se comprueba, observa la Corte, que “existe una *opinio iuris* en relación con su carácter normativo” (*Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, 1996). Esta condición, importante desde luego cuando la resolución pretende enunciar Derecho vigente o en vías de formación, es decisiva cuando la resolución se presenta como una propuesta de *lege ferenda*.

296. La interacción con la costumbre: a) Resoluciones declarativas

Hay resoluciones cuyo efecto es *declarativo* de normas generales preexistentes, sirviendo así, como las reglas convencionales estrictamente codificadoras, para precisar el sentido de la práctica y la *opinio iuris*. Si de los términos de la resolución se infiere claramente su intención de expresar Derecho vigente, y su adopción contó con el asentimiento general, existirá una *fuerte* presunción a favor de que su texto contiene un enunciado correcto de la norma general.

El valor de las resoluciones de la AG como prueba cierta y precisa del DI consuetudinario o, indistintamente, de sus elementos constitutivos, cuenta con el reconocimiento expreso de la jurisprudencia internacional.

Así lo ha admitido la CIJ (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986), en relación con dos resoluciones emblemáticas de la AG adoptadas por consenso: la *Declaración que define la agresión* (res. 3314-XXIX, de 1974) y la *Declaración de principios* (resolución 2625-XXV, de 1970); *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado*, 2004, en relación con esta misma resolución.

Las decisiones arbitrales en los asuntos *Texaco-Calasiatic* (1977) y *Liamco* (1977) coincidieron, asimismo, en conceder carácter de Derecho vigente a algunos de los principios enunciados en la *Declaración relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales* (res. 1803-XVII, de 1962). Los árbitros tomaron como factores relevantes de su decisión el análisis de las disposiciones concernidas y las condiciones en las que fue adoptada la resolución, que contó con el respaldo de una mayoría de Estados pertenecientes a los distintos grupos geográficos y sistemas económicos.

Por el contrario, un amplio o cualitativamente importante número de votos negativos y/o abstenciones, *debilita* el pretendido efecto declarativo de la resolución. Lamentablemente, a esta conclusión llegó la CIJ en su op. cons. sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* (1996) respecto de la *Declaración sobre la prohibición del uso de las armas*

nucleares y termonucleares (res. 1653-XVI, de 1961, reiterada regularmente en años posteriores), por considerar que estas resoluciones “han sido adoptadas con un número no despreciable de votos negativos y abstenciones” y si bien revelan la *manifestación clara de una profunda inquietud* de la comunidad internacional acerca del problema que representa el recurso a las armas de destrucción en masa, “todavía no establecen la existencia de una *opinio iuris* en cuanto a la ilicitud del empleo de estas armas”.

En la citada resolución (1653-XVI) la AG declaraba que el uso de las armas nucleares “es contrario al espíritu, a la letra y a los objetivos de la Carta de las NU y, por tanto, constituye una violación directa de la misma”, considerando a continuación que todo Estado que las utilice “comete un crimen contra la Humanidad y contra la civilización” (v. Cap. XXVIII).

297. *La interacción con la costumbre: b) Resoluciones cristalizadoras*

La adopción por la AG de una resolución —o de una serie de resoluciones con un mismo objeto— puede conducir a la *cristalización* de una norma consuetudinaria *in statu nascendi*. El IDI (sesión de El Cairo, 1987, res. citada) ha afirmado, en este sentido, que cuando una norma se encuentra en vías de formación, o existen dudas sobre su existencia, una resolución adoptada sin votos negativos o abstenciones puede consolidar la costumbre o disipar las dudas.

Entre los ej. que se traen a colación es bien conocido el de la *Declaración de principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre* (res. 1962 (XVIII), de 1963), adoptada por unanimidad, a la que se atribuyó un efecto *cristalizador* de los principios jurídicos que debían regir las actividades de los Estados, iniciadas en los años inmediatamente anteriores (1957), en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, en particular, los relativos a la utilización pacífica y no apropiación.

La rapidez con que los miembros de la sociedad internacional pueden asumir los principios enunciados en una determinada resolución como parte del Derecho vigente condujo a afirmar a algunos autores que nos encontrábamos ante *costumbres instantáneas*, cuyo único soporte era el elemento espiritual: la *opinio iuris communis*, manifestada en el momento de la adopción de la resolución. Las consecuencias eran obvias. Al desaparecer la *práctica* del esqueleto de la costumbre la AG se convertía en un órgano *cuasilegislativo*, capaz de adoptar resoluciones que, apoyadas pero no aplicadas —todavía— por la generalidad de los Estados, se convertían casi automáticamente en normas de DI general.

En realidad, la situación es otra. El transcurso del *tiempo* en la formación de la norma consuetudinaria es un mero instrumento para la identificación de sus elementos constitutivos y no cabe duda de que la AG, como las Conferencias de codificación, son foros universales que permiten una rápida catalización de tales elementos. Como ya hemos apuntado (v. Cap. XIII), la necesidad social de regular nuevas áreas, abiertas a la actividad humana por el avance tecnológico, es otro factor de estímulo de la *aceleración* en la formación de normas consuetudinarias.

La *generalidad* de la práctica, por su parte, debe entenderse en sentido relativo, referida en cada sector a la actividad de los Estados particularmente interesados que están en condiciones de cooperar en su gestación.

Todos estos factores confluían en el ejemplo referido, que por lo demás no es único, haciendo así posible que, en menos de una década, la práctica de sólo dos Estados (la Unión Soviética y Estados Unidos), unida a la *opinio iuris* del resto de los miembros de la comunidad internacional, *acelerara* la formación y consolidación de una norma consuetudinaria, que era necesaria. Posteriormente, para la implementación de los principios enunciados en la Declaración de 1962 se adoptó el Tratado General del Espacio (1967), al que siguieron otros concernientes a aspectos particulares de las actividades espaciales.

298. La interacción con la costumbre: c) Resoluciones generadoras

Una resolución de la AG que contenga principios jurídicos nuevos en el momento de su adopción puede llegar a ser la base o suscitar el nacimiento de una práctica generalmente aceptada como derecho. Si es así, su efecto es *generativo* de una nueva norma consuetudinaria.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (aneja a la res. 317-III, de 1948), adoptada sin votos negativos aunque con ocho abstenciones, es una manifestación excepcional del efecto generador que puede desplegar una resolución de la Asamblea. Tan es así que, si bien los derechos en ella enunciados fueron inicialmente concebidos como “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, hoy son universalmente reconocidos como DI general, lo que ha merecido a la Declaración la calificación de *Carta Magna para toda la Humanidad* y hay incluso Constituciones estatales (como la española de 1978, art. 10.2) que la han incorporado como faro alejandrino en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (v. Cap. XXIX).

La *generación* de normas consuetudinarias a partir del texto de una resolución —o de una serie de ellas— ha sido contrastada por la CIJ para determinar, por ej., sobre la base de los principios establecidos por la AG en la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (res. 1514-XV, y las resoluciones que fueron su consecuencia), las normas generales de DI rectoras del proceso de descolonización (v. Cap. IV).

Ya en 1971 (*Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia (Sudoeste africano) a pesar de la res. 276 (1970) del C. de S.*) la CIJ hizo hincapié en la evolución del DI debida a las citadas resoluciones descolonizadoras de la AG, lo que llevó a la misma AG a ufanarse del papel que podían desempeñar sus declaraciones y resoluciones en el desarrollo del DI y que, en esa medida, “pueden ser tomadas en consideración por la CIJ” (res. 3232-XXIX, de 1974). Tan sólo un año después la Corte recurrió de nuevo a las mismas resoluciones descolonizadoras para determinar las normas del DI relevantes en la cuestión planteada sobre el *Sahara Occidental* (1975). Veinte años después (*Timor Oriental*, 1995), la Corte observó que el derecho de los pueblos a la libre determinación era un derecho *erga omnes* y últimamente (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004) se apoyó en sus anteriores pronunciamientos para referirse a una de sus más importantes consecuencias, pues, según “se reafirmó en la resolución 2625-XXV... todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación... a los pueblos aludidos en [esa resolución]”.

Ahora bien, como ocurría con las reglas convencionales, el análisis de los factores determinantes del valor jurídico de las resoluciones de la AG se hace más complejo cuando de la *expresión* de la norma preexistente y la *cristalización* de la que se encuentra en vías de formación pasamos a enhebrarlas en la trama configuradora de la *generación* de una norma nueva.

Es doctrina extendida, y así lo hemos reiterado, que las resoluciones de la Asamblea pueden ser prueba y/o coadyuvar a la formación de cualquiera de los elementos constitutivos de la costumbre: práctica y *opinio iuris*. Por lo que respecta al elemento material, los votos favorables a una resolución constituyen precedentes que contribuyen a su formación. Pero es en el elemento espiritual en el que las resoluciones de la Asamblea concentran la mayor parte de su virtualidad. En relación con el efecto generador, un amplio y sólido apoyo a una resolución que incorpora nuevos principios y normas jurídicas constituirá el mejor y más rápido exponente del consenso de los miembros de la sociedad internacional sobre la *opinio iuris*.

Sin embargo, esto no basta para que lo enunciados de *lege ferenda* se incorporen sin más a la *lex lata*. La resolución abre, en efecto, la expectativa de la formación de la norma mediante una rápida síntesis de la *opinio iuris* pero, al igual que acontece con las reglas convencionales de desarrollo progresivo, de la práctica no puede prescindirse. Los actos materiales de los Estados conformes con lo dispuesto en la resolución son imprescindibles para que el *valor normativo* incoado se transforme en norma. Cosa distinta es que la importancia relativa de esta práctica disminuya una vez que, gracias a la resolución —o resoluciones— de la Asamblea, la *opinio iuris*, que antes debía extraerse del análisis individualizado de los comportamientos de los Estados, se entienda decantada al trasluz de un texto escrito y formal.

Con frecuencia, la AG realiza a través de sus resoluciones una suerte de convocatoria, estimulante, en cierto modo agitadora, en torno a un programa un *legislativo* que recoge los postulados y principios inspiradores del Derecho por venir. Más o menos lentamente, con mayor o menor resistencia, estas resoluciones —que, al menos, han de ser consideradas de buena fe por todos los miembros de NU— pueden llegar a influir en las políticas legislativas de los Estados mediante su proyección en los ordenamientos internos y, de ahí, en las relaciones interestatales, tejiendo así una trama generadora, a veces imperceptible pero incesante, de DI consuetudinario. Dentro de este marco de actuación, la reiteración de resoluciones con un mismo objeto —mediatizadas a veces por la opinión pública en aspectos que tocan su fibra sensible, como la protección del medio ambiente y de los derechos humanos, en particular— pueden ir minando las reticencias de los Estados de cara a la necesidad de desarrollo y conformación de nuevas normas generales. La CIJ así lo ha admitido: “una serie de resoluciones pueden mostrar la evolución gradual de la *opinio iuris* requerida para el establecimiento de una nueva norma” (*Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, 1996).

Es así como en el ámbito de la protección del medio ambiente, por ej., las resoluciones adoptadas por la AG y/o las Declaraciones políticas emanadas de Conferencias intergubernamentales ofrecen con frecuencia un cuadro impresionista del DI en vías de formación, confirmando su trascendencia en la (pre)configuración del DI vigente. Así lo ha advertido la CIJ en la op. cons. recién mencionada, cuando recurrió al principio 24 de la *Declaración de Río* (Conferencia de NU sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992), según el cual: “...los Estados

deberán respetar las disposiciones de DI que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario" para respaldar su afirmación de que el respeto del medio ambiente "es uno de los elementos que permiten juzgar si una acción [en legítima defensa] es conforme con los principios de necesidad y proporcionalidad".

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre la codificación y el desarrollo progresivo del DI, debidos en particular a la labor de NU, en lengua española: S. Torres Bernárdez, "La obra de desarrollo progresivo y codificación del DI llevada a cabo por las NU", *ONU, Año XX*, Madrid, 1966, 199; J.A. Carrillo Salcedo, "Mayoría y acuerdo general en el desarrollo progresivo del DI", *REDI*, 1967, 3; A. Badía, J. Saura y X. Fernández Pons, "La aportación de las NU a la codificación y el desarrollo progresivo del DI", *Colec. Esc. Diplomática*, n° 2, 1995, 121; C. Díaz Barrado, "La necesidad de codificación en el DI público", *REDI*, 1995, 33; J.A. Pastor, "Las NU y la codificación del DI", en *Las NU y el DI*, Barcelona, 1997, 173. **En otras lenguas:** Y. Daudet, *Les conférences des Nations Unies pour la codification du droit international*, París, 1968; R.P. Dhokalia, *The Codification of public IL*, Manchester, 1970; E. McWhinney, *Les NU et la formation du droit*, París, 1986; O. Schachter y C. Joyner (eds.), *The UN and Legal Order*, Cambridge-Ma., 1995 (reimpresión, 1998); *La codification du DI*, París, 1999; M. Bos, "Aspects phénoménologiques de la codification du DI public", *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. I, 141; G. Conetti, "Gli organi per la codificazione progressiva del DI nella S. delle N.", *ibid.*, 231; M. Díez de Velasco, "Législation et codification dans le DI actuel", *ibid.*, 247; R.J. Dupuy, "La codification du DI a-t-elle encore un intérêt à l'aube du troisième millénaire?", *ibid.*, 261; F. Münch, "La codification inachevée", *ibid.*, 373; W. Rudolf, "Technological Development and codification of IL", *ibid.*, 433; T. Scovazzi, "Considerazioni sui rapporti tra forma e sostanza delle norme di un trattato di codificazione", *ibid.*, 455; K. Zemanek, "Codification of IL: Salvation or Dead End?", *ibid.*, 581; R. Ago, "Nouvelles réflexions sur la codification du DI", *Essays S. Rosenne*, Dordrecht, 1989, 1 (tb. en *RGDIP*, 1988, 539); R.P. Dhokalia, "Reflections on IL-Making and its Progressive Development in the Contemporary Era", *ibid.*, 203; C. Sepúlveda, "Methods and Procedures for the Creation of Legal Norms in the International System of States: An Inquiry into the Progressive Development of IL in the Present Era", *GYIL*, 1990, 432; J.I. Charney, "Universal IL", *AJIL*, 1993, 529; R.P. Mazzeschi, "Trattati e consuetudine nella codificazione del DI", *LCI*, 1994, 196; A. Pellet, "La formation du DI dans le cadre des NU", *FJIL*, 1995, 401; *id.*, "Responding to New Needs through Codification and Progressive Development", en V. Gowlland-Debbas (ed.), *Multilateral Treaty-Making*, Londres, 2000, 13; R. Jennings, "IL Reform and Progressive Development", *Liber amicorum I. Seidl-Hohenveldern*, La Haya, 1998, 334.

2. Sobre la codificación realizada en los distintos ámbitos del DI (Derecho de tratados, responsabilidad internacional, Derecho del mar, derechos humanos y D humanitario...): v. los Caps. VIII, XIX, XXIV, XXIX y XXX.

3. Acerca de la codificación regional: R. Mehdi, "Les objectifs de la codification regionale", en *La codification du DI*, París, 1999, 67.

4. Sobre la CDI, en lengua española: A. Remiro, "Reflexiones sobre la composición y funcionamiento de la CDI", *REDI*, 1976, 327; **en otras lenguas:** B.G. Ramcharan, *The ILC: Its Approach to the Codification and Progressive Development of IL*, La Haya, 1977; S. Rosenne, *Practice and Methods of the ILC*, Nueva York, 1984; S.I. Sinclair, *The ILC*, Cambridge, 1987; A. Watts (ed.), *The ILC 1949-1998*, Oxford, 1998; M.R. Anderson y otros (eds.), *The ILC and the Future of IL*, Londres, 1998; *Making Better IL: The ILC at 50: Proceedings of the UN Colloquium on Progressive Development and Codification of IL*, Nueva York, 1998; Sette-Camará, "The ILC: Discourse on Method", *Etudes R. Ago*, cit., v. I, 467; B. Graefrath, "The ILC Tomorrow: Improving its Organization and Methods of Work", *AJIL*, 1991, 595; Y. Daudet, "A l'occasion d'un cinquantenaire, quelques questions sur la codification du DI", *RGDIP*, 1998, 593; A. Oraison, "La place de la CDI des NU au sein de la doctrine

des publicistes les plus qualifiés des différentes nations", *RDISD-P*, 1998, 271; A. Pellet, "La CDI, pour quoi faire?", *Mélanges B. Boutros Ghali*, Bruselas, 1998; S. Rosenne, "Codification Revisited after 50 Years", *Max Planck Yearbook of UN Law*, 1998, 1; M.J. Matheson y S. Bickler, "The Fifty-fifth Session of the ILC", *AJIL*, 2004, 317; M.J. Matheson, "The Fifty-sixth Session of the ILC", *AJIL*, 2005, 211.

4. Sobre la interacción entre tratado y costumbre: H. Torrione, *L'influence des conventions de codification sur la coutume en DI public*, Friburgo, 1989; M.E. Villiger, *Customary IL and Treaties. A manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Londres, 1997; K. Skubiszewski, "The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-Contractual Instruments...", *AIDI*, 1985, 29; L.B. Sohn, "Unratified Treaties as a Source of Customary IL", *Essays W. Riphagen*, Dordrecht, 1986, 231; G.E. do Nascimento, "Treaties as Evidence of Customary IL", *Etudes R. Ago*, cit., v. I, 387; O. Schachter, "Entangled Treaty and Custom", *Essays S. Rosenne*, cit., 717; R. Pisillo Mazzeschi, "Trattati e consuetudine nella codificazione del DI", *LCI*, 1994, 196; K. Wolfke, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", *Essays B. Vierdag*, Londres, 1998, 31. Por lo que se refiere a la sentencia de la CIJ en el asunto de la *Delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte*, v. biblio. (hasta 1986) en A. Remiro, *DIP. 2.*, cit., 403.

5. En particular, sobre la interacción entre el tratado y la costumbre en la Convención de NU sobre el Derecho del mar, en lengua española: C. Jiménez Piernas, "La ratificación por España de la Convención de 1982 sobre el Derecho del mar y el Acuerdo de 1994 sobre la aplicación de la Part XI: Nuevos riesgos de la codificación del DI", *REDI*, 2001, 105; **en otras lenguas:** R. Bernhardt, "Custom and Treaty in the Law of the Sea", *R. des C.*, 1987, t. 205, 247; R. Wolfrum, "The Emerging Customary Law of Marine Zones: State Practice and the Convention on the Law of the Sea", *NYIL*, 1987, 121; T. Treves, "Codification du DI et pratique des Etats dans le droit de la mer", *R. des C.*, 1990, t. 223, 9; B. Oxman, "The Rule of Law and the UN Convention on the Law of the Sea", *EJIL*, 1996, 353.

6. Sobre la relevancia de las resoluciones de la Asamblea General de NU en la formación de normas consuetudinarias, en lengua española: G. Garzón, "El valor jurídico de las Declaraciones de la AGNU", *R. Jur. Cataluña*, 1973, 581; E. Rey, "La competencia legislativa de la Asamblea General de las NU. Efectos jurídicos de las Resoluciones", *AHLADI*, 1979, 111; A. Rodríguez Carrión, "El DI en la sentencia de la CIJ en el asunto *Nicaragua-Estados Unidos*", *Cur. DI Vitoria* 1987, 15; J. Roldán, "El valor jurídico de las resoluciones de la AG de la ONU en la sentencia de *Nicaragua c. Estados Unidos*, de 27-6-86", *RFDI*, 1990, 81; J.A. Carrillo, "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 167; **en otras lenguas:** M.J. Peterson, *The General Assembly in World Politics*, 1990; K. Skubiszewski, "Resolutions of the UNGA and Evidence of Custom", *Etudes R. Ago*, cit., v. I, 503; J.P. Jacqué, "Acte et norme en DI public", *R. des C.*, 1991, t. 227, 359; J. Cardona, "L'incidence des OI sur les transformations du DI: Réflexions au terme du XX siècle", *Liber amicorum K. Vasak*, Bruselas, 1999, 975.

7. Sobre la actuación del Consejo de Seguridad como legislador: v. biblio Cap. V (competencia normativa de las OI y, en especial, del Consejo de Seguridad)

8. Sobre el soft law y los códigos de conducta en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del DI: E. Decaux, "La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite", *AFDI*, 1983, 81; N. Huu Tru, "Les codes de conduite: un bilan", *RGDIP*, 1992, 45. V. biblio. relativa al *soft law* cit. en Cap. VIII (qué es —y qué no es— un tratado).

PARTE TERCERA
**EL CUMPLIMIENTO DEL
DERECHO INTERNACIONAL**

Capítulo XV

¿Qué es el cumplimiento del Derecho Internacional?

LXXI. CONSIDERACIONES GENERALES

300. ¿Qué es el cumplimiento?

Entendemos por *cumplimiento* de las normas y obligaciones internacionales la observancia por sus destinatarios, los sujetos de DI obligados, de lo que en ellas se prescribe.

El cumplimiento es una *tarea múltiple* porque acomodarse a la regla prescrita no depende sólo y siempre de una acción (u omisión) simple de los órganos externos de los sujetos obligados, tal cual podría suponerse cuando se enuncia la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 de la Carta de las UN, v. Cap. XXVI), o la obligación de no dificultar el paso inocente de los buques extranjeros por el mar territorial (art. 24.1 de la CONVEMAR, v. Cap. XXIV). La *aplicación* del DI plantea numerosos problemas, que adquieren una fisonomía propia cuando se trata de su aplicación *interna* por los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de los sujetos concernidos (v. Cap. XVI y XVII)

El cumplimiento de una norma u obligación origina, por otro lado, situaciones de conflicto o *controversia* cuando un sujeto denuncia una infracción y el acusado niega los hechos o la existencia, contenido, interpretación o aplicabilidad al caso de la norma u obligación invocada o las consecuencias de la infracción, lo que convoca el recurso a una serie de medios pacíficos dispuestos por el DI que se convierten —si no abandonan el campo del Derecho— en instrumentos para garantizar el cumplimiento de la norma u obligación en cuestión. La CIJ, por ej., a menos que se le pida que resuelva una controversia *ex aequo et bono* (lo que no ha ocurrido nunca), lo hará aplicando el DI, emitiendo una sentencia obligatoria para las partes, que tendrán que conformar a ella su conducta. El órgano jurisdiccional, por tanto, puede ordenar que cumpla la norma internacional quien no lo haya hecho (v. Cap. XVIII)

Con o sin controversia, con o sin decisión judicial, de la infracción o incumplimiento de la norma u obligación se deduce una *responsabilidad internacional* cuya función primordial es la reparación y la primera de sus consecuencias la cesación del ilícito o, lo que es lo mismo, el cumplimiento de la norma que ha sido

violada. De esta manera, las reglas sobre responsabilidad internacional se constituyen también en un medio de cumplimiento de las normas internacionales, bien que *ex post facto* su violación (v. Cap. XIX)

Por último, los medios de *ejecución forzosa* o *aplicación coactiva* del DI se ordenan para el logro del cumplimiento de las normas y obligaciones internacionales y/o para la obtención de la reparación —que, a través de la cesación del ilícito—, incorpora también dicho objetivo. Unos se articulan en torno a las relaciones bilaterales y descentralizadas de los Estados y consisten en medidas como las represalias, contramedidas y retorsiones a las que puede recurrir el Estado lesionado por la infracción. Otros se sitúan en las relaciones institucionalizadas en torno a organizaciones y regímenes internacionales, que propician una relación vertical, autoritativa, entre el órgano competente para la imposición de medidas de ejecución y el sujeto infractor (v. Cap. XX).

Sirva como ejemplo, el Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993), que dispone (art. 12) una serie de medidas para “remediar una situación y asegurar el cumplimiento, incluidas las sanciones”, de cuya adopción es competente la Conferencia, órgano principal de la Organización para la Prohibición de Armas Químicas (establecida en virtud del art. 8 del Convenio).

Desde el punto de visto del Derecho interno, ejecución forzosa, según definen las Directrices del PNUMA en relación con los acuerdos medioambientales multilaterales, consiste en el abanico de procedimientos y acciones empleados por un Estado, sus autoridades competentes y agencias para asegurar que las organizaciones o personas que potencialmente incumplan dichos tratados, retornen al cumplimiento o sean penalizados, a través de procedimientos civiles, administrativos o acciones penales. Puesto que el DI, las normas y obligaciones consentidas voluntariamente por un Estado, pasan a formar parte de su ordenamiento interno, los mecanismos de ejecución forzosa propios del mismo se ordenarán, cuando proceda, al cumplimiento de tales normas y obligaciones, caso de haber sido infringidas por las personas sometidas a su jurisdicción.

301. ¿Se cumple el Derecho Internacional?

Siempre se ha señalado esta cuestión como el punto débil del DI, su *talón de Aquiles*. Algunos, insistiendo en sus notas más primitivas (la inexistencia, en particular, de un conjunto de órganos centralizados judiciales y/o ejecutivos que aseguren, en último término, el cumplimiento) y olvidando, por pura desidia o ignorante incapacidad, sus desarrollos recientes en este terreno, lo han utilizado como una prueba de convicción de su falta de juridicidad.

Sin embargo, el DI —como todo Derecho— nace con la vocación de cumplimiento de sus disposiciones anudada a la voluntad de sus creadores y la raíz consensual del DI otorga razones para pensar que sus destinatarios observan con carácter general unas prescripciones que han asumido libremente (v. Cap. I). Esa percepción lógica del cumplimiento fundado en el libre consentimiento de la norma aplicable es abonada por la estadística, que permite afirmar el notable grado de observancia *espontánea* del DI recogido en el viejo y muy frecuentado aserto doctrinal: “casi todas las naciones observan casi todas sus obligaciones en casi todas las ocasiones” (L. Henkin).

No obstante, al margen de los genéricos interrogantes acerca de si se cumple el DI *in toto*, una respuesta fiable basada en una aproximación sociológica y estadística al cumplimiento de normas y obligaciones internacionales ha de pechar con la dificultad que supone un universo que abarca a todos los sujetos y a todos los procesos normativos y de asunción de obligaciones (tratados, costumbre, resoluciones de OI, actos unilaterales...).

Los análisis más frecuentes de cumplimiento tienen por objeto un *régimen* o un tratado internacional como tal (aunque lo más pertinente es —o sería— desagregar el análisis atendiendo a cada una de las normas y obligaciones que forman parte del *régimen* o del tratado).

En este sentido, no es lo mismo sostener, por ej., que un acuerdo pesquero se incumple porque un Estado parte no notifica correctamente (por su propia insuficiencia técnica y administrativa) la información requerida sobre las capturas o porque se superan los cupos de pesca adjudicados.

Tampoco ha de confundirse el *cumplimiento* de una norma u obligación con su *eficacia* para satisfacer un objetivo determinado. Puede ocurrir que la norma o la obligación se respete, pero sea en sí misma insuficiente para la realización del objetivo declarado.

Así, volviendo al ejemplo de los acuerdos pesqueros, las Partes pueden estar ajustando sus capturas a los cupos acordados y, a pesar de eso, frustrarse el objetivo del mantenimiento sostenible de una pesquería porque los cupos son excesivos.

La distinción se advierte, por ej., en el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología (2000) del Convenio sobre diversidad biológica (1992). Mientras el art. 34 regula su cumplimiento, el art. 35, titulado “evaluación y revisión”, concreta que la Conferencia de las Partes llevará a cabo, cinco años después de su entrada en vigor, una evaluación de su eficacia.

A la hora de medir el cumplimiento comparativo de una norma u obligación ha de tenerse en cuenta la ambición y profundidad con que se ha perfilado.

Así, por ej., ¿qué dificultad presenta el cumplimiento de la *Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural* (1972) cuya obligación principal estriba en la preservación, a discreción del Estado, de los bienes y sitios incluidos voluntariamente por él mismo en la *Lista del Patrimonio Mundial*? Acontecimientos como la destrucción de los Budas de Bamiyán en Afganistán por el régimen talibán, son una excepción. En el mundo capitalista la destrucción del patrimonio es más *civilizada*, pues la piqueta cae sobre él contando con la bendición de las leyes urbanísticas, punto de encuentro de los intereses de los grandes especuladores inmobiliarios con las necesidades de financiación de los partidos políticos y la codicia de los corruptos.

302. Medidas para favorecer el cumplimiento

La profusión de estudios experimentales sobre el cumplimiento del DI abona la idea de que es en esta dimensión dónde en la actualidad se encuentra uno de los mayores desafíos para este ordenamiento, que ha experimentado en las últimas décadas una vertiginosa expansión normativa, ocupando la mayor parte de los campos de la vida internacional, de los derechos humanos a la protección

del medio ambiente, de las transacciones comerciales a la regulación de las inversiones, de la seguridad y lucha contra el terrorismo internacional al desarme, de las telecomunicaciones a la navegación marítima, aérea..., no siempre acompañada de las disposiciones tendentes a garantizar su cumplimiento.

Sin embargo, el hecho —y la velocidad— de la expansión normativa del DI ha ido aumentando la preocupación por regular el cumplimiento de normas y obligaciones, lo que ha conducido a la adopción de un número creciente de reglas con este objetivo, sobre todo una vez que las expectativas de la observancia *espontánea* son defraudadas.

No es ajena a este fervor reciente por las medidas de cumplimiento la contextura típica, que ha merecido el calificativo de *régimen internacional*, con que se han producido determinados tratados, configurados como instrumentos internacionales dotados de flexibilidad, capaces de evolucionar ante las cambiantes circunstancias que afectan al objeto de regulación, que incorporan un mínimo aparato institucional de gestión y procedimientos de enmienda más sencillos que los tratados comunes. En estos regímenes la competencia relativa a facilitar el cumplimiento suele referirse a sus órganos y agentes.

En la concienciación y voluntad de adoptar estas medidas en ámbitos normativos como la protección de los derechos humanos y del medio ambiente ha tenido mucho que ver la presión periférica de las organizaciones de la sociedad civil que enarbolan un interés público. Actividades de ONG clásicas como el CICR, pivote esencial del cumplimiento del DI Humanitario, o de organizaciones más recientes como *Amnistía Internacional*, *Greenpeace* o *Human Rights Watch*, han trasladado en parte la atención y, por lo tanto, la presión de la opinión pública a la órbita del cumplimiento de normas y obligaciones, una vez que han sido adoptadas.

La actuación de la sociedad civil se ha concitado al alcanzar la regulación internacional cuestiones de interés común, que trascienden el de los Estados, bien porque afectan directamente a las personas —derechos humanos—, bien porque interesan ámbitos espaciales que escapan a su soberanía —medio ambiente como paradigma—. Es por eso que el cumplimiento de lo que los Estados pactan no es ya un asunto que sólo a ellos atañe. En este sentido puede calificarse la actuación de algunas organizaciones de la sociedad civil como agentes para el cumplimiento del DI, función que ha sido expresamente reconocida por algunos regímenes internacionales.

No obstante, al ser la sociedad civil un colectivo irreducible a la unidad, incapaz por definición de articular la representación mediante una sola voz, y —por otro lado— no siendo los diferentes actores no estatales que la componen entes asépticos, las críticas que reciben son, a menudo, un apasionado fuego cruzado. Si los representantes gubernamentales, objeto de sus denuncias, demandan cual es su legitimación como vigilantes del cumplimiento de las normas, otros, desde posiciones *antiglobalización* o *antisistema* perciben a la mayoría como *colaboracionistas* dispuestos a vivir de las estructuras que critican.

303. *El sistema de cumplimiento*

Al albur de la preocupación por la observancia de los *regímenes internacionales* se ha comenzado a conceptualizar la idea de un *sistema de cumplimiento*, una construcción intelectual que reúne todas las piezas básicas de un tratado dado cuyo objetivo sea garantizar precisamente su observancia. Se trata, pues, de un concepto suscitado por la doctrina, que no se presenta en la práctica internacional de manera unitaria, probablemente porque es demasiado reciente. Su aparición responde al desfase existente entre la expansión normativa del DI y la preocupación —sólo posterior— por responder al reto del cumplimiento de esa avalancha de normas. Es sintomático que el concepto de *sistema de cumplimiento* emerja, sobre todo, en relación con el DI del medioambiente.

En el ámbito del DI del desarme sí se ha manejado en ocasiones el concepto de *sistema de control*, con una acepción más reducida (v. *infra*). Así, el Tratado para la proscripción de las armas nucleares en América Latina (Tlatelolco, 1967) menciona en su art. 12 su sistema de control, que luego desarrolla en los arts. 13 a 18. No obstante, en la medida en que el Tratado regula en el art. 20 la reacción ante la infracción de sus disposiciones, podría decirse que el Tratado de Tlatelolco sí cuenta con un sistema de cumplimiento, resultante de su sistema de control *eo nomine* más lo dispuesto en el art. 20.

No obstante el carácter *doctrinal* del *sistema de cumplimiento*, la operación de indagar en un tratado qué reglas se destinan a tal fin rinde numerosos réditos; como mínimo es de utilidad para emitir un juicio acerca de la *eficacia* de sus normas. Un sistema ideal contaría con las siguientes piezas fundamentales (R. Reeve): 1) procedimientos de recogida de la información sobre el cumplimiento por los Estados partes en el tratado en cuestión; 2) procedimientos para evaluar la información sobre el cumplimiento del tratado por un órgano competente integrado por expertos que, además, estuviera autorizado para requerir información adicional y para valorar la aplicación íntegra del tratado; 3) procedimientos suplementarios, si fueran necesarios, para inspección, encuesta e investigación de los hechos; 4) órganos de gestión del tratado competentes y eficaces; y 5) medidas de seguimiento de la aplicación del tratado y de respuesta ante el incumplimiento. Tal sistema no se encuentra necesariamente descrito en las reglas *primarias* del régimen, esto es, en su tratado constitutivo, sino que puede haberse construido después, gracias a la acción de los órganos de gestión, que adoptan normas de carácter secundario.

Así, por ej., el sistema de cumplimiento del Protocolo de Kyoto (1997) a la Convención marco de NU para el cambio climático (1992) enuncia la obligación de los Estados partes de presentar determinadas comunicaciones sobre su cumplimiento (art. 7), pero además incluye el mandato de la posterior adopción de procedimientos y mecanismos para reaccionar frente a los incumplimientos (art. 18). Este mandato fue ejercido en la sesión de Marrakech (2001) por la Conferencia de Partes, que adoptó la decisión 24/CP.7, en la que se perfilan los procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento del Protocolo, describiéndose sus objetivos, el Comité de cumplimiento que lo gestiona, su composición y funciones, las cuestiones que se le pueden someter, los procedimientos para su examen y las consecuencias, desde la facilitación de asistencia técnica a las declaraciones de no cumplimiento y medidas conexas.

No todos los tratados y regímenes internacionales contienen un sistema de cumplimiento acabado y exigente, como puede darse, por ej., en el ámbito de la UE. En sí misma la existencia de tal sistema es un objetivo a alcanzar por algunos regímenes, en la evolución que les es característica. Es el caso, por ej., de la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres o CITES (1973), falta de normas para responder frente a los incumplimientos.

Un buen sistema debería acoger tanto las técnicas *preventivas*, ideadas para supervisar y facilitar la observancia y disuadir del incumplimiento de normas y obligaciones, que son el objeto de los epígrafes que restan de este Capítulo, como las que pretenden reaccionar frente a las infracciones (arreglo de controversias, responsabilidad internacional y ejecución forzosa o aplicación coactiva), que lo serán de los Capítulos siguientes. La novedad de esta visión integradora es que resulta de estrategias del cumplimiento que no parcelan la realidad de la norma, que la conciben como un proceso. En esta línea de pensamiento la construcción intelectual del *sistema de cumplimiento* es una piedra de toque para analizar las causas de la desviación de las normas en los diferentes regímenes internacionales.

LXXII. LAS REGLAS DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

304. *La obligación de cumplir de buena fe con las normas y obligaciones internacionales (pacta sunt servanda bona fide)*

Como punto de partida debemos recordar que todas las normas y obligaciones internacionales deben ser cumplidas de *buena fe* por los sujetos a los que son oponibles, lo que implica comportarse de manera que los objetivos que persiguen puedan ser satisfechos (CIJ, *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997). Se trata de un principio fundamental, universalmente reconocido, reiteradamente evocado por la jurisprudencia internacional y, hoy, enunciado por textos tan significativos como la Carta de las NU (preámbulo y art. 2.2) y la *Declaración sobre los Principios* de DI referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados (res. 2625-XXV de la AGNU, de 1970).

En el caso de los tratados dicho principio se enuncia en el art. 26 de las CV de 1969 y de 1986 tras la rúbrica *pacta sunt servanda*. Además, el art. 27 de la Convención de 1969 afirma, de manera inequívoca, que un Estado no puede invocar los preceptos de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (la Convención de 1986 afirma lo propio respecto de las reglas de la OI). (V. Cap. XVII).

305. Las medidas convencionales sobre el cumplimiento

El sano propósito de observar las normas y obligaciones internacionales de buena fe no es, sin embargo, bastante para atajar todas las tentaciones y riesgos de infracción o, por lo menos, de una aplicación mísera y desigual, propiciada por las reglas sobre la interpretación y concurrencia de normas (v. Caps. XVI y XVII). Por otro lado, la insuficiencia de los medios *reactivos* frente al incumplimiento y la mayor resistencia de los Estados a articular respuestas institucionales de esta índole aconsejan buscar acuerdos para facilitar el cumplimiento y prevenir y disuadir de la infracción.

Una consideración de la práctica reciente revela que la negociación sobre las *medidas de cumplimiento* consume una parte no despreciable del proceso de formación de los tratados (especialmente los constitutivos de *regímenes* y OI) y hay materias, como el desarme, en que el éxito o fracaso depende del acuerdo sobre este punto.

Las medidas no son aún numerosas, sólo porque responden a una etapa de maduración del DI apenas comenzada; no son de alcance universal (salvo cuando reiteran el *pacta sunt servanda*) porque se ajustan a un marco convencional de referencia; son de naturaleza procedimental, de acuerdo con los objetivos que persiguen; y su *intensidad* es muy variable, dependiendo de la prioridad que les concedan las partes como instrumentos de observancia del tratado en cuestión.

La diversidad se impone. En las relaciones bilaterales proliferan las *comisiones mixtas*, que se reúnen periódicamente para, entre otras funciones, vigilar y evaluar el cumplimiento de los tratados y tratar de solventar las dificultades que hayan podido presentarse. También son frecuentes los tratados, bilaterales y multilaterales, que recurren a las *inspecciones recíprocas* entre las partes (v., por ej., el Tratado Antártico, 1959, art. 7). Los tratados que establecen *regímenes internacionales* (por ej., en relación con el medio ambiente o los derechos humanos) confían a órganos internacionales la supervisión de su cumplimiento. Esta es la regla, además, en los tratados constitutivos de OI. En Organizaciones de integración esa supervisión es máxima y desemboca en procedimientos contenciosos ante órganos jurisdiccionales.

La eficacia de estas medidas depende de gran número de variables. En primer lugar, de los instrumentos que se pongan a disposición del supervisor. Cabe destacar al respecto los supuestos en que se perfilan órganos internacionales facultados para realizar inspecciones *in situ* por sorpresa, especialmente cuando los informes resultantes se asocian a procedimientos sancionadores o jurisdiccionales.

Entre ellos, en el ámbito de la energía nuclear, las inspecciones *in situ* del OIEA, desarrolladas en el marco del TNP (1968), a las que se hará referencia más adelante; en cuanto a otras actividades de similar índole y ambición, en el marco de los derechos humanos se pueden localizar casos de actividades de inspección. Muestra de ello son las visitas *in loco* que gira la CIDH —órgano de la Convención americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José de 1969— contando con la anuencia del país concernido o a invitación del mismo, de las que ya ha realizado más de noventa, desde que iniciara este procedimiento, en octubre de 1961, con una inspección a la República Dominicana.

La integración regional europea da muestras más profundas todavía del fenómeno citado. Se encuentra entre las competencias estrella de la Comisión Europea la de ser guardiana de los tratados de la UE, garante

de su cumplimiento por los Estados miembros. Entre la panoplia de poderes conferidos para ello cuenta con la posibilidad de realizar inspecciones in situ en diversos campos de la actividad comunitaria: sus inspectores ejercen tareas de control de los materiales nucleares en virtud del tratado CEEA y del Reglamento 302/2005. Como en el cumplimiento del TNP se superpone a la actividad inspectora y de control de la OIEA, entre los Estados no poseedores de armas nucleares, la propia OIEA y la CEEA se celebró un acuerdo de salvaguardias, *conforme al cual a los inspectores comunitarios corresponde la verificación en primera instancia*. Otros ámbitos en que la Comisión cuenta con poderes de inspección es el de la política común de pesca, en la que se ha llegado a la creación de una Agencia Comunitaria de control (Reglamento 768/2005 del Consejo).

En las NU, al calor de la guerra de Irak de 1991, la res. 687 (1991) del C. de S., estableció una Comisión Especial (UNSCOM) entre cuyos cometidos se encontraba la verificación de que el país mesopotámico destruía su arsenal de armas químicas, biológicas y cohetes balísticos con alcance superior a los ciento cincuenta kms. El sistema de vigilancia incluía la inspección inmediata, incondicional e irrestricta sobre el terreno por parte de los equipos de la Comisión y de la OIEA, asociada también a tales tareas. La Comisión Especial fue reemplazada en 1999, en virtud de una nueva res. del C. de S. —1284 (1999), por otra (UNMOVIC), que siguió realizando labores de inspección hasta su retirada en marzo de 2003, en las vísperas de la intervención militar en Irak de Estados Unidos que, o nunca creyó en sus informes o, lo que es más probable, hizo oídos sordos, en sus torpes intentos por legitimar su acción (v. Cap. XXVIII).

En los epígrafes que siguen haremos una presentación sucinta de los diferentes tipos de reglas sobre cumplimiento contenidas en los tratados internacionales a partir de los elementos característicos de un *sistema de cumplimiento*: a) órganos competentes; b) procedimiento de recogida de información sobre la conducta de los Estados; c) procedimientos para evaluarla; d) procedimientos de investigación y encuesta de los hechos; y e) procedimientos de facilitación del cumplimiento.

306. Los encargados internacionales del cumplimiento: órganos de OI y regímenes internacionales, Estados, ONG

En el marco de las relaciones descentralizadas que ha caracterizado tradicionalmente al DI cada Estado era competente para interesarse y velar por el cumplimiento de las obligaciones que otros sujetos le debían. En la medida en que subsistan, y subsisten, este tipo de relaciones bilaterales los Estados seguirán teniendo en su mano este derecho. Cuando lo que se juega es la *responsabilidad internacional* esta concepción bilateral es especialmente rígida (v. Cap. XIX).

También en el marco emergente de los regímenes y OI cada Estado parte en el régimen o miembro de la Organización tutela sus intereses jurídicos. Pero esa tutela no suele ser ya privativa, pues se confiere competencia sobre el cumplimiento a los órganos *ad hoc* de los regímenes y a los órganos principales y/o, en su caso, subsidiarios concebidos a tal fin por las OI.

Siendo muy variadas, las normas sobre cumplimiento más frecuentes se limitan a enunciar competencias de los órganos gestores, encaminadas a examinar y evaluar la aplicación efectiva de los tratados constitutivos y su Derecho *derivado*.

En unos casos tales órganos son intergubernamentales y plenarios, reúnen a todos los Estados obligados.

En este sentido, por ej., el Tratado de Cooperación Amazónica (1978), atribuye al intergubernamental Consejo de Cooperación Amazónica “velar por el cumplimiento de los objetivos y finalidades del Tratado” (art. 21.1), “velar por el cumplimiento de las decisiones tomadas en las reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores” (art. 21.2) y “evaluar el cumplimiento de los proyectos de interés bilateral y multilateral” (art. 21.5).

En otros casos la composición de los órganos —intergubernamentales— es restringida a algunos Estados partes.

Es lo que sucede, por ej., con el Comité de aplicación del Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono (1987), que integran 10 representantes de Estados partes, elegidos por dos años en la Reunión de las Partes, con arreglo a criterios de distribución geográfica que pretenden ser equitativos.

Los regímenes internacionales que hacen descansar el control de su cumplimiento sobre órganos intergubernamentales suelen contar con pequeños órganos administrativos, Secretarías, que también suelen tener conferidas competencias sobre cumplimiento. Por ej., la Secretaría del mencionado Protocolo de Montreal puede activar el procedimiento de incumplimiento, comunicando su información al Comité de Aplicación.

En ocasiones, frecuentes cuando se trata de la regulación internacional de los derechos humanos, la composición de los órganos no responde a la presencia de representantes estatales, sino de expertos, que actúan a título individual: así, por ej., el Comité de los derechos del niño, órgano de la Convención sobre los derechos del niño (1989), que reúne a dieciocho expertos escogidos por los Estados partes; o el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, creado en virtud del art. 8 de la homónima Convención (1969), compuesto por dieciocho expertos, elegidos también por los Estados partes. Igualmente, en materia medioambiental se observa el recurso a órganos de control cuyos integrantes actúan a título personal, y no en representación de Estados partes. Ilustra esta práctica el Comité de control del mecanismo de cumplimiento del Protocolo de Kyoto, compuesto por veinte miembros, diez en cada una de sus dos formaciones, los Grupos de Facilitación y de Ejecución Forzosa. Todos, a su vez, integran el plenario del Comité.

En ámbitos más institucionalizados, como es el caso de OI, las funciones de cumplimiento se entregan a sus órganos.

En el Mercosur, por ej., las funciones de cumplimiento son conferidas al Grupo Mercado Común (art. 13 del Tratado de Asunción, 1991), y en la CE competen a la Comisión (art. 211 TCE). La OMC confiere a los diferentes Consejos (del Comercio de Mercancías, del Comercio de Servicios, de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) a los que se refiere el art. 4.5 de su Acuerdo (1994) la supervisión del funcionamiento de los acuerdos multilaterales que componen su Anexo 1.

Si lo normal en regímenes y OI es atribuir la competencia del cumplimiento a sus órganos, excepcionalmente se confía a Estados, especialmente cualificados. En el DI Humanitario, por ej., el control del cumplimiento se perfila, a falta de una adecuada institucionalización, mediante el recurso a Estados designados como *Potencias Protectoras*.

Así lo concretan los Convenios de Ginebra (1949), núcleo del DI Humanitario (I, II y III, art. 8; IV, art. 9), precisando que una *Potencia protectora* es un Estado neutral u otro que no sea parte en el conflicto y que haya

sido aceptado como tal por las partes en el mismo. Sus funciones consisten en el control de la aplicación del Derecho Humanitario, llevando a la práctica un mandato extenso que va más allá de las específicas disposiciones que en los Convenios de Ginebra les atribuyen competencias, por ej., los buenos oficios a los que se refieren los arts. 11 (I, II, III) y 12 (IV). No obstante, el sistema de las *Potencias protectoras* no ha funcionado en la práctica, ni se ha recurrido a las alternativas pergeñadas por los Convenios (designación de un organismo protector imparcial y eficaz; deber de llamada de las partes a un Estado neutral o a un organismo humanitario si existen personas que no se benefician de la actividad de la potencia protectora; recurso al CICR).

En este mismo sistema se encuentra un ejemplo de mandato internacional a favor de actores no estatales para que desplieguen funciones encaminadas a garantizar el cumplimiento del DI. El caso del CICR no tiene parangón; en él se reúnen dos circunstancias peculiares: 1) un reconocimiento generalizado y *eo nomine* de su función como agente aplicador y vigilante del cumplimiento de convenios internacionales tan relevantes como los de Ginebra (1949) y sus Protocolos adicionales (1977); y 2) una práctica que ha consolidado su papel político en dicho contexto normativo. No es un abuso de la terminología afirmar que el CICR es uno de los actores esenciales del régimen internacional establecido por dichos convenios, al punto que algunos autores han alegado, a partir de ahí, que el CICR goza de una (limitada) personalidad internacional.

Los regímenes internacionales que admiten genéricamente la participación de los actores no estatales, en especial las ONG, en sus órganos, ya sean principales o subsidiarios, implícitamente están aceptando que se pronuncien sobre el cumplimiento de sus reglas por las partes.

Así, por ej., en la Convención Ramsar (1971) sobre humedales de importancia internacional, las ONG que tienen reconocido el estatuto de organizaciones internacionales asociadas y que se encuentran vinculadas con la Oficina de la Convención a través de Memoranda de cooperación, están invitadas a participar tanto en la Conferencia de Partes como en las reuniones del Comité permanente, en los grupos científico y técnico y en las reuniones regionales técnicas. Una ojeada a uno de estos Memoranda, el celebrado con *Wetlands Internacional* (1997), advierte sobre la contribución que esta ONG realiza para la implementación y cumplimiento de la Convención. Pero es también el caso de otros tratados medioambientales cuyo cumplimiento es campo para la observación de ONG: el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (1976, art. 11); la Convención marco de NU para el cambio climático (1992, art. 7.6) y su protocolo de Kyoto (1997, art. 13.8); la Convención sobre diversidad biológica (1992, art. 23.5); el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología (2000, art. 29.8); o la Convención de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (1989, art. 15.6).

En el caso concreto del Protocolo de Kyoto (1997) el activismo de las ONG va más allá, según lo establecido por las reglas adoptadas por la Conferencia de Partes (Marrakech, 2001), puesto que se les permite presentar evidencias, información técnica y práctica ante el Comité de cumplimiento y sus grupos de cumplimiento y facilitación. En un sentido similar, el Acuerdo de cooperación ambiental de América del Norte (1993) permite que las ONG presenten ante la Comisión para la cooperación ambiental peticiones sobre incumplimientos relativos, no sólo al tratado, sino a la legislación ambiental de los Estados partes (Canadá, Estados Unidos y México).

En otros ámbitos normativos también se da explícita participación a las ONG en la gestión del régimen. Citemos dos ejemplos: en primer lugar, la Convención de Ottawa sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción (1997), que faculta a las ONG para participar en las reuniones de Estados parte, en las Conferencias de examen (art. 12.3) y de enmienda (art. 13.2), en la asistencia directa a las víctimas (art. 6.3), en la elaboración de programas nacionales de desminado,

en los que se les concederá un papel en su ejecución (art. 6.7). La Campaña Internacional para la prohibición de las minas terrestres (ICBL) está integrado en la actualidad por más de mil cien organizaciones de la sociedad civil y se encarga de la vigilancia y supervisión del cumplimiento de la Convención. En segundo lugar, la Convención de NU sobre los derechos del niño (1989), que no las menciona expresamente, pero permite que el Comité de los derechos del niño solicite a las ONG informes sobre la aplicación de la Convención, alternativos a los que le presentan los Estados (art. 45), práctica que se ha seguido a pesar de que no suscita el entusiasmo de las Partes. Este Comité ha sido todavía más proactivo en la implicación de las ONG en sus tareas, al permitirles que estén presentes en las sesiones privadas del grupo de trabajo que examina los informes, sin representantes intergubernamentales y sin levantamiento de actas. Este sistema no es privativo de esta Convención, pues es una característica del conjunto de tratados sobre derechos humanos de NU.

307. Los procedimientos de información sobre el cumplimiento

Que el Derecho —el DI— se cumple es una presunción sostenida en cada ordenamiento que sólo se rompe cuando alguien se siente agraviado en los derechos protegidos por la norma o en su interés por la eficacia del sistema jurídico mismo. De ahí que la determinación del cumplimiento esté inicialmente unida a la constatación de infracciones al Derecho y sea primordial contar con la información precisa acerca de la efectiva observancia de las normas y obligaciones internacionales.

El establecimiento de procedimientos de recogida de información sobre el cumplimiento —siendo variable el objeto de la información— es una práctica extendida. Sobre el procedimiento de información gira la mayoría de las estrategias de cumplimiento que se observan en regímenes internacionales.

La información sobre el comportamiento de un Estado parte en un régimen internacional, por conductos y de formas diversas, puede provenir: 1) del propio Estado; 2) de los demás Estados partes en el régimen; 3) de perjudicados distintos de los Estados; 4) de otros actores, como las ONG, situados en el centro o en la periferia del propio régimen de que se trate; y 5) de la actividad reconocida a los órganos del régimen, cuando hayan sido declarados competentes para ello. Veámoslo con más detenimiento.

1) La información puede venir generada por el propio Estado, obligado por las normas de un régimen o tratado internacional. En efecto, los Estados suelen encontrarse abocados a presentar informes sobre el cumplimiento de las normas del régimen, obligación que es bien frecuente que se concrete en los tratados.

Tomemos algunos ejemplos de tratados sobre derechos humanos, medioambientales y de desarme.

Los tratados sobre derechos humanos contemplan un mecanismo de informes periódicos que deben presentar los Estados partes. En concreto, el art. 40 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966) formula el compromiso de los Estados partes de presentar un informe “sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos”. Tal informe se presentará en el plazo de un año a contar desde la fecha de la entrada en vigor del Pacto; a partir de entonces, cada Estado presentará informes cuando sea requerido para

ello, a petición del CtDH, órgano de supervisión de este tratado. En 1981 el Comité estableció una periodicidad quinquenal. España, por ej., entregó su sexto informe el 28 de abril de 2004.

En el articulado de los acuerdos medioambientales también es frecuente encontrar la obligación de información: la Convención CITES, por ej., exige (art. 8.7) que sus Estados partes presenten dos tipos de informes: uno anual, con noticia sobre las transacciones comerciales realizadas con especies abarcadas por la convención —número y tipo de los permisos y certificados expedidos, cantidades y tipos de especímenes y nombres de las especies— y el otro bienal, relativo a las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la Convención.

Por su parte, como una muestra de los tratados de desarme, el Tratado de Tlatelolco obliga a sus Estados partes a presentar informes semestralmente “en los que se declare que ninguna actividad prohibida por sus disposiciones ha tenido lugar en sus territorios” (art. 14). Estos informes deben presentarse tanto ante el Organismo que crea el propio Tratado de Tlatelolco como ante el OIEA.

Uno de los problemas que genera el sistema de informes, sobre todo en los casos en que se trata de la única pieza del sistema de cumplimiento de un tratado, es la infracción por los Estados partes de la obligación de presentarlos. Como ha sido reiteradamente advertido, tal incumplimiento no suele traer por causa una negativa rotunda y deliberada, sino que resulta las más de las veces de las *limitaciones* del Estado, de su aparato administrativo, para elaborarlo. Es por eso que, en tales circunstancias, el valor de los informes que sí se emiten irradia sobre la conducta de los Estados que no son capaces de cumplir con tal obligación.

2) La información puede provenir también de los demás Estados partes del régimen, cuyo interés legítimo en la conducta de otros Estados partes deriva de: a) su condición de *lesionado*, deducida de haber sufrido la violación de sus derechos; y, b) del mero hecho de ser parte del régimen.

La primera circunstancia desencadena la aplicación de las reglas de la responsabilidad internacional, habilitando al lesionado para presentar una reclamación internacional. El curso que se le dé dependerá de cómo se regule la responsabilidad en el seno del régimen, pues habrá que seguir las reglas en él establecidas, lo que incluye —explícita o implícitamente— poner en conocimiento de las autoridades competentes el incumplimiento que se desea alegar. Si el régimen no ofrece regla alguna, se entenderán aplicables las derivadas del DI general, que siempre autorizan a un Estado lesionado la denuncia de los ilícitos sufridos, ante el Estado infractor o cualquier órgano que tenga competencia para tratarla (v. Cap. XIX).

La segunda circunstancia, el mero hecho de ser parte del régimen, inviste a cada Estado parte en sujeto interesado del devenir del mismo, a efectos de su cumplimiento. No es lo más frecuente rastrear una regla escrita que sienta las bases de tal legitimación, puesto que se trata de una norma bien asentada en el DI general. Cuando existen, las referencias se descubren siempre al hilo de procedimientos habilitados por el sistema para reaccionar frente a los incumplimientos.

Por ej., la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus nacionales (1990) establece un Comité para la protección de sus derechos (art. 72 y ss.) ante el que los Estados partes pueden presentar informaciones sobre si otro Estado parte no está cumpliendo sus

obligaciones (siempre que éste haya aceptado la competencia del Comité a este respecto, mediante una declaración unilateral). En este caso, el procedimiento queda abierto a cualquier Estado, con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados.

3) Las reclamaciones de perjudicados, personas físicas y jurídicas, pueden también nutrir de información a los órganos principales del sistema de cumplimiento. Como sucede en el caso de los actores no estatales, la recepción de esa información variará según las normas reguladoras del sistema hayan reconocido o no tal facultad de denuncia, o la transmisión de noticias semejantes.

En el ámbito de NU y en relación con los derechos humanos se ha sostenido desde antiguo que el derecho de petición amparaba al individuo para denunciar la violación de sus derechos. Algunos convenios han ido más allá, llegando a establecer un mecanismo de comunicaciones individuales, concentrado más en la reacción frente a los incumplimientos que en activar la dimensión preventiva del sistema de cumplimiento. Tales comunicaciones se remiten a los órganos de control, Comités encargados de evaluarlas.

Así ha sucedido, por ej., en el caso de la Convención para la eliminación de la discriminación racial (1965, art. 14), que faculta a los Estados partes a reconocer la competencia del Comité homónimo para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción que alegaren ser víctimas de violaciones, por parte de ese Estado, de cualquiera de los derechos en ella estipulados. En sentido similar se incluyen procedimientos en otros tratados de derechos humanos, como el Protocolo Facultativo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966) o el Protocolo Facultativo (1999) a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

4) Las denuncias de organizaciones de la sociedad civil son piezas que también pueden engrasar un sistema de cumplimiento. En el magma de fuentes de información con esa procedencia puede hacerse un distingo esencial entre las que son reconocidas por el propio sistema y las que provienen *extra muros*. Esta última, ha sido una actividad tradicional de algunas ONG, las llamadas ONG de denuncia, al estilo de *Greenpeace* o *Amnistía Internacional*, realizada desde el exterior de regímenes y OI, esto es, sin contar con el conocimiento que pudiera depararles algún tipo de estatuto consultivo o de observador en su seno. Esta especie de *droit de regard* no ha sido precisamente bien aceptado por determinados Estados, aun cuando se haya ido produciendo en su favor un reconocimiento *de facto*. Pero junto a esta actividad desde fuera, la revolución participativa de los actores no estatales en regímenes y OI ha propiciado que se reconozca *de iure*, en ocasiones, su papel en la supervisión de la observancia de las normas. Así, la labor sobresaliente del CICR en el cumplimiento del DI Humanitario (v. *supra*).

En lo que hace a los regímenes internacionales, los que admiten genéricamente la participación de los actores no estatales, en especial las ONG, en sus órganos, ya sean principales o subsidiarios, implícitamente están aceptando que sean fuentes de información sobre el cumplimiento de sus reglas por las partes (v. *supra*).

5) Menos frecuentemente, en la medida en que implica una acción intrusiva, aunque consentida por el Estado en cuyo territorio se desarrolla, la información puede provenir de la encuesta o investigación llevada a cabo por un órgano gestor del régimen o tratado internacional.

Paradigmática es la competencia de la Comisión europea como guardiana del cumplimiento del *acervo* comunitario. En menor medida, el Consejo de la OACI, establecido por el Convenio de Chicago (1944), tiene como una de sus funciones facultativas "realizar investigaciones en todos los aspectos del transporte aéreo y de la navegación aérea que sean de importancia internacional" (art. 55, b). Asimismo, el Protocolo del Tratado Antártico sobre medioambiente (Washington, 1991, art. 14) regula un sistema de inspección mediante observadores, designados por las Partes, individual o colectivamente, cuyos informes son estudiados en las Reuniones consultivas. En el marco de la Convención CITES el Secretariado ha realizado misiones o visitas sobre el terreno, por lo general con el consentimiento del Estado visitado, para recabar información acerca de los problemas que plantea el cumplimiento del tratado. En materia de desarme el Convenio sobre la prohibición de armas químicas (1993) establece (art. 9.8 a 9.25) un procedimiento de inspección que cualquier Estado Parte puede reclamar a fin de que la Secretaría Técnica del Convenio verifique su cumplimiento.

En el ámbito del desarme nuclear el OIEA tiene atribuida por el TNP (1968, art. 3) la realización de inspecciones *in situ*. Para ello es necesaria, adicionalmente, la celebración de un acuerdo entre el propio Organismo y el Estado concernido por la aplicación del sistema de salvaguardias. Un ejemplo lo suministra el acuerdo con Irán (1973), que admite la posibilidad del envío de inspectores (art. 48) y regula todo lo relativo a la actividad de los mismos, sus propósitos, la posibilidad de inspecciones rutinarias o especiales, el alcance de las visitas, las condiciones de acceso a las instalaciones, el procedimiento para la designación de los inspectores, e inclusive la conducta que éstos deben seguir (arts. 70-89). De los más de ciento noventa Estados partes en el TNP sólo una treintena (poco relevante) no cuenta con un acuerdo de ese tipo en vigor, y de esa cifra, habría que descontar la decena de los que están ya firmados, pendientes de ratificación (en octubre de 2006). El alcance de las inspecciones es la de verificar los informes suministrados por los Estados, así como los cambios habidos tras ellos, los materiales sujetos a inspección o inclusive los propios procedimientos de control a los que los Estados recurren.

308. *La evaluación de la información sobre el cumplimiento*

Conocida la información sobre el cumplimiento, es preciso dar los pasos para determinar quién decide cuando una norma internacional se ha cumplido o cuando y en qué grado no se ha cumplido.

La respuesta tradicional del DI, en una sociedad compuesta primordialmente de Estados soberanos, no concedía primacía al que se sintiese lesionado por el incumplimiento. Por mor de la soberanía, ni Estado infractor ni Estado lesionado, moviéndose ambos en una relación bilateral, sin instituciones internacionales interpuestas, podían imponer su voluntad al otro. A falta de reconocimiento por el infractor, la situación se reconducía a una controversia internacional, a resolver mediante los medios de arreglo pacífico que suministra el DI (v. Cap. XVIII). Tal tipo de situaciones se siguen dando en la actualidad y no dejan de ser frecuentes, en la misma medida en que los son las relaciones bilaterales entre Estados, o entre un Estado y una OI.

Uno de los efectos de la progresión de la dimensión institucionalizada de la sociedad internacional, concretada en organizaciones y regímenes internacionales, ha sido propiciar alternativas al sistema clásico de determinación del

cumplimiento de las normas y obligaciones generadas en dichos marcos jurídicos. Si la situación que afecta al cumplimiento de una norma tiene lugar en el seno de una organización o un régimen internacional, la determinación de su observancia por los miembros puede ser conferida a un órgano del mismo en lugar de quedar a expensas de la percepción de los sujetos infractor y lesionado.

Así sucede, por ej., con la Reunión de Estados Partes en la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción (1997), que se encuentra autorizada para, dentro de un extenso procedimiento (art. 8), evaluar la información relativa al cumplimiento de las obligaciones del Estado parte del que se ha solicitado una aclaración. De la misma forma, la Comisión Europea es competente para velar por la aplicación del Tratado de la CE lo que, *inter alia*, le otorga poderes para constatar incumplimientos y legitimación activa para plantear un recurso por incumplimiento ante el TJCE (art. 226 TCE).

Una vez que la información sobre el cumplimiento, provenga de donde provenga, ingresa en el régimen internacional o la OI de que se trate, su destino puede ser muy variado.

En ocasiones, el tratamiento de la información está abocado pura y simplemente a su publicación y difusión, sin demérito del impacto que ello pueda tener en la conducta posterior de los Estados obligados. Es éste las más de las veces el destino de las piezas que produce un sistema de informes como mecanismo de cumplimiento de un tratado o régimen internacional.

Así puede constatar, por ej., en la Convención de La Haya sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (1954), cuando establece (art. 26.2) la obligación de los Estados partes de dirigir cada cuatro años al Director General de la UNESCO "informes en los que figuren los datos que estimen oportunos sobre las medidas tomadas, preparadas o estudiadas por sus respectivas administraciones para el cumplimiento" de la Convención. Tales informes nutren a su vez el Informe anual que (sirviéndose también de otras fuentes de información) publica y difunde el mencionado Director General. Este sistema de informes que, por otra parte, sólo suele cumplimentar una decena larga de Estados entre los más de cien Estados Partes, podía servir para atraer a nuevos Estados a la órbita de la Convención, enseñar a los Estados partes ágrafos cómo cumplir sus obligaciones y coadyuvar en los procesos de revisión de la propia Convención. Sin embargo, las carencias evidentes del sistema han propiciado su reforma, de manera que un Protocolo (adoptado en 1999 y en vigor desde 2004) ha dispuesto la sumisión de los informes a un recién creado Comité para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, con competencia para evaluarlos y, a su vez, elevar su propio informe a la Reunión de las Partes.

En otros casos la gestión de la información sobre el cumplimiento da pie a su evaluación y análisis por órganos competentes de la organización o régimen internacional de que se trate. Tal análisis puede ser, a su vez, realizado de formas muy diversas.

Puede consistir en una consideración, generalmente liviana, por órganos principales que acaban formulando recomendaciones, más o menos benevolentes, a los sujetos concernidos.

Es el caso del Tratado de Tlatelolco, cuyo art. 16.8 especifica que "la Conferencia General... podrá hacer recomendaciones a las Partes y presentar asimismo informe al Secretario General de las NU para su transmisión al C. de S. y a la AG".

En el caso de los tratados de derechos humanos, de aquéllos que incorporan el sistema de informes obligatorios de los Estados partes, el procedimiento de evaluación es más complejo y exigente, girando en torno a los Comités especiales por ellos creados. Cuentan, por regla general, con procedimientos específicos para examinarlos, si bien son el resultado, más que de la aplicación de disposiciones específicas contenidas en los respectivos convenios, de prácticas desarrolladas por los mismos órganos de cumplimiento, que se consagran en sus propios reglamentos. Tales procedimientos integran una diversidad de técnicas de examen, que pueden incluir la celebración de sesiones a puerta cerrada —con reuniones de grupos de trabajo, análisis preliminares de relatores— de sesiones públicas —en las que se confrontan la exposición del informe por el país concernido y las intervenciones de los miembros del Comité— o debates generales —por lo normal sobre algunos derechos—. Al final del proceso los Comités elaboran informes, que suelen ser adoptados por consenso, y que se envían, por períodos de sesiones, a la AG (Tercera Comisión). Aunque es constatable la falta de coactividad del procedimiento para los Estados incumplidores, no debe echarse en saco roto este mecanismo, pues la publicidad de los informes, la acción periférica de la sociedad civil, la presión en la propia AG y de los demás Estados miembros y el esfuerzo de cada Estado que tiene que pasar por el trance del examen ante los Comités, influyen a futuro en una actitud más observante.

En último término la evaluación del cumplimiento variará mucho según se realice por órganos políticos e intergubernamentales o por órganos técnicos, integrados por expertos independientes. Los primeros suelen dar cancha a negociaciones entre Estados en los que el principio de la solidaridad entre culpables —potenciales o pasados— tendrá alguna cabida. En ellos a la prevaricación se la llama diplomacia. Los segundos suelen gozar de menor capacidad de decisión, en la medida en que ésta se confía habitualmente a los órganos políticos, que actuarán sobre la base de los informes suministrados por los órganos técnicos.

En el marco del TNP (1968) se observa a las claras qué reacción puede desencadenar la información obtenida por los órganos de verificación y su manejo por órganos de otra índole, normalmente de naturaleza política. La secuencia inspecciones-violación-intervención de órganos políticos con capacidad sancionadora ha tenido lugar en la crisis propiciada por la decisión iraní (enero de 2006) de “reanudar sus investigaciones y el desarrollo pacífico de la energía nuclear”, eufemismo para emboscar —según sus detractores— la posibilidad de enriquecer uranio e incrementar la capacidad para la fabricación de armas nucleares. Ya en 2002 se había constatado por la OIEA un programa clandestino de enriquecimiento de uranio del que tenía que haberse informado al C. de S., según reza el art. XII.C de sus Estatutos. A pesar de que en 2004, y gracias a las negociaciones de países europeos y de la Unión Europea, se logró alcanzar con Irán un acuerdo de suspensión de actividades de enriquecimiento de uranio, eludiéndose de esta manera la intervención del C. de S., la nueva posición iraní a principios de 2006 desencadenó de nuevo los acontecimientos. Considerados los informes de la Agencia, los incumplimientos iraníes del TNP, fueron declarados por la Junta de Gobernadores de la OIEA, mediante resolución de 4 de febrero de 2006. La última *ratio* del proceso puede ser la adopción por el C. de S. de medidas en el marco del Capítulo VII de la Carta considerando que la infracción por Irán de sus obligaciones convencionales en un ámbito tan delicado es una amenaza a la paz internacional (v. Cap. XXVIII).

309. El control y la verificación del cumplimiento

El *control internacional* es un instrumento clásico en determinados ámbitos normativos, como el DI del desarme o el DI de los derechos humanos. Por *control internacional* se entiende una actividad, internacionalmente regulada, para verificar el cumplimiento de las normas y obligaciones internacionales (G. Garzón). Tal actividad implica la aplicación de procedimientos operados por órganos internacionales, que cumplen la función señalada y que, por eso mismo, propenden a facilitar el cumplimiento, pero también a verificar si la conducta de los Estados ha incurrido en el incumplimiento. Tan es así, que al *control* se le suele denominar *verificación* en el ámbito del DI del desarme.

Un ejemplo puede encontrarse en el *Tratado de prohibición de los ensayos nucleares* (1996), que no ha entrado aún en vigor (y tal vez no lo consiga) cuyo art. 4 establece un exhaustivo régimen de verificación que incluye un sistema internacional de vigilancia, consultas y aclaraciones, inspecciones *in situ* y medidas de fomento de confianza.

La expresión *control internacional* parece haber sufrido un desgaste considerable en la práctica internacional en la medida en que a menudo ha sido utilizada como sinónimo de operaciones más genéricas de un sistema de cumplimiento. Sin embargo, en el recurso un poco caótico que se hace de los términos *control* y *cumplimiento* internacionales, puede sugerirse la tendencia a acantonar el *cumplimiento* en las técnicas preventivas, que posibilitan la observancia por un Estado de sus obligaciones internacionales antes de que haya podido infringirlas o, si ya lo ha hecho, conciben la infracción como resultado de las limitaciones operativas del sujeto más que como una violación deliberada (para cuyo tratamiento las técnicas adecuadas serían las reparadoras de la responsabilidad internacional y la aplicación coactiva, v. Caps. XIX y XX). El *control*, que se sustancia siempre en procedimientos regulados internacionalmente, se situaría a caballo de unas y otras. Pero no debemos hacer de la terminología cuestión de gabinete, sino indagar la aproximación —preventiva o coactiva— que destilan las reglas de los tratados en relación al cumplimiento —tomado como un objetivo— de sus obligaciones.

310. La facilitación del cumplimiento

Por lo antes dicho, y como fruto de una reflexión acerca de las causas que conducen a los Estados a incumplir normas internacionales previamente consentidas, se han ido activando en determinados regímenes internacionales procedimientos que tienen por finalidad abordar el cumplimiento desde una perspectiva *facilitadora*. Son técnicas de gestión de las incapacidades de los Estados, habilitando medios que les permitan desde comprender el alcance de sus obligaciones —cuando éstas incurren en la ambigüedad— hasta recibir asistencia de diversos tipos para cumplirlas.

A esta técnica recurre, por ej., el Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 1989). La Conferencia de las Partes adoptó en su sexta reunión (diciembre, 2002) un mecanismo para promover la implementación y el cumplimiento del tratado cuyo objetivo es precisamente asistir a las partes en la observancia de sus obligaciones. El Comité creado por el mecanismo se encarga, en el seno del procedimiento de facilitación, de aconsejar, recomendar e informar a un Estado parte en relación con cuestiones como el establecimiento o refuerzo de su régimen normativo; la asistencia financiera y técnica, sobre todo a países en desarrollo o con economías en transición; la elaboración de planes de cumplimiento, en cooperación con el Estado concernido y de carácter voluntario; o la celebración de acuerdos de seguimiento del incumplimiento.

Asimismo el Protocolo de Kyoto (1997) integra en su Comité de Aplicación un *Grupo de Facilitación* entre cuyas competencias se encuentra la de suministrar asistencia a las Partes para que puedan hacer frente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del Protocolo.

En similar sintonía se encuentra el Protocolo de Montreal (1987) sobre sustancias que agotan la capa de ozono, que cuenta con un Comité de Aplicación competente para la gestión del procedimiento sobre incumplimientos adoptado por la 10ª Reunión de las Partes (1988). En virtud de ese procedimiento el Comité informa a la Reunión de las Partes, con sus recomendaciones pertinentes, sobre los incumplimientos constatados atribuibles a una Parte, bien a través de quejas de otros Estados partes, bien porque llegue a conocimiento de la Secretaría tal información por otras vías, bien porque la Parte concernida llegue a la conclusión, a pesar de haber realizado esfuerzos de buena fe por hacer frente a sus obligaciones, que no puede cumplir plenamente con ellas. En esos casos corresponde a la Reunión de las Partes decidir la reacción ante el no cumplimiento, aunque entre las medidas que puede adoptar se encuentran medidas de ayuda para que la Parte conforme su conducta a lo prescrito en el Protocolo.

En la misma línea, el Comité contra el Terrorismo creado por el C. de S. (res. 1373-2001) e integrado por los quince miembros del Consejo, pretende fortalecer la capacidad de los Estados para combatir el terrorismo. El mandato del Comité no apuntaba inicialmente a la prestación directa de asistencia técnica a los Estados, sino a la elaboración de prácticas idóneas y a la puesta en disposición de programas técnicos, relativos a la adopción de legislaciones internas o a temas financieros. Sin embargo, la res. 1566 (2004), en un intento de revitalizar sus funciones, no sólo insistió en la necesidad de que el Comité elaborase prácticas relativas a la lucha contra la financiación del terrorismo, sino que autorizó las visitas a los distintos Estados miembros, siempre con el consentimiento de los mismos, destinadas a la prestación de asistencia técnica para poder cumplir con el objetivo marcado en la res. 1373 (2001). (V. Cap. XXVIII)



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre el cumplimiento en general: A. Chayes y A.H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge (Mass.), 1995; D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000; M. Burgstaller, *Theories of Compliance with IL*, Leiden, 2005; A. Chayes, "On Compliance", *IO*, 1993, 175; H.H. Koh, "Why Do Nations Obey IL?", *Yale LJ*, 1997, 2599; B.A. Simmons, "Compliance with International Agreements", *Annual Review of Political Science*, 1998, 75; K. Raustiala, "Compliance and Effectiveness in International Regulatory Cooperation", *Case Western Reserve Journal of IL*, 2000, 387; A.T. Guzman, "A Compliance-Based Theory of IL", *California Law Review*, 2002, 1823; E. Posner, "Do States Have a Moral Obligation to Obey IL?", *Stanford LR*, 2003, 1901.

2. Sobre el control internacional del cumplimiento del DI, en lengua española: G. Garzón, "El control internacional. Contribución al estudio de los controles jurídicos", *REDI*, 1983, 9; **en otras lenguas:** W.E. Butler (ed.), *Control over Compliance with IL*, Dordrecht, 1991; N. Valticos, "L'évolution du système de contrôle de l'OIT", *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. II, 505; R. Monaco, "Dal coordinamento al controllo nell'ordinamento internazionale", *ibid.*, v. I, 355; J.U. Kusumowidagdo, "Consultation Clauses as Means of Providing for Treaty Obedience", *NILR*, 1989, 226; P.M. Dupuy, "International Control and State Responsibility", *Festschrift K. Zemanek*, Berlín, 1994, 307.

3. *En cuanto a análisis sectoriales del cumplimiento del DI, en lengua española:* C. Fernández Casadevante, *La aplicación del CEDH en España*, Madrid, 1988; M. Aznar, *Los métodos de verificación en el DI del desarme*, Madrid, 1996; N. Ochoa, *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las NU*, Madrid, 2004; J. Ruiloba, *El Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*, Madrid, 2004; V. Abellán, "La protección internacional de los derechos humanos: métodos internacionales y garantías internas", *Hom. A. Truyol*, Madrid, 1986, v. I, 29; C. Escobar, "Ejecución en España de las sentencias del TEDH", *REDI*, 1990, 547; C. Moreiro, "Paradojas del sistema institucional internacional de protección de los derechos económicos, sociales y culturales", en F. Mariño y C. Fernández Liesa (eds.), *Política social internacional y europea*, Madrid, 1996, 137; A. Rodrigo, "Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales de medio ambiente", *Cur. DI Vitoria 2001*, 155; C. Fernández de Casadevante, "Derechos humanos y orden interno: las consecuencias de la asunción de obligaciones internacionales", *Hom. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, v. I, 229; F. Mariño, "Cuestiones actuales de regulación del procedimiento de examen de informes estatales por el Comité de NU contra la tortura", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 171. **En otras lenguas:** A. Cançado (ed.), *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*, San José de Costa Rica-Brasília, 1992; M. Delmas-Marty y Ch. Chodkiewicz (eds.), *The European Convention for the Protection of HR: International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht, 1992; J. Fitzpatrick, *HR in Crisis: The International System for Protecting HR during States of Emergency*, Filadelfia, 1994; J. Cameron, P. Rodrick y J. Werksman (eds.), *Improving Compliance with International Environmental Law*, Londres, 1996; C. Imperiali (ed.), *L'effectivité du DI de l'environnement: contrôle de la mise en oeuvre des conventions internationales*, París, 1998; E.B. Weiss y H.K. Jacobsen, *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, Cambridge (Mass.), 1998; F. Butler (ed.), *HR Protection: Methods and Effectiveness*, La Haya, 2002; A. Kiss, D. Shelton y K. Ishibashi, *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, La Haya, 2003; J. Symonides (ed.), *HR: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Dordrecht, 2003; J. A. Pastor, "Les procédures publiques spéciales de la Commission des droits de l'homme des NU", *R. des C.*, 1991, 228, 185. *International Environmental Law*, *R. des C.*, 1998, t. 272, 11; L. Caflisch, "L'efficacité du système européen de protection des droits de l'homme", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, cit., 43.

Capítulo XVI

La aplicación de las normas y obligaciones internacionales: problemas comunes

LXXIII. CONSIDERACIONES GENERALES

311. La aplicación del DI como proceso

La aplicación del DI en un supuesto concreto responde a un proceso que incluye la identificación de la norma u obligación aplicable, la fijación de su contenido, su interpretación, la oponibilidad a un sujeto determinado y, a menudo, la solución de un problema de *conurrencia* cuando son dos o más las normas y obligaciones que, con un objeto total o parcialmente idéntico, aspiran aparentemente a ser aplicadas.

Aunque en la práctica no siempre es fácil separar los diferentes pasos del proceso de aplicación, teóricamente pueden ser abordados sucesivamente, siendo conveniente hacerlo desde un punto de vista expositivo y pedagógico.

312. Los órganos de aplicación del DI

La aplicación de las normas y obligaciones internacionales corresponde, en primer lugar, a los Estados. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que mientras algunas normas y obligaciones exigen tan sólo la intervención de los *órganos del Estado encargados de las relaciones exteriores*, pues afectan exclusivamente a las relaciones interestatales, otras, en cambio, reclaman la actuación de sus órganos internos (tanto ejecutivos como legislativos y judiciales), por cuanto tienen vocación de desplegar sus efectos jurídicos igualmente en el ámbito de los ordenamientos estatales; baste pensar en los tratados (y en los actos de OI) que reconocen derechos o imponen cargas a los particulares.

En cuanto a las OI, también sus órganos están llamados a aplicar el DI, debiendo distinguirse entre los casos en que la norma u obligación internacional es *oponible* a la Organización, en tanto que sujeto internacional, y aquellos otros en que las reglas de la Organización atribuyen a sus órganos funciones que comportan la aplicación del DI.

Más allá de los sujetos de DI, la aplicación del DI se verifica a través de la actuación de los tribunales internacionales, tengan o no el carácter de órganos de

OI. Pero adviértase que no siempre se cuenta con un órgano jurisdiccional internacional o, al menos, no siempre será competente (v. Cap. XVIII).

En este Capítulo nos ocuparemos de los problemas generales que plantea el proceso de aplicación del DI a cualesquiera clase de órganos, internacionales o internos. En el Capítulo siguiente consideraremos las particularidades que plantea la aplicación de las normas y obligaciones internacionales por los órganos internos, merecedoras de un estudio separado.

LXXIV. SELECCIÓN DE LA NORMA U OBLIGACIÓN APLICABLE

313. *Identificación del DI vigente y selección de las normas y obligaciones internacionales aplicables*

La aplicación de una norma u obligación internacional exige, como primera medida, establecer su existencia, identificarla. La tarea resulta especialmente ardua en el caso de las *normas consuetudinarias*, dado su carácter no escrito, y requiere acudir a distintos medios de prueba dispersos y no siempre accesibles a los órganos de aplicación —en particular a los órganos *internos*—, entre los que cabe destacar los siguientes: 1) la jurisprudencia internacional, cuya relevancia a este respecto ya tuvimos ocasión de destacar (v. Cap. XIII); 2) los tratados o proyectos de tratados de codificación internacional —en particular los proyectos de artículos de la CDI—, así como determinadas resoluciones de OI (v. Cap. XIV); 3) los actos internos de los Estados, especialmente los de carácter legislativo y judicial; y 4) los documentos disponibles de la práctica diplomática, bilateral y multilateral (por ej., notas y correspondencia diplomática; intervenciones en Organizaciones y conferencias internacionales; declaraciones de representantes del Estado...), así como convencional.

En el caso de que el órgano de aplicación sea un tribunal la parte que alegue una norma consuetudinaria aportará todos los medios de prueba a su alcance para determinar su existencia (y contenido). Ahora bien, sin perjuicio de ciertas reglas respecto a la carga de la prueba ante tribunales internacionales examinadas en un capítulo anterior (v. Cap. XIII), nada exime al órgano jurisdiccional —internacional o, en su caso, nacional— de acudir a cuantos otros medios de prueba fuesen necesarios para, en el ejercicio de su función, establecer el DI aplicable al caso.

La dificultad para identificar la existencia un acto unilateral como fuente de obligaciones internacionales (v. Cap. VII) no es menor, pudiendo también esperarse en este caso que, suscitada la cuestión ante un tribunal internacional, la parte que lo alegue se esfuerce por probar su existencia.

Parece improbable, en cambio, que se plantee ante un tribunal nacional, pues los actos unilaterales no trascienden normalmente el plano de las relaciones interestatales y, de hacerlo, difícilmente pueden conside-

rarse como parte integrante del ordenamiento interno del Estado del que emanan o, en todo caso, como actos de carácter *self-executing* (v. *infra*).

En cuanto a los tratados, la determinación de su existencia no plantea particulares dificultades, salvo en el caso de tratados *secretos* —allí donde los haya—. La publicación internacional de los tratados (v. Cap. IX) y en los diarios oficiales de los Estados (v. Cap. XVII), las colecciones públicas y privadas de tratados o los repertorios privados de legislación (digitalizados o no) permiten normalmente su localización por cualquier interesado, así como comprobar su vigencia, determinar las partes en él, verificar si ha sido objeto de reservas (y de objeciones), si existen enmiendas...

En ocasiones, sin embargo, particularmente en los casos de tratados de *larga data* o que simplemente no han sido publicados, será preciso buscar el auxilio de un tercero, por ej., la OI en cuyo seno se celebró el tratado o, si la aplicación corresponde a un órgano estatal interno, los servicios competentes de la administración (en España, el Gabinete de tratados del Ministerio de Asuntos Exteriores). El recurso a estos últimos medios es particularmente frecuente en el caso de resoluciones de OI, pues no siempre se publican oficialmente por los Estados ni por las propias Organizaciones (no es el caso de la mayor parte de los actos de las instituciones de la CE, que se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea, DOUE).

Identificadas las normas u obligaciones internacionales existentes, el órgano de aplicación debe proseguir el proceso de *selección normativa* determinando su alcance, esto es, en primer lugar, verificando si es oponible al Estado u OI de que se trate, cuestión no baladí pues, como sabemos, las normas y obligaciones internacionales, excepción hecha del *ius cogens*, sólo obligan a los sujetos que, de forma activa o pasiva, las han consentido; de ahí que hablemos de su carácter *relativo* (v. Cap. I, XIII). A continuación habrá que apreciar los límites de la aplicación en el espacio y en el tiempo de la norma u obligación concernidas.

314. El efecto relativo de las normas y obligaciones internacionales

El *relativismo* del DI quedó claramente puesto de relieve al estudiar la oponibilidad de la costumbre internacional, descartando que la norma consuetudinaria *general* obligue al *objeto persistente* y afirmando, en cambio, que la particular sólo obliga a quienes con su comportamiento han cooperado a su gestación (v. Cap. XIII).

También tuvimos ocasión de destacar el *relativismo* de los tratados, advirtiendo que, de acuerdo con el art. 34 de la CV, un tratado no puede conferir derechos ni imponer obligaciones a terceros sin mediar su consentimiento: el tratado es para el tercero *res inter alios acta* (v. Cap. VIII).

Recordemos por otra parte que, a tenor de los arts. 35 y 36 de la misma Convención, para que un tratado confiera derechos o imponga obligaciones a un tercero es preciso que se cumplan, en síntesis, dos condiciones: 1) la intención de

los negociadores de producir tales efectos; y 2) su aceptación por el tercero. Estas disposiciones merecen, sin embargo, algunas consideraciones adicionales.

Tratándose de *obligaciones a cargo del tercero* la Convención dispone que la aceptación ha de ser no sólo expresa sino por escrito (art. 35). La Conferencia de Viena no tuvo en cuenta la objeción británica de que este requisito contrariaba la libertad de los Estados para obligarse de cualquier manera; no obstante, el principio que subyacía a dicha objeción —el *no formalismo*— ha de influir en la interpretación, que ha de ser generosa. Así, una ley de neutralización del territorio promulgada por un Estado en los términos reclamados por un tratado celebrado entre otros, ejemplo ofrecido por E. Jiménez de Aréchaga, satisfaría la exigencia de aceptación por escrito.

La CV incluye, sin embargo, una excepción a la exigencia del consentimiento: la imposición de obligaciones para un Estado *agresor* como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de NU (arts. 75 de la Convención de 1969 y 76 de la de 1986). El temor reverencial del C. de S. a calificar formalmente como agresiones actos que materialmente lo son ha mantenido en el limbo un precepto de difícil aplicación en el marco del Derecho de los Tratados. Probablemente hayan sido las medidas impuestas a Iraq por el C. de S. para decidir el *alto el fuego* en la *guerra del Golfo* (res. 687, de 1991) el supuesto más cercano a la hipótesis de la Convención, si se considera que se exigió del gobierno iraquí una aceptación expresa de las mismas, aceptación que resultaba de la coacción —en este caso legítima— sobre el vencido en el campo de batalla.

Por lo que se refiere a la *creación de derechos para terceros*, si bien la intención de las partes sigue siendo de fundamental importancia —sin ella, como apuntó la CDI, podrá otorgarse un beneficio, pero no un derecho— el requisito de la aceptación podría ponerse en cuestión.

Una corriente doctrinal, que contó con los sucesivos ponentes de la CDI en la materia, ha considerado que el nacimiento del derecho depende exclusivamente de la intención de las partes, siendo el tercero libre de ejercitarlo o no. Esta corriente ha aducido, además, que si de los *actos unilaterales* de un sujeto pueden deducirse directamente derechos a favor de otro (v. Cap. VII), no existe razón alguna para negar tal posibilidad en el caso de un tratado.



La Conferencia de Viena, sin embargo, llegó a una fórmula de compromiso según la cual, si bien exige la aceptación del tercero, la presume salvo indicación en contrario del interesado (art. 36 de la Convención). Cuestión distinta es que en el ejercicio del derecho así conferido el tercero ha de atenerse a las condiciones previstas en el tratado o establecidas conforme a sus disposiciones.

Aun cuando la CPIJ señaló que no debería presumirse fácilmente que estipulaciones ventajosas para un tercero han sido adoptadas con el fin de crear en su favor un auténtico derecho (*Zonas francas de la Alta Saboya y del País de Gex*, 1932), la práctica ofrece numerosos ejemplos de estipulaciones de esta índole en que los terceros son mencionados, ya sea nominalmente o por referencia a una categoría geográfica (la pertenencia a una región) o de otro tipo (por ej., su nivel de desarrollo). Incluso algunas estipulaciones van referidas a todos los Estados, como es el caso de los tratados que reconocen la libertad de navegación por ríos y canales internacionales a los buques de cualquier pabellón (v. Cap. XXIII).

Las reglas aplicables a la atribución de derechos a terceros Estados mediante tratado también lo son a las OI, al menos en la medida en que son abarcadas por la Convención de 1986. Ha de hacerse notar, sin embargo, que de acuerdo con esta Convención la aceptación de derechos por una Organización no se presume, rigiéndose en cada caso por las reglas pertinentes de la Organización (art. 36.2).

En los trabajos preparatorios de la Convención de 1969 hubo quienes quisieron incluir una lista de tratados cuyas disposiciones se imponían *erga omnes* al establecer *situaciones o regímenes objetivos*. Dicha lista incluiría los tratados que afectan a la situación o régimen de un territorio, siempre que contaran con la participación de los Estados soberanos o con jurisdicción sobre el mismo, y los que crean una entidad internacional nueva (Estado u Organización). Entre los primeros figurarían los tratados de neutralidad, desmilitarización y desnuclearización, los de libre navegación por ríos internacionales, los relativos a la Antártida...

Estas propuestas fueron finalmente desechadas y con razón. En estos casos, la vinculación del tercero se produce en la práctica, bien mediante su aceptación, facilitada eventualmente por la previsión de su adhesión al tratado (por ej., el Tratado sobre la Antártida, 1959, abierto a la adhesión de cualquier Estado miembro de NU), bien al margen de los mecanismos propiamente convencionales, sea por *aquiescencia*, *reconocimiento* o *estoppel* (v. Cap. VII), sea por la observancia de normas generales del DI como las contenidas en los principios de soberanía territorial y de no intervención (v. Cap. III).

Para concluir este epígrafe es preciso referirse al régimen de la revocación y modificación de estos derechos y obligaciones. Tratándose de obligaciones, la CV exige, a menos que se haya convenido otra cosa, el consentimiento del tercero obligado y de las partes en el tratado (art. 37.1).

Ha de interpretarse que el consentimiento del tercero debe ser otorgado por escrito cuando, como consecuencia de una modificación, la obligación se hace más dura y rigurosa; pero parece ilógico y exagerado mantener la misma exigencia cuando la obligación se suaviza y, más aún, cuando se revoca.

En cuanto a los derechos, los intereses en conflicto de las partes en el tratado, deseosas de conservar su libertad de acción, y de los terceros, no menos deseosos de conservar lo que consideran ya adquirido, encuentran en la CV una fórmula de compromiso: el consentimiento del tercero sólo será preciso cuando de los términos del tratado o de cualquier otra circunstancia se deduzca la intención de las partes de conceder un derecho irrevocable o inmodificable (art. 37.2).

315. Una cuestión particular: la posición de los Estados miembros respecto de los tratados de una OI

Una cuestión distinta a la del efecto relativo de los tratados, pero conectada con ella, es la que se refiere a la posición de los Estados miembros de una Organización respecto de los tratados celebrados por ésta con otros sujetos. Sin duda hay que acabar con la ficción según la cual los Estados miembros no tienen nada que ver con los tratados válidamente celebrados por una Organización: basta con advertir que el objeto de muchos de ellos es, precisamente, el de crear derechos a su favor y obligaciones a su cargo (caso, por ej., de los acuerdos de pesca de la CE con

terceros Estados) o que los miembros intervienen en la conclusión de los acuerdos a través de los órganos de la Organización. Ahora bien, si los miembros de una Organización no son propiamente terceros respecto de los tratados concluidos por ésta, tampoco son formalmente partes. Hay que buscarles, pues, otro acomodo.

La cuestión fue ampliamente debatida durante los trabajos preparatorios de la CV de 1986. Pero la Conferencia de Viena prefirió no pronunciarse. Y así, la Convención de 1986 señala que sus disposiciones “no prejuzgarán ninguna cuestión que pueda surgir en relación con la creación de obligaciones y derechos para los Estados miembros de una OI en virtud de un tratado en el que esa Organización sea parte”.

La CDI había logrado un acuerdo alrededor de un texto (art. 36 *bis* de su proyecto de arts.) en el que, como primera condición para que un tratado en que sea parte una Organización dé origen a obligaciones y derechos para sus miembros, se exigía que “las partes en el tratado tengan la intención... de crear esas obligaciones y de conferir esos derechos y hayan definido sus condiciones y efectos en ese tratado o lo hayan pactado de otro modo”. De ser ese el caso se requería además: 1) que los Estados miembros de la Organización hubieran convenido en quedar obligados por las disposiciones del tratado en el instrumento constitutivo de la Organización o de otro modo; y 2) que esta circunstancia fuera debidamente puesta en conocimiento de los negociadores del tratado. A pesar de la modestia del texto, la Conferencia de Viena optó por suprimirlo.

La CE y sus miembros sostuvieron enfáticamente las iniciativas tendentes a incluir en el texto de la Convención de 1986 previsiones sobre la cuestión que venimos considerando. Lógico si se tiene en cuenta su intensa acción convencional y, sobre todo, que en virtud del art. 300.7 del TCE los acuerdos por ella celebrados “serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad, así como para los Estados miembros”. El TJCE ha afirmado sin ambages que tales acuerdos forman parte del ordenamiento comunitario (*Haegeman*, 1974), siendo en consecuencia exigible su cumplimiento a los Estados miembros por las instituciones comunitarias. Pero, ¿significa ello que los terceros Estados u OI partes en un tratado celebrado con la CE tienen no sólo acción frente a la propia CE sino igualmente frente a los Estados miembros en relación con su observancia? Tras algunas vacilaciones (*Kupferberg*, 1982), el TJCE ha endosado una respuesta negativa (*Demirel*, 1987). (V. Cap. XVII).

316. *El ámbito de aplicación espacial de las normas y obligaciones internacionales*

Los negociadores de un tratado se interesan normalmente por la redacción de cláusulas de delimitación de su ámbito de aplicación territorial cuando desean: 1) fijar un ámbito de aplicación no coincidente con todo y sólo el territorio de las partes (por ej., art. 6 del Tratado del Atlántico Norte); 2) excluir, precisamente, el territorio de las partes (por ej., art. 11 del Tratado sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras de destrucción en masa en los fondos marinos); ó 3) disipar las dudas que pueda haber acerca de la aplicación del tratado a todo su territorio, suscitadas por su discontinuidad física, su complejidad constitucional o su situación litigiosa, ganando en este caso un reconocimiento formal de soberanía (por ej., art. 10 del Convenio básico de cooperación científica y técnica entre España e Indonesia de 1982).

Los negociadores también pueden estimar conveniente establecer regímenes convencionales particulares para determinados territorios de las partes, en atención a sus particularidades geográficas o de otra índole.

Tratándose de tratados constitutivos de OI, tales regímenes pueden determinar asimismo la no aplicabilidad de disposiciones sectoriales del *derecho derivado* o su particularización (por ej., el régimen especial para Canarias, Ceuta y Melilla establecido en el Tratado de adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas).

En defecto de cláusulas expresas, la CV de 1969, siguiendo la práctica y jurisprudencia internacionales, dispone que un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio (incluido su espacio aéreo y las aguas bajo su jurisdicción), salvo que “una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo” (art. 29). La intención contraria de las partes puede ser apreciada por el órgano de aplicación atendiendo, entre otros, a la naturaleza, objeto y contexto del tratado.

La flexibilidad es, en este punto, oportuna, pues pueden presentarse situaciones muy diversas. Así, hay casos en que, a falta de cláusula expresa en el tratado o de indicación de las partes, resultaría manifiestamente impropio atenerse a la *presunción de territorialidad*. Tengamos presentes, por ej., los tratados hechos para aplicarse, justamente, en espacios no sujetos a la jurisdicción de ningún Estado (Antártida, espacio ultraterrestre, fondos marinos) o los tratados que se identifican directamente con espacios concretos de las partes (tratados de pesca, de contaminación marina o atmosférica, de delimitación fronteriza).

También es posible que, en atención a su objeto, un tratado sea exigible a un Estado con independencia del estatuto del territorio en que ejerce sus competencias. Así lo ha advertido, en relación con los derechos humanos, la CIJ, al afirmar que el Pacto de NU sobre derechos civiles y políticos (1966) es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004)

La aplicación de una norma consuetudinaria únicamente a una parte del territorio, o más allá del territorio, del Estado también vendrá determinada por su objeto; piénsese, por ej., en el régimen consuetudinario aplicable a la navegación por el mar territorial y en alta mar (v. Cap. XXIV).

Por otra parte, admitida la presunción de territorialidad, determinadas circunstancias pueden hacer problemática la fijación de su alcance. Veamos las principales:

1) El territorio de un Estado cambia con el tiempo, no es inmutable. Si un Estado pierde territorio después de la entrada en vigor del tratado, la situación para él podrá plantearse en términos de terminación por imposibilidad de cumplimiento y para el adquirente en términos de sucesión en obligaciones convencionales; si, por el contrario, un Estado aumenta territorio, habrá que dilucidar si el tratado se aplica al territorio tal cual era al concluirse el tratado o tal cual es al proceder a su concreta aplicación (v. Cap. XII).

2) Hay Estados que incorporan territorios con un régimen tan peculiar que, a la postre, acaban constitucionalmente separados. Ejemplo paradigmático es el que ofrecen las islas anglonormandas o la isla de Man, bajo soberanía británica. Pero hay muchos más: las islas Feroe o la misma Groenlandia, bajo soberanía

danesa, las islas Aaland, bajo soberanía noruega, Puerto Rico o Guam, patrimonio del Congreso de los Estados Unidos (aunque el principio de libre determinación de los pueblos reviente)... Ha de entenderse que, a diferencia de lo que ocurre con los componentes de un Estado de estructura compleja, a los que alcanza la presunción de territorialidad, ésta no es aplicable a estos territorios, debiendo en consecuencia estarse a la intención de las partes. La práctica habitual de Gran Bretaña es la de formular declaraciones —al firmar, manifestar el consentimiento o en un momento posterior— extendiendo a dichos territorios las obligaciones asumidas por el tratado.

3) Los *territorios polémicos*, poseídos por un Estado cuya soberanía otro discute, también plantean problemas. Si bien la presunción de territorialidad les alcanza (a condición de que el título de soberanía sea aparentemente legítimo), es aconsejable la concreción del ámbito de aplicación de los tratados concluidos por el Estado respecto de ellos, sobre todo cuando su objeto es la defensa, para impedir que otros Estados se sustraigan a sus compromisos jugando con el reconocimiento de soberanía o alegando neutralidad en el conflicto.

4) Situación peculiar es la de los *territorios ocupados* por un Estado que no es su soberano, como resultado de un conflicto armado. Piénsese, por ejemplo, en la ocupación de Cisjordania por Israel. En principio sólo procederá la aplicación en el territorio ocupado de los *tratados concluidos por el ocupante que específicamente* tienen que ver con el hecho de la ocupación (por ej., la IV Convención de Ginebra de 1949 sobre la protección de civiles en tiempo de guerra), afirmación que ha de ser matizada cuando está en juego el bienestar de la población. Cuestión distinta es que el Estado ocupante está obligado a observar todos los tratados aplicables con anterioridad al territorio ocupado, siempre que sean compatibles con el *status* de ocupación.

Un Estado que proceda a la anexión unilateral de un territorio que posee por la fuerza aducirá que no está ocupado y, probablemente, pretenderá que se le apliquen los tratados de los que sea parte. Pensemos en los Altos del Golán o en Jerusalén Este, anexionados por Israel en 1980. El DI en vigor no admite la conquista como fundamento de un título de soberanía, con los efectos consiguientes en el ámbito del Derecho de los Tratados: por un lado, impedir que la presunción de territorialidad abarque a los territorios anexionados; por otro, obligar a los demás Estados a abstenerse de entrar en relaciones convencionales con el ocupante que pretenda actuar en nombre o por cuenta del territorio ocupado (CIJ, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia (Sudoeste africano) a pesar de la res. 276 (1970) del C. de S.*, 1971; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004).

5) Muy discutido ha sido en el pasado si las obligaciones consentidas por un Estado se extendían a los *territorios no metropolitanos* sobre los que ejercía jurisdicción (colonias, mandatos, fideicomisos, territorios no autónomos). Como

regla general, ha de entenderse que los tratados concluidos por un Estado no se extienden de pleno derecho a estos territorios que, aun estando bajo su administración, no son de su soberanía y cuya condición jurídica está perfectamente diferenciada (v. Cap. IV). De ahí que la CV (art. 29) hable del territorio de las partes y no del territorio del que sean internacionalmente responsables.

En la práctica de la contratación multilateral ha sido habitual el recurso a la *cláusula colonial* en sus distintas versiones (*contracting in*, la más frecuente, facultando al Estado a extender la aplicación del tratado a tales territorios; y *contracting out*, excluyéndola). Duramente criticada por los anticolonialistas, su uso ha disminuido. Hoy son más frecuentes las declaraciones o notificaciones extendiendo a tales territorios las obligaciones asumidas por la potencia administradora, como las que realiza Gran Bretaña extendiendo la aplicación de tratados de los que es parte a Gibraltar. Pero, en ausencia de disposición al respecto, la virtualidad de dicha extensión mediante declaración o notificación debe entenderse condicionada al consentimiento de las demás partes en el tratado.

317. El ámbito de aplicación temporal de las normas y obligaciones internacionales

Debe tenerse siempre presente que, con carácter general, todos los hechos y situaciones deben ser examinados a la luz de las normas internacionales vigentes en el momento en que tuvieron lugar. El *principio de contemporaneidad* constituye una regla general del DI que encuentra sustento en la jurisprudencia internacional.

Cuestión distinta es la de los límites temporales de las normas internacionales. A este respecto no puede ignorarse que los tratados suscitan con frecuencia complejos problemas en relación con su ámbito de aplicación en el tiempo. Los negociadores gozan de libertad absoluta en la redacción de cláusulas que regulan los límites temporales del tratado.

Por lo que se refiere al efecto *inicial*, pueden darle efectos plenamente retroactivos o, en el polo opuesto, diferir la aplicación del tratado, o de parte de sus disposiciones, a una fecha convenida. Entre ambos extremos se abre un amplio abanico de posibilidades.

Ciertos tratados prevén la aplicación de regímenes transitorios que permiten a las partes (o a algunas de ellas) asumir escalonadamente las obligaciones previstas. Tal es el caso, por ejemplo, de los Tratados de adhesión a las Comunidades Europeas (a la Unión Europea tras el Tratado de Maastricht).

En cuanto al efecto *final* del tratado, suele vincularse a la cláusula de denuncia y orientarse en el sentido de extender su aplicación durante un cierto tiempo (seis meses, un año...) para evitar la evaporación por sorpresa de expectativas razonables; las cláusulas de aplicación *ultractiva* son habituales; por ej., en los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones

Cuando un tratado nace con el designio de derogar a otro, su efecto inicial ha de armonizarse con el efecto final del tratado que ha de ser sustituido, a fin de

evitar supuestos huérfanos. No siempre bastará con decir que el tratado A quedará abrogado con la entrada en vigor del tratado B. Si dichos tratados son, por ej., de extradición, habrá de resolverse cuál de los dos es aplicable a los procedimientos de extradición en curso y cuál lo será a las solicitudes que se planteen después relativas a infracciones o procedimientos penales anteriores. Las mismas consideraciones son aplicables a los casos de enmienda de un tratado (v. Cap. XII).

En la práctica no son infrecuentes los tratados que disponen la aplicación retroactiva de todas o algunas de sus disposiciones, refiriéndola normalmente a un momento determinado; tampoco lo son los tratados que combinan distintos regímenes de aplicación temporal, atendiendo al objeto que persiguen. Así, por ej., los tratados bilaterales sobre seguridad social y sobre doble imposición combinan disposiciones de aplicación inmediata con disposiciones de aplicación diferida y otras de aplicación retroactiva, respondiendo estas últimas al deseo de las partes de extender sus efectos favorables a todos los particulares afectados, evitando situaciones de discriminación.

También encontramos supuestos de aplicación retroactiva de resoluciones de OI, como es el caso de las resoluciones 827 (1993) y 955 (1994) del C. de S., creando los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.

Debe sin embargo evitarse que un tratado (o una resolución de una OI) disponga la aplicación retroactiva de disposiciones restrictivas de derechos individuales o que prevean la imposición de sanciones a particulares. La irretroactividad de este tipo de disposiciones se configura en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales como un principio fundamental que no admite excepciones (así, por ej., en el art. 9.3 de la Constitución española de 1978), por lo que pueden resultar inaplicables por los órganos internos de los Estados al entrar en conflicto con su Constitución (v. Cap. XVII).

Para evitar la aplicación retroactiva de una disposición convencional, cuando el tratado así lo dispone, cabe pensar en la formulación de una reserva cuyo objeto sea diferir —y por tanto modificar— sus efectos jurídicos en el tiempo. Una reserva también puede servir para diferir el efecto *inicial* de un tratado —siendo aconsejable si el tratado es *non-self-executing* y el Estado no está en condiciones de adoptar en tiempo la legislación de desarrollo (v. Cap. XVII)— o para excluir su aplicación a los *facta pendentia*. Otra cosa es que tales reservas sean o no admisibles, lo que habrá que examinarse caso por caso (v. Cap. XI).

A falta de cláusulas expresas el tratado será aplicable a partir de la fecha de su entrada en vigor —general o para el sujeto considerado— presumiéndose su irretroactividad. La *presunción de irretroactividad* de los tratados, ya formulada por la CIJ (*Ambatielos*, 1952), se consagra en el art. 28 de la CV. De acuerdo con ella el tratado no es, en principio, aplicable a los *facta praeterita* (hechos, actos o relaciones agotados o consumados antes de su entrada en vigor), sino tan sólo a los *facta futura* (posteriores a su entrada en vigor) y, según advierte la CDI, a los *facta pendentia* (originados antes de la entrada en vigor pero que siguen existiendo y despliegan sus efectos después de esa fecha). La aplicación de los tratados a los *facta pendentia* no contradice el principio de irretroactividad; es consecuente con la *aplicación inmediata* de un tratado, que se presume en ausencia de disposiciones en contrario.

Tampoco ha de confundirse la retroactividad de un tratado con la aplicación de algunas de sus cláusulas finales antes de la entrada en vigor ni, obviamente, con su aplicación provisional (v. Cap. IX).

La presunción de irretroactividad es destruida no sólo por una cláusula convencional en sentido contrario sino también cuando “una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”. Con esta disposición el art. 28 de la CV ha pretendido, en palabras de la CDI, “tener en cuenta los casos en los cuales la naturaleza misma del tratado, más que sus disposiciones concretas, indique que está destinado a tener determinados efectos retroactivos”. Un ejemplo de lógica retroactividad lo ofrece el compromiso arbitral que, por su propia naturaleza, se aplica a hechos anteriores a su entrada en vigor.

La práctica ofrece también supuestos que podemos calificar de *retroactividad forzosa*. Así, los acuerdos de prórroga tramitados a destiempo, una vez que el tratado al que se refieren está técnicamente terminado, son necesariamente retroactivos.

Por otra parte, no siempre es fácil identificar la fecha *crítica* determinante de la acción de las disposiciones convencionales o la de los hechos, actos o relaciones de que depende. Imaginemos un tratado para el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras: la presunción de irretroactividad, ¿significa que el tratado es aplicable a las decisiones cuya homologación se solicite después de su entrada en vigor?, ¿que lo es únicamente a las decisiones pronunciadas con posterioridad a esa fecha? o ¿tal vez sólo a aquéllas que son el resultado de procedimientos iniciados en el país de origen vigente ya el tratado?

Debemos advertir, por último, que si bien el art. 28 de la CV regula los problemas intertemporales que se plantean con la entrada en vigor del tratado, no hace lo propio con los que acompañan a su terminación. El criterio a seguir, cuando nada se ha convenido, viene establecido por el art. 70.1, conforme al cual la terminación del tratado exime a las partes de la obligación de seguir cumpliéndolo, pero no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; con la salvedad de que si ésta es causada por la incompatibilidad del tratado con una norma imperativa de DI general sobrevenida el mantenimiento de esos derechos, obligaciones o situaciones sólo será posible en la medida en que no estén en oposición con la nueva norma imperativa (art. 71.2).

LXXV. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LA NORMA U OBLIGACIÓN APLICABLE

318. *La determinación del contenido concreto de la norma u obligación internacional*

Seleccionada la norma u obligación internacional aplicable al caso procede precisar su contenido concreto. Tratándose de normas consuetudinarias ha de

acudirse a los mismos medios que permiten verificar su existencia (v. *supra*). En el caso de los tratados, la heterogeneidad de sus disposiciones, propiciada por el hecho de que las partes gozan, en principio, de plena libertad para acordar su contenido, objeto y alcance —siempre que no contradigan normas de *ius cogens* u obligaciones contraídas con terceros (v. *infra*)— dificulta y hace poco operantes los intentos de generalización. Cabe, no obstante, hacer las siguientes observaciones:

1) Todas las disposiciones convencionales —al igual que las resoluciones de OI— requieren para su aplicación ser interpretadas, por lo que, en último término, la determinación de su contenido en cada caso concreto resulta de la operación interpretativa que realizan los órganos de aplicación, internacionales o internos (v. *infra*).

2) Hay disposiciones convencionales que pueden ser excluidas no sólo mediante reservas y cláusulas de exclusión o modificación (*reservas negociadas*), sino también atendiendo a circunstancias excepcionales (aplicando *cláusulas de salvaguardia*); viceversa, hay tratados que prevén (*cláusulas facultativas*) la posibilidad de que las partes extiendan el ámbito obligacional (v. Cap. XI).

No han de confundirse las cláusulas de salvaguardia a las que pueden acudir las Partes en un tratado para, en determinadas circunstancias, solicitar de un órgano internacional la suspensión de un régimen convencional o proceder por sí mismas a la suspensión, eventualmente sometidas a alguna clase de control internacional, con las cláusulas que permiten a los órganos de aplicación excluir un régimen convencional en un caso concreto en situaciones definidas mediante conceptos jurídicos que les conceden una amplia discrecionalidad (por ejemplo, la noción de *orden público* que permite a un juez excluir la aplicación de la ley extranjera reclamada en principio por la regla de conflicto convenida por las partes en un tratado para regir una relación de tráfico jurídico externo). De ser así nos encontramos con un problema de interpretación.

3) Hay tratados que en lugar de regular directamente una materia acuden a técnicas indirectas. Los supuestos más frecuentes son la *incorporación por referencia* y las *cláusulas de la nación más favorecida*, de *trato nacional* y de *reciprocidad*.



319. La incorporación por referencia

La *incorporación por referencia* consiste en sustituir la regulación directa de la totalidad o parte de una materia por la invocación de un texto conocido y determinado, que se entiende incorporado al tratado en los términos en que los negociadores convengan. El texto referido suele ser otro tratado, pero también puede serlo una ley interna o unos usos del comercio internacional. La invocación puede abarcar tanto el texto referido en bloque como incluso sólo uno de sus arts.

El recurso a la *incorporación por referencia* puede responder a distintos motivos, tales como la economía de redacción o la voluntad de extender la aplicación de un determinado régimen convencional. En cualquier caso, una vez incorporado, el texto referido cristaliza y sigue las vicisitudes del tratado al que se incorpora, siéndole ajenas las que afectan a su identidad primitiva.

Debe pues distinguirse la *incorporación por referencia* de otras técnicas afines. Con frecuencia los tratados remiten a otros tratados, a normas o principios del DI o a las leyes internas de los Estados partes la regulación de determinadas materias sin por ello incorporarlos. La remisión se orienta en estos casos al deslinde de los respectivos ámbitos de aplicación, a la constatación de su relevancia, por ser incluso la premisa imprescindible del tratado, o a la afirmación de su compatibilidad.

Hay que atender a los términos en que la cláusula está redactada para descifrar si la intención de las partes ha sido o no la incorporación material del texto referido. Un buen índice para casos dudosos consiste en apreciar si en las relaciones entre las partes el texto referido es aplicable con independencia de la referencia que a él hace el tratado. Si la respuesta es afirmativa, cabe presumir que el supuesto no es de incorporación. Sin embargo, presunción no equivale a regla. Así, por ej., el Acuerdo sobre los ADPIC (1995) incorpora por referencia los arts. 1 a 12 y 19 del Convenio de París sobre Propiedad Industrial (rev. Estocolmo, 1967), al margen de la sustancial coincidencia de las Partes en ambos tratados, seguramente por su ambiciosa vocación universalizadora desde la particular perspectiva —la comercial— en que se interesa por la regulación de los derechos de la propiedad intelectual.

Paz Andrés ha puesto de relieve que la técnica de la *incorporación por referencia* puede plantear algunos problemas en el orden interno cuando el texto referido es un tratado del que no se es parte. Así, en primer lugar, la calificación del tratado que se sirve de esta técnica a los efectos de su tramitación parlamentaria ha de hacerse teniendo en cuenta el contenido del texto referido, que el Gobierno habrá de aportar. En el plano de la aplicación, en segundo lugar, los órganos correspondientes —en particular los órganos internos— pueden toparse con dificultades de conocimiento del texto referido, a menos que se proceda a su publicación junto con el tratado (lo que no es habitual).

La incorporación por referencia no ha de confundirse, en todo caso, con las cláusulas de recepción, a efectos interpretativos, de otros tratados (por ej., art. VIII del acuerdo hispano-argentino de cooperación para el desarrollo y aplicación de los usos pacíficos de la energía nuclear, que recibe para su interpretación los principios de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963). (V. *infra*).

320. Cláusula de la nación más favorecida

La cláusula de la nación más favorecida consiste en una disposición convencional en virtud de la cual una parte —la concedente— contrae la obligación de otorgar a la otra —la beneficiaria— o a las personas y cosas que guardan con ella una determinada relación, un trato no menos favorable que el que confiere al tercero de la misma naturaleza más favorecido o a las personas y cosas que guardan con él idéntica relación. Su propósito es, en palabras de la CIJ, “establecer y mantener en todo momento una igualdad fundamental... sin discriminación entre los países interesados” (*Derechos de los nacionales de Estados Unidos en Marruecos*, 1952), evitando situaciones de relativa desventaja respecto de terceros que han negociado con más habilidad o posteriormente.

La fuente del trato más favorable suelen ser los tratados suscritos por el concedente con terceros, pero no ha de descartarse que se encuentre en su legislación o prácticas internas, a menos que los negociadores la hubieran restringido expresamente a los tratados. En todo caso, los derechos del beneficiario no tienen su base en los tratados suscritos con los terceros (ni, eventualmente en la legislación o prácticas internas) sino en el tratado en el que la cláusula se inserta (CIJ, *Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952).

La cláusula puede insertarse en cualquier tipo de tratados, siendo muy frecuente en los de comercio, navegación, relaciones consulares o protección de inversiones. Por lo que se refiere al comercio internacional, constituye uno de los ejes centrales del GATT (su art. I dispone que toda ventaja concedida a una parte se extiende automática e incondicionalmente a las demás). Su importancia como instrumento de política comercial explica la atención que le prestó la CDI que, en 1978, elevó a la AGNU un proyecto de arts. con reglas supletorias para los casos en que los negociadores no regularan de forma completa el juego y alcance de la cláusula.

El régimen de la nación más favorecida es, a diferencia del de la incorporación por referencia, cambiante, ya que cambiantes —además de indeterminados— son los textos a los que remite. Consecuentemente, el trato recibido en virtud de la cláusula puede no sólo mejorar sino también empeorar, a no ser que de la redacción de una concreta cláusula se desprenda lo contrario (por ej., el art. II.1.a del GATT admite en principio la consolidación de ventajas).

Así, en el asunto de los *derechos de los nacionales de Estados Unidos en Marruecos* (1952) la CIJ consideró incompatible con la intención de las partes la pretensión norteamericana de seguir beneficiándose de convenios consulares concertados por Marruecos con terceros países y luego terminados.

La cláusula de la nación más favorecida puede ser *unilateral* o *sinalagmática*. En el primer caso sólo una de las partes concede a la otra —u otras— el trato de la nación más favorecida; en el segundo, las partes se conceden mutuamente dicho trato. En cualquier caso, la unilateralidad a la que nos referimos es formal, pues el Estado concedente puede obtener a cambio otras compensaciones.

La *cláusula unilateral* se vincula históricamente a relaciones desiguales (por ej., en tratados de paz), pero puede responder también a otras causas, como la naturaleza de las cosas (por ej., cuando un Estado concede a otro el trato de la nación más favorecida en relación con el uso de un canal de navegación o una vía fluvial que pasa por su territorio) o un propósito asistencial (cuando la concede un país desarrollado a otro en desarrollo).

En cuanto a la *cláusula sinalagmática*, debe tenerse en cuenta que los beneficios que de ella obtienen las partes no siempre serán equiparables, pues la cláusula funciona desigualmente según sea el nivel del trato que los demás países reciben de cada una de las partes pudiendo, además, incluir límites o excepciones que sólo resultan de aplicación a una de ellas.

Por otro lado, la cláusula puede ser condicionada, quedando expresamente sometida a una contraprestación cualquiera, o incondicional. La condición más característica, propia de cláusulas sinalagmáticas, es la del *trato recíproco*, por la

que se concede al beneficiario el trato del tercero más favorecido siempre que esté dispuesto a otorgar al concedente el mismo trato o un trato equivalente.

En cuanto al alcance de la cláusula, los negociadores gozan de libertad para precisar su objeto material, los beneficiarios y la identidad de los terceros más favorecidos que sirven de referencia. Los problemas surgen cuando la cláusula calla o es incompleta, siendo necesario determinar sus límites implícitos y naturales.

Un primer límite se encuentra en la regla *eiusdem generis*, según la cual la disposición cuyo beneficio se pretende ha de identificarse con el objeto propio de la cláusula; a este respecto debemos precisar que, cuando no es otra la intención de las partes, el objeto de la cláusula coincide con el del tratado que la inserta. La regla no es siempre de fácil aplicación. Así, por ej., las cláusulas insertas en los tratados bilaterales de protección de inversiones, ¿resultan aplicables a los mecanismos de arreglo de controversias entre el Estado huésped de la inversión y los inversores de la otra parte previstos en ellos? Si en 1952 (*Anglo Iranian Oil Co.*) la CIJ había concluido que la cláusula de nación más favorecida no tenía nada que ver con los asuntos jurisdiccionales entre los Estados, el laudo arbitral en el asunto *Ambatielos* (1956) recomendaba atender “a la intención de las partes según se deduzca de una interpretación razonable del tratado”.

En el asunto *Maffezini c. España* (2001) el Tribunal arbitral CIADI entendió que, a pesar del silencio de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Acuerdo de protección de inversiones entre España y Argentina, debía entenderse aplicable a las disposiciones sobre arreglo de controversias entre cada una de las partes y los inversores de la otra, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, la posición de España y de Argentina durante la negociación del Acuerdo. Consecuentemente, el Tribunal admitió la invocación por el inversor argentino (Maffezini) de las disposiciones sobre arreglo de controversias del Acuerdo sobre protección de inversiones entre España y Chile que, a diferencia del hispano-argentino, no exige someter la controversia a los tribunales nacionales del Estado de inversión antes de acudir al arbitraje internacional. El mismo criterio ha sido seguido por los Tribunales arbitrales en *Siemens* (2004) y *Camuzzi* (2005).

No obstante, esta solución ha sido matizada en otros casos decididos por tribunales arbitrales CIADI. De hecho la han descartado los laudos pronunciados en *Salini Costruttori c. Jordania*, 2004, *Impreglio*, 2004, y *Plama*, 2005. Invocar las reglas sobre arreglo de controversias que figuran en un tratado con base en la cláusula de la nación más favorecida, se dice en el último de estos laudos, sólo es posible cuando “no existe la menor duda” sobre la intención en ese sentido de las Partes en el tratado que incorpora la cláusula.

En segundo lugar, a menos que se estipule otra cosa, el beneficiario sólo puede reivindicar el trato de la nación más favorecida para sí mismo o, en su caso, para las personas y cosas en situación análoga a la de las personas y cosas del tercero que reciben el trato más favorable.

Así, por ej., si el trato más favorable se concede a los comerciantes nacionales de un tercer Estado, la cláusula sólo podrá aprovechar a los comerciantes nacionales del beneficiario y no a otras personas. No es difícil imaginar los problemas que pueden surgir en la práctica al aplicar esta regla.

En tercer lugar, se estima que la cláusula no juega en los supuestos en que no se da una identidad de condición suficiente entre el beneficiario y el tercero

considerado. Los dos supuestos más característicos son los que interesan a los miembros de una unión aduanera o de una zona de libre cambio y a los países en desarrollo.

Por lo que se refiere a los miembros de una unión aduanera o de una zona de libre cambio, sus objetivos se verían frustrados si otros Estados pudieran acceder a sus ventajas en virtud de la cláusula de la nación más favorecida. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la CE. En la práctica, este supuesto ha sido excluido del ámbito de aplicación de la cláusula en la mayoría de los tratados comerciales (el propio GATT lo recoge en su art. XXIV). Dicha práctica, sin embargo, ha sido valorada de distinta manera: para unos es prueba de la existencia de una norma general que salva la imprevisión de los negociadores; para otros, demuestra que tal norma no existe y que, en consecuencia, a falta de disposición expresa, las ventajas que se conceden los miembros de una unión aduanera o de una zona de libre cambio se extienden a los beneficiarios de la cláusula. La CDI, por su parte, no se atrevió a mencionar esta excepción como norma general en su proyecto de arts. dada la oposición de los entonces países socialistas a admitirla.

En cuanto a los países en desarrollo, el quebrantamiento de la cláusula de la nación más favorecida en sus relaciones con los países desarrollados ha formado parte, desde hace décadas, de su reivindicación de un *nuevo orden económico internacional* en el que, frente a la igualdad formal entre Estados, debía imponerse el *principio de la desigualdad compensadora* (v. Cap. III). Fruto de esta reivindicación ha sido la aceptación, como un componente del sistema del GATT, del tratamiento preferencial de los países en desarrollo por los desarrollados, sin reciprocidad ni aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en favor de los últimos. La CDI se hizo eco de esta evolución en su proyecto de arts.

321. Cláusula de tratamiento nacional

También son frecuentes los tratados que incluyen *cláusulas de tratamiento nacional* —en ocasiones aluden a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad— por las que las partes se comprometen a otorgar a los nacionales de las otras partes el mismo trato que dispensan a sus propios nacionales; de nuevo podemos citar los tratados de comercio y sobre protección de inversiones. En este supuesto la fuente del tratamiento se encuentra, obviamente, en la legislación interna de cada una de las partes.

La cláusula de tratamiento nacional también puede ser unilateral o sinalagmática, condicionada o incondicional. En cuanto a su alcance, al igual que ocurre con la cláusula de la nación más favorecida, habrá que estar a la voluntad de las partes, no siendo tampoco infrecuentes los casos en que ésta no se deduce claramente de los propios términos del tratado; en caso de silencio, resulta asimismo de aplicación la regla *eiusdem generis*.

Para ilustrar las dificultades que puede entrañar la determinación del alcance de una cláusula de tratamiento nacional, cabe recordar el art. 12 del TCE, que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad "en el ámbito de aplicación del presente Tratado". El TJCE ha interpretado el precepto en el sentido de que su aplicación no se limita a los ámbitos de competencia de la CE, sino que se extiende a ámbitos ajenos a tales competencias —tales como el Derecho penal— en la medida en que estén en juego las libertades básicas del mercado interior (Cowan, 1989).

322. *Cláusula de reciprocidad*

Con la *cláusula de reciprocidad* cada parte se compromete a conceder a las otras el mismo trato que de éstas recibe. Esta cláusula —que normalmente opera como una condición de las obligaciones previstas en una o varias disposiciones del tratado— es por definición sinalagmática y condicionada (al trato recíproco), pudiendo combinarse con otras cláusulas, como la de la nación más favorecida o la del tratamiento nacional.

La aplicación de la cláusula de reciprocidad no plantea especiales dificultades tratándose de disposiciones que se mantienen en el plano de las relaciones interestatales cuya aplicación corresponde a los órganos del Estado encargados de las relaciones exteriores. Distinto es el caso cuando se inserta en un tratado que trasciende dichas relaciones y, en particular, que incide en la esfera de los derechos y obligaciones de los particulares. Las dificultades que plantea en este supuesto su aplicación por los órganos internos son evidentes, pues se convierte en una cuestión de hecho cuya prueba se exige a quien la invoca para beneficiarse de un determinado régimen, una prueba que muchas veces resulta diabólica. En algunos casos, sin embargo, la condición de reciprocidad debe llevar a considerar que la disposición convencional no es *self-executing* (v. Cap. XVII).

Así, por ej., el art 12. del Convenio cultural entre España y Costa Rica (1980) dispone que cada parte se compromete a reconocer la validez de los estudios cursados y de los títulos académicos obtenidos en la otra parte, precisando que “a este respecto ambas partes se atenderán a la más estricta reciprocidad en el momento de la ejecución de este compromiso”; buena prueba del carácter *non self-executing* de la disposición es que el segundo párrafo del art. 12 añade que “las partes intercambiarán las notas verbales oportunas para la mejor ejecución de lo anterior y precisarán, cuando sea necesario, la equivalencia entre títulos y diplomas...”.

La cláusula de reciprocidad no ha de confundirse con:

1) La suspensión de la aplicación de un tratado, con base en el principio *inadimplenti non est adimplendum*, como una *contramedida* válida según normas generales del DI, con la invocación de la violación grave del tratado como causa de terminación o suspensión del mismo en los términos del art. 60 de la CV, o con una denuncia motivada por la consideración estadística de que, dentro del respeto de las reglas del tratado, los órganos de aplicación de una parte arruinan las expectativas de la otra mediante su interpretación miserable (v. Caps. XII y XX). En estos supuestos, que se mueven en el plano de las relaciones interestatales, las decisiones adoptadas por el Gobierno con la autorización, en su caso, de las Cámaras legislativas, han de ser tenidas en cuenta por los órganos estatales concernidos por la aplicación de un tratado así suspendido o terminado.

2) La previsión por algunas Constituciones de la reciprocidad como condición para la aplicación de los tratados en el orden interno (v. Cap. XVII).

3) El recurso a la reciprocidad por el legislador estatal para instruir la cooperación internacional de los órganos administrativos y judiciales en defecto, justamente, de tratados.

En ese papel de criterio subsidiario cuando los tratados faltan encontramos la reciprocidad, por ej., en el régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras (arts. 952-953 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española), planteando siempre engorrosos problemas de aplicación.

LXXVI. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

323. *Aplicación e interpretación*

La interpretación no constituye un acto aislado, sino que es consustancial al proceso de aplicación de las normas y obligaciones internacionales. Siempre será preciso fijar el sentido, determinar el alcance, esclarecer los puntos oscuros y las ambigüedades de una disposición antes de ordenar sus consecuencias en el caso concreto, esto es, de tomar una decisión. El propio proceso de selección de la norma u obligación aplicable y de identificación de su contenido (v. *supra*) exige del órgano de aplicación una labor interpretativa.

La relevancia jurídica de la interpretación de una norma u obligación internacional dependerá del órgano del que emane. Así, la interpretación de un tratado por los órganos estatales será oponible al Estado que la hace en lo que le perjudique, pero no lo será a los demás, pudiendo ser además desencadenante de una controversia entre las Partes; en cambio, la interpretación de un tratado por un tribunal arbitral o judicial internacional obligará a las partes en el asunto y, como *precedente*, podrá iluminar una *jurisprudencia* que acabará proyectándose en la decisión de otros casos (v. Cap. XIII). Desde esta perspectiva, la posición de la CIJ (que no por casualidad hace de la interpretación de los tratados el primer rubro de su competencia en el marco del art. 36.2 de su Estatuto) es privilegiada (v. Cap. XVIII).

En el caso de las normas consuetudinarias, la interpretación no va referida a un texto —salvando los tratados de codificación (v. Cap. XIV)— sino a los comportamientos estatales o de otros sujetos de DI que dieron lugar a su nacimiento. La interpretación se confunde en este caso, pues, con la labor de determinación de la existencia y contenido de tales normas (v. *supra*). Lo mismo cabe decir de los actos unilaterales como fuente de obligaciones internacionales (v. Cap. VII).

324. *La codificación de las reglas de interpretación de los tratados*

La *interpretación de los tratados* ha dado lugar a extensas e intensas disputas doctrinales. Según una *opinión minoritaria* los textos convencionales han de interpretarse buscando la significación más acorde con su fin, atendiendo a las circunstancias del momento y a la necesidad social.

Esta *concepción finalista*, que propugna el recurso a los métodos *teleológico*, *sociológico* y *comparado*, tuvo una expresión radical en A. Álvarez —“la letra mata, el espíritu vivifica”—, quien llegó a admitir la modificación del tratado por vía de interpretación cuando su texto, en virtud del dinamismo de la vida internacional, condujese a injusticias manifiestas o resultados contrarios a sus fines. La mayoría, recelosa del aliento pretoriano de los jueces, rechaza, sin embargo, un planteamiento que estimula la *legislación judicial*, la revisión de los tratados so pretexto de interpretación.

Según la opinión tradicional, ampliamente compartida, el objetivo fundamental del intérprete ha de ser descifrar la verdadera *voluntad de compromiso o acuerdo de las partes*. No siempre la omisión es imprevisión; por el contrario, la inadecuación de los medios previstos en un tratado respecto de los objetivos proclamados puede haber sido querida por las partes. Ahora bien, mientras que para unos esa voluntad cristaliza y es relevante sólo en la medida en que ha sido plasmada en el texto del tratado, cuya significación objetiva ha de establecerse —*concepción objetivista*—, para otros el texto del tratado es sólo una de las bases, pero no la única, ni siquiera la preponderante, en la identificación de una voluntad que puede discernirse atendiendo a otros medios, en particular los trabajos preparatorios —*concepción subjetivista*—.

Los *objetivistas* se inclinarán por los métodos *gramatical* y *lógico-sistemático*; los *subjetivistas*, por los métodos *histórico* y *práctico*. Junto a unos y otros se han movido quienes niegan la existencia y oportunidad de una reglamentación jurídica de la operación interpretativa, temerosos de que la positivación jurídica de las reglas de interpretación acabe haciendo de ésta una operación mecánica, rígida, que lejos de prevenir sólo la arbitrariedad del intérprete, acabe estrangulando la discrecionalidad inherente a su función.

En su tarea de codificación del Derecho de los Tratados los miembros de la CDI se fijaron una meta limitada: “aislar y codificar las reglas —cuyo número es relativamente pequeño— que parecen constituir el fundamento general de la interpretación de los tratados”, pero no “las condiciones que han de regir la aplicación de estos principios de interpretación, cuya idoneidad depende en cada caso del contexto particular y de una apreciación subjetiva de circunstancias variables”.

Inspirándose en la jurisprudencia internacional y en las recomendaciones formuladas por el IDI (sesión de Granada, 1956), la CDI propuso unas reglas que hoy se corresponden con los arts. 31-33 de la CV. Autorizados comentaristas, como P. Reuter, han valorado esta regulación como uno de sus mejores logros. Se ofrece al intérprete un marco unitario, pero también genérico, amplio y flexible, en el que desarrollar desahogadamente su actividad.

Siguiendo las propuestas de la CDI, la CV se ha decantado por la concepción objetivista, integrando en ella el núcleo de la interpretación teleológica y concediendo sólo un papel secundario a los elementos esenciales de la concepción subjetivista.

El art. 31.1 enuncia la *regla general de interpretación*, según la cual un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido ordinario de sus términos (interpretación *gramatical*) dentro de su contexto (interpretación *lógico-sistemática* o *contextual*) y a la luz de su objeto y fin (interpretación *teleológica*).

El art. 32 añade, por otra parte, que podrá acudirse a *medios de interpretación complementarios*, como los trabajos preparatorios y las circunstancias de celebración del tratado (interpretación histórica), bien para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31, bien para determinar dicho sentido cuando aquella interpretación lo deje ambiguo u oscuro o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Las reglas de interpretación contenidas en los arts. 31 y 32 de la CV son expresión de normas de DI consuetudinario, como ha reconocido la CIJ en múltiples ocasiones (por ej., recientemente en *Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan*, 2002; *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004). Además, tienen carácter *dispositivo*, en la medida en que las partes en un tratado pueden regular su interpretación como tengan por conveniente.

325. *La regla general de interpretación de los tratados: texto, contexto y objeto y fin*

El art. 31 de la CV concibe la operación interpretativa como una operación combinada en la que, bajo el manto del principio de buena fe, confluyen en condiciones de igualdad los tres criterios de interpretación enumerados en él: la interpretación *gramatical*, la interpretación *lógico-sistemática* (o *contextual*) y la interpretación *teleológica*. Texto, contexto, objeto y fin del tratado son elementos *intrínsecos* de la interpretación, por cuanto todos ellos, de una u otra forma, reflejan el *acuerdo* de las partes.

De ahí la rúbrica de este precepto como “Regla general de interpretación”, en singular, deliberadamente adoptada por la CDI (1966) para subrayar “que el proceso de interpretación constituye una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí”, añadiendo que “todos los diferentes elementos, en la medida en que estén presentes en un caso dado se mezclarán en el crisol y su acción recíproca dará entonces la interpretación jurídica pertinente”. Fueron “consideraciones de lógica y no ninguna jerarquía jurídica obligatoria”, precisa la CDI, las que llevaron a la ordenación propuesta del artículo.

En efecto, en términos lógicos el proceso de interpretación de una disposición convencional se inicia con el análisis del texto, abriéndose en círculos sucesivos, cada vez más amplios, primero al contexto y, después, al objeto y fin del tratado.

Se ha señalado, sin embargo (C. Fernández de Casadevante), que la CIJ no siempre tiene en cuenta el carácter unitario y combinado de los elementos contenidos en la *regla general* y suele primar en exceso el elemento textual. Un ejemplo de esta forma de proceder puede encontrarse en la *Disputa territorial* entre Chad y Libia (1994), donde la Corte acudió al contexto y al objeto y fin del tratado sólo para confirmar la interpretación hecha a partir del análisis del texto. La interpretación debe basarse “ante todo”, declara la Corte al decidir la *Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan* (2002), en el texto del tratado (v. también *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004). Pero ¿qué otra cosa debería decirse en los casos en que es el texto el que, de manera inequívoca, refleja el *acuerdo* de las Partes? Ahí los criterios lógico-sistemático y teleológico tendrán un papel más limitado.

Sin embargo, los tratados son el fruto de procesos negociadores en los que el afán por lograr un acuerdo se salda a menudo con textos oscuros o ambiguos, o recurriendo a conceptos vagos y genéricos que obligan al intérprete a trascender el texto, empleándose a fondo en la interpretación lógico-sistemática y teleológica y recurriendo a las demás reglas (y técnicas) de interpretación. La interpretación se convierte así en *arte*, la *ars legis*; un arte en el que, sin embargo, el intérprete ha de contener su capacidad creativa por la exigencia de aplicar —que no *inventar*— el Derecho.

326. *El texto: los términos del tratado*

Los términos del tratado, dice el art. 31.1 de la CV, han de interpretarse en principio conforme a su *sentido ordinario o corriente*, no en abstracto ni aisladamente, sino en el *contexto* del tratado. Esta última precisión es la que permite al intérprete elegir una entre las diferentes acepciones con que cuenta cada término. También permite prevenir del error de confundir el sentido ordinario de un término con su acepción más frecuente en el lenguaje *vulgar*. El sentido ordinario de un término en un contexto jurídico será con frecuencia un sentido técnico y especializado. En cualquier caso, si las partes hubieran acuñado en el tratado la definición de los términos empleados, habrá que estar a dicha definición.

El art. 31.4 añade que “se dará a un término un sentido *especial* si consta que tal fue la intención de las partes”. Será *especial* el sentido que se pretenda dar a un término cuando no se corresponda con su sentido ordinario en su propio contexto. Pero quien quiera prevalerse de él habrá de probar que ésa fue y no otra la intención de las partes (CIJ, *Sahara occidental*, 1975). Esta disposición constituye la única concesión que se hace a la concepción subjetivista, pero no es desdeñable. Cuando una parte insta la significación especial de uno o varios términos el proceso de interpretación puede sufrir un vuelco espectacular pues, previsiblemente, el interesado introducirá como elementos pertinentes de prueba los *trabajos preparatorios* y las *circunstancias de celebración* del tratado (v. *infra*), únicos que pueden ayudarle en su pretensión, quedando el intérprete atrapado por elementos interpretativos extrínsecos al texto.

En el análisis del texto el intérprete ha de situarse en principio en el momento de redacción del tratado. Así pues, para la determinación del sentido de sus términos podrá ser útil acudir a tratados análogos de la misma época (v., por ej., CIJ, *Derechos de los nacionales de Estados Unidos en Marruecos*, 1952).

Refiriéndose al acuerdo entre la S. de N. y Sudáfrica relativo al mandato sobre el Sudoeste africano, la CIJ estimó que, para determinar los derechos y obligaciones de las partes respecto del mandato, era necesario “situarse en la fecha en que el sistema de mandatos ha sido establecido”, precisando que, en consecuencia, debía examinar los textos de los instrumentos y de las disposiciones pertinentes situándolos en su época (*Sudoeste africano* —segunda fase—, 1966).

Ahora bien, al tomar en consideración el contexto, el intérprete se ve obligado a ampliar el momento hermenéutico, acudiendo a los *acuerdos ulteriores de las partes acerca de la interpretación del tratado* o al *contexto normativo* existente al realizar la operación interpretativa; también el objeto y fin del tratado pueden resultar determinantes a este respecto (v. *infra*).

327. El contexto: el tratado en su conjunto y los instrumentos que lo acompañan

Al situar la interpretación de los términos del tratado en su *contexto* la Convención enfatiza el método lógico-sistemático. El art. 31.2 enumera como componentes del contexto:

1) El *texto del tratado* considerado en su conjunto, incluidos el preámbulo y los anexos. Como observó la CPJI (*Desviación de las aguas del Mosa*, 1937) el tratado establece un régimen que resulta del conjunto de sus disposiciones, formando un todo del que no pueden disociarse las distintas cláusulas para ser consideradas por separado. Por otra parte los preámbulos, sin perjuicio del valor normativo que pueda reconocérseles, son especialmente estimables en la interpretación de las disposiciones articuladas del texto (v., por ej., CIJ, *Derechos de los nacionales de Estados Unidos en Marruecos*, 1952; *Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas*, 1959).

2) *Los acuerdos referidos al tratado*, concertados entre las partes con motivo de su celebración, y *los instrumentos* igualmente referidos al tratado, formulados con el mismo motivo por una o más partes y aceptados por los demás.

Merecen una mención particular las declaraciones interpretativas formuladas por las partes conjuntamente al celebrarse el tratado, o consensuadas por éstas y expresadas por el Presidente de la Conferencia en que se negoció. Al igual que los *acuerdos ulteriores de las partes acerca de la interpretación del tratado* estas declaraciones merecen la calificación de interpretaciones *auténticas* (v. *infra*).

Piénsese, por ej., en las numerosas declaraciones interpretativas conjuntas formuladas en el marco de la celebración de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como de los sucesivos tratados de adhesión y de revisión. El TJCE ha llegado a considerar la declaración al Tratado de adhesión (1972) formulada por Gran Bretaña en relación con la nacionalidad británica —y a la que los demás Estados miembros dieron su asentimiento— como un “instrumento relacionado con el Tratado” (Kaur, 2001), lo que, como se ha señalado (C. Martínez Capdevila), sugiere su consideración en el marco del art. 31.2 de la CV.

Materialmente estos acuerdos e instrumentos se encuentran entre los trabajos preparatorios (v. *infra*) siendo deliberadamente rescatados para la *regla general* de interpretación de manera que, como señaló la CDI, no sean considerados “como una simple prueba a la que se pueda acudir para resolver una ambigüedad o una oscuridad, sino como parte del contexto al que se puede recurrir para determinar el sentido corriente de los términos del tratado”.

328. *El objeto y fin del tratado*

El tercer elemento de interpretación enumerado en el art. 31.1 de la CV —*el objeto y el fin que persigue el tratado*— nos conduce a la interpretación *teleológica*, que encuentra en dicho art. un doble límite: por un lado, el *objeto* forma parte de un único criterio interpretativo junto con el *fin*; por otro, la interpretación teleológica convive, dentro de una misma regla general, con los métodos de interpretación tradicionales de la concepción objetivista. Lejos, pues, de arriesgar la distorsión o la modificación del acuerdo original de las partes, la dimensión teleológica conduce a una interpretación que asegure la mayor efectividad compatible con el sentido ordinario de los términos del tratado dentro de su contexto; se trata, en definitiva, de satisfacer el fin querido por las partes dentro de los límites de las disposiciones que han convenido (v., por ej., CIJ, *Ensayos nucleares*, 1974; *Sahara occidental*, 1975).

Se deduce así del art. 31.1 (y en este sentido se pronunció la CDI) el principio del *efecto útil* (*ut res magis valeat quam pereat*), conforme al cual cuando un tratado da pie a varias interpretaciones posibles se debe escoger la que mejor sirva a la satisfacción de su objeto y fin. Ello no significa en ningún caso, como precisó la CDI, la aceptación de interpretaciones extensivas, más allá de lo expresado o necesariamente implícito en los términos del tratado, ni mucho menos inclinarse por soluciones ideales que las partes no han tenido intención de consentir.

El principio del *efecto útil* cuenta con un amplio respaldo jurisprudencial, en particular para descartar interpretaciones de disposiciones convencionales que las vaciarían de contenido (v., por ej., CIJ, *Estrecho de Corfú*, 1949; *Controversia territorial*, Libia/Chad, 1994). Por otra parte, ha encontrado en la interpretación de las disposiciones atributivas de competencias a las OI, contenidas en sus tratados constitutivos, un importante campo de cultivo. En efecto, la doctrina de los *poderes implícitos* de la OI, enunciada tempranamente por la CIJ (*Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las NU*, 1949) y ampliamente desarrollada por la jurisprudencia del TJCE, tiene a la postre su fundamento en la exigencia de interpretación de los tratados teniendo en cuenta su objeto y fin y, en particular, el principio del *efecto útil* (v. Cap. V).

Cabe, sin embargo, descubrir algún caso en el que se invoca el *objeto y fin* de una disposición para avalar una interpretación que conduce a su efecto *inútil*. Así se advierte en el manejo que la CIJ hizo del artículo 35.2 de su Estatuto para negar a la RFY (Serbia y Montenegro) su derecho a promover una acción ante la Corte no siendo parte en el Estatuto en la fecha en que intentó la acción (*Licitud del empleo de la fuerza*, 2004). Esa posibilidad estaba abierta, según la mencionada disposición, si así se preveía en "los tratados en vigor" (en la fecha, entiende la Corte, en que entró en vigor su Estatuto, el 24 de octubre de 1945, no en el que se depositó la demanda, en este caso el 29 de abril de 1999), sin admitir, por otro lado, entre los "tratados en vigor" los que hubiesen previsto la jurisdicción de su antecesora, la CPJL... La misma Corte ha de reconocer que de acuerdo con estos parámetros tal vez no exista ningún tratado que responda el supuesto. Cabe preguntarse si acaso el objeto y fin del artículo 35.2 del Estatuto era ser una cáscara sin contenido. Una decisión así es *bocato di cardinale* para los *Critical Legal Studies*.

329. *El papel de la buena fe y de otros principios*

De acuerdo con la regla general de interpretación consagrada en el art. 31.1 de la CV la operación interpretativa ha de ser animada por el *principio de la buena*

fe. La buena fe opera aquí como principio de interpretación, coadyuvando a la correcta aplicación de la regla general. El principio del *efecto útil*, al que acabamos de referirnos, bien puede ser considerado como una consecuencia de la exigencia de buena fe en la interpretación de un tratado a la luz de su objeto y fin.

Junto a la buena fe hay que tener presentes otros principios generales del Derecho inherentes a la aplicación de cualquier norma u obligación internacional. Uno de ellos es el de la *equidad infra legem*.

En el asunto de la *Plataforma continental* (Tunez/Libia, 1982) la CIJ señaló que la equidad es un principio general directamente aplicable que permite a un tribunal, al aplicar el DI positivo, escoger entre las varias interpretaciones posibles aquella que parezca más conforme a las exigencias de justicia en las circunstancias del caso (v. también *Competencia en materia de pesquerías*, 1974; *Controversia fronteriza*, Burkina Faso/Mali, 1986). La equidad cumple, pues, una función correctora en la aplicación del DI, permitiendo limar las consecuencias rigurosas del *summum ius*. No se trata sin embargo de buscar una solución equitativa al margen del Derecho (resolviendo *ex aequo et bono*) o *praeter legem*, sino soluciones equitativas —esto es, justas al caso concreto— a partir de las disposiciones aplicables (*equidad infra legem*).

No ha de confundirse el juego de los principios generales del Derecho en la aplicación del DI al caso concreto con su papel como fuente supletoria del DI (v. Cap. XIII). Tampoco ha de confundirse con el recurso a las técnicas de la argumentación (por ej., la argumentación a contrario o *ad absurdum*) o a máximas que no son expresión de principios jurídicos (por ej., *minus ei licere debet, cui licet*).

330. Un contexto más amplio, sobrevenido y normativo

El art. 31.3 ensancha aún más la base de la operación interpretativa al añadir entre los materiales a tener en cuenta:

1) *Los acuerdos ulteriores entre las partes acerca de la interpretación del tratado*. Se trata de un componente inexcusable del contexto; es revelador que, como ya hemos indicado, esta *interpretación* se denomine *auténtica* y como tal, deba a tales efectos, según la CDI, reputarse incorporada al tratado.

2) *La práctica seguida en la aplicación del tratado*, considerada igualmente, en palabras de la CDI, como “prueba objetiva del acuerdo entre las partes en cuanto al sentido del tratado”, con tal que, seguida por una o varias partes, sea aceptada por las demás. Se habla en este caso de una interpretación *cuasi auténtica*. La CIJ recurre con frecuencia a la práctica ulterior para la interpretación de los tratados (v., por ej., *Delimitación marítima de la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen*, 1993; *Controversia territorial*, Libia/Chad, 1994; *Isla Kasikili / Sedudu*, 1999; *Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan*, 2002).

3) *Toda norma pertinente de DI aplicable en las relaciones entre las partes*, esto es, los demás tratados celebrados entre las partes y las normas de DI general (*contexto normativo*) que les sean oponibles. Esta regla adquiere especial importancia en los casos en que el tratado emplea términos a los que el DI general u otros tratados celebrados entre las partes atribuyen un determinado sentido o cuando expresa una norma de DI general.

Cuestión distinta, aunque solapada, es la que plantea la concurrencia y eventual conflicto del tratado objeto de interpretación con otros tratados o normas consuetudinarias aplicables (v. *infra*)

El grupo de estudios creado por la CDI sobre la diversificación y ampliación del DI y el riesgo de su fragmentación se ha referido (2006) a la "integración sistémica" de un tratado partiendo de dos presunciones, establecidas por la jurisprudencia internacional: 1) en todas las cuestiones que el tratado no resuelva de manera expresa (o de modo diferente) debe entenderse que las partes consideran aplicables a efectos interpretativos otros tratados, el DI consuetudinario y los principios generales del Derecho (s. arbitral en el asunto *Georges Pinson*, 1928; CIJ, *Plataformas petrolíferas*, 2003); y 2) las partes no pretenden actuar en contradicción con otras normas u obligaciones internacionales (CIJ, *Derecho de paso por el territorio indio*, 1957) (V. Cap. I).

331. *El factor tiempo: interpretación estática, interpretación evolutiva*

En un tratado celebrado para perdurar la interpretación de sus términos, como el contexto normativo en que se desenvuelve el tratado, pueden ser influidos por el transcurso del tiempo. En casos extremos ese factor puede conducir a la terminación del tratado (v. Cap. XII). Pero ahora no es esa la cuestión. Los términos empleados por el tratado ¿deben interpretarse atendiendo a su significado en el momento de su conclusión (principio de *coetaneidad*) o cabe asumir acepciones sobrevenidas con posterioridad? Asimismo, las normas y reglas que componen el contexto normativo del tratado ¿son las de la época en que se estipuló, o acaso las vigentes en el momento en que su interpretación es discutida? He ahí el problema de la *intertemporalidad*.

La respuesta canónica al último punto se debe al árbitro Huber (*Isla de Palmas*, 1928): "Un hecho jurídico debe examinarse a la luz de la legislación que le es contemporánea, y no de la legislación vigente en el momento en que surgió la controversia... El mismo principio que somete el acto creador de un derecho a la legislación vigente en el momento en que surge el derecho exige que la existencia del derecho, es decir, sus manifestaciones continuadas, sigan las condiciones requeridas por la evolución de la legislación".

La CV, siguiendo el prudente consejo de la CDI, optó por no pronunciarse. Habrá que estar a la intención de las partes al adoptar el texto, lo que requerirá un considerable esfuerzo del intérprete si esa intención no es expresa o no se deduce fácilmente de los *acuerdos ulteriores entre las partes* y de la *práctica seguida en la aplicación del tratado*. En tales circunstancias el recurso al *objeto y fin* del tratado es decisivo.

El objeto y fin del tratado, la *textura abierta* de sus disposiciones o el carácter continuo del régimen o de las obligaciones asumidas pueden determinar una

interpretación no sólo amplia, sino *dinámica*, incluso *evolutiva* de sus términos (CIJ, *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997).

Tal es el caso, por ejemplo, de los tratados en materia de derechos humanos o de DI Humanitario. Así, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950) se presta a una interpretación *evolutiva* de sus disposiciones (TEDH, *Loizidou c. Turquía*, exc. prel., 1995), favorecida tanto por la evolución del *contexto normativo* en el plano internacional como por la *práctica* de los Estados en el marco de sus propios ordenamientos internos (TEHD, *Marchx c. Bélgica*, 1979).

También en el orbe de la descolonización, el objeto y fin del proceso influye en la asunción de una interpretación evolutiva. Así en su op. cons. sobre las *Consecuencias jurídicas de la permanencia de África del Sur en Namibia (África del Sudoeste) a pesar de la res. 276 (1970) del C. de S.* (1971) la CIJ advirtió que “aun teniendo presentes las instituciones de 1919 (cuando se estableció la S. de N.), la Corte debe tomar en consideración los cambios que se han producido en el Derecho con posterioridad... Un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco de la totalidad del régimen jurídico vigente en el momento de la interpretación”.

Asimismo, está en la naturaleza de las cosas y el objeto y fin de los tratados de protección medioambiental optar por interpretaciones evolutivas, que permitan incorporar los progresos técnicos y combatir las amenazas sobrevenidas.

En su sentencia sobre el *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) la CIJ señaló que “en cumplimiento de sus obligaciones de velar porque la calidad del agua del Danubio no se degrade y porque la naturaleza esté protegida” se requería de las partes la toma en consideración de las nuevas normas ambientales al convenir los medios que debían especificarse en el Plan Conjunto.

Una interpretación *dinámica* puede no ser apropiada, en cambio, en el caso de un tratado que imponga limitaciones de la soberanía territorial de un Estado (v., por ej., CPJI, *Wimbledon*, 1923; *Jurisdicción territorial de la Comisión internacional del Oder*, 1929; *Zonas francas de la Alta Saboya y del País de Gex*, 1932). Pero una vez fijada la limitación, nada impide asumir una interpretación evolutiva a fin de mantener el disfrute del derecho concedido.

El objeto y fin del tratado determina la opción por una interpretación *evolutiva* en el caso del *The Iron Rhin (Ijzeren Rijn) Railway* (Bélgica c. Holanda), resuelto mediante arbitraje (2005). En el marco del tratado de separación de ambos países (1842) se había convenido el derecho de tránsito ferroviario de Bélgica por una ruta holandesa con destino Alemania a fin de garantizar sus “comunicaciones comerciales”. Para satisfacer este objetivo se entendió que el derecho de tránsito incluía la periódica incorporación de los avances técnicos relativos al funcionamiento y capacidad del ferrocarril, necesarios o convenientes para el disfrute de tal derecho.

Las circunstancias, la naturaleza del acto que ha de ser interpretado y la intención que se presume en quien lo otorga determinan un objeto cuya satisfacción puede requerir en unos casos la adopción de una interpretación de los términos según su inteligencia en el momento de su emisión y, en otros, según son entendidos en sucesivas fases de su aplicación.

El laudo en el asunto *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* (1951) resulta ilustrativo, aun cuando vaya referido a un contrato entre un Estado y un inversor extranjero. El árbitro estimó que la concesión de hidrocarburos otorgada en 1939 por el jeque de Abu Dhabi a *Petroleum Development Ltd.* sobre su territorio no debía entenderse extendida a la plataforma continental, noción entonces desconocida, basándose en que ha de presumirse que quien cede derechos de propiedad de gran valor no tiene la intención de disponer más que de los títulos que posee en el momento de la cesión.

Por el contrario, en el asunto de la *Plataforma continental del Mar Egeo* (1978) la CIJ, forzada a interpretar la reserva formulada por Grecia en 1931 al Acta General de Arbitraje (1928) por la que excluía la jurisdicción de la Corte en las diferencias relativas al estatuto territorial, estimó que la reserva afectaba también a las diferencias sobre la plataforma continental porque, dadas las circunstancias y el objetivo de aquella, debía presumirse que el sentido del estatuto territorial estaba llamado a evolucionar con el Derecho y revestir en todo momento la significación que podían darle las normas en vigor.

Las opciones *sincrónica* en un caso y *evolutiva* en otro responden, si embargo, al mismo objetivo, interpretar restrictivamente cesiones de soberanía. Las referencias al territorio excluyen la plataforma continental, concepto sobrevenido, porque no cabe presumir que la intención del soberano es extender una concesión a nuevos espacios sometidos a su jurisdicción, pero la incluyen cuando de lo que se trata es de limitar el elenco de controversias cuya solución pone el soberano en manos de un tercero.

En general, con las salvedades ya hechas, los tratados de límites y régimen fronterizo deben ser interpretados conforme al significado de los términos y a las normas vigentes en el momento de su conclusión. El juez Weeramantry, que en *Proyecto Gabcikovo-Nagymaros* (1997) se manifiesta por la evaluación continua del impacto medioambiental según las normas aplicables en el momento de la evaluación, sostiene dos años después (*Isla Kasikili/Sedudu*, 1999) que las expresiones empleadas por Alemania y Gran Bretaña en el tratado (1890) para fijar la frontera en el río Chobe deben interpretarse según el sentido que tenían en la época en que se celebró el tratado.

No debe confundirse, en todo caso, una interpretación *evolutiva* con la incorporación a un tratado de mecanismos que permitan la *evolución* de sus disposiciones, lo que facilita su adaptación a las nuevas normas del DI.

Esto último es lo que, realmente, enfatizó la CIJ en su s. sobre el *Proyecto Gabcikovo-Nagymaros* (1997), sin perjuicio de afirmar que había disposiciones que *por sus términos o naturaleza* preveían la evolución de su contenido. Pero como advierte el juez Bedjaoui en su op. ind. una interpretación evolutiva sólo cabe en el respeto de la *regla general* de interpretación (art. 31 CV) y no debe confundirse la “definición” de un concepto y el “Derecho” que le es aplicable con la *revisión* del tratado.

332. *Medios de interpretación complementarios. Los trabajos preparatorios*

Los *trabajos preparatorios* de un tratado y las *circunstancias de su celebración*, elementos capitales en la concepción *subjetivista*, aparecen enunciados en el art. 32 de la CV a título ejemplificativo como simples *medios complementarios* a los que se podrá acudir con uno de estos objetivos: 1) confirmar el sentido resultante de la aplicación de la *regla general* de interpretación (así, por ej., CIJ, *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004); ó 2) determinar dicho sentido cuando la interpretación dada de conformidad con la *regla general*: a) deje ese sentido ambiguo u oscuro; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Las iniciativas, sobre todo de la delegación de Estados Unidos, para equiparar los elementos de interpretación del art. 32 con los del art. 31 en el cuerpo de un sólo artículo fracasaron. Es explicable que desde

la concepción subjetivista, ansiosa por colocar los trabajos preparatorios a la altura del texto en la búsqueda de la verdadera intención o voluntad de las partes, se hayan lanzado las críticas más fuertes al planteamiento jerarquizado adoptado por la Convención.

A pesar de la subordinación de los medios complementarios a la *regla general* de interpretación, la jurisprudencia internacional revela un frecuente recurso a ellos (v., por ej., CIJ, *Plataformas petrolíferas*, 1996; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004). A decir verdad, la separación entre los elementos de interpretación del art. 31 y los del art. 32 de la Convención es más teórica que real, en la medida en que todos ellos confluyen de hecho en la operación intelectual del intérprete. Esta observación no destruye, sin embargo, el valor de la distinción entre unos y otros elementos, pues una interpretación basada en elementos históricos, de índole *subjetivista*, jamás ha de desbancar la interpretación razonable deducida de un texto que en opinión del órgano de aplicación es clara. Si el sentido de un texto claro es razonable, no procede invocar los *trabajos preparatorios* u otras *circunstancias de la celebración del tratado* para alterar la interpretación.

Así lo indica una profusa jurisprudencia y así ha de entenderse hoy la vieja máxima *in claris non fit interpretatio*, no siempre bien entendida. Lo que la CV pretende, en definitiva, es impedir que se recurra a elementos *extrínsecos* de interpretación, desiguales, heterogéneos y hasta contradictorios, fruto de un proceso negociador en ocasiones dilatado, con el propósito de rebatir la interpretación clara y razonable resultante del manejo de los elementos *intrínsecos* de interpretación.

La actitud de la CIJ en el asunto de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (2001) es a este respecto muy reveladora. La Corte hace un esfuerzo olímpico por superar la ambigüedad de la expresión árabe “al tarafan” (las partes) empleada en el *procés verbal* de Doha (1990) para expresar su acuerdo de someter a la CIJ sus diferencias, expresión que según Qatar permitía a cada una de las partes presentar una demanda (unilateral) y según Bahrein requería aún la conclusión de un compromiso por las dos. La Corte dio la razón a Qatar considerando que era la única interpretación lógica y útil en atención al objeto y fin del acuerdo, después de los largos buenos oficios del Rey saudita. Tras llegar a esta conclusión la Corte consideró innecesario utilizar los medios complementarios de interpretación aunque hizo uso de ellos —dice— para confirmar su interpretación del texto. El juez Schwebel disidente, no es de la misma opinión: la Corte ha dejado de lado los trabajos preparatorios porque contradicen su interpretación. Dada la ambigüedad intrínseca del texto era obligado acudir a esos trabajos, que mostraban que Bahrein había propuesto la expresión *al tarafan* para suprimir la clara afirmación de que “una u otra de las partes” podía acudir a la Corte. Según el juez Schwebel el proceder de la Corte conduce, si no a una interpretación irrazonable del tratado mismo, sí al menos a una interpretación manifiestamente irrazonable de los trabajos preparatorios. Aparentemente el juez Schwebel no ha asimilado el escalón jerárquico existente entre la *regla general* de interpretación y el recurso a los medios complementarios y, en particular a los trabajos preparatorios.

Pero si todos los elementos al servicio de la *regla general* no nos permiten superar la ambigüedad o, incluso, nos conducen al absurdo, los medios de interpretación complementarios no pueden ser desbancados por las decenas de aforismos y máxima romanas que se ofrecen para escapar de la confusión, útiles instrumental y retóricamente para servir un objetivo predeterminado, pues las hay para todos los gustos, y para vestir con complementos eruditos el discurso forense, la decisión judicial.

La CDI y luego la CV se abstuvieron de definir los *trabajos preparatorios*, optando implícitamente por una concreción caso por caso. No obstante, la sentencia pronunciada por un tribunal arbitral en relación con el Acuerdo de 1952

sobre la deuda exterior alemana (*Young Loan*, 1980) ha ofrecido una descripción, útil como referencia, centrada en los *materiales escritos* de la gestación del tratado que, aun no publicados, hayan sido accesibles a todas las partes. En cuanto a las declaraciones orales, el tribunal estimó que podrían, muy excepcionalmente, ser consideradas como trabajos preparatorios cuando se hubieran formulado oficialmente durante las negociaciones. Sí tendrán dicha consideración, en cambio, las declaraciones interpretativas unilaterales o plurilaterales, así como, en su caso, las declaraciones institucionales, formuladas por escrito en el momento de la adopción.

En la práctica, los trabajos preparatorios incluyen el conjunto de documentos que figuran en la correspondencia diplomática, actas oficiales y anejos de las Conferencias y órganos donde se ha desarrollado la negociación. En el caso de tratados de codificación, también deben ser considerados los materiales producidos en la primera etapa codificadora por órganos compuestos de expertos, como la CDI. Así, por ej., en su op. cons. sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004) la CIJ incluye dentro de los trabajos preparatorios del IV Convenio de Ginebra (1949) los trabajos de la conferencia de expertos gubernamentales convocada por el CICR tras la segunda guerra mundial.

333. *La interpretación de los tratados autenticados en más de una lengua*

La autenticación del texto de un tratado en dos o más lenguas (v. Cap. IX) plantea problemas de interpretación adicionales, dada la dificultad de establecer en lenguas diferentes términos perfectamente concordantes en un plano conceptual. La CV toma como punto de partida la unidad del tratado y la igualdad entre los textos auténticos, sentando la presunción de que los términos utilizados tienen idéntico sentido (art. 33.3). Esta presunción sólo será quebrantada en el caso de que, a pesar de la aplicación de todos los elementos de interpretación de los arts. 31 y 32, se alce la evidencia de una discrepancia insalvable entre los textos auténticos.

En una situación semejante la Convención ordena que prevalezca el texto que hayan dispuesto las partes, bien en el propio tratado, bien en un acuerdo coetáneo o posterior (art. 33.1). Pero, ¿qué hacer en ausencia de disposición al respecto? La Convención, siguiendo el proyecto de la CDI, insiste en la búsqueda de la conciliación de los textos discrepantes, instando a adoptar en último extremo “el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin” (art. 33.4).

Esto es lo que hizo la CIJ en *Isla Kasikili/Sedudu* (1999). Mientras que el texto inglés del tratado entre Alemania y Gran Bretaña (1890) aplicable al caso se refería a una línea que seguía *el centro del canal principal* (“centre of the main channel”) del río Chobe, el texto alemán aludía a la *línea de mayor profundidad* (“Thalweg des Hauptlaufes”). Partiendo del acuerdo de las partes la Corte considera que los dos textos tienen el mismo sentido y se inclina de hecho, por el alemán, que considera más preciso al efecto de expresar la intención común de aprovechar las posibilidades de navegación, satisfaciendo así el objeto y fin del tratado.

Se pide al intérprete, en definitiva, que revise su primera conclusión de que la discrepancia es insalvable; sólo después, como último recurso, ha de proceder el análisis *teleológico* que sirva a una conciliación posible. La s. arbitral en el asunto *Young Loan* (1980) advierte a este respecto que “la referencia que aún se hace por

el art. 34.4 de la CV al *objeto y fin* del tratado no tiene finalmente otra significación que la de autorizar al intérprete de un tratado plurilingüe a escoger la interpretación que, en su opinión, corresponde mejor al objeto y fin del tratado en el caso de que la aplicación de los arts. 31 y 32 de la CV no permita eliminar una diferencia de sentido".

La CV no ha querido, pues, resolver la cuestión recurriendo a presunciones en favor del *texto básico u original* de la negociación, del *texto más claro* o del *texto más restrictivo* (regla del *mínimo común denominador*). Lo cierto es que las dos últimas presunciones carecen de fundamento: la favorable al *texto más claro* requiere del intérprete una apreciación que puede ser discutible e ignora que la voluntad de las partes puede quedar reflejada en el texto *menos claro* (v. s. arbitral en el asunto del *canal de Beagle*, 1977); la que aboga por el *texto más restrictivo*, que supone decantarse por el texto más estrecho, fue desechada por la CDI estimando que no tenía fundamento en la práctica y jurisprudencia internacionales. La presunción en favor del *texto básico u original* de la negociación merece, en cambio, mayor consideración. En la medida en que los trabajos preparatorios constituyen uno de los elementos de interpretación recogidos por la Convención de Viena, dicho texto tiende a imponerse.

Téngase a este respecto en cuenta que, salvo en contadas ocasiones (por ej., la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar), lo normal es que se trabaje sobre un texto —dos a lo sumo— siendo los demás simples traducciones hechas al final de la negociación. En su op. cons. relativa al *Intercambio de poblaciones griegas y turcas* (1925) la CPIJ tuvo en cuenta que el Tratado de Lausana (1923), autenticado en dos lenguas, había sido redactado inicialmente en francés, para atenerse al sentido que en esta lengua revestía el término litigioso.

Por último, los textos oficiales no auténticos, suscritos por los negociadores sin reconocerles el valor de documentos que hacen fe, y las traducciones oficiales, preparadas por las partes o por una OI, no se benefician del régimen del art. 33 de la CV, pero son relevantes en la medida en que se acuda a ellos como medios de interpretación complementarios.



334. La interpretación de las resoluciones de las OI

Las reglas de interpretación de los tratados son en principio aplicables *mutatis mutandis* a las resoluciones de las OI, incluido el recurso a los trabajos preparatorios y la aplicación de las reglas sobre tratados autenticados en más de una lengua.

Ahora bien, a la hora de aplicar las reglas de interpretación de la CV han de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

1) Las resoluciones de una OI no son acuerdos entre los Estados miembros, sino *actos emanados de sus órganos* conforme al procedimiento previsto en el tratado constitutivo, lo que resulta particularmente relevante a la hora de determinar su *fin*, en aplicación del criterio de interpretación teleológica.

También resultan determinantes las posibles declaraciones interpretativas que los Estados miembros de la OI hayan podido formular en el momento de la adopción de la resolución. Si las declaraciones interpretativas formuladas conjuntamente por los Estados partes en un tratado merecen la calificación de interpretaciones *auténticas* (v. *supra*), las declaraciones colectivas de los Estados miembros de una OI hechas al adoptarse una resolución se consideran —al igual que las declaraciones unilaterales o de una institución— parte de los *trabajos preparatorios*, recurriéndose a ellas para confirmar el resultado de la operación interpretativa (v., por ej., en relación con la CE, TJCE, *Auer*, 1979, y *Egle*, 1992).

2) Las resoluciones de toda OI están *subordinadas a su tratado constitutivo*, en el que encuentran su fundamento (v. *infra*), por lo que éste no puede considerarse como un elemento más del contexto de la resolución a la hora de interpretar sus términos; el intérprete habrá de tener en todo momento presente el tratado constitutivo, determinando conforme a él cuál es el alcance de sus disposiciones, incluido su valor obligatorio o no (v., por ej., en relación con la CE, TJCE, *Moebbs*, 1964).

3) La subordinación de las resoluciones de una OI a su tratado constitutivo exige además que se evite en lo posible toda interpretación que comprometa la propia validez de la resolución (por resultar contraria a las disposiciones sustantivas del tratado constitutivo o a las que le atribuyen sus competencias); en otras palabras —al igual que una ley estatal debe interpretarse a la luz de la Constitución del Estado—, se impone la *interpretación de toda resolución de una OI conforme con su tratado constitutivo*.

En este sentido se ha pronunciado el TJCE, señalando que cuando las disposiciones de un acto emanado de las instituciones comunitarias admite más de una interpretación, debe darse preferencia a aquella que haga dichas disposiciones compatibles con el Tratado CE (*Comisión c. Consejo*—contingente arancelario—, 1983).

335. Procedimientos para favorecer una interpretación uniforme de los tratados

Una exquisita atención a las reglas sobre interpretación, por lo demás tan flexibles, no basta para atajar la aplicación desigual de tratados y resoluciones de OI por la multiplicidad de órganos llamados a ello, de un sujeto a otro. Cabe, sin embargo, arbitrar remedios que, si no evitan tales resultados, sirven al menos para atenuar sus consecuencias, favoreciendo la uniformidad en la aplicación de los tratados. Entre ellos podemos mencionar:

1) La definición, a efectos del tratado, de términos y expresiones utilizadas y la inclusión de cláusulas interpretativas que imponen o, por el contrario, excluyen una determinada significación. De inspiración anglosajona, este procedimiento es hoy ampliamente empleado, y con éxito. La misma CV lo hace (art. 2).

2) La implantación de órganos internos exclusivos para la gestión y ejecución de un tratado o bloque de tratados. Este procedimiento no es siempre posible ni recomendable.

En ocasiones puede ser objeto de una utilización desviada para escamotear la publicidad de los compromisos internacionales adquiridos y forzar discretamente las normas constitucionales que rigen su conclusión y su recepción y aplicabilidad interna.

3) El establecimiento de mecanismos de consulta, dentro de una variada gama de cláusulas redactadas en función de tres criterios principales: el grado de institucionalización, la periodicidad de su actuación y el alcance de las misiones que les son atribuidas. Nos movemos, así, entre la modesta alusión a la *evacuación de consultas por canales diplomáticos ordinarios*, cuando sea preciso para la correcta aplicación de un tratado, y la *constitución de comisiones mixtas ad hoc*, que han de reunirse periódicamente según un ritmo convenido y están dotadas de competencias para vigilar y evaluar la aplicación de un tratado o bloque de ellos, promover su desarrollo y tratar de solucionar las dificultades que puedan presentarse.

La preparación de propuestas de acuerdos interpretativos y la impulsión de la práctica de las partes en una misma dirección son tarea de estos mecanismos cuando se advierten discrepancias que se desean salvar. De fracasar, habría que acudir a los medios de arreglo de controversias que sean pertinentes (v. Cap. XVIII) o dar paso a la denuncia del tratado (v. Cap. XII). Así, el Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y Estados Unidos (1988), dispone que si surgieran desacuerdos sobre la interpretación de sus disposiciones (o sobre su aplicación o cumplimiento) "las partes iniciarán consultas inmediatas para resolverlos", añadiendo que "si en el plazo de doce meses las partes no llegaran a un acuerdo ... podrán denunciar el Convenio" (art. 69 4).

4) Particular mención merece el mecanismo de cooperación entre el TJCE y los tribunales nacionales previsto en el art. 234 del TCE. De acuerdo con este precepto, cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro que esté llamado a resolver un litigio en el que resulten de aplicación disposiciones del Derecho originario o de actos de Derecho derivado, así como de acuerdos internacionales celebrados con terceros, está facultado u obligado, según los casos, para plantear ante el TJCE una *cuestión prejudicial de interpretación* (v. Cap. XVII). De esta manera se garantiza la unidad de interpretación del Derecho comunitario.

LXXVII. CONCURRENCIA Y CONFLICTO ENTRE NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

336. Reglas generales: concurrencia y conflicto entre normas consuetudinarias y disposiciones convencionales

La generalidad de la doctrina admite que *no existe jerarquía* entre las distintas normas y obligaciones internacionales por razón de su forma de producción, estimando que el orden en que figuran referidas las fuentes del DI en el art. 38 del Estatuto de la CIJ —tratados, costumbres y principios generales del Derecho— carece de otra significación que la de indicar un orden de prelación lógico entre las mismas en la búsqueda de la norma aplicable a cada supuesto.

Consecuentemente, en caso de concurrencia entre dos normas internacionales no cabe resolver las posibles contradicciones o diferencias atendiendo al carácter consuetudinario de una o convencional de la otra. Los criterios que habrá de tener presente el órgano de aplicación en tal supuesto son otros:

1) En primer lugar, ha de recordarse que las normas generales de *ius cogens*, sea cual sea su forma de producción, prevalecen sobre cualesquiera otras normas y obligaciones internacionales (una reciente confirmación en s. arbitral sobre la *Disputa relativa al acceso a la información conforme al art. 9 de la Convención OSPAR*, 2003). Se explica por ello que actúen como causa de nulidad, si son previas, y de terminación, si son posteriores, al tratado que las contradiga (v. Caps. I, XII).

La CV, además, reconoció un cierto carácter constitucional a la Carta de las NU al consagrar la primacía de las obligaciones contraídas en virtud de la misma sobre cualesquiera otras obligaciones convencionales (art. 30.1 de la CV en relación con el art. 103 de la Carta).

El carácter *constitucional* de la Carta y su alcance prácticamente universal compensan las vacilaciones que, formalmente, podrían sustentarse acerca del efecto de esta disposición en las relaciones con Estados no miembros (aunque Suiza advirtiera en la Conferencia de Viena —cuando aún no era miembro de la ONU— su intención de formular una reserva al respecto). Basándose en su alcance prácticamente universal, la CIJ afirmó de antiguo los efectos *erga omnes* de la Carta (*Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las NU*, 1949).

Al salvar el art. 103 de la Carta la CV se pronuncia implícitamente, además, por la observancia de las decisiones del C. de S. adoptadas en el marco de su Capítulo VII, aunque ello suponga el incumplimiento de tratados en vigor con el Estado —miembro o no— objeto de tales decisiones (v. CIJ, *Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultantes del incidente aéreo de Lockerbie*, ord. 1992).

La Convención de 1986 ha confirmado la prevalencia de las obligaciones impuestas por la Carta en caso de conflicto con las obligaciones contraídas en virtud de otro tratado (art. 30.6). En este caso, que concierne a las OI, sobre el hecho de que éstas no son partes en la Carta ha prosperado el que sí lo son, normalmente, sus miembros, y sería inadmisibile que a través de la Organización éstos pudieran hurtarse a sus compromisos.

2) En segundo lugar, serán de aplicación los principios *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*, presentes en todo ordenamiento jurídico. La preferencia por uno u otro depende del *contexto*.

El principio *lex specialis* resulta aplicable incluso respecto de dos o más disposiciones de un mismo tratado (v., por ej., s. arbitral en el asunto del *Canal de Beagle*, 1977).

Ahora bien, la aplicación de estos principios en los supuestos de concurrencia entre normas y obligaciones internacionales presenta algunas peculiaridades. Por un lado, una norma internacional puede tener carácter de *lex specialis* no sólo por razón de su materia o de su contenido, sino igualmente por su alcance limitado a unos pocos sujetos (v., por ej., CIJ, *derecho de paso por territorio indio*, 1960), no

debiendo confundirse uno y otro plano. Por otro lado, para determinar el carácter más específico de una norma respecto de otra es preciso tener presentes todos los elementos del contexto. Por último, ambos principios actúan en DI con carácter supletorio, de manera que si un tratado dispone que está subordinado a otro tratado o a una determinada costumbre prevalecen estos últimos. Todo ello sin perjuicio de que en lo que no se encuentre regulado por la norma más específica será de aplicación la norma general.

El grupo de estudio de la CDI sobre la *diversificación y ampliación del DI y el riesgo de su fragmentación*, después de justificar el principio de la *lex specialis*, advierte (2006) que hay ciertos tipos de leyes generales que prevalecen en todo caso, a saber, cuando la aplicación de la ley especial pueda frustrar el *propósito* de la ley general, perjudicar el equilibrio de derechos y obligaciones establecido por ésta o afectar negativamente a terceros beneficiarios de la ley general. El mismo criterio es aplicable a la *lex posterior*.

Por otra parte, se han aducido diversas razones para que —a salvo las normas consuetudinarias que han sido objeto de codificación— tiendan a prevalecer las reglas convencionales sobre cualesquiera otras: 1) la tangibilidad que les confiere su carácter escrito; 2) su habitual condición particular o especial respecto de la norma consuetudinaria; 3) el hecho de que en el origen de una norma consuetudinaria incompatible con un tratado anterior se encuentra siempre su infracción por al menos una de las partes y la falta de reacción de las otras... Todas estas razones, sin embargo, tienen relevancia en el plano sociológico —en términos estadísticos— pero no en el normativo. Aunque no sea lo normal, es perfectamente posible que una norma consuetudinaria —tanto particular como general— posterior a un tratado prevalezca sobre sus disposiciones.

3) En tercer lugar, en virtud del *principio de armonización*, las normas en concurrencia o en conflicto deben ser interpretadas, en la medida de lo posible, de forma que resulten compatibles entre sí (v. *supra*).

337. *Concurrencia y conflicto entre tratados: tratados sucesivos sobre la misma materia. Cláusulas expresas*

La *concurrencia* de distintos tratados en la regulación de una misma materia o situación es hoy frecuente, dando en ocasiones lugar a *conflictos* entre sus disposiciones. La inflación convencional propiciada por la cooperación internacional y el solapamiento de la actividad de las OI lo explica en buena medida. A ello se añade que lo que aparece como objeto principal de un tratado se presenta en otro como objeto secundario.

Así, por ej., el hecho de que numerosos tratados se ocupen de la homologación de las decisiones judiciales extranjeras en general no empece el que un tratado sobre transporte de mercancías prevea el reconocimiento y ejecución en los Estados partes de las decisiones dictadas sobre esta materia.

La CV no pudo ser ajena a este fenómeno, del que se ocupa —esquemáticamente— en su art. 30 bajo la rúbrica *Aplicación de tratados sucesivos concernientes a*

la misma materia, distinguiendo —cuando faltan en los tratados cláusulas expresas— según todas las partes en el tratado anterior lo sean —o no— también en el tratado posterior (pudiendo éste abarcar o no a más sujetos).

Antes de examinar las reglas que propone la Convención es oportuno recordar que este supuesto es distinto a (aunque guarda relación con): 1) la *enmienda* de los tratados (v. Cap. XII); 2) la *modificación* de un tratado multilateral mediante la celebración de un acuerdo entre algunas de sus partes (v. Cap. XI); 3) la *sucesión de un tratado por otro* (que lo abroga tácitamente) (v. Cap. XII); y 4) la *incompatibilidad de derechos y obligaciones establecidas por tratados celebrados con sujetos diferentes* (v. *infra*).

La rúbrica del art. 30 evidencia que la Convención no aborda la concurrencia —y el eventual conflicto— entre tratados sucesivos en términos de validez, sino de *aplicación preferente*. Lo primero que ha de hacerse es atender a la voluntad de las partes. De ahí que el núm. 2 del artículo disponga que: “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”.

La voluntad de las partes no sólo se expresa a través de *cláusulas de subordinación* (por ej., cláusulas contenidas en los convenios bilaterales sobre transporte aéreo declarando su subordinación al Convenio de Chicago sobre aviación civil internacional de 1944) o de *compatibilidad* con otros tratados (por ej., art. VIII del Convenio sobre la prohibición y destrucción de armas bacteriológicas de 1972, que salva el Protocolo de 1925 sobre prohibición de gases asfixiantes, tóxicos o similares), a las que se refiere el art. 30.2 de la Convención. Hay también *cláusulas de exclusión* o prohibición de otros tratados (v., por ej., art. 82 de la Convención de Chicago de 1944), de *prioridad* sobre las disposiciones divergentes de otros tratados (por ej., art. 311 de la CONVEMAR de 1982 que afirma su prevalencia sobre los Convenios de Ginebra de 1958), de *recepción* de éstos a efectos interpretativos (v. *supra*)...

Las *cláusulas de compatibilidad* no siempre miran a un tratado concreto, sino que se decantan por la *disposición más favorable* para la satisfacción de los objetivos de los tratados (por ej., art. 44 de los Pactos de NU sobre Derechos Humanos, de 1966, o art. VII.1 del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, de 1958) o por el *régimen más especial* (por ej., art. 237 de la CONVEMAR, en relación con los convenios especiales sobre protección del medio marino). Incluso, con demasiada frecuencia, estas cláusulas se agotan en la mera declaración de compatibilidad con todos los acuerdos en vigor sobre la misma materia (por ej., art. 73 de la CV sobre relaciones consulares, de 1963). Como ha señalado F. Majoros, “las conferencias diplomáticas se han dejado llevar en ocasiones por la única fórmula *dixit et salvavi animam meam*, sin haber tenido delante casos de conflictos específicos de Derecho convencional”.

En la medida en que estas cláusulas afirman, de uno u otro modo, la *subordinación del tratado a otro u otros anteriores* (entre las mismas partes o no), no plantean especiales problemas.

Por el contrario, su valor es limitado cuando hacen referencia a *tratados futuros*. Una cláusula subordinando los efectos de un tratado a la conclusión de un acuerdo posterior que ha de complementarlo o desarrollarlo desempeña —si es eso lo que quieren las partes— un papel útil. Pero más allá de ese caso lo único que se desprende de la cláusula de subordinación (y más aún de la de *exclusión* o *prohibición*) de tratados posteriores es la intención de las partes de renunciar a la prevalencia mecánica del tratado posterior por el mero hecho de serlo pues, como observó la CDI (1966), “cuando concluyen el segundo tratado las partes tienen plenas facultades para abrogar o modificar el tratado anterior que ellas mismas concertaron”. Hay que situarse, pues, en el tratado posterior, que es donde recibe expresión la voluntad última de las partes.

Por lo que se refiere a las cláusulas de compatibilidad, son irrelevantes o superfluas las referidas a tratados posteriores. En cuanto a las cláusulas de compatibilidad de un tratado con los anteriores, si nos atuviéramos al tenor literal del art. 30.2 debería prevalecer siempre el tratado anterior, lo que sería un craso error porque, aun prescindiendo de que la compatibilidad entre las disposiciones de dos o más tratados no puede imponerse *a priori* por la vía del *imperio*, sino sólo como resultado del análisis lógico y la comparación, es la voluntad de las partes expresada en el tratado posterior la que establece hacia y hasta donde llegan las sedicentes cláusulas de compatibilidad, por lo que el órgano de aplicación habrá de buscar esa voluntad atendiendo al tenor de la cláusula. De una cláusula de compatibilidad sólo puede afirmarse con carácter general que refleja la intención de las partes de renunciar a la prevalencia en términos absolutos del tratado posterior. Por otra parte, cuando la cláusula se formula en *términos genéricos* el órgano de aplicación estará llamado a compaginar las disposiciones concurrentes y encauzar en lo posible su coexistencia, y si la operación resulta inviable habrá de hacer frente a la situación como si la cláusula no existiera pues, de hecho, nada resuelve.



338. Concurrencia y conflicto entre tratados: tratados sucesivos sobre la misma materia. Reglas supletorias

En defecto de cláusulas expresas la CV dispone reglas supletorias, distinguiendo el caso en que todas las partes en el tratado anterior lo son en el posterior del caso en que tal coincidencia no se produce.

Así, regulando el primer caso, el art. 30.3 de la Convención prescribe que: “cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al art. 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”.

El precepto respeta las disposiciones del tratado anterior en la medida en que sean compatibles con las del posterior, pero de no ser así, aplica éstas. El principio rector *lex posterior* es el mismo que juega cuando las

disposiciones de ambos tratados son “hasta tal punto incompatibles” que sólo cabe entender al primero tácitamente abrogado por el segundo (art. 59.1.b de la CV, v. Cap. XIII)

En cuanto al segundo caso, cuando no todas las partes en el tratado anterior lo son en el posterior, el art. 30.4 de la CV dispone que: a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con el tratado posterior; y 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 partes. Esta última previsión es coherente con la afirmación del *efecto relativo* de los tratados, considerados respecto del tercero como *res inter alios acta*

Los arts. 30.3 y 4.a de la CV, en su misma literalidad, conducen demasiado lejos y demasiado rápidamente. La aplicación prioritaria de las disposiciones del tratado posterior está en la naturaleza de las cosas cuando son *más favorables* para satisfacer los objetivos o *más especiales* para regular la materia que las del tratado anterior. Pero, ¿cabe decir lo mismo cuando el tratado posterior no es más especial ni más favorable? En relación con el tratado posterior más general el viejo *generalia specialibus non derogant* invita a pensar lo contrario.

El automatismo en la aplicación del tratado posterior sólo ha de jugar cuando sea imposible determinar la voluntad implícita de las partes. H. Waldock explicó la prioridad dispuesta en el artículo 30.3 (y 4.a) de la Convención aduciendo que al concertar un nuevo acuerdo se presume que los Estados miembros entienden aplicar sus disposiciones antes que las de un acuerdo anterior sobre la misma materia. En definitiva, la posterioridad otorga al tratado un título de aplicación preferente basado en una presunción; pero presunción y título se desmoronan cuando los órganos de aplicación llegan a la conclusión de que no fue voluntad de las partes preterir el tratado anterior.

Por otra parte, la existencia de una diferencia entre las disposiciones de un tratado posterior y otro anterior no significa necesariamente que sean incompatibles en el sentido del artículo 30.3 (y 4.a). Así, las partes en un tratado pueden celebrar posteriormente otro tratado sobre la misma materia con un número más amplio de sujetos cuyas disposiciones, sin llegar a ser incompatibles con las del tratado anterior, sean *más generales* o *menos favorables*. Yasseen, que presidió el comité de redacción en la Conferencia de Viena, pone el ejemplo de un tratado multilateral restringido concediendo privilegios e inmunidades consulares más amplias que las contempladas en un tratado posterior general.

➤ El grupo de estudio de la CDI sobre la diversificación y ampliación del DI y el riesgo de su fragmentación, después de justificar el principio de la *lex posterior*, advierte (2006) que la ley anterior prevalece en todo caso, cuando la aplicación de la ley posterior puede frustrar el *propósito* de aquella, perjudicar el equilibrio de derechos y obligaciones establecido o afectar negativamente a terceros beneficiarios de la ley anterior.

Los interrogantes que plantea el art. 30.3 (y 4.a) son más alarmantes cuando el órgano de aplicación ha de plantearse cuál es la *fecha crítica* para determinar la posterioridad de un tratado: ¿la fecha de adopción, de autenticación, de manifestación del consentimiento, de entrada en vigor...? La cuestión puede carecer de importancia si los tratados no presentan disposiciones incompatibles entre sí y procede la aplicación del principio *lex specialis*; cobra en cambio toda su relevancia en caso contrario.

La opinión de que la *fecha crítica* es la de la adopción —o, en su caso, de la autenticación del tratado—, basada en que en ese momento se plasma una *nueva intención legislativa*, fue ampliamente compartida en la Conferencia de Viena, pero su adecuación a la realidad depende de las circunstancias. Generalmente acertada en la relación entre dos tratados bilaterales sobre la misma materia suscritos por los mismos Estados, puede no serlo en la relación entre un tratado multilateral y otro bilateral o entre tratados multilaterales.

En el caso de dos tratados bilaterales entre las mismas partes y sobre la misma materia es difícil imaginar que la manifestación del consentimiento y la entrada en vigor pueda verificarse antes respecto del tratado adoptado en segundo lugar; consecuentemente, en este caso es razonable identificar la *fecha crítica* con la fecha de adopción o de autenticación del tratado.

La situación es muy distinta cuando Estados que han adoptado un tratado bilateral participan en la adopción de un tratado multilateral sobre la misma materia con disposiciones incompatibles, procediendo a la ratificación del tratado bilateral después de haber consentido el multilateral. En estas circunstancias no parece razonable sostener que la fecha de la adopción determina la posterioridad del tratado multilateral.

339. Incompatibilidad de derechos y obligaciones en tratados estipulados con sujetos diferentes

La CV también se ocupa del supuesto en que el Estado A concierta con el Estado B un tratado cuya observancia supone, casi inevitablemente, el incumplimiento de un tratado suscrito previamente por A o B con el Estado C.

La primera aproximación de la CDI a esta cuestión se hizo en términos de la validez o nulidad de uno de los tratados en conflicto. Este planteamiento, sin embargo, se vino abajo cuando la CDI advirtió atinadamente que no se trataba de un problema de validez o nulidad, sino de responsabilidad internacional de quien, irremediabilmente, incumple una obligación libremente consentida que no debió asumir jamás. De ahí que el art. 30.5 de la CV se ocupa de puntualizar que las reglas aplicables a los tratados sucesivos no prejuzgan “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”.

Conviene puntualizar que estos embrollos convencionales no siempre son el resultado de comportamientos de mala fe, sino que a menudo son fruto de la inadvertencia o de una deficiente coordinación administrativa. En estos casos el

punto de partida del órgano de aplicación ha de ser la presunción de que no es propósito de las partes en un tratado violar sus obligaciones respecto de otros sujetos. Pero si la contradicción no puede salvarse, al culpable de la situación no le quedará otra alternativa que renegociar o denunciar uno de los tratados.

El supuesto de incompatibilidad puede concretarse en las obligaciones de un Estado como miembro de una Organización y como parte en tratados suscritos con Estados no miembros. Este supuesto se da en el marco de la CE, donde los tratados concertados por los Estados miembros con no miembros chocan en ocasiones con sus obligaciones comunitarias, ya provengan de los mismos tratados constitutivos, del Derecho derivado o de los acuerdos suscritos por la CE con terceros en ámbitos de su competencia.

Hay que distinguir, sin embargo, dos situaciones. La *primera* y más simple se da entre la masa convencional en vigor de un Estado y las obligaciones que asume al adquirir la condición de miembro de la CE. El art. 307 del TCE se ocupa de esta situación respecto de los tratados concluidos por los Estados miembros originarios con terceros antes de la entrada en vigor del propio Tratado, disponiendo: 1) la *conservación*, en principio, de los tratados anteriores (concretamente, de los derechos reconocidos en ellos en favor de terceros; v. *infra*); 2) la *eliminación* por los Estados miembros de las incompatibilidades con las obligaciones comunitarias que se hubieran observado, recurriendo a todos los medios apropiados; y 3) la *ayuda mutua* entre los Estados miembros y la adopción, en su caso, de una posición común para lograr tal finalidad.

En los casos de tratados anteriores celebrados entre Estados miembros serán en cambio de aplicación las reglas del art. 30.3 —tratados sucesivos sobre una misma materia entre las mismas partes— o del art. 59 —sucesión de tratados— de la Convención de Viena (v. TJCE, *Matteucci*, 1988).

En otras palabras, el art. 307 del TCE toma como punto de partida —en consonancia con la regla codificada en el art. 30.4 de la CV— la observancia de los acuerdos anteriores, proponiendo la solución de los conflictos en favor de las obligaciones comunitarias a través de medios conformes en principio con el DI (la renegociación de los acuerdos anteriores, su sustitución por acuerdos celebrados por la CE en los ámbitos de su competencia o, en último extremo, su denuncia). No ha de ocultarse, sin embargo, que la capacidad de *influencia* de los Estados miembros debidamente concertados limita, si no elimina, la capacidad de *resistencia* de los terceros.

El TJCE ha afirmado que, en virtud del DI general, si un Estado asume una obligación contraria a derechos que le son reconocidos en un tratado anterior renuncia a ejercer estos derechos en la medida necesaria para la ejecución de la nueva obligación, entendiéndose que cuando el art. 307 del TCE habla de derechos se refiere a los derechos de terceros y cuando habla de obligaciones alude a las obligaciones de los Estados miembros; en otras palabras, los Estados miembros no pueden prevalecerse de derechos reconocidos en su favor en tratados internacionales anteriores para sustraerse a las obligaciones derivadas de su participación en la CE (v., por ej., *Conegate*, 1986; *Deserbais*, 1988).

No obstante, el TJCE ha admitido que la exigencia de respeto del acuerdo anterior puede en ocasiones producir efectos en las relaciones *intracomunitarias*, determinando la inaplicabilidad de una obligación

comunitaria respecto del Estado miembro considerado; tal es el caso cuando el tratado anterior impone obligaciones de carácter multilateral, es decir, exigibles por todas las partes en él (Levy, 1993; Evans Medical, 1995).

Por otra parte, al acontecer las sucesivas ampliaciones de las Comunidades se ha entendido que el criterio sentado en el art. 307 es igualmente aplicable por extensión a los tratados celebrados por los nuevos miembros con terceros antes de la adhesión, reflejándose así en las Actas anejas a los Tratados de adhesión (por ej., en el art. 5 del Acta aneja al Tratado de adhesión de España y Portugal, 1985). Ello no ha impedido, sin embargo, la articulación en dichas Actas de reglas particulares en relación con determinados acuerdos anteriores (por ej., los acuerdos de pesca suscritos por España).

La regla contenida en el art. 307 del TCE se extiende igualmente, a nuestro juicio, a los acuerdos concluidos por los Estados miembros con terceros antes de la asunción o el ejercicio efectivo de competencias por la CE y tras la entrada en vigor del TCE. Lamentablemente no fue ése el criterio del TJCE en algunos casos que interesaban derechos pesqueros de España —aún no miembro de la CE— pactados con Estados miembros de la Comunidad, antes de que ésta ejerciera competencias en materia de pesca (v., por ej., *Arbelaz-Emazabel*, 1981).

Una *segunda situación* se da cuando los tratados suscritos por los Estados miembros con terceros son posteriores a las obligaciones comunitarias con las que resultan incompatibles. En el ámbito comunitario el Estado miembro podrá ser objeto del *recurso por incumplimiento* ante el TJCE previsto en los arts. 226-228 del TCE; pero, más allá de dicho ámbito, en caso de incumplimiento del tratado suscrito, deberá hacer frente a su responsabilidad internacional frente a los terceros (a menos que prospere la alegación de la causa de nulidad prevista en el art. 46 de la CV, lo que parece problemático). (V. Cap. XII)

340. Conflicto entre las resoluciones de una OI y su tratado constitutivo: planteamiento

La ausencia de jerarquía en las distintas normas y obligaciones internacionales por razón de su forma de producción no es predicable de las relaciones entre las resoluciones de una OI y su tratado constitutivo. Los tratados constitutivos de las OI desempeñan un papel equivalente al de la Constitución en los Estados. Son su Ley Fundamental y, como tal, constituyen el marco de constitucionalidad material —intrínseca— y formal —extrínseca— que la Organización ha de observar en el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas y que genuinamente expresan a través de sus resoluciones.

La violación formal del tratado constitutivo se da tanto en el supuesto de falta de competencia de la OI para la adopción de la resolución como cuando es adoptada por un órgano distinto del que la tiene conferida o sin observar el procedimiento establecido; ahora bien, la violación de las reglas de procedimiento sólo debería afectar a la validez de la resolución en la medida en que concierna las formas *sustanciales* (v. en este sentido TJCE, *Francia c. Comisión*, 1998).

Ahora bien, admitida la doctrina de los *poderes implícitos* y estando las *prácticas* de la Organización incluidas entre sus *reglas*, es necesario convenir que los preceptos convencionales —*constitucionales*— han de interpretarse con inclu-

sión de tales *poderes y prácticas*, lo que aporta una cierta dosis de incertidumbre al marco *constitucional* de la Organización.

¿Qué sucede si el órgano de aplicación se enfrenta a una resolución de una OI que considera contraria a dicho marco? La necesidad de protegerlo debería conducir al establecimiento de controles jurídicos adecuados para verificar la conformidad de la resolución con los preceptos que le sirven de fundamento. Sin ellos la supremacía del tratado constitutivo —y de las *reglas de la Organización*— gozará del éxito de la palabra, pero su aplicación estará a merced de las interesadas interpretaciones políticas de los Estados miembros. Están en juego la seguridad jurídica y el delicado equilibrio entre la soberanía de los Estados y las competencias de la Organización.

Ese control ha sido instaurado en las Organizaciones de integración, al acompañarse la atribución de amplias competencias normativas con la creación de un *guardián judicial* del respeto de los tratados constitutivos.

Este es, particularmente, el caso de las Comunidades Europeas, concebidas por el propio TJCE como “una Comunidad de Derecho en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus Instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta Constitucional que constituye el Tratado” (*Los Verdes*, 1986). El mismo modelo siguió el Acuerdo de Cartagena (*Pacto Andino*, hoy *Comunidad Andina*).

Más allá del privilegiado espacio que forman estos sistemas desarrollados, el control judicial es inexistente o muy débil. Significativo es, en este sentido, el estrecho margen dejado a la Corte de La Haya para examinar la legalidad de los actos de los órganos de las NU y de los Organismos especializados a la luz de sus Cartas constitutivas.

341. El control de constitucionalidad en las OI de integración: el caso de la Comunidad Europea

El TJCE tiene atribuido el monopolio del control de validez de los actos de las instituciones comunitarias, que ejerce principalmente a través del *recurso de anulación*, recurso que permite la impugnación directa de cualquier acto que produzca efectos directos para terceros en el plazo de dos meses desde su publicación, desde la notificación —en su caso— al destinatario o, en su defecto, desde el día en que tuvo conocimiento del acto (art. 230 TCE). En este sentido:

1) Es la *violación del Tratado o de cualquier otra norma relativa a su ejecución* la causa general por la que se confiere jurisdicción al TJCE para pronunciarse. Aun estando subsumidos en dicha causa vicios extrínsecos e intrínsecos, al enumerar los motivos en los que podrá basarse un recurso de *anulación* los Tratados constitutivos añaden, a la causa general, la incompetencia de la CE o de la Institución, los vicios sustanciales de forma y la desviación de poder.

2) La legitimación pasiva recaerá sobre todas las Instituciones y órganos a los que se ha dotado de poderes decisorios. Hoy el control de legalidad se extiende al Consejo, a la Comisión, al Parlamento y también al Banco Central Europeo.

3) Disponen de legitimación activa las propias Instituciones, los Estados miembros y los particulares. No todos disfrutaban, sin embargo, del mismo grado de legitimación.

Demandantes *privilegiados* son los Estados y las Instituciones, pues están facultados para recurrir sin otra base jurídica que ejercer el control de la legalidad comunitaria. Ahora bien, por lo que hace a las Instituciones, conviene precisar que sólo el Consejo, la Comisión y el Parlamento son *privilegiados*. El *ius standi* del Banco Central Europeo y del Tribunal de Cuentas se constriñe a la *salvaguarda de sus prerrogativas* cuando éstas no se han respetado en el proceso decisorio.

Demandantes *no privilegiados* son los particulares (personas físicas o jurídicas), en la medida que habrán de probar el interés directo de su acción, esto es, que son o serían los destinatarios de la actuación (*decisiones*) o que, aun no siéndolo (*reglamentos* o *decisiones* dirigidas a otra persona), ésta les afecta directa e individualmente, para atacar los actos comunitarios ante el Tribunal de Primera Instancia o, en su caso, ante las Salas Jurisdiccionales previstas por el Tratado de Niza.

4) La decisión del TJ declarando nulo un acto produce efectos *erga omnes* y, por tanto, el acto impugnado carecerá de todo valor y efectos jurídicos *ab initio*.

No obstante, si la declaración de nulidad recae sobre un reglamento el Tribunal podrá, si lo estima necesario, señalar los efectos de éste que deban ser considerados como definitivos (art. 231 TCE) o, incluso, que continúe su aplicación hasta la adopción del nuevo acto que lo sustituya. Esta solución se ha extendido asimismo a las directivas (TJCE, *Parlamento Europeo c. Consejo*, 1992).

La institución de la que emanó el acto anulado está obligada a tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia (art. 233 TCE), sin perjuicio de que pueda verse comprometida la responsabilidad extracontractual de la Comunidad (art. 288 TCE).



El sistema del control se completa con dos vías procesales de carácter incidental: 1) la *excepción de ilegalidad* (art. 241 TCE); y 2) la *cuestión prejudicial de validez* (art. 234.b TCE):

1) Por los mismos motivos por los que se confiere jurisdicción al TJCE para conocer en anulación, y aun expirado el plazo para la interposición de tal recurso, es posible plantear una *excepción de ilegalidad* de un reglamento —o de cualquier otro acto del que dimanen efectos análogos (TJCE, *Simmenthal*, 1978)— en el marco de un procedimiento ante el TJCE o el TPI con el fin de que sea declarado inaplicable al proceso en causa (art. 241 TCE). La sentencia del TJ carece, en este caso, de efectos *erga omnes*, lo que no quita para que la Institución afectada se vea obligada, por evidentes imperativos de seguridad jurídica, a tomar las medidas oportunas para borrar del mundo del Derecho la ilegalidad que se le achaca.

Esta vía procesal está en principio abierta a todos los titulares, privilegiados o no, de acción pero, evidentemente, dados los límites impuestos a los particulares para interponer recursos de anulación contra actos normativos generales, serán ellos sus principales beneficiarios.

2) Dados los principios de *eficacia directa y primacía* que inspiran el *Derecho comunitario*, la *cuestión prejudicial de validez* ha sido concebida para aquellos supuestos en que los órganos jurisdiccionales internos alberguen dudas sobre la *validez* de un acto comunitario relevante para su decisión, situación en la que deben solicitar un pronunciamiento del TJCE y atenerse a él en su fallo (en relación con la *cuestión prejudicial de interpretación*, v. Cap. XVII). Ha de advertirse en este sentido que, según reiterada jurisprudencia del TJCE, ningún juez interno tiene competencia para declarar, ni siquiera incidentalmente, la *invalidéz* de un acto comunitario (TJCE, *Foto-Frost*, 1987).

Si bien la declaración prejudicial apreciando la invalidez de un acto no produce su anulación, sino sólo su inaplicabilidad al caso concreto, el TJCE ha reconocido eficacia *erga omnes* a sus sentencias prejudiciales, como demuestra el hecho de que la obligación de plantear la cuestión decae si existe ya una sentencia declarando la invalidez (*International Chemical Corporation*, 1981). Ello no ha impedido, sin embargo, que el TJCE se considere competente para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales concernientes a actos normativos cuya invalidez ya ha sido declarada, por ej., para resolver las dudas del juez nacional acerca de los motivos, el alcance y, en su caso, las consecuencias de la declaración (*ibidem*).

Siguiendo el modelo de la CE, el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina le otorga competencia para conocer de *acciones de nulidad* contra los actos de sus instituciones e, incluso, contra los convenios celebrados por los Estados miembros en el marco del proceso de integración andina; no contempla, sin embargo, la posibilidad de que los tribunales de los Estados puedan dirigirlle *consultas prejudiciales de validez* (arts. 17 ss. y 32 ss.).

342. El control de constitucionalidad en el sistema de las Naciones Unidas: la jurisdicción consultiva de la Corte

La CIJ es el órgano judicial principal de las NU (art. 92 de la Carta). Ahora bien, la Corte no ha sido concebida como una suerte de tribunal constitucional, investido del poder de *control judicial* de las decisiones adoptadas por los órganos de NU (CIJ, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia (Sudoeste Africano) a pesar de la res. 276 (1970) del C. de S.*, 1971).

La Carta (art. 96) y, en su estela, el Estatuto de la CIJ (art. 65) sí prevén que la Corte sea requerida para emitir una *opinión consultiva* sobre cualquier *cuestión jurídica* dentro del ámbito de las actividades de NU y de los Organismos especializados pertenecientes al sistema, proponiéndose doctrinalmente que una de sus principales utilidades sería la de pronunciarse de una u otra forma sobre la *constitucionalidad* de las resoluciones de sus órganos. El alcance de la Carta, de un lado, y la fijación del objeto de la consulta en cualquier cuestión jurídica, de otro, permiten entender esta función de interpretación constitucional en los términos más amplios, es decir, abarcando los principios fundamentales del

Orden internacional. Sin embargo, las posibilidades procesales que abre este remedio de control de constitucionalidad son muy limitadas:

1) Los Estados carecen por esta vía de legitimación activa. Sólo la AG, el Consejo de Seguridad y otros órganos de las NU o de Organismos especializados autorizados por la AG disponen de legitimación para solicitar de la Corte una opinión consultiva (art. 96 de la Carta).

La preceptiva habilitación de la Asamblea alcanza hoy a cuatro órganos más de las NU, entre los que se encuentra uno principal (el CE y S), así como a todos los Organismos especializados (salvo la UPU) y al OIEA. La legitimación para solicitar opiniones consultivas podría, no obstante, ensancharse de hacer caso a las voces que claman para que la AG autorice al efecto al Secretario General de la ONU y, aun, al Alto Comisionado de las NU para los Refugiados. Más atrevido todavía sería proponer el derecho de los *grupos regionales* de la Asamblea a solicitar opiniones sobre la conformidad con la Carta de las resoluciones de sus órganos.

2) Nadie puede forzar la libre decisión de los órganos competentes en el ejercicio de esta facultad. Para ello será menester contar con las mayorías requeridas para la formación de una voluntad orgánica y ocioso es señalar lo difícil que ha de ser promover una solicitud de opinión consultiva sobre la eventual *inconstitucionalidad* de una resolución adoptada por la misma mayoría.

La prueba está en que, de los veinticuatro dictámenes solicitados hasta la fecha (octubre de 2006), sólo en una ocasión se pidió a la Corte *expressis verbis* su opinión sobre la validez del acto de una Organización (cuando la Asamblea de la Organización Consultiva Marítima Internacional —hoy OMI— preguntó si la *composición del Comité de Seguridad Marítima* se ajustaba a la Carta constitutiva de la Organización, 1960). Cabe, con todo, comprobar que cuando lo que se plantea es un conflicto de competencias, el órgano que se siente perjudicado está dispuesto a actuar, según demuestra la práctica de la AG que ha solicitado diecisiete de las opiniones emitidas por la Corte (la última, acerca de las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004).

No obstante, la CIJ ha establecido el criterio de declararse competente para examinar la regularidad constitucional de las resoluciones en asuntos en que no ha sido *directamente* invitada a hacerlo, si lo ha estimado necesario para responder a la cuestión planteada.

Ello ha permitido a la Corte, por ej., verificar la conformidad con los *propósitos* de la Carta de las resoluciones relativas a la creación de ciertas fuerzas de NU para el mantenimiento de la paz y a su financiación, cuando realmente la AG se había limitado a preguntar cuál era la *naturaleza jurídica* de dichos gastos (*Ciertos gastos de las NU* (art. 17.2 de la Carta), 1962); o examinar la validez de las resoluciones de la AG (2145 de 1967, y la correlativa del C. de S., 276 de 1970) por las que se puso término al mandato de África del Sur en Namibia (entonces Sudoeste Africano), declarando la ilegalidad de su presencia en dicho territorio, cuando la consulta del Consejo versó sobre las *obligaciones que incumbían a los Estados* en razón del hecho de que África del Sur desoyera tales resoluciones (*Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia* (Sudoeste Africano) a pesar de la res. 276 (1970) del C. de S., 1971).

3) El dictamen de la Corte carece estatutariamente de efectos jurídicos vinculantes (arts. 96 de la Carta y 65 del Estatuto de la CIJ).

Cosa distinta es que ciertos instrumentos acepten como *definitiva* la *opinión* de la Corte con el objeto de zanjar otras controversias, sea las que involucran a una OI con sus funcionarios (Estatutos del TANU, art. 11,

y del TAOIT, art. XII, que prevén la apelación definitiva y obligatoria de sus sentencias ante la CIJ); sea las relativas a la aplicación de *acuerdos de sede* (por ej., Convenio de NU con Estados Unidos, 1947) o sobre los *privilegios e inmunidades* de las Organizaciones (por ej., Convenio sobre privilegios e inmunidades de las NU, 1946); sea las que afecten a la incompatibilidad de un tratado, en el que sean partes OI, con *ius cogens* preexistente (art. 66 de la CV de 1986).

Nadie duda, como ha puesto de relieve Carlos Espósito, de la fuerza moral, del carácter *autoritativo*, de las opiniones *consultivas*.

Así se demostró, por ej., cuando la Asamblea de la OMI anuló la elección del Comité de Seguridad Marítima declarada inconstitucional por la Corte y eligió un nuevo Comité respetando los criterios establecidos en la op. cons. (*Composición del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Intergubernamental Consultiva de la Navegación Marítima Internacional*, 1960); o cuando la AG revisó el Estatuto del TANU (res. 957 (X), de 1955) para posibilitar la apelación de sus sentencias ante la CIJ, que había afirmado su irrecurrible obligatoriedad (*Efectos de las sentencias del TANU*, 1954).

Pero la fuerza moral no siempre basta, particularmente cuando el enfrentamiento afecta a las grandes potencias.

A este respecto puede traerse a colación la negativa, en su momento, de la Unión Soviética y de Francia a contribuir a los gastos ocasionados en la ejecución de las operaciones de mantenimiento de la paz de las NU que no contaban con su beneplácito, no obstante el dictamen de la Corte considerándolos gastos de la Organización en el sentido del artículo 17 de la Carta (*Ciertos gastos de las NU* (art. 17.2 de la Carta), 1962).

No obstante, en la medida en que la Corte *declara el DI en vigor* cabe sostener que los solicitantes de una opinión consultiva, aun no obligados a acomodar su conducta a ella, sí que lo están a evitar que sus actos infrinjan el DI *declarado* por la Corte.

De la actuación de la Corte en materia consultiva resulta que no se atisba intención alguna de poner límite al poder político de los otros órganos principales de la Organización y sí, en cambio, una clara tendencia a arroparlos bajo el manto de la presunción de validez: "Toda resolución que emana de un órgano de las NU regularmente constituido, adoptada conforme a su reglamento y declarada así por su presidente, debe presumirse válida" (*Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia de África del Sur en Namibia (Sudoeste Africano)* a pesar de la res. 276 (1970) del C. de S., 1971)

343. El control de constitucionalidad en el sistema de las Naciones Unidas: la jurisdicción contenciosa de la Corte

¿Qué decir, en segundo lugar, de la competencia de la CIJ para, en el ejercicio de su *jurisdicción contenciosa* —esto es, cuando conoce de controversias entre Estados que acaban con una sentencia obligatoria para las partes (art. 34 y ss. del Estatuto de la CIJ)— controlar la *constitucionalidad* de la actuación de los órganos de las NU?

Hacemos abstracción del recurso a la jurisdicción *contenciosa* de la Corte como instancia de *apelación* del acto de una Organización cuando haya sido previsto entre los mecanismos de solución de las controversias entre sus Estados miembros, como hacen, por ej., las Cartas constitutivas de dos Organismos especializados, la OACI (art. 84) y la OIT (art. 38).*

En los últimos años el uso —y abuso— por el C. de S. de sus *discrecionales* competencias *decisorias* en aras del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales ha devuelto a la actualidad la discusión sobre el control judicial de sus resoluciones, consideradas en ocasiones *ultra vires*. Liberado del ejercicio del veto por sus miembros permanentes, el Consejo ha colocado la etiqueta de “amenazas a la paz y seguridad internacionales” a muy dispares supuestos para dar paso a sus facultades *coercitivas* conforme al Capítulo VII de la Carta, de una manera que en casos concretos han podido parecer transidas de oportunismo y parcialidad. La primera muestra significativa fue el asunto *Lockerbie* (v. Caps. XXVII y XXVIII).

Ante la negativa de Libia a extraditar a quienes, según las actas de acusación estadounidense y británica, eran autores de la colocación de la bomba que destruyó un *jumbo* de la *Pan Am* sobre el cielo del pueblo escocés de *Lockerbie*, el C. de S. —tras exhortar a las autoridades libias a proceder a su entrega (res. 731, de 1992)— decidió la imposición de *sanciones* (res. 748, de 1992, y 883, de 1993). El Convenio de Montreal sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación (1971), en vigor entre las partes implicadas, no hacía de esa entrega forma obligada de cooperación, sino que, alternativamente, permitía a Libia perseguir a sus nacionales ante sus propios tribunales (*aut dedere aut judicare*). Basándose precisamente en dicho Convenio (que atribuye competencia a la CIJ para conocer de las controversias entre sus partes), las autoridades de Trípoli pusieron el asunto *Lockerbie* en manos de la CIJ mediante demandas paralelas contra Estados Unidos y Gran Bretaña, originando una situación jamás vivida en la Corte, ya que los asuntos en los que con anterioridad había actuado en concurrencia con el C. de S. el demandante era el mismo Estado que había acudido al Consejo (Grecia en el asunto de la *Plataforma continental del Mar Egeo* 1978; Estados Unidos en el asunto del *Personal diplomático de los Estados Unidos en Teherán* 1980; Nicaragua en el asunto de la *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* 1984; 1986).

La Corte hubo de negar *prima facie* las *medidas provisionales* solicitadas por Libia a la vista de que las mismas entraban en colisión con la acción decidida por el órgano político (Or. de 14 de abril de 1992, en las que se atendió al efecto combinado de los arts. 25 y 103 de la Carta, según el cual, en caso de conflicto, “prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”). Sin embargo, en su sentencia (1998) sobre las excepciones preliminares formuladas por Estados Unidos y Gran Bretaña, la Corte afirma su competencia y admisibilidad de la demanda con base en que la adopción de las resoluciones sancionadoras del C. de S. eran posteriores a la fecha de interposición de la demanda, determinante de su competencia y admisibilidad, remitiendo a la fase de fondo su decisión sobre la objeción de que la demanda carecía de objeto una vez aprobadas tales resoluciones. Para la Corte esta objeción no tenía un carácter exclusivamente preliminar porque obligaba a decidir: 1) sobre la compatibilidad de los derechos de Libia según el Convenio de Montreal y sus obligaciones según las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993); y 2) sobre la prevalencia de estas obligaciones de conformidad con los arts. 25 y 103 de la Carta. Es interesante considerar la op. disidente del juez Schwebel que, anticipándose, trató de rebatir la autoridad de la Corte para someter a revisión y control la conformidad con la Carta de las resoluciones del C. de S. En el polo opuesto se situó el juez Rezek. El ulterior desistimiento de las partes (2003), a resultados del acuerdo extrajudicial al que llegaron, impidió finalmente un pronunciamiento judicial que hubiera sido del mayor interés.

En el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, Bosnia y Herzegovina solicitó para sí de la Corte el levantamiento del embargo de armas impuesto por el C. de S. (res. 713, de 1991) a todas las partes implicadas en el conflicto, argumentando que violaba su derecho de legítima defensa según la Carta. La Corte despachó sumariamente la petición, indicando que, puesto que su jurisdicción se fundaba en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, sólo podía decidir medidas que tuvieran que ver con ella. Cuando Bosnia y Herzegovina volvió a la carga alegando que su derecho a las armas le confería precisamente los medios para prevenir actos de genocidio, la Corte escapó arguyendo que, de acuerdo con el art. 41 de su Estatuto, sólo podía decidir medidas cautelares *inter partes* (1993).

En todo caso, escapa totalmente a la competencia de la Corte declarar la nulidad de una resolución incompatible con la Carta.

Cabe recordar que ya con ocasión del asunto del *Camerún septentrional* (1963) la Corte se negó a decidir con autoridad de cosa juzgada la cuestión incidental que este Estado planteó acerca de la validez de una recomendación de la AG.

Es cierto que las decisiones del C. de S. han de ajustarse a los propósitos y principios de la Carta (arts. 1 y 2) y que en el asunto *Lockerbie* el órgano político ha interferido las funciones del judicial. Pero también lo es que la voluntad de los Estados miembros de no conferir a ningún órgano de NU el control de los actos del Consejo quedó expresa en la Conferencia fundacional de San Francisco, donde fueron rechazadas todas las propuestas atribuyendo a la Corte —o a la AG— autoridad suprema en la interpretación auténtica y obligatoria de las disposiciones de la Carta; de ahí que, según dijera la misma Corte: “de acuerdo con las previsiones de 1945, cada órgano está facultado para determinar su propia competencia” (CIJ, *Ciertos gastos de las NU* (art. 17.2 de la Carta), 1962).

La *soberanía e independencia* de los órganos principales de las NU sobre la que reposa la estructura de la Carta no pueden, pues, llevar a la Corte a arrogarse un *poder implícito* de revisión de los actos del Consejo, sin perjuicio de que una apreciación de éstos sea inevitable en la motivación judicial de la decisión resolutoria de una diferencia entre Estados que, eventualmente, podría conducir a su inaplicabilidad.

Una operación así puede producirse también en otros órganos judiciales cuya actuación viene legitimada en otros marcos normativos. La desenvoltura con la que en los últimos tiempos el C. de S. incursiona en el ámbito de los derechos humanos fundamentales en la lucha contra el terrorismo (v. Cap. XXVIII) hace chirriar sus resoluciones al contacto con tratados y Constituciones estatales custodiadas por otros tribunales que se topan con la tortuosa compatibilidad entre las leyes garantistas que han de cuidar y las resoluciones de un órgano para el que, al parecer, el *fin justifica los medios*. La resistencia a sacrificar derechos y libertades en el altar de los arts. 25 y 103 de la Carta se ve animada por la consideración de que la prevalencia de las obligaciones de la Carta presume que los propósitos y principios de la misma Carta son respetados. El C. de S. no es *legibus solutus*. Así lo entendió, puesto en la tesitura, el TPIY (*Tadic*, 1995).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Además de la biblio. general sobre tratados y resoluciones de OI (Cap. VIII), la biblio. sobre la costumbre internacional (Cap. XIII) y la biblio. sobre el cumplimiento del DI (Cap. XV), pueden consultarse los trabajos que se indican a continuación:

1. Sobre la selección de la norma u obligación aplicable, encontramos biblio. específica sobre algunas cuestiones. Así, *en relación con el efecto de los tratados para terceros*: C. Chinkin, *Third Parties in IL*, Oxford, 1993. *En cuanto al ámbito de aplicación temporal del DI, en lengua*

española: E. Orihuela, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Madrid, 2004; **en otras lenguas:** AA.VV., *Le DI et le temps*, París, 2001; Th. Georgopoulos, "Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives. Quelle thérapie contre la vieillesse des traités?", *RGDIP*, 2004, 130.

2. Sobre la determinación del contenido de la norma u obligación aplicable y, en concreto, sobre la incorporación por referencia: P. Andrés, "La incorporación por referencia en el Derecho de los tratados", *REDI*, 1985, 7. **Sobre la cláusula de la nación más favorecida, en lengua española:** J.J. Forner, *La cláusula de la nación más favorecida*, Madrid, 1988; A. Martínez Moreno, "La cláusula de la nación más favorecida a la luz del Derecho contemporáneo", *REDI*, 1981, 461; J. Díez-Hochleitner, "La cláusula de la nación más favorecida y su incidencia en el trato conferido a los países en desarrollo", *REDI*, 1983, 371; **en otras lenguas:** E. Ustor, "The Law of Most-Favoured-Nation Clauses. Its Codification: Some Contested Issues", *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. II, 491. **En relación con las cláusulas de flexibilidad:** v. biblio. Cap. XI.

3. Sobre la interpretación de los tratados (y actos de OI), en lengua española: C. Moyano, *La interpretación de los tratados internacionales*, Montevideo, 1985; C. Fernández Casadevante, *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, 1996; J. Juste, "La equidad en el DI...", *AJILADI*, 1989, 1; A. Valle, "La interpretación de tratados internacionales por el TJCE", *RJE*, 1995, 861; A. Cançado, "La interpretación de tratados en el DI y la especificidad de los tratados de derechos humanos", *Hom. E. Rey Caro*, Córdoba, 2002, 747; I. González Vega, "Interpretación, DI y Convenio europeo de derechos humanos: A propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual", *REDI*, 2004, 163; M.G. Monroy "Interpretación de los tratados internacionales", *Liber amicorum D. Opertti*, Montevideo 2004, 685. **En otras lenguas:** M.S. McDougal, H.D. Laswell y J.C. Miller, *The Interpretation of International Agreements*, New Haven-Dordrecht, 1994; J. Gold, *Interpretation: The IMF and IL*, Londres, 1996; F. Sudre (ed.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 1998; S. Rosenne, "Conceptualism as a Guide to Treaty-Interpretation", *Etudes R. Ago*, cit., v. I, 417; C.B. Kuner, "The Interpretation of Multilingual Treaties: Comparison of Texts versus the Presumption of Similar Meaning", *ICLQ*, 1991, 953.

4. Sobre la concurrencia entre normas y obligaciones internacionales y, en particular, entre normas consuetudinarias y tratados: v. biblio. Cap. XIV. **En cuanto a los tratados sucesivos, en lengua española:** A.G. López Martín, *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Madrid, 2002; v. tb. C. Izquierdo, *Gibraltar en la UE*, Madrid, 1996; J. Díez-Hochleitner, *La posición del DI en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998; J. Zavala, *Tratados internacionales sobre desechos peligroso*, Madrid, 2001; **en otras lenguas:** P.H. Weckel, *La concurrence des traités dans l'ordre international*, París, 1993; E. Roucouas, "Engagements parallèles et contradictoires", *R. des C.*, 1987, t. 206, 9; E.V. Vierdag, "The Time of the Conclusion of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions", *BYIL*, 1988, 75; J.B. Mus, "Conflicts between Treaties in IL", *NILR*, 1998, 208.

5. Sobre la subordinación de las resoluciones de OI al tratado constitutivo: E. Suy, "The Constitutional Character of Constituent Treaties of IO and the Hierarchy of Norms", *Festschrift R. Bernhardt*, Berlín, 1995, 267. La subordinación del Derecho comunitario derivado al Tratado CE se examina en todos los manuales y obras generales de Derecho comunitario. **Sobre el control de legalidad de las resoluciones del C. de S. y sus relaciones con la CIJ, en lengua española,** M. E. López-Jacoiste, *Actualidad del C. de S. de las NU. La legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Madrid, 2003. Tb. M. Ortega, *Hacia un gobierno mundial*, Salamanca, 1995, 113; A. Sanjosé "Las consecuencias jurídicas de los actos 'ultra vires' de las Organizaciones internacionales, en particular de la ONU", *REDI*, 1990, 443; C. Fernández de Casadevante, "El Poder y el Derecho en las NU: la discrecionalidad del C.de S.", en C. Fernández de Casadevante y F.J. Quel, *Las NU y el DI*, Barcelona, 1997, 40; M. J. Aznar, "El control de legalidad de la acción del C. de S. de las NU en el ámbito del capítulo VII de la Carta", *AADI* 1998, 31; P. Pozo, "La CIJ y las competencias del C.de S. en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", *ADI*, 1998, 417. **En otras**

lenguas, M. Bedjaoui, *Nouvel Ordre Mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité*, París, 1994; tb. la nota de T.M. Franck, "The 'powers of appreciation': Who is the ultimate guardian of UN legality?", *AJIL*, 1992, 519; *id.*, "The Political and the Judicial Empires: Must There Be Conflict over Conflict-Resolution?", en *International Law on the Eve of 21st Century*, NU, Nueva York, 1997, 621; S. Torres Bernárdez, "Some Considerations on the Respective Roles of the Security Council and the International Court of Justice with Respect to 'the Prevention of Aggravation of Disputes' in the Domain of the Pacific Settlement of International Disputes or Situations", *ib.*, 663; S.D. Murphy, "The Security Council, Legitimacy, and the Concept of Collective Security after the Cold War", *Columbia JTL*, 1994, 201; B. Fassbender, "Quis judicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control", *EJIL*, 2000, 219; K. Zemanek, "Is the Security Council the Sole Judge of its Own Legality?", en E. Yakpo y T. Boumedra (eds.), *Liber Amicorum...Bedjaoui*, cit., 629. **En relación con la consideración de recientes resoluciones del C. de S. por el TJ de la UE**, I. Blázquez y C. Espósito, "Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los asuntos Ahmed Ali Yusuf/Al Barakaat Internacional Foundation y Yassin Abdullah Kadi", *REDE*, 2006, 123.

Capítulo XVII

La aplicación de las normas y obligaciones internacionales en el orden interno

LXXVIII. CONSIDERACIONES GENERALES

344. La incorporación del DI a los ordenamientos estatales

El DI general deja en manos de los Estados la elección de los medios conducentes a la observancia de sus obligaciones internacionales (v., por ej., CIJ, *LaGrand*, 2001, y *Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004). En la medida en que dicha observancia requiere la aplicación de normas generales, tratados y resoluciones de OI por órganos internos, los Estados han de *incorporarlos* a su propio ordenamiento. Esta es la primera cuestión de la que hemos de ocuparnos. Cada Estado puede proceder según estime oportuno, condicionado sólo por la naturaleza de la norma u obligación concernida, a menos que mediante tratado haya limitado su libertad (lo que se advierte especialmente cuando se abordan los actos normativos de OI de integración). En todo caso, no es lo mismo incorporar al ordenamiento estatal una costumbre internacional que un tratado o la resolución de una OI.

345. Problemas particulares de la aplicación del DI por los órganos internos

Una vez incorporadas las normas y obligaciones internacionales, el órgano interno habrá de abordar las mismas tareas y aplicar las mismas reglas que un órgano internacional (a condición de que tales reglas hayan sido igualmente *recibidas* por el Derecho estatal). Pero el órgano interno tiene también que hacer frente a problemas particulares.

El primero de estos problemas es el de la aplicación *directa* o no de normas y obligaciones internacionales. La solución viene predeterminada por el régimen de su incorporación al ordenamiento estatal, así como —si la incorporación ha sido *automática*— por el carácter *auto-ejecutivo* (*self-executing*) o no de la norma u obligación de que se trate. Este carácter resulta de la redacción misma de la norma u obligación, interpretada en su propio contexto y atendiendo a su objeto y fin, pero no sólo de ella. Una disposición *objetivamente auto-ejecutiva* puede no serlo si ésa es la voluntad del sujeto o los sujetos internacionalmente obligados.

La aplicación *directa* adquiere un relieve especial cuando una norma u obligación se invoca por o contra particulares. El TJCE se ha referido en este caso a la *eficacia directa*, expresión que puede generalizarse más allá del ámbito normativo al cuidado del TJCE.

La *interpretación* de normas y obligaciones internacionales —y éste es otro problema— adquiere un sesgo propio cuando son los órganos internos los que proceden a la operación exegetica.

Pero es en la *conurrencia* de las normas y obligaciones internacionales con las disposiciones de Derecho interno donde pueden ser más profundas las divergencias de comportamiento entre los órganos internacionales y los órganos estatales. Será el último de los puntos que examinaremos en este Capítulo.

LXXIX. LA INCORPORACIÓN DE LAS NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

346. *La recepción de las normas consuetudinarias*

Los ordenamientos estatales que se pronuncian sobre la incorporación de las normas consuetudinarias lo hacen en favor de su recepción automática (sin necesidad en este caso —como es obvio— de publicación oficial). Así, por ej., la Ley Fundamental de la R. F. de Alemania (1949) proclama que las normas generales del DI son parte integrante del Derecho Federal y fuente directa de derechos y obligaciones para sus habitantes (art. 25). De acuerdo, además, con el art. 100.2 de la Ley Fundamental cuando en un litigio se dude si una regla del DI forma parte del Derecho Federal y si genera derechos para los individuos el tribunal debe solicitar la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

En el mismo sentido se manifiestan las Constituciones de Austria (art. 9), Grecia (art. 28.1) y Portugal (art. 8.1). No es éste el caso, sin embargo, de otros textos constitucionales que proclaman, sin más, la vinculación del Estado al DI general (Constituciones de Irlanda, art. 29, Italia, art. 47, y en América Latina, Ecuador, art. 4 y Guatemala, art. 149).

La respuesta de los tribunales en los países cuyos ordenamientos guardan silencio sobre esta cuestión —la mayoría— no es, en general, distinta. Esta afirmación vale incluso en países que acogen un régimen de recepción especial para los tratados (v. *infra*); así, por ej., los tribunales británicos consideran que las normas internacionales de carácter consuetudinario forman parte del Derecho interno, a menos que resulten contrarias a las leyes del Parlamento o a decisiones judiciales firmes (v., por ej., asuntos *Eichmann*, 1961, o *International Tin Council Appeals*, 1989): “*International law is a part of the law of the land*”.

En España, sólo la Constitución de 1931 dispuso (art. 7) que “el Estado español acatará las normas universales del DI incorporándolas a su Derecho positivo”,

acogiendo un régimen de *recepción necesaria* pero no automática, en palabras de A. Rodríguez Carrión. La Constitución de 1978, en vigor, no se pronuncia. No obstante, contamos con la referencia del art. 96.1, donde tras afirmarse que los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento español, se añade que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del DI”. Para la doctrina mayoritaria esta disposición acoge de manera implícita el postulado —comúnmente aceptado por los tribunales estatales— de que el DI consuetudinario (que sea oponible a España; v. Cap. XIII) forma parte del Derecho interno desde su formación, sin más trámites.

Sea como fuere, lo cierto es que los jueces españoles aplican normalmente el DI consuetudinario.

Baste con mencionar la jurisprudencia en materia de competencia judicial (TS, s. de 6 de marzo de 1982) o de inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero (TC, s. 107/1992).

Además, la aplicación del DI consuetudinario en España se ve favorecida por el reenvío que al mismo realizan distintos preceptos legales. Así, por ej., el art. 21.2 de la LOPJ, al exceptuar del conocimiento de los juzgados y tribunales españoles los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero, remite su determinación a las normas de DI.

En América Latina, donde las Constituciones guardan normalmente silencio sobre este punto, también los tribunales consideran generalmente que el DI consuetudinario forma parte del Derecho interno (v., por ej., s. de la Corte Suprema de Chile de 3 de marzo de 1969 en el asunto *Manual Merchant*; o s. de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina de 10 de mayo de 2005 en el asunto *Lariz Iriondo*).

347. La recepción de los tratados en general

Los Derechos estatales conciben la incorporación de los tratados: 1) previa transformación mediante un acto formal de producción normativa interna (ley, decreto...); ó 2) mediante su recepción inmediata una vez que el tratado es internacionalmente obligatorio, exigiendo eventualmente el acto material de su publicación oficial. Al primero se le conoce como régimen de *recepción especial*; al segundo como régimen de *recepción automática*.

Gran Bretaña —seguida por otros miembros de la *Commonwealth*— se encuentra entre los países que adoptan un régimen de *recepción especial*, haciendo depender la eficacia interna de los tratados celebrados de su transformación en ley (excepción hecha del TCE y de los actos emanados de las instituciones comunitarias, en virtud de la *European Communities Act* de 1972; v. *infra*).

La mayoría de los países de Europa occidental y de América, sin embargo, ha optado por un régimen de *recepción automática*, con exigencia, salvo raras excepciones (Estados Unidos, Grecia...), de publicación oficial interna.

En la adopción de uno u otro régimen influyen factores de distinta naturaleza. Hay factores ideológicos, vinculados a la valoración que se hace de la soberanía del Estado y a postulados *monistas* o *dualistas* acerca de las relaciones entre el DI y los Derechos internos (v. Cap. I); hay factores históricos, ligados a la tradición constitucional de cada país; hay factores políticos, tras el afán de interponer filtros legales entre los derechos que el Estado se ha comprometido a respetar y su disfrute por sus ciudadanos (o súbditos)... Pero el factor técnicamente más importante estriba en la participación o no de las Cámaras legislativas en la conclusión de los tratados (v. Cap. X).

Allí donde las Cámaras no intervienen de manera decisiva, autorizando la estipulación del tratado, aceptar la recepción automática de sus disposiciones equivaldría a atribuir al Gobierno una especie de poder legislativo en detrimento de aquéllas, a menos que se considere a los tratados de rango inferior a las leyes. Descartada esta posibilidad, el respeto de las competencias legislativas de las Cámaras exige la sujeción de la eficacia interna de las disposiciones convencionales a su previa transformación en ley. Este es, básicamente, el caso de Gran Bretaña. En cambio, en los países donde las Cámaras legislativas intervienen autorizando la conclusión de los tratados, nada justificaría —salvo alguno de los factores antes señalados— un régimen de recepción especial.

Antes al contrario, una segunda intervención de las Cámaras es superflua y hasta peligrosa. Superflua por consideraciones de economía y de coherencia: no se concibe que la misma Cámara autorice la conclusión de un tratado para, a continuación, negarle eficacia interna; peligrosa porque, aparte de la mala traducción que arriesga hacerse de las disposiciones convencionales, hay que cuidarse de los imprevistos deslizamientos políticos de las Cámaras. Cosa distinta es que la aplicación de las disposiciones *non-self-executing* de un tratado requiera su desarrollo legislativo y/o reglamentario (v. *infra*).



Desde el punto de vista internacional, el régimen de *recepción especial* presenta numerosos inconvenientes. Enfrentado o sin contar con las Cámaras, un Gobierno podrá ir haciendo frente a sus compromisos internacionales en tanto no exijan medidas legislativas (la operatividad de los *executive agreements* en EE.UU. reside precisamente en esta circunstancia). Pero, ¿qué hacer en el caso de que tales medidas sean necesarias? ¿Colocar a las Cámaras en la disyuntiva de aceptar el hecho consumado o encender la mecha de la responsabilidad internacional del Estado? ¿Sostener, tal vez, que su potestad es reglada, debiendo hacer lo que el tratado ordene y en los términos en que lo ordene? La fórmula parece poco acorde con los poderes soberanos del Legislativo. De ahí que sea aconsejable una participación determinante de las Cámaras legislativas en la conclusión de los tratados y la recepción automática de sus disposiciones a partir de su entrada en vigor en el orden internacional (v. Cap. X).

348. *La recepción de los tratados en España, América Latina y la CE*

La recepción automática de los tratados ha sido tradicionalmente reconocida en España, aunque dentro de su Derecho histórico sólo la Constitución de 1931 vino a proclamarlo expresamente, si bien con una redacción equívoca (art. 65, par. primero). La Constitución de 1978, como sabemos (v. Cap. X), dispone la autorización por las Cortes de la conclusión de varios tipos de tratados, entre los que se cuentan los que “supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución” (art. 94.1.e). El art. 96.1, por otra parte, afirma que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

Si este artículo constitucionaliza la recepción automática de los tratados en el Derecho español, el art. 1.5 del C.c., introducido en la reforma de su Título Preliminar en 1974, estableció por anticipado su natural consecuencia en términos de aplicabilidad, dando certidumbre legal a una práctica tradicional: las normas jurídicas contenidas en los tratados serán de aplicación directa en España una vez que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el BOE.

La recepción automática de los tratados en el ordenamiento interno es también la regla general en los países latinoamericanos, si bien son pocas las Constituciones que la afirman de manera expresa (Argentina, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Paraguay, Perú).

Las Constituciones de Ecuador (art. 163), Honduras (art. 16), Paraguay (art. 137) y Perú (art. 55) disponen expresamente que los tratados (en vigor, precisan las Constituciones de Honduras y Perú) forman parte del Derecho interno (la Constitución de Ecuador añade la exigencia de que estén “promulgados en el Registro Oficial”). Las Constituciones de Argentina (art. 31) y de México (art. 133), por su parte, afirman que son “ley suprema” de la Nación y de la Unión, respectivamente; en términos similares, la Constitución de El Salvador señala que constituyen “leyes de la República” (art. 144).

La regla de recepción automática de los tratados se encuentra asimismo implícita en otras Constituciones, como la de Colombia de 1991 (cuyo art. 53 afirma que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados son parte de la legislación interna) o la de Costa Rica (cuyo art. 7 dispone que los tratados aprobados por la Asamblea legislativa “tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior de las leyes”).

La previsión en determinados países latinoamericanos de *aprobación* parlamentaria de los tratados (o de ciertas categorías de tratados) mediante ley (v. Cap. X) tampoco debe llevar a considerar que en ellos se sigue un sistema de recepción especial, pues en principio la ley sólo tiene por objeto autorizar al Ejecutivo a manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por ellos.

No obstante, en el caso de Chile, el hecho de que la Constitución de 1980 disponga que “la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley” (art. 50.1) y no se pronuncie sobre la recepción y el valor de los tratados en el orden interno ha llevado a la jurisprudencia a adoptar un actitud dualista al considerar aplicables a los tratados las reglas del Código civil en materia de promulgación y publicación de las leyes, configurando el Decreto promulgatorio y la subsiguiente publicación como requisitos de su aplicación en el orden interno (en tanto que acto de transformación), así como a equiparar los tratados debidamente promulgados y publicados con las leyes.

En la UE el TCE optó por un régimen de recepción automática de los acuerdos internacionales celebrados con terceros; en palabras del TJCE, las disposiciones de un acuerdo válidamente celebrado por la CE, “forman parte integrante, a partir de la entrada en vigor de éste, del ordenamiento jurídico comunitario” (*Haegeman II*, 1974).

La opción por un régimen de recepción automática se plasma en el art. 300.7 del TCE, a cuyo tenor “los acuerdos celebrados en las condiciones mencionadas en el presente artículo serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad, así como para los Estados miembros”. En efecto, como tendremos ocasión de explicar (v. *infra*), no es posible afirmar que los acuerdos comunitarios vinculan a los Estados miembros —que no participan en su celebración— si no es porque se insertan automáticamente en el ordenamiento comunitario (obligándoles por este título). Por otra parte, el acto por el que el Consejo aprueba el acuerdo en nombre de la CE (normalmente una Decisión) no constituye un acto de recepción ni determina los efectos del acuerdo internacional en el ordenamiento comunitario.

Los “acuerdos mixtos” (celebrados a la vez por la CE y los Estados miembros, por exceder el ámbito de las competencias comunitarias) también forman parte del ordenamiento comunitario respecto de las disposiciones que corresponden a competencias de la CE; el resto de sus disposiciones, en cambio, se integran en los ordenamientos internos de los Estados miembros de acuerdo con sus propias reglas en materia de recepción de tratados, solución que, ciertamente, puede plantear dificultades en el momento de la aplicación de tales acuerdos (v. Cap. VIII).

349. *Recepción y publicación interna de los tratados*

El hecho de que algunas Constituciones, como la española de 1978 (art. 96) o la ecuatoriana de 1998 (art. 163), hagan de la publicación condición esencial, aunque no única, para la aplicación directa de los tratados no ha de conducirnos a la errónea conclusión de que el Derecho de estos países ha adoptado un régimen de recepción especial. Hacer de la publicación —que es un acto material de índole administrativa— un acto de transformación sería ir demasiado lejos.

La jurisprudencia del TS español advierte que, aunque con la publicación los tratados adquieren “plenitud de efectos en el ordenamiento interno” (s. de 30 de septiembre de 1982), el sistema español es de “recepción automática” (por ej., ss. de 19 de mayo de 1983 y 30 de abril de 1986; también, 18 de julio de 1996, 27 de enero de 1997, 10 de marzo de 1998, 7 de julio y 8 de noviembre de 2000, 24 de abril de 2001...). El TC respalda este planteamiento (v., por ej., ss. 49/1988, 28/1991, 187/1991, 140/1995...)

Junto a los supuestos en que se prevé en la propia Constitución, la exigencia de publicación viene en ocasiones determinada por ley (por ej., art. 4 de la Ley mexicana de tratados de 1991) o por la jurisprudencia (Chile). Con carácter general cabe entender que en los países que siguen el modelo de recepción automática de los tratados, su publicación es igualmente exigible en virtud del principio de publicidad de las normas.

La publicación de los acuerdos internacionales celebrados por la CE no se encuentra regulada en el TCE ni en acto alguno emanado de sus instituciones. En la práctica, no obstante, se publican en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE) como anejo al acto de aprobación del acuerdo adoptado por el Consejo o, en su caso, a aquél por el que se dispone su aplicación provisional.

Ahora bien, ¿cuál es la suerte que han de seguir los tratados no publicados? En España la interpretación ortodoxa de los arts. 96 de la Constitución y 1.5 del C.c. trae como consecuencia que los tratados no publicados en el BOE, hayan pasado o no por las Cortes, no deberían ser aplicados por los órganos estatales aunque los conozcan por otros medios.

En este sentido se manifiesta el TC español en su s. 141/1998, de 30 de julio, que además conecta los preceptos mencionados con el principio general de publicidad de las normas, consagrado en el art. 9.3 de la Constitución. Todo ello sin perjuicio de que la demora en la publicación —y la no publicación— de un tratado puede originar la responsabilidad patrimonial de la Administración, exigible en vía contencioso-administrativa, cuando cause un perjuicio económicamente evaluable a los particulares (art. 139 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

La práctica internacional, sin embargo, parece desmentir la no aplicación de los tratados que no han sido debidamente publicados. Ciertamente ha de excluirse su aplicación directa, en virtud del principio de seguridad jurídica, cuando es invocado por el Estado frente a un particular o en las relaciones entre particulares; pero no hay razón aparente que impida la aplicación por los órganos administrativos y judiciales de los tratados que no supongan cargas para los ciudadanos o, incluso, les reporten ventajas. En este sentido cabe apreciar el planteamiento de la Constitución holandesa que (art. 93) constriñe el valor determinante de la publicación del tratado a aquéllos que por su contenido puedan imponer obligaciones a las personas. Dentro de estos límites la consecuencia de la no publicación podría ser la de forzar al interesado en la aplicación a una aportación fehaciente del texto y vigencia del tratado. Si así fuera, la publicación acabaría siendo una mera condición para la oponibilidad de un tratado a los particulares.

Para la adecuada satisfacción de su objeto la publicación ha de ser: 1) *oficial*; 2) *sincrónica con su entrada en vigor*; 3) *íntegra*; y 4) *continuada*.

1) La publicación del tratado ha de producirse “oficialmente en España”, dispone el art. 96.1 de la Constitución y el art. 1.5 del C.c. concreta el medio: el BOE. La generalidad del texto constitucional deja acertadamente abiertas, de cara al futuro, otras posibilidades, como la publicación de un boletín o colección especial que inserte todos y sólo los tratados y otros actos internacionales, a semejanza, por ej., del *US Treaties and other International Agreements*.

Por otro lado, la referencia a una publicación oficial en España no ha de interpretarse como adopción de un criterio de pura localización física, sino más bien como exigencia de que se trate de una publicación con efectos jurídicos reconocidos en España, aunque se realice en el extranjero. De no ser así, la eficacia y aplicación de los actos adoptados por las instituciones de la CE (además de los acuerdos comunitarios, los Reglamentos, Directivas y Decisiones únicamente se publican el DOUE) arrastraría dificultades constitucionales (v. *infra*).

Además de la publicación oficial es bueno que la Administración cuide de dar la mayor difusión a los tratados para su general conocimiento. En este sentido en España el Decreto 801/1972 previó que el Ministerio de Asuntos Exteriores adoptaría las medidas pertinentes para la edición periódica, con fines puramente informativos, de colecciones de tratados en los que fuera parte España (art. 34), lo que no siempre ha hecho en los últimos años.

2) La publicación ha de ser en principio *sincrónica con la entrada en vigor* del tratado. No obstante, cabe anticipar la publicación cuando se tiene ya un conocimiento fehaciente de la fecha de entrada en vigor para el sujeto de que se trate (solución prevista en España en los arts. 29-30 Decreto 801/1972). Obviamente, si un tratado es objeto de *aplicación provisional* procederá su publicación al iniciarse dicha aplicación, debiendo más tarde comunicarse el término de la misma, bien por la entrada en vigor del tratado, bien por cualquier otra causa (v. Cap. IX).

Hay sujetos que prefieren publicar el tratado al tiempo de la manifestación del consentimiento en obligarse, con noticia posterior de la fecha de su entrada en vigor en el caso de que no fuera para entonces conocida (solución seguida en ciertos casos en la CE); esta fórmula, sin embargo, expone a los usuarios a riesgos de confusión acerca de la vigencia o no de los tratados publicados.

Los retrasos y desajustes en la publicación originan problemas. Si el tratado no ha previsto su aplicabilidad a hechos, situaciones o relaciones anteriores a su entrada en vigor o a su publicación no será, obviamente, aplicable a los mismos. Pero, ¿acaso lo será a los hechos, situaciones o relaciones que, posteriores a la entrada en vigor, son, por defecto de sincronización, anteriores a la publicación? La respuesta es para el DI afirmativa: los efectos del tratado han de retrotraerse a la fecha de su entrada en vigor, sea cual sea la de su publicación.

En Derecho español el art. 31 del Decreto 801/1972 dispone por ello la publicación en el BOE de una comunicación del Ministerio de Asuntos Exteriores (de su Secretario General Técnico) en la que se indique la fecha en que el tratado obliga a España "y debe, por tanto, procederse a su aplicación". Se exige, consecuentemente, un exquisito cuidado en garantizar la publicación del tratado sin dilación. Ha de reconocerse que la Administración española realiza en los últimos años un considerable esfuerzo a tal fin.

No obstante, para favorecer el acoplamiento entre la obligatoriedad internacional de un tratado y su aplicabilidad interna, los negociadores vienen estableciendo unos períodos de *vacatio* tras el intercambio, depósito o notificación de los instrumentos de manifestación del consentimiento que permiten a los Estados disponer del margen de tiempo preciso para tomar las medidas internas requeridas, entre ellas la publicación del tratado.

Así, por ej., el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC), anexo al Acuerdo sobre la OMC, en vigor desde el 1 de enero de 1995, dispuso en su art. 65.1 que ninguna Parte estaría obligada a aplicar sus disposiciones "antes del transcurso del período general de un año contado desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC". Hay quienes, no obstante, proponen que esta disposición reconoce sólo una facultad que no impide a un Estado parte facilitar la aplicación del Acuerdo mediante una publicación anterior. De ser así el Acuerdo sería aplicable desde la fecha de la publicación. Las consecuencias pueden ser considerables. Así, en este caso, el cumplimiento del Acuerdo ADPIC, no exigible hasta el 1 de enero de 1996, lo sería en España desde el 25 de enero de 1995 (al haber sido publicado el 24 en el BOE).

Lo que sería en todo caso improcedente es extrapolar la aplicación de la *vacatio legis* prevista con carácter supletorio por el ordenamiento interno (así, el art. 2.1 del C.c. español dispone que "las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el BOE"), pues debe tenerse en cuenta que con la publicación

de un tratado se incorporan también al ordenamiento interno sus cláusulas finales, donde esta cuestión suele estar regulada, y que, en su defecto, es obligado el reenvío a las normas generales del DI en la materia.

3) Que la publicación sea *íntegra* supone la inserción del texto completo del tratado, conste en uno o más instrumentos conexos, así como, en su caso, de cualesquiera otros documentos anejos o complementarios y, en los tratados multilaterales, de la relación de partes, reservas, declaraciones u objeciones que se hayan formulado.

En España se trata de una exigencia legal (art. 1.5 del C.c.) que el Decreto 801/1972 había anticipado con más detalle (art. 29). El Decreto 801/1972 (arts. 29 y 31) prevé también la publicación del instrumento por el que se manifiesta el consentimiento de España, si lo hay, y a ella debería añadirse la del acto de autorización de las Cortes, de haberse producido. No obstante, la falta de este requisito reglamentario no ha de entenderse obstativa de la aplicación del tratado.

Téngase en cuenta que la falta de publicación de alguno de los instrumentos mencionados —o de la debida información respecto de ellos— puede determinar su inaplicabilidad en el orden interno.

Así, en España, el TC descartó la aplicabilidad de una disposición del Convenio europeo de extradición que había sido objeto de una reserva de exclusión por Italia a pesar de que Italia había procedido a su retirada por el hecho de que no se había producido la publicación oficial de dicha retirada (s. 141/1998, antes citada).

4) La publicación, por último, debe ser *continuada*, esto es, ha de extenderse a todas las alteraciones subjetivas, espaciales, temporales, materiales o de cualquier otra clase que influyan en la aplicación del tratado ya publicado.

Así, en España, el Decreto 801/1972 prevé la publicación periódica en el BOE de comunicaciones del Secretario General Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores relativas a la participación de otros Estados en los tratados en los que sea parte España, con inclusión de las reservas formuladas y de las objeciones a las mismas, a la retirada de reservas por España o por otros Estados, así como a cualquier otro acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de dichos tratados (art. 32). De hecho, estas comunicaciones vienen apareciendo con una cierta regularidad.

350. La recepción de las resoluciones de las Organizaciones internacionales

Los ordenamientos estatales tampoco suelen pronunciarse expresamente sobre el régimen de recepción aplicable a las resoluciones de las OI con efectos normativos en el orden internacional, pero allí donde lo hacen extienden el régimen previsto para los tratados (Constitución de Holanda, art. 93; de Portugal, art. 8.2). Esta solución, demasiado simplificadora, es la que también suelen seguir los países que carecen de regulación en la materia.

En nuestra opinión debe distinguirse según se trate de resoluciones de OI de integración cuya eficacia interna viene predeterminada por los tratados constitutivos de la Organización y de resoluciones que obligan a los sujetos internacionales.

les a los que se dirigen, sin pronunciarse sobre la forma en que habrá de asegurarse su observancia interna.

En el primer caso, que es el de los actos obligatorios adoptados por las instituciones de la CE (el Derecho comunitario *derivado*), la eficacia interna es directa e inmediata, no pudiendo condicionarse a acto alguno de recepción ni supeditarse a la publicación oficial en los diarios nacionales, que el TJCE ha considerado contraria a Derecho comunitario (*Variola*, 1973).

Los Estados miembros de la CE han adaptado sus ordenamientos a tal fin. Así, en Gran Bretaña, la *European Communities Act* (1972, art. 2.1); en Irlanda la misma Constitución (art. 29), modificada al efecto en 1972.

En España el Derecho comunitario *derivado* no es objeto de publicación en el BOE, cumpliendo la publicación en el DOUE la exigencia de su publicación oficial. La conformidad de esta situación con la Constitución de 1978 está fuera de duda, pues el art. 93 permite transferir a las instituciones comunitarias el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

Algunas Constituciones latinoamericanas hacen referencia a las resoluciones emanadas de Organizaciones de integración, reconociendo, de forma expresa (Venezuela) o implícita (Argentina) que se integran en el ordenamiento nacional.

La Constitución de Venezuela de 1999 proclama (art. 153) que "las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna". La Constitución de la República Argentina de 1994, tras disponer que corresponde al Congreso "aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales", afirma que "las normas citadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes" (art. 75.24).

En el segundo caso, que encuentra hoy una práctica de excepción en las resoluciones del C. de S. de las NU con base en el Cap. VII de la Carta, obligatorias para los sujetos destinatarios, la aplicación del régimen de recepción (automática o especial) de los tratados puede ser un buen punto de partida.

En España, donde la Constitución calla, la aplicación del régimen de recepción automática con exigencia de publicación oficial cuenta con el respaldo del Consejo de Estado.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado al dictaminar (9 de septiembre de 1993) sobre la aplicación de la res. 827 (1993) del C. de S. por la que se creó el TPIY. De acuerdo con su criterio la resolución fue publicada en el BOE (de 24 de noviembre de 1993), sin perjuicio de ser además objeto de medidas legislativas de desarrollo (LO 15/1994, de 1 de junio). Otro tanto se hizo con la res. 955 (1994) por la que se creó el TPIR.

La práctica, sin embargo, parece haber seguido otros derroteros. Hasta la publicación de la res. 827 (1993) ninguna resolución del C. de S. había sido publicada en el BOE. Después no han sido muchas las que la han seguido.

En realidad, tal como acontece con los tratados, la publicación oficial no es indispensable en el caso de resoluciones que no implican cargas para los particulares o, en términos más generales, que sólo afectan a las relaciones interestatales. Por otra parte, cuando las resoluciones inciden sobre derechos de los particulares (por ej., la resolución 661, de 1990, del C. de S., decretando un embargo económico contra Irak o la ya larga serie de resoluciones que disponen *sanciones* que recaen sobre sujetos de Derecho interno, v. Caps. XXVII y XXVIII) una incorporación y aplicación mediante su publicación oficial puede ser insuficiente pues, a diferencia de lo que acontece con los tratados que afectan a las leyes, las resoluciones no son sometidas a un control parlamentario equivalente. En este sentido es preferible someter la incorporación y aplicación de las resoluciones a la adopción de los adecuados actos normativos internos.

En América Latina, el Protocolo de Ouro Preto (1994), anejo al Tratado de Mercosur, prevé la adopción por los Estados partes de las medidas necesarias para "incorporar" las *normas* emanadas de los órganos de Mercosur a los ordenamientos nacionales (arts. 38 y 40), debiendo entenderse que el término "incorporar" se emplea en dicho tratado en el sentido de que han de ser objeto de desarrollo normativo en el orden interno de dichos Estados (v. *infra*).

LXXX. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

351. *La aplicación directa por órganos judiciales y administrativos: disposiciones auto-ejecutivas (self-executing)*

En los países que adoptan un régimen de transformación o de recepción especial no cabe hablar, por definición, de una aplicación *directa* de normas y obligaciones internacionales. Estas se limitan a gobernar la interpretación de los actos normativos internos que las incorporan y que aplican los órganos estatales. En cambio, en los países que adoptan un régimen de recepción automática tales normas y obligaciones son directamente aplicables... a condición de que sean auto-ejecutivas (*self-executing*), esto es, que no requieran al efecto medidas normativas de desarrollo. En tanto reconozcan derechos a los particulares gozarán, según la terminología extrapolable del TJCE, de *eficacia directa*, es decir, serán invocables por aquéllos, sin perjuicio de la obligación de los órganos estatales de aplicarlas de oficio (así, por ej., el TJCE ha reconocido con carácter general la plena *eficacia directa* de los reglamentos comunitarios, *Politi*, 1971).

En manos de los órganos de aplicación, el carácter *auto-ejecutivo (self-executing)* de una norma u obligación depende, en primer término, de la precisión e incondicionalidad de su formulación; con otras palabras, el órgano de aplicación debe contar con una disposición susceptible de ser aplicada por sí misma, sin necesidad de asistencias legales o reglamentarias (aún inexistentes).

Una de las sentencias que en España lo ha expuesto con mayor nitidez es la de 10 de marzo de 1998 (Sala 3ª del TS) que, tras referirse a la entrada en vigor internacional y al doble papel de la publicación oficial (al introducir en el Derecho interno las normas contenidas en los tratados y facilitar su aplicación directa por los órganos estatales), llama la atención sobre una tercera condición para que la aplicación directa se produzca: "el carácter *self-executing* de sus disposiciones, es decir, que su redacción sea lo suficientemente precisa para consentir esa aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal y reglamentario que represente la voluntad de los Estados contratantes".

En la práctica los tratados combinan disposiciones *auto-ejecutivas* con otras que no lo son (v., por ej., Acuerdo ADPIC, 1994: comp. art. 32, claramente *non self-executing*, y art. 33, claramente *self-executing*). Las partes, además, al efecto de facilitar la certidumbre y la seguridad jurídica, suelen adoptar leyes o reglamentos a mayor abundamiento; lo que, por otra parte, puede ser contraproducente, en la medida en que estas disposiciones no se acomoden satisfactoriamente a la norma u obligación internacional que pretenden reflejar y que, en todo caso, ha de iluminar su aplicación y prevalecer sobre ellas de darse un conflicto.

La cualidad objetiva de una norma u obligación no basta, sin embargo, para afirmar su carácter *auto-ejecutivo* (*self-executing*), a expensas en último término de la voluntad de los sujetos internacionalmente obligados.

La remisión en una ley interna a una norma u obligación internacional — práctica relativamente frecuente en España — puede resultar determinante de su aplicabilidad directa.

Así, el art. 21.2 de la LOPJ, conforme al cual los tribunales españoles no ejercerán jurisdicción en "los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del derecho internacional público". También cabe citar, a título ilustrativo, la Ley 60/2003 de Arbitraje, cuyo art. 46.2 dispone que "el exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958". Refiriéndose a la LO de Extranjería, cuyo art. 3 señala que "lo dispuesto en esta Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido [...] en los tratados internacionales en los que sea parte España", el TS ha afirmado que ello "implica, además de cuanto resulta del art. 96 de la Constitución, salvar específicamente la eficacia de estos tratados" (s. de 21 de marzo de 1997).

En sentido contrario puede ocurrir que una disposición precisa e incondicional no goce de la aplicación directa, sea porque las partes en un tratado o los miembros de una OI así lo han acordado (lo que no es frecuente), sea porque cada uno de ellos así lo ha decidido (lo que es posible en la medida en que no se hayan obligado, justamente, a una aplicación directa, y lo permita su Derecho interno).

Así, por ej., de acuerdo con el TCE, el reglamento comunitario es "obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro" (art. 249); no se excluye, sin embargo, que un reglamento pueda habilitar (o incluso obligar) a los Estados miembros para adoptar medidas de desarrollo (TJCE, *Bussone*, 1978).

Por otro lado el Gobierno, al concluir un tratado, o las Cámaras legislativas al autorizar su conclusión, podrían pronunciarse en sentido contrario a su aplicación directa si el tratado no lo impide (y su Constitución lo permite).

Así, el art. 50.2 de la Constitución austriaca dispone que, al autorizar la conclusión de un tratado, el Congreso Nacional puede acordar que dicho tratado se cumpla a través de leyes que habrán de dictarse con este fin. Los arts. 65.1 y 66.2, por su parte, disponen respecto de los tratados que no requieren autorización parlamentaria que el Presidente federal o el Gobierno pueden disponer, en el momento de su estipulación, que se cumplan mediante decretos u ordenanzas al efecto.

Es, por lo menos, dudoso que en países donde rige un régimen de recepción automática y se carece de una previsión similar a la de la Constitución austriaca, pronunciamientos del Gobierno o de las Cámaras contrarios a la aplicación directa vinculen a los órganos de aplicación judiciales a menos que se formalicen en ley. En Estados Unidos, a pesar de que el art. VI de la Constitución afirma que los tratados son parte del Derecho interno, en caso de conflicto entre un tratado y una ley posterior del Congreso prevalece esta última, de acuerdo con la jurisprudencia. Consecuentemente, una ley que disponga que un tratado no es directamente aplicable o no goza de eficacia directa en el ordenamiento interno (caso, por ej., de la *Uruguay Round Agreements Act*, art. 102, respecto del Acuerdo de la OMC y sus acuerdos anejos, o de la declaración III.1 del Senado al autorizar la ratificación del Convenio contra la Tortura, de 1984) será vinculante para los tribunales de los Estados Unidos.

Negar la aplicación directa de una norma u obligación puede circunscribirse a las relaciones que implican a los particulares con la Administración (eficacia directa *vertical*) o entre sí (eficacia directa *horizontal*).

Así, por ejemplo, el TJCE ha reconocido eficacia directa *horizontal* al art. 81.1 del TCE, que prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas que puedan afectar a los intercambios entre Estados miembros de la CE y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (*BRT*, 1974).

Más difícil de imaginar resulta una norma u obligación que imponga por sí misma cargas para los particulares frente a los Estados partes (eficacia directa *inversa*); por ej., un tratado que exija a los particulares el pago de un impuesto o que disponga la aplicación de una determinada sanción (administrativa o penal) a los particulares que realicen determinados comportamientos. Los tratados que configuran cargas para los particulares suelen tener carácter *non-self-executing*, requiriendo de las partes la adopción de normas de desarrollo para su aplicación.

La voluntad contraria a la aplicación (o eficacia) directa de una norma u obligación objetivamente *auto-ejecutiva* (*self-executing*) responde a un designio o propósito *político*. En el ámbito de la OMC, donde la aplicación y eficacia directa de las obligaciones asumidas queda a expensas de la voluntad de las partes (OSD, *Estados Unidos*, arts. 301 a 310 de la *Ley de Comercio Exterior de 1974*, 1999), tanto Estados Unidos, como Japón y la CE han coincidido en su oposición a la aplicación y eficacia directa de las obligaciones consentidas en los acuerdos multilaterales que la vertebran. Unos y otros consideran que, de lo contrario, concederían una ventaja comercial a sus competidores. De esta manera, sujetos que sostienen la recepción automática de normas y obligaciones internacionales *desactivan* sus consecuencias, asumiendo un opaco dualismo.

En el caso de la CE la negación de la aplicación y eficacia directa de las obligaciones OMC afecta sólo a los ámbitos de competencia comunitaria, no a los de los Estados miembros que pueden tomar sus propias decisiones (TJCE, *Dior/Assco*, 2000). Así, Alemania (con una tradición que le lleva a proclamar constitucionalmente que el DI general puede ser fuente de derechos y obligaciones para sus habitantes, art. 25 de la LF) o España admiten la aplicación y eficacia directa de las obligaciones del Acuerdo ADPIC objetivamente *auto-ejecutivas*.

Un buen ejemplo del carácter *político* de la decisión sobre la aplicación y eficacia directa de una obligación lo ofrecen las *directivas comunitarias*, que obligan al Estado miembro destinatario a alcanzar un determinado resultado, dejando a su elección la forma y los medios (art. 249 TCE). Sin embargo, hay directivas reconociendo derechos a los particulares en términos tan precisos e incondicionales que el TJCE no ha dudado en afirmar su eficacia directa vertical, una vez expirado sin éxito el plazo de su transposición, a fin de sancionar al Estado incumplidor evitando que pueda sacar provecho de su omisión.

Otro ejemplo que avala esta afirmación, extraído de la práctica judicial española, lo ofrece el Convenio de Cooperación Cultural entre España y Argentina, de 23 de marzo de 1971, según el cual "las partes convienen en reconocerse mutuamente los títulos académicos de todo orden y grado tal como los otorga o reconoce el otro oficialmente" (art. 2). Hasta 1996 numerosos pronunciamientos del TS español reconocieron la aplicación directa del precepto, determinando la extensión automática al territorio español de los títulos académicos otorgados por Argentina (por ej., s. 21 de mayo de 1987). Sin embargo, a partir de 1996 el TS dio un giro jurisprudencial —difícilmente explicable— endosando el criterio de la Administración para la que la aplicación del Convenio no debe conducir a la homologación automática de los títulos de educación superior, siendo preciso comprobar previamente que los títulos se han obtenido tras seguir un proceso de formación equivalente al que se exige en España para lograr títulos equivalentes (por ej., s. de 2 de diciembre de 1996).

Al tener que pronunciarse sobre la aplicación y eficacia directa de una obligación internacional redactada en términos precisos e incondicionales, pero sobre la que no consta una voluntad expresa de los sujetos concernidos, los órganos judiciales justifican en ocasiones su rechazo buscando ayuda en el contexto y en el objeto y fin de la obligación en cuestión.

Así, en relación con los acuerdos internacionales celebrados por la CE, el TJCE ha señalado que, para que sus disposiciones gocen de eficacia directa en los ordenamientos internos de los Estados miembros es necesario que "habida cuenta de sus términos así como del objeto y de la naturaleza del acuerdo" impongan a la CE una obligación "que no esté subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto ulterior" (*Demirel*, 1987). En otras palabras, el TJCE entiende que no basta con que, atendiendo a sus términos, la disposición convencional considerada reconozca un derecho (o imponga una obligación) a los particulares de forma precisa e incondicional, sino que debe comprobarse que el acuerdo en su conjunto sea apto para engendrar derechos (o imponer obligaciones) a los particulares.

Esta jurisprudencia ha llevado al TJCE a negar la posible eficacia directa de los acuerdos anejos al Acuerdo OMC —a pesar del tenor de algunas de sus disposiciones—, considerando que otorgan un importante margen de flexibilidad a las partes en su aplicación. A este respecto el TJCE ha tenido particularmente en cuenta el papel reservado a las negociaciones en el marco del sistema de solución de controversias, incluida la posibilidad de acordar con carácter temporal compensaciones como alternativa al cumplimiento de las obligaciones exigibles a la parte incumplidora (*Dior/Assco*, 2001).

Junto a la jurisprudencia relativa a los acuerdos de la OMC —criticada por un sector relevante de la doctrina— encontramos numerosos pronunciamientos del TJCE en los que se reconoce eficacia directa a distintos acuerdos internacionales, tales como el Acuerdo de Cooperación CE-Marruecos de 1976 (*Kziber*, 1991); también son frecuentes los casos en que el TJCE ha reconocido eficacia directa a decisiones obligatorias de órganos creados por acuerdos celebrados por la CE con terceros (*Sevince*, 1990).

352. La aplicación de las normas y obligaciones non-self-executing: su desarrollo legal y/o reglamentario

Cuando una norma u obligación internacional no es *auto-ejecutiva* (*self-executing*) su aplicación queda a expensas de lo que Triepel llamó el *Derecho*

interno internacionalmente indispensable, esto es, de la promulgación de leyes y actos reglamentarios al efecto requeridos. En este caso los órganos internos procederán a la aplicación de los correspondientes actos normativos internos y, en la práctica, su comportamiento será parecido al de los órganos estatales en países de recepción especial, si bien ahora la norma u obligación internacional será algo más que un parámetro de interpretación de los actos de desarrollo legal y/o reglamentario, que vienen a *completarla* y hacerla operativa.

Las normas y obligaciones internacionales *non-self-executing* son muy frecuentes en la práctica. Algunas imponen obligaciones de resultado que en un Estado de Derecho sólo pueden satisfacerse mediante un quehacer legislativo: así, por ej., el Pacto de NU de derechos económicos, sociales y culturales (1966) se limita a configurar derechos en favor de los particulares, sin concretar los requisitos exigibles o el procedimiento a seguir para su disfrute ni precisar, en ocasiones, su alcance. En el ámbito penal son numerosos los tratados que definen tipos delictivos, como es el caso, por ej., del Convenio de La Haya de 1970 para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, pero no establecen las penas ni regulan los procedimientos.

La obligación de cumplir de buena fe una norma u obligación *non-self-executing* comporta poner en marcha los procesos de producción normativa interna que aseguren su cumplimiento. El silencio de la CV de 1969 al respecto se explica por la convicción de que se trata de un *principio evidente por sí mismo* (CPJI, *Intercambio de poblaciones turcas y griegas*, 1925), implícito en el *pacta sunt servanda*.

Con ello se satisfacía, además, el celo de algunos países, particularmente latinoamericanos, que estimaban que la elección de los medios para cumplir las obligaciones internacionales del Estado es cuestión que concierne exclusivamente al Derecho interno.

Consecuentemente, a la hora de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado (con disposiciones) *non-self-executing* el Estado debe evaluar si las previsiones relativas a su efecto inicial le permitirán o no adoptar en tiempo útil la necesaria legislación de desarrollo (v. Cap. XVI). Eventualmente tendrá que considerar la posibilidad de aplazar la manifestación del consentimiento o de formular una reserva que tenga por objeto diferir la aplicación de determinadas disposiciones.

Ha de señalarse que en la práctica hay tratados y actos de Oi que no sólo prevén la adopción por las partes de las medidas necesarias para su ejecución, sino que fijan un plazo para ello (por ej., las directivas comunitarias) y hasta precisan su carácter previo a la adquisición del estatuto de contratantes (por ej., art. 30 del Convenio de 1961 sobre protección de obtenciones vegetales).

También las *normas* de Mercosur están llamadas —como vimos— por el Protocolo de Ouro Preto (1994) a ser objeto de medidas de “incorporación” (esto es, de desarrollo) en el orden interno de los Estados miembros. En el afán por asegurar la aplicación uniforme de dichas *normas* se difiere su entrada en vigor a la adopción previa por los Estados de las correspondientes medidas de “incorporación”.

353. *Autonomía del Estado en el desarrollo legal y reglamentario de las normas y obligaciones non self-executing*

El DI no determina cuál ha de ser el órgano interno que debe adoptar las medidas de desarrollo de una norma u obligación *non-self-executing*. Corresponderá, pues, al Legislativo o al Ejecutivo según que, de acuerdo con el Derecho interno del Estado, sea necesaria una ley o baste con una norma de carácter reglamentario. En el caso de tratados cuya conclusión se sometió a autorización parlamentaria —recuérdese que algunas Constituciones la prescriben expresamente para los tratados que exijan medidas legislativas para su ejecución (por ej., las de España, Honduras y Perú)— cabe contar con que, por coherencia, las Cámaras aprobarán la legislación requerida, aunque el pronóstico puede fallar si desde la fecha en que se autorizó la conclusión del tratado ha cambiado la mayoría parlamentaria. Para evitar este riesgo algunos ordenamientos adoptan cautelas. Así, en Alemania se obliga al Gobierno a presentar el proyecto de normas internas que han de permitir la ejecución del tratado al mismo tiempo que se solicita la autorización para su conclusión

En el caso de España serán las Cortes las que adopten las medidas legislativas para ejecutar los tratados que, precisamente porque las exijan, se sometieron a su autorización (art. 94.1.e), así como cualquier otra norma u obligación internacional que reclame un desarrollo normativo en un ámbito afectado por una reserva de ley. Así se desprende del último inciso del art. 93 de la Constitución de 1978, conforme al cual “corresponde a las Cortes generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento” de los tratados por los que se atribuye a una OI el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y de las resoluciones emanadas de ellas. Aun cuando la disposición sólo se refiere a una categoría de tratados y resoluciones de OI el criterio sentado es aplicable a todos los supuestos de ejecución: las medidas reglamentarias las adoptará el Gobierno; las legislativas, las Cortes.

Para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por falta de colaboración del Legislativo en la aprobación de las medidas necesarias y, también, por razones de rapidez y eficacia, se ha llegado a sostener en España, en relación con los tratados: 1) que la actividad de las Cámaras es reglada; 2) que su naturaleza es, en todo caso, reglamentaria —y, por lo tanto, propia del Gobierno—; ó 3) que la autorización parlamentaria de la conclusión del tratado implica delegación o habilitación legislativa del Gobierno para que proceda a su ejecución. Sin embargo, ninguna de estas bienintencionadas proposiciones tiene asidero, en nuestra opinión, en el marco del Derecho vigente. El criterio sentado en el último inciso del art. 93 de la Constitución nació precisamente para salvaguardar la competencia de las Cortes.

No obstante, aunque la delegación o habilitación legislativa del Gobierno no se presume, no hay razón para prohibirla. Las Cortes podrán otorgarla dentro de los límites, ciertamente rigurosos, en los que ha sido concebida con carácter general por el art. 83.2 de la Constitución: intransferible, expresa, concreta y por tiempo limitado. Un buen ejemplo es la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de delegación al Gobierno para la adaptación del Derecho español a las obligaciones derivadas de la adhesión a las Comunidades Europeas. Concedida por seis meses, la habilitación interesaba a una lista de textos de Derecho comunitario enumerados en anexos.

Tampoco ha de descartarse la posibilidad de que el Gobierno recurra al Decreto-Ley en caso de “extraordinaria y urgente necesidad”, como prescribe el art. 86.1 de la Constitución; por ej., si la falta de adopción de normas de desarrollo de una obligación *non-self-executing* pudiera comprometer la responsabilidad del Estado (pensemos en la apertura de un procedimiento por incumplimiento del Derecho comunitario por no transposición de una directiva en plazo).

Las leyes adoptadas en ejecución de normas y obligaciones internacionales están —como toda ley— excluidas en España del control de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.1 LJCA de 1998). Por otra parte, una eventual incompatibilidad de dichas leyes con el DI del que traen causa no afecta su validez, al no

ser el DI canon de constitucionalidad de las leyes en España; en el caso de las disposiciones de carácter reglamentario, en cambio, su incompatibilidad con una norma u obligación internacional podrá determinar su nulidad, verificable en el orden contencioso-administrativo (v. *infra*).

Debe tenerse presente, por otra parte, el papel que en España corresponde al Consejo de Estado. La LOCE dispone la consulta preceptiva de los anteproyectos de leyes y disposiciones reglamentarias que hayan de dictarse en ejecución de tratados (art. 21.2 y 22.2). Cabe entender que estas disposiciones se extienden a los supuestos de ejecución de actos de OI y en este sentido se han orientado la práctica y la jurisprudencia en relación con los actos emanados de las instituciones comunitarias (v., por ej., TS, s. de 14 de septiembre de 1994).

354. *La incidencia de la estructura compleja del Estado en el desarrollo legal y reglamentario de normas y obligaciones non-self-executing*

En el caso de los Estados de estructura compleja la adopción de las medidas internas de ejecución de las normas u obligaciones internacionales ¿corresponde en todo caso a las autoridades centrales? La doctrina de que los Estados no pueden ampararse en su organización territorial para excusar la observancia de sus obligaciones internacionales —doctrina que resulta inequívoca (s. arbitral en el asunto *Montijo*, 1875) y está amparada, respecto de los tratados, por el art. 27 de la CV (1969)— inclina a atribuir la competencia de ejecución a los órganos centrales como complemento necesario de su *treaty-making power*. Sin embargo, ninguna norma de DI impone tal solución. Así pues, la respuesta se encuentra, una vez más, en el ordenamiento interno de cada Estado.

En España la Constitución de 1978 no ha querido ver la complicación natural que la estructura compleja del Estado supone para la ejecución de los tratados que involucren materias de competencia autonómica y una posición centralista podía encastillarse en la literalidad de preceptos como el art. 149.1.3—donde se dice que las relaciones internacionales son competencia exclusiva del Estado— y en el art. 93—donde se imputa a las Cortes y al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de los tratados a los que tal precepto se refiere— para descartar totalmente a los órganos autonómicos. Una posición autonomista podía, sin embargo, contraer el alcance del art. 149.1.3 al ámbito estricto de la actividad exterior del Estado y traer a la memoria el origen del último inciso del art. 93, en absoluto motivado por la inquietud que pudiera despertar la organización territorial sobre bases autonómicas.

El art. 93, además, atribuye a Gobierno y Cortes la *garantía del cumplimiento*—no necesariamente el *cumplimiento*— de las obligaciones internacionales, permitiendo distinguir entre la ejecución propiamente dicha, que en el marco de sus disposiciones podía entregarse a los órganos autonómicos, y la fiscalización de la ejecución, que correspondería a los órganos centrales.

La posición autonomista es la que finalmente ha prevalecido tanto en los Estatutos de Autonomía como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Los primeros Estatutos de Autonomía—catalán (art. 27.3) y vasco (art. 20.3)— previeron expresamente la obligación de los órganos autonómicos de tomar las medidas necesarias para la ejecución de cualesquiera

tratados que recayesen sobre materias atribuidas total o parcialmente a su competencia. El tercero —el gallego— al nacer amputado de esta extremidad presagió un cambio de rumbo que luego no se verificó, pues los Estatutos posteriores se reintegraron a la senda marcada por los textos vasco y catalán, con excepción de los de Cantabria, La Rioja y la Comunidad Valenciana; algunos Estatutos (Murcia, Aragón) extendieron incluso la previsión de ejecución autonómica a los actos normativos de las OI que afecten a materias de su competencia, lo que interesa particularmente desde la perspectiva del Derecho comunitario derivado.

El proceso de reformas estatutarias iniciado en el año 2005 presagia algunos avances en esta materia. Así, la LO 1/2006 de reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana incorpora un nuevo Título VII sobre acción exterior en el que de forma expresa se afirma que corresponde a la Comunidad ejecutar los tratados y convenios internacionales, así como las resoluciones y decisiones de las OI de las que España sea parte, en todo aquello que afecte a las materias de su competencia (art. 62.1.e). Por su parte, la LO 6/2006 de reforma del Estatuto de Cataluña, además de retocar la redacción del antiguo art. 27.3 (ahora art. 196.4), incluye un nuevo precepto relativo a la UE en el que se afirma que “la *Generalitat* aplica y ejecuta el derecho de la UE en el ámbito de sus competencias”, añadiendo que “la existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente Estatuto”.

La jurisprudencia del TC ha sido inequívoca al afirmar que la ejecución en España de los tratados y actos de OI corresponde a las Comunidades Autónomas cuando sean competentes por razón de la materia —con independencia de lo que dispongan los correspondientes Estatutos de autonomía— y al descartar que los arts. 93 o 149.1.3.o impliquen desplazamiento alguno de la competencia de ejecución en favor de los órganos centrales del Estado.

Esta jurisprudencia trae causa de los numerosos *conflictos de competencia* suscitados en supuestos, no tanto de ejecución de tratados internacionales (s. 58/1982, de 27 de julio), como de ejecución, a partir de 1986, de actos de Derecho comunitario *derivado* (entre otras, ss. 252/1988, de 20 de diciembre; 115/1991, de 23 de mayo; 79/1992, de 28 de mayo; 80/1993, de 8 de marzo; 141/1993, de 22 de abril; 213/1994, de 14 de julio...); no obstante, el TC ha admitido la relevancia del Derecho comunitario como canon hermenéutico en la definición de los títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas (s. 13/98).

No debe olvidarse, sin embargo, que la competencia reconocida al Estado para la adopción de la *legislación básica* determina su intervención —hasta cubrir el contenido propio de dicha legislación— en la ejecución de casi todos los tratados y actos de OI. Es por ello que, con la vista puesta especialmente en la transposición de las directivas comunitarias, la LO 6/2006 ha añadido un nuevo art. 189 al Estatuto de Autonomía de Cataluña cuyo apartado 3 dispone que “en el caso de que la UE establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la *Generalitat* puede adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas”.

También favorece la intervención de los órganos centrales la gran fuerza expansiva de ciertos títulos competenciales, tales como el comercio exterior (art. 149.1.10) o la sanidad exterior (art. 149.1.16). El alcance de estos títulos, sin embargo, ha sido en algún caso debidamente limitado por el TC. Así lo ha hecho en relación con el título “comercio exterior”, considerando que de otro modo podría quedar excluida la intervención de las Comunidades Autónomas en la ejecución de los actos de *Derecho comunitario* al tener casi todos ellos incidencia en el comercio intracomunitario (ss. 76/1991 y 236/1991, antes citadas).

Tengamos en cuenta, por otra parte, que las Cortes pueden atribuir a las Comunidades Autónomas, en materias de competencia estatal, la facultad de dictar normas legislativas ajustadas a los principios, bases y directrices fijados por una ley que establecería las modalidades de control de las Cámaras (art. 150.1), así como transferirles o delegarles atribuciones en áreas que por su propia naturaleza fuesen susceptibles de transferencia o delegación (art. 150.2) (v. en este sentido la sentencia del TC 149/1991).

355. *El Estado frente a la pasividad de sus entes territoriales en el desarrollo legal y reglamentario de normas y obligaciones non-self-executing*

Allí donde los órganos centrales no poseen la competencia necesaria para ejecutar las obligaciones internacionales contraídas, se puede correr el riesgo de incurrir en responsabilidad por la pasividad de los entes territoriales. Dicha pasividad puede hacerse realidad por diversos motivos: la hostilidad hacia tratados o actos de Organizaciones en cuya celebración o aprobación no han participado; el control de sus instituciones por partidos y coaliciones que son oposición en un plano estatal; la despreocupación que procura no tener que responder directamente del incumplimiento...

A efectos de responsabilidad internacional se considera *hecho del Estado* el comportamiento de cualquiera de sus órganos, incluidos los entes territoriales (v. Cap. XIX). Consecuentemente, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los entes territoriales cumplen debidamente con las normas y obligaciones internacionales que le son oponibles, no pudiendo pretender que no le son atribuibles comportamientos de dichos entes contrarios a DI cuando el ordenamiento interno no ponga a su disposición mecanismos eficaces para combatirlos (CIJ, *Lagrand*, 1999).

Para no caer en esta situación cabe pensar en: 1) excluir la asunción de compromisos en los ámbitos en que los órganos centrales del Estado carecen de competencia para garantizar su observancia; 2) insertar en los tratados la llamada *cláusula federal*, que exonera al Estado de responsabilidad cuando, a causa del reparto constitucional de competencias, no está en condiciones de asegurar su cumplimiento; ó 3) prever en el ordenamiento interno mecanismos que permitan arrostrar la falta de colaboración de los entes territoriales.

La primera solución presenta un carácter netamente negativo. La segunda es de difícil recibo para los demás negociadores, siendo su decadencia patente en la práctica. Se impone pues la tercera, que puede concretarse en la afirmación taxativa del deber de los entes que componen el Estado de respetar sus obligaciones internacionales —considerando su competencia reglada— o en el reconocimiento en favor de los órganos centrales de una potestad *supervisora* y, llegado el caso, *sustitutiva*. Estos remedios, claro está, son mejor recibidos por los entes territoriales cuando se les ha conferido previamente una cierta participación en la gestación de las normas y obligaciones que afectan a materias que son objeto de su competencia (v. Caps. IX y X).

En España, ¿qué puede hacer el Estado si las Comunidades Autónomas no ejecutan —o ejecutan inadecuadamente— las disposiciones *non-self-executing* de un tratado o de un acto de una OI en el ámbito de sus competencias?

Las Asambleas parlamentarias encargadas de la redacción de los proyectos de Estatutos de autonomía estuvieron prestas en reclamar la competencia de ejecución de los tratados, pero no se interesaron por el derecho —y el deber— de los órganos centrales de cubrir sus omisiones y vencer sus resistencias.

Frente a la rebeldía, retraso o negligencia autonómicos —propiciados por el déficit de participación de las Comunidades Autónomas en la asunción de obligaciones que, luego, han de ejecutar— cabe pensar en el recurso al mecanismo de *cumplimiento forzoso* previsto en el art. 155 de la Constitución. De acuerdo con este precepto cuando una Comunidad Autónoma no cumpla las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan o actúe de forma gravemente atentatoria del interés general de España, el Gobierno podrá requerir al presidente de la Comunidad y, en su caso, adoptar, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, las medidas necesarias para obligarla al cumplimiento de sus obligaciones o proteger el interés general. El sentido común invita, sin embargo, a reservar el mecanismo en cuestión para hipótesis extremas.

Ahora bien, ¿existen mecanismos más convenientes? El TC llegó a apuntar que la ausencia o insuficiencia normativa de las Comunidades Autónomas podría ser suplida recurriendo, en virtud del art. 149.3 de la Constitución, a la legislación estatal en tanto que *Derecho supletorio* aplicable hasta que se promulgase la correspondiente legislación autonómica (s. TC 79/1992). Sin embargo, el propio Tribunal reconsideró su posición, descartando finalmente que los órganos centrales pudieran emanar disposiciones supletorias, al menos con carácter preventivo, por estimar que el art. 149.3 de la Constitución no es en si mismo un título competencial (ss. 118/1996 y 61/1997). Ahora bien, si el incumplimiento de la Comunidad Autónoma ya se ha producido —y más aún si se ha constatado judicialmente (por ej., en el caso del Derecho comunitario por el TJCE)—, podría invocarse a favor del derecho de los órganos centrales a dictar disposiciones supletorias hasta que la Comunidad Autónoma cumpla la afirmación por el TC de que la responsabilidad internacional forma parte del núcleo de la competencia exclusiva que el art. 149.1.3 atribuye al Estado en materia de relaciones internacionales (s. 153/1989), así como el art. 93 *in fine*, que hace reposar en las Cortes Generales y en el Gobierno la *garantía del cumplimiento* de los tratados por los que se atribuya a una OI el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y de las resoluciones emanadas por las mismas. Esta tesis fue apuntada por el propio TC en su sentencia 79/1992.

Por otro lado, en el caso de una incorrecta ejecución por una Comunidad Autónoma de normas u obligaciones internacionales el Estado podrá atacar la norma autonómica si se plasma en un reglamento pues, como ya se ha indicado, cabe impugnar en el orden contencioso-administrativo un reglamento (estatal o autonómico) por ser contrario al DI; distinto es el caso de las leyes autonómicas, al no ser el DI canon de constitucionalidad de las leyes (v. *infra*).

Sentadas las bases del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, conviene recalcar que no es el conflicto sino el *principio de cooperación* el que está llamado a presidir sus relaciones en la ejecución del DI (v., entre otras, ss. TC 252/1988 y 80/1993). Para ser operativo este principio debe traducirse en la articulación de adecuados cauces institucionalizados.

En este sentido cabe mencionar el Acuerdo sobre participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios a través de las conferencias sectoriales (1994), que no sólo articula la cooperación

Estado-Comunidades Autónomas en la *fase ascendente* o de formación de la voluntad del Estado en el proceso decisorio comunitario, sino igualmente en la *fase descendente*, esto es, de ejecución. No obstante, amén de su limitación al ámbito del Derecho comunitario, la aplicación efectiva del Acuerdo de 1994 deja bastante que desear en la fase descendente.

Partiendo de esta realidad la LO 6/2006 de reforma del Estatuto de Cataluña añade una nueva disposición conforme a la cual “Si la ejecución del derecho de la UE requiere la adopción de medidas internas de alcance superior al territorio de Cataluña que las Comunidades Autónomas competentes no pueden adoptar mediante mecanismos de colaboración o coordinación, el Estado debe consultar a la *Generalitat* sobre estas circunstancias antes de que se adopten dichas medidas”, precisando que “la *Generalitat* debe participar en los órganos que adopten dichas medidas o, si esta participación no es posible, debe emitir un informe previo” (art. 189.2).

356. *La reciprocidad como condición para la aplicación de normas y obligaciones internacionales*

Algunas Constituciones estatales (como la francesa de 1958, art. 55, seguida por una porción de países francófonos) disponen que los tratados regularmente concluidos gozan desde su publicación de autoridad superior a la de las leyes a reserva, para cada tratado, de su aplicación por la otra parte.

Aunque el alcance de este precepto ha sido muy debatido, la jurisprudencia gala se inclina a creer que la inobservancia del tratado por la otra u otras partes es un condición más para su aplicación por los órganos estatales, se aprecie *motu proprio* o a instancia del interesado y recurriendo o prescindiendo del dictamen del Ministerio de Asuntos Exteriores.

No es éste el caso de muchos países, España entre ellos; afortunadamente, pues es particularmente embarazoso fijar el objeto, alcance y límites de la reciprocidad. Ha de tenerse presente que esta condición en sí misma es incompatible con normas y obligaciones internacionales *erga omnes* (v. Cap. I).

Tampoco es el caso lo de la CE. El hecho de que los órganos jurisdiccionales de una de las Partes estimen que determinadas estipulaciones de un Acuerdo celebrado por la Comunidad son directamente aplicables, mientras que los órganos jurisdiccionales de la otra Parte no admitan esa aplicabilidad directa, “no constituye en sí misma y por sí sola una falta de reciprocidad en la aplicación del Acuerdo”, ha afirmado el TJCE (*Portugal c. Consejo*, 1999; v. también, antes, *Kupferberg*, 1982, donde se señala que la falta de reciprocidad no es suficiente, por sí misma, para descartar la eficacia directa de un tratado).

No cabe, pues —a menos que se haya procedido por los órganos competentes del Estado a la suspensión de la aplicación de un tratado como contramedida o a la invocación de su violación grave como causa para suspenderlo o terminarlo (v. Caps. XIX y XX)— desdeñar la aplicación de una disposición convencional arguyendo que no la aplican —o la aplican con una interpretación diferente— los órganos domésticos del país de la nacionalidad de quien solicita la aplicación, o asumir una posición dualista sólo porque esa es la que adoptan los órganos extranjeros conforme a su propio sistema legal.

No obstante, la falta de reciprocidad puede tener trascendencia para los órganos internos de aplicación cuando éstos ejercen, conforme al tratado, competencias discrecionales (por ej., en materia de extradición).

LXXXI. LA INTERPRETACIÓN DEL DI POR LOS ÓRGANOS INTERNOS

357. *Las reglas aplicables*

Carecería de justificación que los órganos estatales procedieran de modo distinto a los órganos internacionales al interpretar las normas y obligaciones internacionales (v. Cap. XVI). En particular, no sería admisible que prescindieran de las reglas de la CV (1969) al interpretar los tratados; más aún en el caso de que el Estado sea parte de la mencionada Convención y ésta se haya incorporado a su Derecho interno, como es el caso de España y de una sustancial mayoría de repúblicas latinoamericanas (en octubre de 2006): Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

Sin embargo, la jurisprudencia y la práctica estatales no manifiestan, por lo general, una expresa preocupación internacionalista al elegir sus criterios exegéticos, tomados más bien como cánones de interpretación de las normas sin adjetivación. Esta afirmación es extensiva a la jurisprudencia española que, no obstante, se encuentra jalonada de honrosas —y cada vez más numerosas— excepciones.

Los órganos judiciales españoles han venido generalmente interpretando los tratados de acuerdo con los criterios de interpretación de las normas establecidos en el art. 3 del C.c., prescindiendo por completo de las reglas de la CV (v., por ej., ss. del TS de 21 de enero de 1992, 12 de abril de 1995, 29 de enero de 1999). Ciertamente que el resultado no es necesariamente distinto al acudir a la Convención pues, por un lado, los criterios que conforman la *regla general* de interpretación de los tratados —gramatical, contextual y teleológico— están asimismo presentes en el referido precepto del C.c. y, por otro, los criterios de interpretación específicos del ordenamiento internacional —trabajos preparatorios, circunstancias de celebración, práctica ulterior...— resultan de difícil aplicación por los tribunales nacionales (v. *infra*).

Entre las excepciones a esta práctica habitual cabe citar las ss. del TS de 26 de noviembre de 1991, 23 de enero de 1997 y 1 de diciembre de 1997 y, sobre todo, la s. 10/1995 del TC. Esta última sentencia aborda la interpretación del art. 31.1 de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas (1961) —relativo a la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos— aplicando adecuadamente los arts. 31 a 33 de la CV (1969) “como es obligado por su carácter de norma convencional”. Así, atiende al sentido corriente de los términos de la disposición convencional considerada en su contexto, teniendo en cuenta la práctica ulteriormente seguida (para lo cual recurre a un estudio comparado de la jurisprudencia interna de otros Estados), el objeto y fin y los trabajos preparatorios.

Sentado lo anterior, conviene tener en cuenta las dificultades con las que se topan los órganos internos al interpretar un tratado o una resolución de una OI:

1) Algunos de los medios de interpretación enunciados en la CV (1969) no son de fácil aplicación. Tal es el caso, en primer lugar, de los *trabajos preparatorios* y las *circunstancias de celebración* (v. Cap. XVI); con frecuencia los órganos internos sólo tienen en cuenta los domésticos, que llevaron a la formación de la voluntad del Estado en obligarse por el tratado (por ej., los debates previos a la autorización parlamentaria, los actos formales de autorización parlamentaria

para la manifestación del consentimiento...), así como las declaraciones interpretativas unilaterales formuladas por el Estado al tiempo de autenticar el texto o de manifestar su consentimiento en obligarse.

También es el caso, en segundo lugar, de la *práctica seguida en la aplicación del tratado* (v. Cap. XVI); cabe observar a este respecto la tendencia a endosar la interpretación del tratado que mejor se adecua a las leyes y reglamentos internos, adoptados o no en ejecución de aquél (en lugar de interpretar, como procede, las leyes y reglamentos internos a luz de las disposiciones convencionales; v. *infra*).

2) Los órganos internos pueden considerarse sujetos al contenido de los instrumentos que hayan sido publicados en el diario oficial del Estado junto con el texto del tratado (por ej., las propias declaraciones interpretativas unilaterales o los actos de autorización parlamentaria, a las que ya hemos hecho referencia), a pesar de que, de acuerdo con el art. 32 de la CV no pueden ser considerados más que *medios complementarios* de interpretación (v. Cap. XVI).

Así, por ej., cuando Estados Unidos ratificó (1994) el Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984) no sólo declaró, de acuerdo con las condiciones puestas por el Senado para otorgar su autorización, que los arts. 1-16 del Convenio no eran *self-executing*, sino que agregó una serie de *understandings*, uno de los cuales redefinía la *tortura*. Es esta definición la que tendrán en cuenta los órganos internos de los Estados Unidos, con independencia de la valoración que se haga de su reserva en el orden internacional. La observancia de la ley podría muy bien no asegurar la del Convenio.

3) Finalmente, es bueno recordar que los órganos internos interpretan el tratado a partir de la versión publicada en su propia lengua en el diario oficial, sea o no uno de los textos auténticos en el orden internacional; así, desde la perspectiva interna es reducida la expectativa de aplicación del art. 33 de la CV (v. Cap. XVI).

358. La intervención de órganos especializados en la labor interpretativa

En algunos países se adopta como principio el recurso preceptivo a los órganos centrales de la acción exterior del Estado (Ministerio de Asuntos Exteriores) — con efectos vinculantes o no— cuando está en juego la interpretación de un tratado, por lo menos en los casos en que se suscitan dudas o quedan afectados intereses públicos o políticos. La explicación puede encontrarse en un deseo de garantizar la uniformidad y de evitar las controversias y la eventual responsabilidad internacional del Estado por erróneas operaciones interpretativas, así como en un afán de no interferencia en la acción exterior del Estado por parte de otros órganos distintos de los encargados de las relaciones internacionales.

Sin embargo, tratándose de órganos judiciales no parece compatible con la independencia del Poder Judicial imponer la consulta preceptiva —y más aún vinculante— de un órgano político, ni siquiera de los órganos consultivos de la Administración.

Así, por ej., hasta 1990 el *Conseil d'État* francés no se consideraba competente para resolver las dudas interpretativas que pudieran plantear los tratados, sometiéndolas al Ministerio de Asuntos Exteriores; tras un cambio en su jurisprudencia (s. de 29 de junio de 1990), el *Conseil* sigue consultando al Ministerio, pero no se considera ya vinculado por sus opiniones.

Cuestión distinta es que los jueces puedan contar con el auxilio del Ministerio de Asuntos Exteriores o de otros Departamentos, como el de Justicia, solicitándoles materiales o informaciones que faciliten la interpretación de un tratado o de una resolución de una OI, así como para determinar la existencia de normas de DI consuetudinario. También merece consideración la posibilidad prevista en algunos países —Estados Unidos es emblemático— de que el Ejecutivo pueda intervenir *amicus curiae* en el procedimiento judicial para hacer valer una determinada interpretación

En España, como en numerosos países latinoamericanos, los órganos judiciales han afirmado tradicionalmente en términos amplios su competencia para interpretar por sí mismos los tratados.

No obstante, en España esa libertad de interpretación puede desfallecer —dejando aparte los supuestos en que procede el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJCE (v. *infra*)— en los casos en que su ejercicio roza el “orden público internacional”, presente “cuando se incide en cláusulas propiamente políticas, y más generalmente en aquellos casos en que puedan apreciarse derivaciones que afectan a la órbita de las relaciones entre Estados” (s. TS de 20 de enero de 1969).

Nada impide a los órganos judiciales en España, por lo demás, servirse de las diligencias para mejor proveer, aunque no suelen hacerlo, para requerir la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores o de otros Departamentos.

El margen de libertad de los órganos de la Administración activa, sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, es en cambio más reducido. Cuando su interpretación es impugnada por los administrados o, en términos más generales, siempre que surgen dudas o discrepancias, es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en pleno (art. 21.3 LOCE; art. 21.4 en relación con las resoluciones de OI, incluido los actos comunitarios de *Derecho derivado*).

Aun cuando el recurso al Consejo de Estado sea preceptivo —su omisión determina la nulidad del acto recurrido— su dictamen no es vinculante (art. 2.3 LOCE). No es en cambio preciso cuando lo que se discute no es la interpretación de una disposición convencional sino la apreciación de los hechos, de acuerdo con una jurisprudencia anterior a la LOCE (ss. TS de 20 de enero de 1969, 15 de enero de 1971, 9 de octubre de 1974) que cabe entender vigente.

Tampoco hemos de olvidar que el propio tratado, especialmente si es constitutivo de una OI, puede establecer mecanismos a disposición de los órganos internos en su labor interpretativa.

Recordemos que, de acuerdo con el art. 234 del TCE, cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro está facultado para plantear ante el TJCE una *cuestión prejudicial de interpretación* (v. Cap. XVI), debiendo en tal caso suspender el procedimiento principal hasta obtener la correspondiente sentencia prejudicial. Esta facultad se torna en obligación cuando la decisión del órgano jurisdiccional nacional no sea susceptible de

ulterior recurso, a menos que el TJCE haya tenido ocasión de interpretar la cuestión de que se trate en un asunto anterior o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se imponga con tal evidencia que no deje lugar "a duda razonable alguna sobre la manera de resolver la cuestión suscitada" (doctrina del *acto claro*; v. *Cilfit*, 1982). La *cuestión prejudicial de interpretación*—así como la de *validez* (v. Cap. XVI)—tiene por objeto asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto del territorio de los Estados miembros.

A semejanza del TJCE, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina también tiene atribuida competencia para conocer de consultas de interpretación que en relación con las normas y disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina le formulen los tribunales nacionales (arts. 32 a 36 del Tratado de creación de Tribunal, de 1996).

359. *La interpretación del Derecho interno a la luz del DI*

Más allá de la aplicación de las reglas de DI en materia de interpretación, se ha de tener presente que la interpretación de una ley o de un reglamento estatal adoptado en ejecución de un tratado o de una resolución de una OI ha de realizarse a la luz de sus disposiciones. La *interpretación del Derecho interno conforme al DI del que trae causa* se impone naturalmente.

Cabe incluso afirmar la obligación de los órganos internos de interpretar toda ley o reglamento conforme al conjunto de normas y obligaciones internacionales, al menos de las que deban ser consideradas como parte de su Derecho interno (lo que en casi todos los países incluye las normas de DI general). Esta obligación encontraría su fundamento en la primacía de tales normas y obligaciones internacionales sobre las leyes, en el caso de países cuyos ordenamientos reconocen tal primacía (v. *infra*) o, simplemente, en la obligación que incumbe a todo Estado de cumplir de buena fe con el DI.

Así, en *Comisión c. Alemania* (1996)—refiriéndose a una reglamento comunitario que no podía ser considerado como un acto de ejecución de un acuerdo internacional—el TJCE afirmó que "la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre las disposiciones de Derecho comunitario derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos". Previamente, en su célebre sentencia en el asunto *Poulsen* (1992) el TJCE había referido esta obligación de interpretación conforme, no ya a un acuerdo internacional, sino a las normas de DI general (consideradas por él como parte del Derecho comunitario).

El TS de los Estados Unidos, por su parte, ha interpretado en diversas ocasiones leyes del Congreso a la luz de tratados previamente celebrados (*Weinberger v. Rossi*, 1982) para evitar conflictos que, de acuerdo con su jurisprudencia, habrían de resolverse en favor de las primeras. Ya en 1804 el Juez Marshall había afirmado que una ley del Congreso no debe nunca ser interpretada en violación del DI si otra interpretación resulta posible (*Murray v. Schooner Charming Betsy*).

En materia de protección de los derechos humanos son hoy bastantes los ordenamientos internos que reconocen solemnemente la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los tratados que la desarrollan, universales y regionales, como faros alejandrinos en la interpretación de leyes y disposiciones reglamentarias.

Uno de ellos es el ordenamiento español, pues el artículo 10.2 de la Constitución dispone que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de

conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", reforzándose así su papel y la garantía de su cumplimiento (v. *infra*). El TC ha interpretado de forma amplia la referencia a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, extendiendo la consideración de canon hermenéutico a tratados que no tienen por objeto principal su protección —como los Convenios de la OIT (por ej., s. 41/2002)—, a la jurisprudencia de tribunales internacionales cuya jurisdicción resulta obligatoria para España en virtud de un tratado internacional —muy en particular la del TEDH en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y sus protocolos (v., por ej., las ss. TC 38/1986 y 64/1991)—, así como a los pronunciamientos de otros órganos de garantía establecidos convencionalmente —como el CtDH creado por el Pacto de NU Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (por ej., s. 116/2006)— e, incluso, a textos carentes de valor convencional —como la Carta de los derechos fundamentales de la UE, proclamada en Niza en 2000 (por ej., s. 41/2006)—.

Una disposición análoga a la del art. 10.2 de la Constitución española es la Disposición transitoria cuarta de la Constitución de Perú de 1999. Otras Constituciones de países latinoamericanos llegan incluso a reconocer *rango constitucional* a los tratados sobre derechos humanos (v. *infra*).

LXXXII. CONCURRENCIA Y CONFLICTO ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

360. Planteamiento

Un *órgano internacional* siempre aplicará las normas y obligaciones internacionales sea cual sea su grado de compatibilidad con las normas internas de un Estado y el rango de éstas. Generalmente, las normas estatales tienen para el DI el valor de meros *hechos*.

Así, un órgano internacional se interesará por el Derecho interno para determinar si a través de él un Estado incumple sus obligaciones internacionales (por ej., CIJ, *Aplicación de la Convención de 1902 para regular la tutela de los menores*, 1958) o para probar el contenido de una norma internacional cuyo contenido depende de actos internos (por ej. el *uti possidetis iuris*; v. CIJ, *Controversia fronteriza*, Benin/Níger, 2005).



En este sentido sería inexacto hablar en el plano internacional de *conurrencia* entre DI y Derecho interno.

Para un *órgano estatal* la situación es diferente. Dificilmente admitirá la preeminencia de normas y obligaciones internacionales sobre la Ley Fundamental del Estado (a menos que hayan sido constitucionalizadas). Asimismo, será su Ley Fundamental la que determinará su decisión en casos de concurrencia.

En la medida en que el *órgano estatal* se decante por aplicar disposiciones de Derecho interno en detrimento de normas y obligaciones internacionales del Estado habrá problemas. La preeminencia del DI constituye un principio fundamental codificado por la CV (1969). Un Estado, afirma inequívocamente el art. 27 de la Convención, no puede invocar los preceptos de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (la Convención de 1986 afirma lo propio respecto de las reglas de una OI).

El hecho de que esta disposición apareciera tardíamente en el proceso de codificación del Derecho de los Tratados —en la última Conferencia de Viena— y de que fuera objetada no mengua su solidez, apoyada en una jurisprudencia constante y arraigada, tanto arbitral (*Alabama*, 1872, *Montijo*, 1875, *Georges Pinson*, 1928) como de la Corte de La Haya (*Cuestión de las comunidades greco-búlgaras*, 1930; *Trato de los nacionales polacos en el territorio de Dantzig*, 1932; *Zonas francas de la Alta Saboya y del País de Gex*, 1932...; *Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del Acuerdo de 1947 relativo a la sede de NU*, 1988). La omisión de la disposición en el proyecto de la CDI se debió únicamente a la creencia de que concernía más al Derecho de la Responsabilidad Internacional que al Derecho de los Tratados.

En cuanto a las objeciones formuladas al precepto por ciertos países —sobre todo americanos (Venezuela durante su debate en la Conferencia, Costa Rica al firmar la Convención)— rechazando la prevalencia de las obligaciones convencionales sobre sus normas constitucionales, sus efectos se limitan al orden jurídico estatal y, llegado el caso, no servirían para evitar la responsabilidad internacional de los objetantes (v. *infra*).

Cosa distinta es la conclusión de un tratado en violación manifiesta de normas internas de importancia fundamental relativas a la competencia para celebrarlo, lo que, bajo condiciones muy estrictas, podría conducir a su nulidad (v. Cap. XII).

361. *Costumbre internacional y Derecho interno*

Si son pocos los ordenamientos estatales que *reciben* en bloque las normas generales (consuetudinarias) del DI (v. *supra*), aún son menos los que precisan su situación en la jerarquía de fuentes del Derecho interno. En la práctica los tribunales estatales suelen establecer una equiparación entre dichas normas y las reglas convencionales, entre otros argumentos por la falta de jerarquía entre las diferentes fuentes del DI.

La costumbre internacional no podrá prevalecer sobre los preceptos constitucionales, a menos que ella misma haya sido constitucionalizada (como en España podría predicarse de las que forman parte del *ius cogens* internacional —art. 96.1, último inciso, de la Constitución—).

Su relación con la ley puede ser compleja. Podemos proponer tres supuestos elementales:

1) Si una ley remite a las normas generales del DI, el órgano de aplicación habrá de identificar esas normas.

Tal es el caso del ya mencionado art. 21.2 de la LOPJ, que reconoce “los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del derecho internacional público” (v. Cap. XXV).

En algunos países, como en Alemania, las dudas pueden acabar sometidas a la decisión del TC (art. 100.2 de la LF).

2) Si una ley incorpora materialmente una norma consuetudinaria, se aplicará en principio la ley, pero surgirán problemas en el caso de que una parte interesada —o el mismo órgano de aplicación— considere que la ley traduce mal o insuficientemente la costumbre en vigor.

Así, por ej., el art. 23.4 de la LOPJ, que incorpora el principio de jurisdicción universal, suscita dudas interpretativas en cuanto al alcance de las competencias que reconoce a los tribunales españoles, dudas que éstos han procurado resolver acudiendo a las normas de DI general en la materia. En la determinación del contenido de estas normas el TC y del TS han mantenido, como ya vimos, posiciones divergentes (v. s. TC 237/2005). (V. Caps. III y XXX).

3) Si una ley contraría una costumbre anterior no ha de descartarse su propósito *provocador* de un cambio en la norma consuetudinaria; de ser así, la ley se inscribiría en una práctica dirigida a modificar el contenido de la costumbre internacional o a forzar la aparición de una nueva norma.

362. *Tratados y Constitución*

No faltan ejemplos de disposiciones convencionales desencadenantes de una Constitución (por ej., Chipre, 1960; Bosnia y Herzegovina, 1995) o determinantes de los preceptos por los que se adopta una forma de Estado o se proclama su neutralidad (por ej., el tratado sobre el establecimiento de una Austria independiente y democrática, de 1955).

Dicho esto, en el orden interno los tratados *se subordinan* a las normas constitucionales. Hay Constituciones que así lo proclaman de manera expresa (en América Latina, las de Argentina, art. 27, Ecuador, art. 162, El Salvador, art. 145, Nicaragua, art. 182, Paraguay, art. 137, Perú, art. 57). En otras resulta de la articulación de mecanismos de control —previos o *a posteriori*— de la constitucionalidad de los tratados (Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, España, México, Perú, Venezuela; v. *infra*).

En este sentido se explica, no justifica, la animadversión de algunos países latinoamericanos al art. 27 de la CV, traducida en la formulación por alguno (así, Costa Rica) de una reserva inidónea donde se hace planear la Ley fundamental sobre las obligaciones internacionales (v. *supra*).



Esta *subordinación* de los tratados es, sin embargo, un punto de partida compatible con: 1) la posibilidad que abren algunas Constituciones, en la estela de la de los Países Bajos (art. 91), a la conclusión de tratados que se separen de la Ley Fundamental, siempre que se sometan al procedimiento de aprobación de la reforma constitucional (Honduras, art. 17, Perú, art. 57); y 2) el reconocimiento de *jerarquía constitucional* a determinados tratados, en particular concernientes a derechos humanos (Argentina, art. 75.22, Colombia, art. 93, Guatemala, art. 46, Venezuela, art. 23).

La Constitución de la República Argentina (1994) reconoce “jerarquía constitucional” a determinados tratados sobre derechos humanos, previendo la extensión de dicha “jerarquía” a otros que sean aprobados por el Congreso por una mayoría reforzada. La Constitución de Venezuela (1999) llega más lejos al declarar que los tratados sobre derechos humanos “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución...”. En el mismo sentido cabe interpretar las Constituciones de Colombia y Guatemala.

Son éstas manifestaciones de lo que se ha llamado *interacción cooperativa* entre Constitución y DI (I. Gómez Fernández), a través de la cual se trata de sostener una interpretación *pro ius gentium* de las normas constitucionales y una interpretación *pro constitutionem* de las internacionales.

La Constitución española de 1978, por ej., invita a considerar el DI como parámetro de interpretación de sus disposiciones. No nos referimos sólo a su art. 10.2, que así lo exige en relación con la Declaración Universal y los tratados sobre derechos humanos ratificados (v. *supra*), sino a los otros *apuntes de internacionalismo* presentes a lo largo del texto constitucional, aun vagos y fragmentarios, como la referencia en el preámbulo a la voluntad de “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”, la posibilidad contemplada en el art. 93 de transferir a una OI el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la alusión en el art. 96.1 al DI general.

363. *El control de la conformidad de los tratados en vigor con la Constitución*

En la práctica el conflicto tratado-constitución será *teórico* a menos que se reconozca la aplicación directa de los preceptos constitucionales o se disponga un control jurisdiccional para su protección.

En el siglo XIX la práctica diplomática y parlamentaria de muchos países, incluida la española, consideró que el tratado irregularmente concluido era un hecho consumado, que obligaba al Estado y no podía ser fiscalizable judicialmente; todo lo más, podía dar lugar a la responsabilidad personal y política del Gobierno y de sus miembros. Asumía así una *concepción internacionalista* pura, según la cual el Derecho interno es irrelevante en el orden internacional, frente a la que se alzarían *concepciones constitucionalistas* igualmente extremas.

Esta estampa se mantiene allí donde los ordenamientos estatales continúan ignorando el control judicial de la constitucionalidad de los tratados o, incluso, la prohíben expresamente (Constitución holandesa, art. 120), pero no donde el control ha sido instaurado, como es el caso de España, tanto en relación con la constitucionalidad *intrínseca* (o material) como *extrínseca* (o formal) del tratado (v. Cap. X).

El Derecho comparado ofrece un amplio abanico de soluciones para determinar el órgano responsable del control. Hay controles concentrados en un órgano especial (el Tribunal Constitucional en Austria, España, Italia o Alemania; el Consejo Constitucional en Francia) y controles difusos, en manos del juez ordinario (Estados Unidos). En cuanto al momento en el que se verifica, el afán por proteger los preceptos constitucionales debería conducir a todos los Estados a establecer controles preventivos de la constitucionalidad de los tratados, experimentables durante la *fase intermedia* de su celebración (v. Cap. X). Pero estos controles no existen en todos los países y, cuando existen, no excluyen los controles reparadores, posteriores a la manifestación del consentimiento.

Así, por lo que se refiere a España, junto a la previsión de un control previo (art. 95 de la Constitución) el ordenamiento también pone al servicio del control de la constitucionalidad de los tratados los mecanismos de

control *a posteriori* de las leyes, a saber: 1) el *recurso de inconstitucionalidad*, de índole abstracta, que están legitimados para interponer el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados o 50 senadores, así como, según se desprende de una correcta interpretación de la LOTC, las Asambleas y órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas en la medida en que un tratado afecte a su ámbito de autonomía, dentro de los tres meses siguientes a su publicación oficial (arts. 29.1 y 31-34 LOTC); y 2) la *cuestión de constitucionalidad*, de índole concreta, que un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, está facultado a plantear, una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, cuando estime que la regla convencional "de cuya validez depende el fallo" puede ser contraria a la Constitución (arts. 29.1 y 35-37 LOTC). La cuestión de constitucionalidad no procede, pues, en relación con tratados *non-self-executing* (v. *supra*) ya que, por principio, no podrán superar el *juicio de relevancia* al no ser directamente aplicables al caso concreto.

Junto al *recurso de inconstitucionalidad* y la cuestión de constitucionalidad debe mencionarse el *recurso de amparo* para la protección de los derechos fundamentales que cualquier persona física o jurídica puede interponer ante el Tribunal Constitucional español (art. 53.2 Constitución), dada la posibilidad de que traiga causa de una presunta vulneración de los derechos fundamentales por un tratado. De acuerdo con la LOTC en el supuesto de estimarse el amparo la Sala correspondiente podría elevar al Pleno una *auto-cuestión de constitucionalidad*. En la práctica son relativamente numerosos los recursos de amparo interpuestos en relación con tratados internacionales, si bien ninguno de ellos ha prosperado. Así, por ej., la s. 187/1991 desestimó uno presentado por la Universidad Autónoma de Madrid por vulneración del derecho de autonomía universitaria frente a una sentencia que había aplicado el Acuerdo entre la Santa Sede y España sobre enseñanza y asuntos culturales. También podemos recordar la s. 140/1995 en la que el TC descartó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución, frente a una sentencia que había reconocido inmunidad de jurisdicción a un agente diplomático de conformidad con lo dispuesto en el art. 31.1 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas.

La cobertura del control de constitucionalidad de los tratados es en España muy amplia, tal vez demasiado, siendo en particular criticable la regulación del control *a posteriori*.

En primer lugar, es un despropósito que se admita la legitimación activa de minorías parlamentarias y de órganos autonómicos para recurrir *a posteriori* la constitucionalidad de un tratado y no se les permita hacerlo antes de su conclusión (v. Cap. X). En segundo lugar, la declaración previa de constitucionalidad de un tratado se considera compatible con su revisión *a posteriori* e, incluso, las sentencias desestimatorias de recursos de inconstitucionalidad no obstan al planteamiento por los jueces, de oficio o a instancia de parte, de cuestiones de inconstitucionalidad cada vez que alberguen una duda razonable. Por último, la legislación española ha carecido de la sensibilidad suficiente para prever una limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta el doble plano normativo en que se mueve el tratado (v. *infra*).

El control *a posteriori* de la constitucionalidad de los tratados está igualmente presente en la mayor parte de los países de América Latina, tanto si contemplan el control preventivo (por ej., Chile, Costa Rica o Ecuador) como si no (por ej., Argentina, Brasil, México o Perú).

En el caso de Chile, mientras que el control previo corresponde al TC (art. 82.2), el control *a posteriori* es ejercido por la Corte Suprema, de oficio o a instancia de parte, en las materias que conozca o que le fueren sometidas "en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal", pudiendo dar lugar a la declaración de inaplicabilidad del tratado para cada caso particular. En Costa Rica y Ecuador, en cambio, tanto el control preventivo como *a posteriori* se atribuyen a un mismo órgano (Sala constitucional de la Corte Suprema y TC, respectivamente), si bien en el caso de Ecuador se permite que cualquier juez o tribunal declare inaplicable un tratado contrario a la Constitución; ahora bien, esta declaración sólo tendrá fuerza obligatoria en las causas en que se pronuncie, debiendo presentar un "informe" sobre la declaración de inconstitucionalidad ante el TC para que resuelva con carácter general y obligatorio.

También los acuerdos internacionales celebrados por la CE están sometidos tanto al control de constitucionalidad previo como *a posteriori* del TJCE.

Si, por un lado, el art. 300.6 del TCE prevé la posibilidad de que el PE, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro puedan solicitar el dictamen del TJCE sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con el TCE, el TJCE ha admitido igualmente la posibilidad de ejercer el control de validez de los acuerdos celebrados por la CE mediante el *recurso de anulación* y la *cuestión prejudicial de validez*; así lo hizo por primera vez en su sentencia relativa al *Acuerdo entre la Comisión Europea y EE. UU. sobre Derecho de la competencia* (1994). (V. Caps. X y XVI).

Debe quedar claro que la inconstitucionalidad de un tratado no afecta en principio —con la salvedad que luego veremos— a su validez, sino tan sólo a su aplicabilidad en el orden interno. La validez de un tratado no puede ser enjuiciada por los órganos de un sujeto parte; sólo puede decidirse en el plano internacional. No parece por ello oportuno plantear las relaciones entre tratado y Constitución en términos de jerarquía normativa.

En los casos en que estima un recurso dirigido contra un acuerdo internacional el TJCE se limita a anular la *decisión* por la que produjo su aprobación en nombre de la CE (decisión cuya adopción corresponde, de acuerdo con el art. 300 TCE, al Consejo). Con ello el TJCE deja claro que no pretende que su sentencia afecte a la validez del acuerdo sino a su incorporación al ordenamiento comunitario y, por ende, a su aplicación por las instituciones comunitarias y por los Estados miembros.

Entendemos que también en España la declaración de inconstitucionalidad de un tratado por el TC tendría en principio por efecto considerar que no forma parte del Derecho interno pues, a semejanza del art. 300.7 del TCE, el art. 96.1 de la Constitución de 1978 —como ya vimos— condiciona la incorporación de los tratados al ordenamiento español no sólo al hecho de su publicación sino igualmente a que hayan sido “válidamente celebrados”. El TC debería por ello limitarse, llegado el caso, a declarar la inconstitucionalidad del tratado, con los efectos antes señalados; además sería aconsejable que el TC restringiera dichos efectos en el tiempo (v. *infra*).

Adviértase además que la posibilidad de declarar la nulidad del acto de autorización parlamentaria sólo se daría en el caso de los tratados del art. 93 de la Constitución —en los que la autorización se instrumenta en ley orgánica— pues el acto de autorización de los tratados del art. 94.1 se materializa en un acto *ad hoc*, no formalizado en ley. Recuérdese por otra parte que, con carácter general, el TC ha admitido (desde su s. 45/1989) la posibilidad de disociar la inconstitucionalidad de una ley de su nulidad en supuestos en que estaban en juego otros valores constitucionalmente relevantes, incluido el respeto de los compromisos internacionales contraídos por España (v. *infra*).

Aunque la inconstitucionalidad *intrínseca* de un tratado arrastra forzosamente la *extrínseca* —lo que permitiría invocar, llegado el caso, el art. 46.1 de la CV (1969), esto es, la violación manifiesta de una regla interna de importancia fundamental relativa a la competencia para la estipulación de los tratados, para sostener en el plano internacional su nulidad— no es en absoluto seguro que una declaración de inaplicabilidad del tratado en el orden interno sea semilla de ese fruto. El DI se rige por sus propias reglas, un órgano internacional no está sujeto a las conclusiones a las que hayan llegado los órganos estatales y el interés por su comportamiento puede incluso llevarle a la conclusión más indeseable para el invocante, a saber, la pérdida del derecho a pretender la nulidad (art. 45 de la CV).

Caso de no prosperar la invocación de la causa de nulidad, al Estado sólo le quedará, para evitar el incumplimiento y la correspondiente responsabilidad

internacional, la posibilidad de promover la enmienda o la terminación del tratado, en particular procediendo, si el tratado lo permite, a su denuncia

Además, si la inconstitucionalidad de un tratado es *sobrevenida*, como consecuencia de una reforma constitucional posterior a su conclusión, el art. 46 CV no opera y, a lo más, cabría servirse de la declaración de inconstitucionalidad en el marco de la invocación de alguna de las causas de terminación de los tratados (v. Cap. XII).

Dado que las declaraciones de inconstitucionalidad de un tratado en vigor sientan las bases del conflicto entre el orden interno y el internacional, un eficaz sistema de diagnóstico precoz justificaría la presunción *iuris et de iure* de su constitucionalidad en relación con los preceptos en vigor en la fecha de la conclusión del tratado. Así, por ej., en Francia, donde el control preventivo se pone en manos del Consejo Constitucional, no cabe plantear la conformidad con la Constitución del tratado ya concluido.

Otra posibilidad sería limitar los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad, de manera que no alcance los efectos pasados del tratado y se dé tiempo al gobierno para promover la nulidad del tratado o, más fácilmente, su enmienda o terminación. Esta solución es perfectamente aplicable en el caso de los acuerdos celebrados por la CE pues, de acuerdo con el art. 231 del TCE y la jurisprudencia del TJCE, si bien una sentencia dictada en el marco de un *recurso de anulación* o de una *cuestión prejudicial de validez* tiene en principio efectos retroactivos, el Tribunal puede decidir que el acto considerado mantenga los efectos desplegados e, incluso, que continúe su aplicación hasta la adopción de un nuevo acto que lo sustituya (v., por ej., *Parlamento Europeo c. Consejo*, 1997). De hecho, el TJCE hizo uso de esta facultad en el asunto del *Acuerdo con EE.UU. sobre contratación pública* (1996), manteniendo los efectos de la decisión —declarada nula— por la que el Consejo aprobó dicho acuerdo (el TJCE no pudo mantener sus efectos *pro futuro* pues el acuerdo ya había expirado).

En España el TC también podría limitar los efectos en el tiempo de una declaración de inconstitucionalidad de un tratado, incluidos los efectos futuros, para evitar la responsabilidad internacional del Estado, salvo que estuvieran en juego derechos de particulares.

En cuanto a los efectos pasados, cabe recordar que el TC consideró apropiado disociar la inconstitucionalidad de Ley 13/1999 (de adhesión de España a ciertos acuerdos del FMI) de su nulidad, estimando que la vulneración por las Cortes del procedimiento especial del art. 74.2 requerido para el caso “encuentra sanción suficiente con la declaración de inconstitucionalidad, sin necesidad de añadir a ello un efecto anulatorio que, sobre no reparar el mal causado, sumaría al ya producido el de la revisión (*sic*) de un compromiso internacional inatacable desde la perspectiva del Derecho de los tratados”.

En cuanto a la posibilidad de limitar los efectos *pro futuro*, el TC ya ha tenido ocasión de mantener los efectos de determinadas disposiciones de una ley del Estado declarada inconstitucional por invasión de las competencias de una Comunidad Autónoma, difiriendo los efectos de su nulidad hasta el momento en que la Comunidad Autónoma dictase la pertinente disposición (s. 195/1998); interesa recalcar que el TC llegó a esta solución no sólo porque estaba en juego la protección de un espacio natural de gran valor ecológico (las marismas de Santoña), sino igualmente para hacer frente a las obligaciones internacionales de España, en concreto las derivadas de una directiva comunitaria de protección ambiental (el TJCE había declarado, mediante sentencia por incumplimiento del art. 226 del TCE, la infracción por España de dicha directiva por no declarar dichas marismas zona de especial protección; *Comisión c. España*, 1993).

364. Tratado y ley

En un sistema de *recepción especial* o de transformación la posición de las normas y obligaciones internacionales respecto de las leyes viene determinada por las características del acto formal de incorporación, normalmente una ley.

Este es el caso, como sabemos, de Gran Bretaña (excepción hecha del Derecho comunitario; v. *supra*).

En un régimen de *recepción automática* la cuestión es más compleja. Equiparar, por ej., los tratados a las leyes basta para asegurar su prevalencia en un eventual conflicto con la ley anterior; no, en cambio, con la ley posterior. ¿Habrá de propugnarse, en consecuencia, la prevalencia de las normas y obligaciones internacionales para garantizar su observancia? Así lo hacen algunas Constituciones estatales como la de los Países Bajos, que dispone la no aplicabilidad de las normas jurídicas vigentes en el Reino cuando su aplicación sea incompatible con las disposiciones de un tratado (art. 94), o la francesa, que proclama la “autoridad superior” de los tratados respecto de las leyes (art. 55). Otras Constituciones, en cambio, se decantan por la prevalencia de la ley posterior sobre el tratado (Austria, art. 9, Irlanda, art. 29).

Sin embargo, la Constitución francesa exige, para que se reconozca la prevalencia de un tratado, su aplicación por la otra parte (v. *supra*). Por otro lado, respecto de los conflictos entre tratado y ley posterior hubo que esperar hasta 1975 en el orden civil y penal (*Cour de Cassation*, asunto *Société des Cafés J. Vabre*) y hasta 1989 en el orden administrativo (*Conseil d'Etat*, asunto *Nicolo*) para el reconocimiento de la primacía del tratado.

La carencia de disposiciones constitucionales en la materia ha sido suplida en algunos países por los jueces. Así, por ej., los tribunales belgas y luxemburgueses han consagrado la primacía de los tratados sobre las leyes (TS luxemburgués, *Pagani*, 1954; TS belga, *Le Ski*, 1971). En otros países donde los tribunales no han proclamado la supralegalidad de los tratados el aparente conflicto con la ley se resuelve a favor del tratado gracias a ciertos recursos interpretativos. Así, la presunción *iuris tantum* de que el legislador entiende reservada la aplicación de las disposiciones convencionales preexistentes; la consideración del tratado como *lex specialis*; la preferencia por la exégesis de la ley que sea conforme con el tratado...

En cualquier caso, debe desdramatizarse el conflicto del tratado con la ley pues la práctica enseña que, frecuentemente, sus relaciones han sido previstas. Así, sin afán exhaustivo, nos encontramos con leyes que remiten a tratados (v. *supra*) y tratados que: 1) conciben su regulación como un estándar mínimo, admitiendo la aplicación de la legislación estatal más favorable (por ej., tratados en materia de derechos humanos); 2) exigen a las partes un determinado quehacer o comportamiento legislativo; 3) reenvían al Derecho interno la regulación de algún aspecto de la materia que es su objeto...

También merecen ser mencionados los tratados que al adoptar la *cláusula de la nación más favorecida* (v. Cap. XVI) pueden acabar en la aplicación de las leyes de los Estados partes.

En España, a salvo la efímera excepción de la Constitución de 1931 que se pronunció por la superioridad de los tratados (art. 65), no ha habido hasta la promulgación de la Constitución de 1978 precepto alguno que dilucidara esta

cuestión, debiendo los partidarios de la prevalencia del DI buscar apoyos y precedentes en la jurisprudencia de los tribunales y en la doctrina del Consejo de Estado.

Sin embargo, aunque numerosos, éstos casi nunca han sido decisivos. Se han aportado enfáticas afirmaciones de la primacía de los tratados sobre cualesquiera normas de Derecho interno, pero una porción de ellas son marginales a la *ratio decidendi*; otras limitan sus consecuencias a amparar la aplicación de un tratado sobre disposiciones reglamentarias o sobre una ley anterior; allí donde se ofrece una aparente incompatibilidad entre el tratado y una ley posterior resulta que ésta, o bien deja expresamente a salvo lo dispuesto en los tratados o, de no hacerlo, nada revela su intención de despacharlos. Por otro lado, también son numerosas las sentencias en que, con una terminología incorrecta, se alude a los tratados calificándolos de ley material o formal del Estado o del Reino, o se predica su fuerza, rango o valor de ley...

Tras afirmar que “los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, el art. 96.1 de la Constitución añade que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas de DI”, pronunciándose así por la primacía del tratado sobre las leyes, tanto anteriores como posteriores. Si, en efecto, las disposiciones de los tratados sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del DI, ¿no es correcto deducir que la ley posterior no ha de prevalecer jamás sobre un tratado que no ha terminado, ni ha sido modificado o suspendido, conforme a las normas internacionales?

La jurisprudencia (por ej., ss. del TS de 30 de septiembre de 1982 y de 22 de mayo de 1989; TC, auto 740/1984 y s. 28/1991) no ha tenido dificultad en afirmar la primacía de los tratados. Como excepción, algunos pronunciamientos proclaman la igualdad entre ley y tratado (por ej., TS, Sala de lo Social, s. de 14 de mayo de 1993).

La primacía de los tratados según el art. 96.1 de la Constitución alcanza sólo a los “válidamente celebrados” y publicados oficialmente. Teniendo en cuenta que la prestación del consentimiento en obligarse por los tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley requiere la autorización previa de las Cortes (art. 94.1.e), los tratados cuya conclusión no haya sido autorizada por las Cámaras (tratados del art. 94.2) no deben prevalecer sobre las leyes preexistentes, porque si realmente las afectan su celebración habrá sido inconstitucional y sería posible reclamar del TC una declaración en este sentido.

Un problema más delicado se plantea en las relaciones del tratado concertado sin autorización parlamentaria con la legislación posterior. Esa autorización es, ciertamente, preceptiva para los tratados que exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94.1.e), pero no todos los tratados las reclaman —por ser *self-executing* sus disposiciones o bastante un desarrollo reglamentario— y hay que preguntarse, puesto que han sido válidamente celebrados, si prevalecen sobre las leyes. Para defender la prerrogativa legislativa de las Cortes en estos casos y rechazar cualquier limitación por la vía de tratados comprometidos por el

Gobierno sin su consentimiento, se ha defendido una degradación de estos tratados a un rango reglamentario, similar a la introducida en la práctica constitucional norteamericana por la distinción entre los *treaties* y los *executive agreements* del Presidente.

El Consejo de Estado (dictamen de 7 de marzo de 1985) da por descontado que el rango normativo de los tratados cuya conclusión no ha sido autorizada por las Cortes será de “carácter meramente administrativo o reglamentario, al proceder exclusivamente del Poder Ejecutivo”. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, otorgando rango reglamentario al Convenio de 1993 con la Santa Sede sobre el régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de educación primaria (s. de 13 de mayo de 1999); consecuentemente, el Tribunal no sólo dejó inaplicado el Convenio por ser contrario a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, sino que planteó ulteriormente ante el TS una *cuestión de ilegalidad* —prevista en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa para las disposiciones reglamentarias (v. *infra*)— contra las disposiciones del Convenio concernidas; la cuestión fue sin embargo desestimada por el TS (sin afectar por ello a las s. del TSJ de Murcia), descartando la posible consideración de un tratado del art. 94.2 de la Constitución como norma reglamentaria (s. del TS. de 26 de abril de 2004).

También algunas Constituciones latinoamericanas afirman expresamente la primacía de los tratados sobre las leyes. Así las Constituciones de Ecuador (art. 163), El Salvador (art. 144), Honduras (art. 17) o Venezuela (art. 23) se pronuncian por la “prevalencia” de los tratados sobre las leyes (la de Venezuela se refiere, en términos más generales, a su prevalencia “en el orden interno”), en tanto que la de Costa Rica (art. 7) proclama su “autoridad superior” a las leyes. Por otra parte, en los países cuyas Constituciones guardan silencio, la jurisprudencia también adopta generalmente la misma solución.

Merece destacarse en este sentido la evolución de algunos países latinoamericanos. Así, la Corte Suprema de Argentina (*Cafés La Virginia*, 1994) y la Corte Superior de Justicia de México (*Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo*, 1999) admiten hoy la primacía de los tratados sobre las leyes posteriores.

365. Consecuencias de la primacía de los tratados en el orden interno

Para que el reconocimiento de la primacía de los tratados sobre las leyes, anteriores o posteriores, mediante proclamación constitucional o reconocimiento jurisprudencial, sea efectivo, es preciso que se complete con el adecuado mecanismo jurisdiccional de protección, ya sea a cargo de los jueces ordinarios o, en su caso, de la jurisdicción constitucional.

En Francia, hasta mediados de los setenta, tanto el *Conseil Constitutionnel* como la *Cour de Cassation* consideraron el conflicto tratado-ley desde la perspectiva de la inconstitucionalidad de la ley por infracción del art. 55 (que proclama la “autoridad superior” de los tratados). En 1975, sin embargo, el *Conseil* desechó este enfoque, situando el conflicto en el ámbito de la aplicabilidad preferente del tratado por los jueces (asunto IVG). Para justificar su nueva jurisprudencia el *Conseil* sostuvo, entre otras consideraciones, que la nulidad absoluta de la ley prevista en la Constitución para las declaraciones de inconstitucionalidad (art. 62) era inadecuada al supuesto: el tratado, en efecto, suspende, no deroga, dentro de los límites en que opera, la aplicación de las leyes en la medida en que resultan incompatibles, por lo que declarar sin más su nulidad sería ir demasiado lejos.

La *Corte Costituzionale* italiana también consideró durante años que los jueces no podían declarar la nulidad ni inaplicar una ley interna contraria a un tratado, debiendo plantear la *questione di legittimità costituzionale*, posición que abandonaría en el asunto *Granital* (1984).

En España —como en Francia e Italia en la actualidad— el conflicto ley-tratado no se configura como un problema de constitucionalidad, esto es, de validez de la ley, sino de legalidad ordinaria. En efecto, el TC ha descartado que la incompatibilidad entre una ley y un tratado pueda ser objeto de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad, negando que semejante conflicto tenga relevancia constitucional y, en particular, que los tratados —ni siquiera los tratados sobre derechos humanos por el juego del art. 10.2 de la Constitución— formen parte del *bloque de constitucionalidad* (ss. 49/1988, 28/1991 y 64/1991).

El TC tampoco ha aceptado el argumento, defendido por un sector relevante de la doctrina, según el cual la adopción de una ley contraria a un tratado supondría una vulneración del art. 96.1 de la Constitución (s. 36/91).

Consecuentemente, el TC español sitúa el conflicto ley-tratado en el plano de la *aplicabilidad*, postulando la *aplicación preferente* del tratado por la jurisdicción ordinaria, tanto si la ley es anterior como si es posterior. En relación con la ley anterior, el tratado desplaza su aplicación, pero carece de capacidad para derogarla; en cuanto a la ley posterior, del propio tenor del art. 96.1 de la Constitución se desprende que goza de “una especial resistencia o fuerza pasiva” (s. del TC 36/1991), pero no de la capacidad de afectar a su validez. Ahora bien, la aplicabilidad preferente del tratado debe entenderse sin perjuicio del esfuerzo que jueces y tribunales han de realizar para lograr una interpretación de la ley compatible con el tratado.

La primacía de los tratados ha sido explicada por una parte de la doctrina española en términos de *incompetencia* de los órganos estatales para alterar, actuando unilateralmente, los compromisos internacionales, debidamente concertados y en vigor. En este sentido, E. García de Enterría y T. Ramón Fernández han escrito que la materia cubierta por los tratados suscritos por España queda acotada como una esfera autónoma más del sistema español de fuentes, quedando sometida a un tratamiento procesal específico —el del propio DI— que le defiende frente a eventuales invasiones por parte de otros tipos de normas. Esta construcción, de la que se hace eco algún pronunciamiento (s. del TS de 26 de noviembre de 1991), no se compagina fácilmente con la proliferación de tratados que vinculan a España, con vocación de desplegar sus efectos jurídicos en el orden interno, en los más variados ámbitos.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, son frecuentes las referencias al principio de *jerarquía*, consagrado en el art. 9.3 de la Constitución (ss. TS de 22 de mayo de 1989, 18 de junio de 1991, 7 de julio de 2000, que incluso otorga a los tratados un “valor superior” a la Constitución). No obstante, si atendemos a la *ratio decidendi* y al dispositivo de la mayor parte de los pronunciamientos de los tribunales españoles, observaremos que la primacía opera efectivamente en términos de *aplicabilidad preferente* del tratado.

Sin embargo, cuando la norma española que infringe un tratado tiene rango reglamentario cabría entender que el conflicto afecta a su validez.

La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye al TS y a los TSJ competencia para anular —ya sea mediante recurso directo o a través de la *cuestión de ilegalidad* (arts. 27 y 123)— por

"infracción del ordenamiento jurídico" (art. 70). No ignoramos que en la regulación del recurso de casación la LJCA sólo considera la infracción de las "normas de Derecho estatal o comunitario europeo" (art. 86); sin embargo: 1) la regulación de la casación no afecta necesariamente al régimen aplicable al control de validez de los reglamentos; y 2) no se alcanza a entender por qué un recurso de casación no podría basarse en la violación de otras disposiciones convencionales, siendo así que el ordenamiento español no otorga al Derecho comunitario una posición distinta a la de otros tratados o actos de OI que formen parte de él (ni el Derecho comunitario determina la nulidad de las normas nacionales contrarias).

Terminemos con una referencia a las relaciones de los acuerdos celebrados por la CE con los actos de Derecho derivado (reglamentos, directivas, decisiones). En estos casos el TJCE sitúa la primacía de los acuerdos en el plano de la validez, si bien limita la posible consideración del acto de Derecho comunitario como nulo o inválido (según esté llamado a pronunciarse en el marco de un recurso de anulación o de una cuestión prejudicial de validez; v. Cap. XVI) a dos únicos supuestos: 1) que el acuerdo internacional considerado sea *justiciable*, es decir, que sus disposiciones sean suficientemente precisas e incondicionales (*Portugal c. Consejo*, 1999); y 2) que el acto comunitario haya sido adoptado en cumplimiento del acuerdo en cuestión o se remita a disposiciones precisas de él (v., por todas, s. en *Organización común de mercados en el sector del plátano*, 1994).

El concepto de *justiciabilidad* resulta próximo, pero no es idéntico, al de *eficacia directa* (v. *supra*), pues no comporta que el acuerdo engendre derechos para los particulares.

366. Las resoluciones de las Organizaciones internacionales y el Derecho interno

La Constitución de los Países Bajos dispone la no aplicabilidad de las normas jurídicas vigentes en el Reino cuando su aplicación sea incompatible con las resoluciones de instituciones internacionales (art. 94). Preceptos como éste no son frecuentes. Pero como principio puede predicarse de las resoluciones de las OI lo que se ha dicho de los tratados en los epígrafes precedentes. En este sentido las resoluciones llamadas a una aplicación y eficacia directa son inaplicables cuando chocan con los preceptos constitucionales, a menos que ellas mismas hayan sido constitucionalizadas. En los demás casos prevalecerán sobre las leyes en la medida en que lo hacen los tratados que son su fuente nutricia (sobre la extensión en España del régimen de los tratados a las resoluciones de las OI, v., por ej., s. TS de 30 de abril de 1986).

Cabe preguntarse, no obstante, si la subordinación de las resoluciones a su tratado constitutivo abre a los órganos internos algún tipo de control, conducente a su inaplicación si se constata un abuso o desviación de poder. La respuesta ha de ser negativa. El órgano interno ha de proceder a la aplicación de la resolución, presumiendo su validez. Serán los órganos externos del Estado los que, en su caso, habrán de promover en el marco del tratado constitutivo la nulidad de la resolución (si el tratado cuenta con los medios adecuados para ello). La insatisfac-

ción que esta respuesta produce aconseja adoptar para las resoluciones un régimen de recepción especial o transformación que permita al sujeto destinatario de la resolución filtrar sus efectos mediante la actividad legislativa o reglamentaria.

Las resoluciones del C. de S. imponiendo *sanciones* a particulares en el marco de su política antiterrorista *sub* Capítulo VII de la Carta de las NU ofrece un excelente caso para el estudio. A pesar de que en la res. 1456 (2003) el mismo Consejo invita a los Estados miembros a cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo son conformes con el DI, en particular con las normas relativas a los derechos humanos y a los refugiados y al Derecho humanitario, las *sanciones* decididas por el Consejo sobre particulares han sido criticadas por un insuficiente respeto de los derechos de defensa de los sancionados. Naturalmente, cabría proponer que, siguiendo la recomendación de la res. 1456 (2003), los Estados miembros rehusasen la implementación de sanciones que no satisfacen los estándares mínimos de respeto de derechos fundamentales de la persona y que, de no hacerlo a nivel ejecutivo, los jueces cuiden de éstos, según reclaman las Constituciones de los países democráticos y sus obligaciones internacionales.

En el ámbito de la UE, en la medida en que se habilita a través de reglamentos comunitarios la aplicación por los Estados miembros de las resoluciones del C. de S., previa posición común de aquéllos en el seno de la PESC, particulares perjudicados han acudido ya a los órganos judiciales de la Unión impugnando los actos comunitarios por violación de sus derechos fundamentales. Las primeras decisiones (del TPI, asuntos *Yusuf/Barakaat* y *Kadi*, 2005) no son, sin embargo, muy alentadoras. Aunque el TPI admite que el *ius cogens* internacional limita el carácter obligatorio de las resoluciones del C. de S., no aprecia su vulneración en los casos sometidos a su consideración. Su argumentación es muy discutible a la luz de los derechos de defensa y de la tutela judicial efectiva, concebidos como derechos fundamentales de las personas. Estas sentencias han sido apeladas y el TJCE deberá sentar jurisprudencia, pues son numerosos los recursos en tramitación en la actualidad (octubre de 2006). Si bien la CE debe actuar para ejecutar las sanciones impuestas a particulares por el C. de S. porque, de no hacerlo, el cumplimiento de las obligaciones internacionales de sus Estados miembros quedaría en entredicho, también debe garantizar, al hacerlo, que no se vulneran arbitrariamente derechos individuales (I. Blázquez/C. Espósito). Tal vez los tribunales dedicados a la protección de los derechos humanos (TEDH, CIDH) contrastando las resoluciones con los tratados (de los que son guardianes), que contienen un cierto número de normas imperativas, y las cortes constitucionales estatales haciendo otro tanto a la luz de la Constitución, sean más precisos y menos complacientes.

367. *El Derecho Comunitario derivado y el Derecho de los Estados miembros*

La jurisprudencia del TJCE es inmovible a la hora de afirmar la primacía de todo el Derecho comunitario, incluidos los acuerdos con terceros y el Derecho derivado, frente al Derecho de los Estados miembros, incluidas sus normas constitucionales (*Internationale Handelsgesellschaft*, 1970).

No obstante, algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional italiana (*Frontini*, 1973, *Granital*, 1984, *Fragd*, 1989) y del TC Federal alemán (*Solange I*, 1974, *Solange II*, 1986, *Constitucionalidad del TUE*, 1993) han puesto en entredicho la primacía del Derecho comunitario respecto de las Constituciones estatales, y con ello el monopolio del TJCE en el control de validez de los actos de Derecho derivado.

Así, el TC alemán declaraba (*Solange I*, 1974) que, a falta de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, la primacía del Derecho comunitario no excluía su competencia para enjuiciar, a petición de los

jueces nacionales, la compatibilidad de los reglamentos comunitarios con los derechos fundamentales consagrados en la LF de Bonn, declarando inconstitucional, en su caso, todo acto del Estado encaminado a la aplicación de los reglamentos. Años después el Tribunal (*Solange II*, 1986) matizó —si no revisó— este pronunciamiento afirmando que en la medida en que la CE cuenta, gracias a la jurisprudencia del TJCE, con un estándar de protección de los derechos fundamentales equiparable al de la LF de Bonn, no le correspondía a él examinar la conformidad del Derecho comunitario derivado con la Constitución alemana. Pero en 1993 (*Constitucionalidad del TUE*) el Tribunal vuelve sobre su doctrina, precisando esta vez que, si bien el TJCE garantiza la protección de los derechos fundamentales en cada caso particular para la totalidad del *territorio comunitario*, corresponde al TC garantizar “que se asegure de modo general una protección eficaz de los derechos fundamentales para los habitantes de Alemania incluso frente a la [...] Comunidad”.

En España, el TC ha abordado la cuestión tangencialmente en su Declaración 1/2004 sobre la constitucionalidad del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, al señalar que se reserva la posibilidad de un control de constitucionalidad de los actos de las instituciones comunitarias en el “caso difícilmente concebible” de que uno de ellos llegase a resultar irreconciliable con la Constitución española, sin que los “hipotéticos excesos del derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta”.

Por lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho comunitario derivado y las leyes (y disposiciones reglamentarias) estatales, el TJCE las ha configurado en términos de *aplicación preferente* del Derecho comunitario. Esta jurisprudencia implica que el juez estatal tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de los actos normativos de la CE “dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por otro procedimiento constitucional” (*Simmenthal*, 1978). Ello no obsta, sin embargo, para que el ordenamiento interno de un Estado miembro pueda, además, considerar que la vulneración del Derecho comunitario afecta a la validez de la norma estatal.

Puede afirmarse que, tras superar notables resistencias, la primacía del Derecho comunitario sobre las leyes es generalmente admitida en todos los Estados miembros, habiendo llegado alguno de ellos incluso a proclamarla como mandato constitucional (caso de la Constitución holandesa). Más aún, la genérica afirmación de la primacía o supralegalidad de los tratados internacionales en estos países debe mucho a los conflictos que en el orden interno ha planteado la prevalencia de los actos de Derecho comunitario derivado sobre las leyes.

En España el TC (ss. 28/91, 64/91, 41/2002) ha descartado que deba considerarse inconstitucional en virtud del art. 93 de la Constitución la contradicción entre una ley y un acto anterior de las instituciones de la CE, no acogiendo pues la tesis de que se produce una vulneración de la Constitución como consecuencia de la invasión de competencias atribuidas a la CE con fundamento en dicho precepto.

La jurisprudencia española refleja la aplicación preferente del Derecho comunitario derivado (por ej., s. TS de 24 de abril de 1990). Sólo en algunos casos la jurisdicción contencioso-administrativa ha descartado su aplicación frente a la ley con el argumento de estar sometida al límite infranqueable del art. 1 de la LJCA (que no permite el control de la validez de las leyes), llegando a sugerir que dicho control corresponde al TC, previo planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por ej., ss. de 5 de junio de 1992, 3 de octubre de 1994, 23 de noviembre de 1994). Se trata, sin embargo, de pronunciamientos aislados que ignoran la jurisprudencia del TJCE y del TC. Los jueces estatales no han de plantearse la validez de la ley, sino su aplicabilidad frente a los actos normativos comunitarios.

Sólo cuando la norma española que infringe Derecho comunitario tiene rango reglamentario cabe entender que el conflicto afecta a su validez. La LJCA atribuye al TS y a los TSJ competencia para anular una disposición reglamentaria por "infracción del ordenamiento jurídico" (art. 70), considerando en la regulación del recurso de casación la infracción de las "normas de Derecho estatal o comunitario europeo" (art. 86). Consecuentemente, el TS ha procedido a la anulación de las disposiciones reglamentarias consideradas (por ej., ss. de 26 de enero de 2000 y de 10 de diciembre de 2002).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre la recepción y aplicación del DI en el ordenamiento interno en general, en lengua española: A. La Pergola, *Poder exterior y Estado de Derecho*, Salamanca, 1987; J.M. Ruda, "Relación jerárquica entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno: reexamen de los problemas teóricos", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 115; C. Fernández de Casadevante, "Derechos humanos y orden interno: las consecuencias de la asunción de obligaciones internacionales", *Hom. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, v. I, 229; G. Abugattas Giadallah, "Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?", *Agenda Internacional*, n° 23, 2006, 439. **En otras lenguas:** U. Scheuner, *Decisions of International Institutions before Domestic Courts*, Londres, 1981; F.G. Jacobs y otros, *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Londres, 1987; G. Biscottini (ed.), *Gli atti interni necessari allo svolgimento delle relazioni internazionali*, Milán, 1988; B. Conforti, *IL and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, 1993; J. Rideau, "Constitution et DI dans les Etats membres de la CE...", *RFDC*, 1990, 259; T. Buergenthal, "Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and IL", *R. des C.*, 1992, t. 235, 303; E. Benvenisti, "Judges and Foreign Affairs: A Comment on the IDI's Resolution on 'The Activities of National Courts and International Relations of their State'", *EJIL*, 1994, 423; C.M. Vázquez, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", *AJIL*, 1995, 695; H. Bribosia, "Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire", *RBDI*, 1996, 33; I.P. Bliščenko, "International Treaties of the Humanitarian Law and their Application on the Territory of a State", *Thesaurus Acroasium of the Institute of Public IL of Thessaloniki*, n° 23, 1998, 29; G. Guillaume, "L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des Etats des résolutions du Conseil de Sécurité des NU prises en vertu du Chapitre VII de la Charte", *RIDC*, 1998, 539; J.M. Henckaerts, "Self-Executing Treaties and the Impact of IL on National Legal Systems", *International Journal of Legal Information*, 1998, 56; E. Cannizzaro, "Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne", *RDI*, 1999, 675; S. Kadelbach, "IL and the Incorporation of Treaties into Domestic Law", *GYIL*, 1999, 66; E. Claes, "L'effet direct des traités internationaux", *RBDI*, 2001, 411; J.G. Ku, "Customary IL in State Courts", *Va. JIL*, 2001, 265; D. Sloss, "Non-Self-Executing Treaties: Exposing a Constitutional Fallacy", *UC Davis LR*, 2002, 1. **Para un análisis de la práctica de los Estados en la aplicación del DI, en lengua española:** L. Ortiz Ahlf, "Integración de las normas internacionales de derechos humanos en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica", *AMDI*, 2003; **en otras lenguas:** v. las obras de M. Leigh, M.R. Blakeslee y L.B. Ederington (eds.), *National Treaty Law and Practice*, Washington, 3 v., 1995, 1999 y 2003; P.M. Eismann (ed.), *L'intégration du DI et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haya, 1996; D.B. Hollis (ed.), *National Treaty Law and Practice*, Leiden, 2005; B.R. Opeskin, "Constitutional Modelling: The Domestic Effect of IL in Commonwealth Countries", *Public Law*, 2000, 607.

2. En cuanto la aplicación del DI en España y la concurrencia del DI con el Derecho español, en lengua española: A. Remiro, *La acción exterior del Estado*, Madrid, 1984; I. de Otto, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, Barcelona, 1988; J.L. Requejo, *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento*, Madrid, 1995; J. Acosta, *El sistema jurídico de la OIT y el Derecho español*, Barcelona, 1997; A.J. Rodrigo, *Las resoluciones obligatorias de las OI de cooperación. Su recepción en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, 1997; E. García de Enterría y T.R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 2000 (10ª ed.), v. I; C. Ponce, *Tribunal Constitucional y tratados de*

derechos humanos, Zaragoza, 2002; I. Gómez Fernández, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el DI*, Valencia, 2004; J. Juste, "El DI público en la Constitución española de 1978", en *Est. sobre la Constitución española*, Valencia, 1980, 175; A. Mangas, "Cuestiones de DI público en la Constitución española de 1978", *RFDUC*, 1980, 143; *id.*, "Las relaciones entre el DI y el Derecho español", *Cuad. Der. Judic.*, 1994, 937; J. Rodríguez Zapata, "DI y sistema de fuentes del Derecho: la Constitución española", en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profs. Alberto Pedrieri y E. García de Enterría*, Madrid, 1981 (2ª ed.), 575; *id.*, "Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad", *REDA*, n° 30, 1981, 471; A. Remiro, "Controles preventivos y reparadores de la constitucionalidad intrínseca de los tratados internacionales", *Rev. Der. Político*, 1981-82, 109; *id.*, "Comentario al artículo 96 de la Constitución", en O. Alzaga (ed.), *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución española de 1978*, Madrid, 1985, v. VII (2ª ed., 1998, 623); J. Cardona, "Los tratados internacionales como fuente directa del ordenamiento jurídico en el artículo 96 de la Constitución española", *Hom. D. de Sevilla Andrés*, Valencia, 1984, 2; L.I. Sánchez Rodríguez, "Los tratados internacionales como fuente del ordenamiento jurídico español", *Cur. DI Vitoria* 1984, 138; *id.*, "Comentario al art. 1.5º del Código civil", en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, Madrid, 1991, v. I, 309; *id.*, "El artículo 93 CE y el bloque de la constitucionalidad...", *Hom. E. García de Enterría*, Madrid, 1991, 219; *id.*, "Las relaciones entre el DI y el Derecho interno en el sistema español", en *id.*, *DI público: problemas actuales*, Madrid, 1993, 78; *id.*, "Un tiempo para juzgar: el DI público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1992-2001)", *Hom. J.D. González Campos*, cit., v. I, 691; E. Arroyo, "Consideraciones sobre el alcance y contenido del artículo 96.1 *in fine* de la Constitución española", *REDI*, 1985, 405; J.E. Soriano, "Los tratados internacionales en la jurisprudencia contencioso-administrativa", *REDA*, n° 49, 1986, 109; J. Puente Egido, "El DI en el sistema constitucional español vigente", *Cur. DI Vitoria* 1987, 187; R. Paniagua, "La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español", *Rev. Jur. Cataluña*, 1991, 9; J.L. Requejo, "Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español", *REDC*, n° 34, 1992, 41; *id.*, "Conjunción de sistemas normativos y reordenación del sistema de fuentes", *REP*, n° 90, 1995, 113; A. Fernández Tomás, "La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 341; C. Escobar, "La aplicación de los tratados internacionales en España", *Cuad. Der. Judic.*, 1994, 39; J.R. Remacha, "El Derecho de los tratados desde el artículo 96 de la Constitución", en VV.AA., *Est. sobre el ordenamiento jurídico español. Libro conmemorativo del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Burgos, 1996, 587; A. Marín, "Orden jurídico internacional y Constitución española", *Rev. Der. Político*, n° 45, 1999, 35; G.M. Quintero, "Las relaciones entre el DI y el Derecho interno: el caso de la Constitución. La Constitución como fuente de DI", *ibid.*, 69. **En otras lenguas:** G. Cataldi y A. Papa (eds.), *Formazione del DI e comunitario e sua applicazione interna: il ruolo dello Stato e delle regioni nelle esperienze italiana e spagnola*, Nápoles, 2005; J.M. Sobrino, "La réception et la mise en place dans l'ordre juridique espagnol des normes conventionnelles...", *RFDA*, 1990, 965. V. tb. biblio. Cap. X (aspectos internacionalmente relevantes de la Constitución de 1978) y las crónicas de jurisprudencia española publicadas en la *REDI* y en la *REEI* (estas últimas a cargo de J. Santos).

3. En relación con el art. 10.2 de la Constitución: A. Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al DI y europeo de los derechos humanos: el art. 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999; F. Garrido Falla, "Comentario al art. 10.2", en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, 139; D.J. Liñán, "La protección de los derechos humanos en la Constitución española (comentario al art. 10.2)", en *IL Association (Sección española). Boletín informativo*, n° 9, 1982; *id.*, "El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución española: ¿una nueva dimensión del art. 10.2 CE?", *Hom. J.D. González Campos*, cit., 933; J.R. Fernández, "El control del Derecho interno que infrinja el Derecho comunitario europeo y el alcance del artículo 10.2 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *REDA*, n° 72, 1991, 573.

4. Sobre la aplicación del Derecho comunitario, de la abundantísima biblio. sobre la materia destacaremos, además de los manuales publicados en España, las principales monografías y obras colectivas: I. Lasagabaster, *El ordenamiento jurídico comunitario, el estatal y el autonómico*, Oñate,

1986; A. Mangas, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Madrid, 1986 (2ª ed., 1987); S. Muñoz Machado, *El Estado, el Derecho interno y la CE*, Madrid, 1986; *id.*, *La UE y las mutaciones del Estado*, Madrid, 1993; F. Mariño (ed.), *Derecho español y Derecho comunitario europeo*, Zaragoza, 1987; R. Alonso García, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho europeo*, Madrid, 1989; *id.*, *El juez español y el Derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Valencia, 2003; L. Ortúzar, *Aplicación judicial del Derecho comunitario*, Madrid, 1992; P. Pérez Tremps, *Constitución española y CE*, Madrid, 1993; G. C. Rodríguez Iglesias y D.J. Liñán (eds.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993; D. Ruiz-Jarabo, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993; D. Ordóñez, *La ejecución del Derecho comunitario europeo en España*, Madrid, 1994; A. López Castillo, *Constitución e integración*, Madrid, 1996; J.M. Jover, *Constitución y Derecho comunitario*, Madrid, 2004. **En relación con la aplicación judicial de Derecho comunitario en España**, son muy recomendables las crónicas publicadas a partir de 1989 en la *RDCE* (antigua *RIE*) e iniciadas por D.J. Liñán, J. Roldán y A. Valle; tb. las crónicas de la *REFI*, a cargo de A. Lazari. En particular, sobre la STC 58/2004: J.M. Baño León, "El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial", *RDCE*, nº 18, 2004, 465; J.I. Ugartemendía, "El 'recurso' a la prejudicial (art. 234 TCE) como 'cuestión' de amparo: a propósito de la STC 58/2004...", *REDE*, nº 11, 2004, 441; R. Alonso García, "Spanish Constitutional Court. Judgement 58/2004, of 19 April 2004", *CMLR*, 2005, 535.

5. Sobre el control de constitucionalidad de los tratados en España: v. biblio. Cap. X.

Capítulo XVIII

El arreglo pacífico de las controversias internacionales

LXXXIII. CONSIDERACIONES GENERALES

368. *Controversias internacionales*

“Una controversia internacional es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre personas” (CPJI, *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 1924). Esta caracterización fija dos de los elementos *necesarios* en la noción de controversia: 1) el *objetivo*: la existencia de un conflicto de intereses, una oposición de tesis jurídicas sobre un punto de hecho o de derecho; y 2) el *subjetivo*: la presencia de partes identificadas, en nuestro caso sujetos de DI.

Elementos necesarios, sí, pero no *suficientes*. El desacuerdo, la contradicción, la oposición de puntos de vista e intereses, el conflicto, ha de exteriorizarse, manifestarse, evidenciarse en la conducta de las partes, dando así cuerpo a un tercer elemento de carácter *formal*. No basta, ha afirmado la CIJ en reiteradas ocasiones, con que una de las partes afirme o niegue la existencia de una controversia para dar por buena su opinión, hace falta demostrar que la reclamación de una parte se enfrenta con una oposición manifiesta de la otra (CIJ, *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, 1950; *Sudoeste Africano*, 1962). En definitiva, las partes persisten, se encastillan en sus posiciones respectivas, pues si a la pretensión de una sigue el allanamiento de la otra —con independencia de que haya quedado comprometida su responsabilidad internacional— la controversia se diluye, desaparece.

El Juez Fitzmaurice fue particularmente expresivo en su opinión individual en el asunto del *Camerún septentrional* (1963), al observar que para que exista una controversia “es preciso, al menos, que una de las partes formule o haya formulado, a propósito de una acción, omisión o comportamiento presente o pasado de la otra parte, una queja, pretensión o protesta cuya validez ésta impugna, rechaza o niega, expresa o implícitamente, al persistir en la acción, omisión o comportamiento incriminados, no adoptar la medida demandada o no conceder la reparación deseada”.

La CIJ ha tenido oportunidad de detenerse en los elementos que comporta la noción de controversia cada vez que se ha enfrentado a la alegación de su inexistencia como excepción a la experimentación de métodos de arreglo convenidos de antemano, especialmente si son jurisdiccionales.

Así, entre los asuntos más recientes, *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje establecida en la sección 21 del Tratado de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de NU* (1988); *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (competencia y admisibilidad, 1994, 1995); *Timor oriental* (1995); *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio* (exc. prel., 1996); *Plataformas petrolíferas* (2003); *Licitud del empleo de la fuerza* (exc. prel., 2004); *Determinados bienes*, Liechtenstein c. Alemania (2005).

Determinar la existencia de una controversia puede ser, sin embargo, menos riguroso y exigente cuando se trata de acudir a medios de arreglo políticos, a los que se permite intervenir frente a *controversias virtuales* (J. Combacau y S. Sur), precisamente para prevenir su efectiva aparición.

Así definida, la controversia internacional se distancia de otra realidad conflictiva de contornos más vagos e imprecisos, hoy en alza y potencialmente más violenta, que en general atiende al nombre de *situación* o *tensión*. A diferencia de la *controversia*, en la *situación de crisis, alarma o tensión*, el objeto de la discordia no es lo suficientemente preciso como para prestarse a pretensiones claras y las partes no están, al menos en un sentido técnico, perfectamente identificadas, configuradas con exactitud o, si sí lo están, no son todas ellas sujetos de DI.

Será en el seno de las OI de fines generales, centradas en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, donde se prestará especial atención, no sólo a las controversias, sino también a la variada expresión de realidades conflictivas. Es por eso que la Carta de NU extiende su competencia en materia de arreglo pacífico (Capítulo VI) a “toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia” capaz de “poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (arts. 34, 35.1 y 36). (V. Cap. XXVII).

369. La obligación de arreglo pacífico

Dos principios generales inspiran la solución de las controversias en el DI contemporáneo: 1) la obligación de arreglo pacífico, y 2) la libre elección de medios.

Hoy es imperativo para todos los Estados solucionar sus controversias por medios exclusivamente pacíficos. Se trata de una norma de DI general que no cristalizó como tal hasta la Carta de las NU, que hace de esta obligación el envés de la norma que prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (arts. 2.3 y 4). Principios *siameses*, que no pueden vivir el uno sin el otro, que convergen y se complementan. Un somero repaso del DI del tiempo pasado evidencia más aún el lazo histórico y funcional que los une.

Según las normas generales del DI clásico, los Estados podían con absoluta libertad recurrir o no a métodos de arreglo pacífico. La alternativa era el recurso a la fuerza, absorbido en el concepto centrípeto de la autoprotección o *autotutela* (v. Cap. XXVI). Siendo la guerra, el uso de la fuerza, moneda de curso legal, los esfuerzos emprendidos en este campo se orientaron a que la elección entre métodos pacíficos y no pacíficos se decantara a favor de los primeros.

Reveladoras de la atmósfera y de las concepciones imperantes a comienzos del siglo XX son las apelaciones hechas en las Convenciones para el arreglo pacífico de conflictos internacionales, adoptadas en la I y II Conferencias de la Paz de La Haya (1899 y 1907), a la prioridad de tales medios “en la medida de lo

posible” y “en tanto las circunstancias lo permitan”, como se dice reiteradamente (arts. 1, 2, 9 y 38 de la Convención de 1907). La consagración del arbitraje como el medio de arreglo privilegiado, así como los esfuerzos emprendidos en el marco de las Conferencias de la Paz hacia la sumisión de la guerra a un frondoso cuerpo normativo, el *ius in bello*, regulador de la conducción de las hostilidades y de la prohibición de determinadas armas de guerra, auspició la fórmula *Arbitraje-Seguridad-Desarme*.

Con el Pacto de la S. de N. (1919) el arreglo pacífico de las controversias encontró un acomodo institucional al disponer (arts. 12-15) una doble vía, jurídica y política, en caso de surgir un desacuerdo “capaz de provocar una ruptura” entre Estados miembros y también, bajo determinadas condiciones, no miembros de la Sociedad (art. 7). Pero en tanto el Pacto no proscribía el recurso a la guerra (y aceptaba otras manifestaciones de fuerza —represalias armadas— que no supusiesen beligerancia previa), sino que se contentaba con ponerle frenos (mediante el establecimiento de una *moratoria* y un catálogo de *guerras ilegales* cuyo desencadenamiento comportaba una cierta reacción institucional), el nacimiento de la obligación de arreglo pacífico se veía impedido por la pervivencia del *ius ad bellum* (v. Cap. XXVI).

Cuando en 1928 se firmó en París el *Tratado general de renuncia a la guerra* (Pacto Briand-Kellog), los Estados contratantes —que llegaron a ser sesenta en una sociedad de apenas setenta miembros— reconocieron que la solución de sus diferencias, *sea el que fuere su origen o naturaleza*, sólo debía buscarse por medios exclusivamente pacíficos (art. 2). Como complemento del Pacto nació, poco después, el *Acta General para el arreglo pacífico de las controversias* o *Acta de Arbitraje* (1928; v. *infra*). Desafortunadamente, la prohibición de la guerra, huérfana de sanción, sucumbió bajo los escombros de la Segunda Guerra Mundial.

La triste experiencia acumulada durante las dos contiendas mundiales de la primera mitad del siglo pasado avivó el sentimiento de que todo intento de construcción de las relaciones interestatales basado en la afirmación de la paz debía tener como piedra angular la proclamación universal de la obligación de arreglar las controversias internacionales por medios exclusivamente pacíficos. El art. 2.3 de la Carta de las NU lo enuncia en los siguientes términos: “Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”. Esta aproximación *instrumental* se ve confirmada por la regulación de que es objeto el arreglo de controversias en el Capítulo VI de la Carta.

La obligación de arreglo pacífico ha sido reiterada en señeros tratados constitutivos de Organizaciones regionales de fines generales, como el Pacto de la Liga de Estados Árabes (1945, art. 5); la Carta de la OEA (1948, art. 3.º); o el Acta Constitutiva de la Unión Africana (2001, art. 4.º e, f; antes OUA, 1963, art. 3), así como en otros instrumentos, como el Acta Final de Helsinki de la CSCE (1975, par. V del *Decálogo*).

La obligación de arreglo pacífico es hoy uno de los principios fundamentales del DI, una norma general imperativa.

El principio ha sido proclamado y desarrollado por la AGNU en sucesivas declaraciones adoptadas por consenso, en particular, la *Declaración sobre los Principios* (res. 2625-XXV, de 1970) y la llamada *Declaración de Manila* (res. 37/10, de 1982), y rubricado por la CIJ, que en *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) subrayó la indisoluble interacción entre dos principios de DI consuetudinario: la obligación de arreglo pacífico y la abstención del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Ahora bien, las normas de DI general no imponen una *obligación de resultado*. Según el art. 33 de la Carta las partes en una controversia *tratarán de buscarle solución* por medios pacíficos de su elección. La *Declaración sobre los Principios*

apremia a los Estados a *procurar un arreglo pronto y justo* de sus controversias, a *abstenerse de toda medida que pueda agravar la situación* y, obligados como están al arreglo pacífico, insiste en la necesidad de seguir experimentando, uno tras otro, todos los medios a su alcance hasta que alguno prospere. La *Declaración de Manila*, tras compendiar los párrafos más felices de la declaración precedente, pone la guinda al expresar la actitud que han de asumir los Estados en el cumplimiento de esta obligación positiva: *comportarse de buena fe y con un espíritu de cooperación*.

Se trata entonces de una *obligación de comportamiento* cuyo incumplimiento constituirá un hecho ilícito generador de responsabilidad internacional; pero una obligación *imperfecta* al fin, en la medida en que no ha cercenado la libertad tradicionalmente reconocida a los Estados en la elección de los medios de arreglo, ahora exclusivamente pacíficos. Podría así decirse que para las normas generales del DI contemporáneo sólo cabe una solución pacífica de las controversias, pero nada ni nadie garantiza su sometimiento a un medio determinado de arreglo sin el acuerdo de los Estados implicados.

Hay quienes (J. Combacau y S. Sur) alteran por eso el sentido de la obligación impuesta por el DI general, para estimar que más que el *deber* de arreglo pacífico, lo que aquélla comporta es la *prohibición* de solucionar las controversias internacionales por medios no pacíficos, o dicho en otros términos, que el DI no exige que las controversias sean efectivamente arregladas, sino que se limita a prohibir que lo sean por otros medios.

370. La libre elección de medios

“Está perfectamente establecido que ningún Estado puede ser obligado a someter sus diferencias con otros Estados a la mediación, al arbitraje o a cualquier otro procedimiento de solución pacífica, sin su consentimiento” (CPJI, *Estatuto de la Carelia Oriental*, 1923). Esta afirmación ha sido a menudo reiterada (CIJ, *Interpretación de los tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía*, 1950, *Ambatielos*, 1953..., últimamente, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004).

Corolario de la soberanía e igualdad de los Estados, el *principio de libre elección de medios* goza hoy de buena salud. Lo enuncia la *Declaración sobre los Principios*, y lo recalca la *Declaración de Manila*. No deja de ser significativo que estas declaraciones insistan en que “el recurso a un procedimiento de arreglo aceptado libremente por los Estados, o la aceptación de tal procedimiento, con respecto a las controversias existentes o futuras en que sean partes, no se considerará incompatible con la igualdad soberana” (v. Cap. III).

En el ámbito judicial el principio se proyecta en la severa apreciación que suele hacerse del consentimiento de la parte demandada a fin de apreciar la competencia de jueces y tribunales (v. *infra*).

La libre elección de medios entraña para las partes en una controversia la posibilidad de optar, en un catálogo inducido de la práctica, entre: la negociación,

los buenos oficios, la mediación, la investigación, la conciliación, el arreglo judicial o el recurso a OI. Al enumerar estos medios (salvo los buenos oficios) el art. 33 de la Carta subraya el carácter no exhaustivo del listado al cerrar la oración aludiendo a “otros medios pacíficos de su elección”. La *Declaración sobre los Principios* y la *Declaración de Manila*, los reiteran y como máxima aspiración sugieren a las partes que convengan “en valerse de los medios que resulten adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia”.

Ahora bien, si ningún Estado puede ser sometido a un procedimiento de arreglo que no ha consentido, nada impide que ese consentimiento se dé por anticipado (*a priori*), en previsión de futuras controversias, predeterminando de ese modo la elección y, una vez nacida la controversia, haciendo obligatoria la experimentación del método así elegido en la medida en que una de las partes lo reclame. Se trata de una elemental aspiración del ordenamiento internacional que la *Declaración de Manila* explicita instando a los Estados a:

1) “Concertar entre ellos acuerdos sobre el arreglo pacífico de las controversias”.

Son los *Tratados generales de arreglo pacífico*, cuyo objeto consiste en establecer para las partes la obligación de someter todas o determinadas categorías genéricas de controversias a los métodos allí definidos.

Tratados de este tipo los hay multilaterales, de vocación universal (así, el Acta General para el arreglo pacífico de las controversias, 1928, revisada por la AGNU en 1949), de vocación regional (como el Tratado Interamericano de solución pacífica de controversias, denominado oficialmente *Pacto de Bogotá*, 1948, y la Convención Europea para el arreglo pacífico de las controversias, 1957), y bilaterales, concertados a cientos en el primer tercio del siglo pasado pero mucho menos habituales a partir de 1945 (v. *infra*).

2) “Incluir en los acuerdos bilaterales y las convenciones multilaterales... disposiciones eficaces para el arreglo pacífico de las controversias a que pudiesen dar lugar la interpretación o la aplicación de tales instrumentos”.

Estas cláusulas —denominadas *compromisorias*— han florecido en los últimos años en tratados de toda suerte y condición. Particular mención merecen las cláusulas compromisorias dispuestas en tratados multilaterales generales de codificación y desarrollo progresivo. El éxito del objetivo pretendido estará sin embargo en función del método elegido (político o jurisdiccional, v. *infra*), así como de la técnica de su experimentación, susceptible a menudo de exclusión o reserva mediante la conocida fórmula *opting out* (sistema que, por ej., ha cundido en tratados de derechos humanos respecto de medios jurisdiccionales) o, peor, pendiente de su aceptación expresa por las partes mediante el sistema *opting in* (cláusula *cosmética*, dice B. Oxman, que goza de gran predicamento en tratados medioambientales de última generación). (V. Cap. XI).

Especiales características presentan las cláusulas incluidas en los tratados constitutivos de OI con el propósito de solucionar las controversias nacidas entre sus Estados miembros

Tratados generales de arreglo pacífico y cláusulas compromisorias suelen disponer, respecto de controversias futuras, distintos medios de solución experimentables con carácter sucesivo, en el sentido de que sólo el agotamiento infructuoso del precedente dará curso al siguiente; de haber sido previstos procedimientos jurisdiccionales —lo que es regla en los tratados generales de arreglo pacífico, multilaterales en particular— a ellos estará normalmente reservado el cierre de la mencionada secuencia (v. *infra*).

Faltando instrumentos previos en relación con la controversia ya nacida, el recurso a un determinado medio para su solución (*a posteriori*) queda generalmente a expensas del acuerdo *ad hoc* de las partes, denominado *compromiso* si los elegidos son procedimientos jurisdiccionales (arbitraje o arreglo judicial), aunque *nada impide descubrir el consentimiento como consecuencia de la iniciativa unilateral de una parte aceptada por la otra, explícitamente o a través de actos concluyentes* (v. *infra*).

371. Medios de arreglo: clases

Los medios de arreglo son, unos, *políticos*, otros, *jurisdiccionales*.

Denominamos *políticos* a la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación. Si el arreglo de la controversia lo asumen directamente las partes estaremos ante la negociación. Si ésta se canaliza a través de la actuación de un tercero, se tratará, en grado ascendente, de los buenos oficios o la mediación. El protagonismo de los terceros crece cuando la controversia se somete a una comisión de encuesta (investigación o determinación de los hechos) o de conciliación, el método *político* que más se asemeja a los *jurisdiccionales*. Cualquiera que sea el papel asignado al tercero, su actuación puede concebirse en el ámbito de las meras relaciones interestatales o en el institucionalizado de las OI.

Métodos *jurisdiccionales* son el arbitraje y el arreglo judicial. En ambos supuestos la solución de la controversia se somete a un tercero imparcial, pero si en el arbitraje se trata de un órgano constituido *ad hoc*, el arreglo judicial corresponde a un órgano permanente de carácter institucional. La CIJ es, como órgano judicial principal de NU (art. 92 de la Carta), símbolo emblemático del recurso a métodos jurisdiccionales (v. *infra*).

Dos rasgos fundamentales separan a medios *políticos* y *jurisdiccionales*.

A través de los medios *políticos* el arreglo de la controversia:

a) Puede procurarse al margen —no contra— la aplicación de las normas del DI positivo; y

b) La solución propuesta se hace obligatoria sólo mediando el acuerdo de las partes.

Tratándose de medios *jurisdiccionales* el arreglo de la controversia:

a) Se zanja mediante la aplicación del DI positivo, salvo en el caso improbable de que las partes hayan facultado a árbitros o jueces para dictar sentencia *ex aequo et bono* (lo que jamás ha ocurrido en asuntos planteados ante la CIJ, art. 38.2 del Estatuto); y

b) La decisión es definitiva y vinculante para las partes en litigio y respecto del caso decidido (art. 59 del Estatuto de la CIJ), generando su incumplimiento un hecho ilícito que acarrea responsabilidad internacional (CDI, proyecto de arts. sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001, comentario del art. 12). (V. Cap. XIX).

Estas características explican el distanciamiento de la mayoría de Estados de los métodos jurisdiccionales, en general, y de la CIJ en particular. Hoy como ayer, los sujetos soberanos de la sociedad internacional prefieren conservar la mayor libertad de acción y decisión que les proporciona el recurso a los medios de arreglo políticos antes que exponerse a procedimientos que fácilmente pueden escapar a su control.

LXXXIV. MEDIOS POLÍTICOS

372. *Las negociaciones diplomáticas*

Las negociaciones diplomáticas son el principal medio de solución pacífica de controversias internacionales. “No hay necesidad de insistir”, advirtió la CIJ, “en el carácter fundamental de este método de arreglo” (*Plataforma continental del mar del Norte*, 1969).

Su liderazgo en el pelotón trae por causa: a) las múltiples funciones que son capaces de desempeñar en materia de arreglo pacífico; y b) la obligación de negociar antes de experimentar otros medios que incorporan un gran número de los tratados de arreglo pacífico y de cláusulas compromisorias. No puede, sin embargo, afirmarse, c) que exista una norma consuetudinaria o general imponiendo el recurso previo a negociaciones diplomáticas.

a) *Una función múltiple*

Las negociaciones diplomáticas cumplen una función múltiple en la solución de controversias internacionales en la medida en que, además de ser el *medio autónomo* de arreglo por excelencia, pueden ser el *prólogo y/o epílogo* necesarios de otros procedimientos en los que intervenga un tercero.

La práctica enseña, en efecto, la preponderancia de las negociaciones directas como el *medio autónomo* de arreglo al que de forma natural y espontánea recurren los Estados para zanjar sus controversias, lográndolo en un alto porcentaje de

ocasiones (lo que no suele ser noticia en desmedro de la crónica negra del DI). No es de extrañar, teniendo en cuenta su flexibilidad y adaptabilidad a cualquier tipo de contencioso (político, jurídico, técnico...) y el amplio margen de libertad del que disfrutaban las partes que, salvo la obligación general de negociar *bona fide*, pueden conducirse con absoluta libertad y reserva. La *Declaración de Manila* recuerda, en este sentido, que las negociaciones directas son un medio *flexible y eficaz* de arreglo de las controversias e insta a las partes a recurrir a ellas.

Así concebidas, las negociaciones diplomáticas resultan impecables en la solución de conflictos homogéneos, esto es, entre Estados pertenecientes al mismo grupo político, económico, ideológico, cultural... Ahora bien, pretendiendo ser profundamente respetuosa con la soberanía *formal* de las partes, las negociaciones directas favorecen a los más fuertes, cuya *realidad* de poder —la asimetría más relevante que en gran medida engloba a las demás— se hace particularmente patente en la desigual relación de una negociación en la que tantos factores ajenos a la misma controversia están presentes. Esto explica que, por ej., fueran Estados débiles y/o pequeños los patrocinadores de la res. 53/101 de la AGNU sobre los *Principios y directrices que han de regir las negociaciones diplomáticas* (1998), cuyo objeto consiste en establecer un código de conducta, un marco general de referencia sobre cómo conducir las negociaciones que reduzca la incertidumbre y genere una atmósfera de confianza sobre su desarrollo.

De tener éxito, lo negociado podrá materializarse en un tratado que traduzca los términos del acuerdo alcanzado. De no prosperar, la negociación puede servir, al menos, para delimitar el alcance y el objeto de la controversia (CPJI, *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 1924), así como para dar curso a otros procedimientos de arreglo.

La *función preliminar* de las negociaciones diplomáticas es ineludible para activar cualquier procedimiento de arreglo, sea político o jurisdiccional, a cuya experimentación no vengan obligadas las partes en virtud de un compromiso previo. También lo es, con carácter accesorio, para ejecutar compromisos que prevén el recurso a medios de arreglo no institucionalizados. El recurso previamente convenido de cualquiera de los medios políticos y del arbitraje requiere una cooperación de las partes que se traduce de hecho en una negociación.

Más aún, mientras uno de estos medios, que suponen la intervención de terceros, está activo, también lo están, con mayor o menor intensidad, en paralelo o, simplemente, porque el medio se concibe, como es el caso de los buenos oficios y la mediación, como un procedimiento para facilitar la negociación de las partes.

Las negociaciones diplomáticas también pueden desempeñar una importante *función epilodal*, es decir, de culminación o cierre en la solución de controversias internacionales. Son indispensables para la concertación del acuerdo que traducirá los frutos del recurso provechoso a otros medios de arreglo políticos. También lo son para ejecutar y/o dar forma a la decisión de un órgano jurisdiccional, carente de mecanismos de ejecución forzosa.

Se trata de una función que, incluso, puede venir impuesta por vía convencional; por ej., el art. 283.2 de la CONVEMAR dice: "las partes procederán sin demora a intercambiar opiniones cuando... se haya llegado a una solución y las circunstancias requieran consultas sobre la forma de llevarla a la práctica".

Puede ocurrir que las partes soliciten del árbitro o del juez, no una decisión sustantiva, sino unas bases para la negociación (CIJ, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969), o que el árbitro o el juez impongan a las partes la obligación de (esforzarse por) negociar (CIJ, *Competencia en materia de pesquerías*, 1972), y/o aludir a las ventajas que les reportaría el acuerdo negociado para asegurar el cumplimiento de los objetivos de un tratado que declara en vigor (CIJ, *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997) o reenviar a las partes la solución negociada del fondo de una controversia en la que preferiría no entrar aun teniendo competencia para ello (CIJ, *Paso por el Grand-Belt*, 1991, 1992, que se cerró con el desistimiento de Finlandia una vez logrado el acuerdo acerca de la reparación financiera por la interferencia que para el paso de buques de gran calado suponía la construcción del puente danés sobre el estrecho).

Obsérvese que allí donde las normas generales del DI imponen un *pacto de negociando* (por ej., sucesión de Estados o delimitación territorial) la forma en que se acomete la negociación puede ser el núcleo mismo de la controversia.

b) *La obligación convencional de negociar*

Los instrumentos convencionales sobre arreglo pacífico (tratados generales y cláusulas compromisorias) con frecuencia subordinan la experimentación de los medios en los que interviene un tercero a previas e infructuosas negociaciones diplomáticas, consultas o intercambio de opiniones entre las partes. La obligación convencional de negociar constituye así una condición *sine qua non* que suspende, temporal o definitivamente (de lograrse el acuerdo), el recurso a los demás procedimientos allí regulados, dispuestos por lo general, según se indicó, con carácter sucesivo (por ej., conciliación, arbitraje, arreglo judicial, o una combinación de todos o algunos de ellos).

La apreciación del previo agotamiento de las negociaciones diplomáticas resulta comprometida y escurridiza, debido a que se presta a maniobras dilatorias de la parte que no desea la intervención del tercero, especialmente si éste es un órgano jurisdiccional. Ese riesgo se evita cuando los instrumentos convencionales prevén un plazo que pone término a la vía negociada dejando, a partir de esa fecha, en manos de cualquiera de las partes la experimentación del siguiente y/o sucesivos métodos de arreglo convenidos; por ej., los CV sobre sucesión de Estados en materia de tratados (1978, art. 41) y en materia de bienes, archivos y deudas del Estado (1983, art. 42) establecen el recurso a la conciliación si en un plazo de seis meses no se logra la solución de la controversia mediante un proceso de consulta y negociación. Lamentablemente, son aún pocos los tratados que incluyen estas cláusulas de salvaguardia o, si lo hacen, las redactan de forma imprecisa, limitándose a fijar un plazo *prudencial* o *razonable*, o peor, torpe y riguroso (por ej., sometiendo a la *opinión de las partes* la decisión acerca de la inviabilidad de las negociaciones directas: así el *Pacto de Bogotá*, art. II.2, v. *infra*).

Será el tercero llamado a intervenir el que habrá de pronunciarse sobre la eventual excepción del previo agotamiento de la vía diplomática planteada por una de las partes. En este sentido cabe recordar que si las partes, como recalca la *Declaración de Manila*, deben negociar “efectivamente a fin de llegar a un pronto

arreglo aceptable" para ambas, eso no ocurre, según ha advertido la jurisprudencia, arbitral (*Lago Lanós*, 1957; *Acuerdo sobre las deudas exteriores alemanas*, 1972) y de la CIJ (*Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969), cuando una parte se muestra inflexible, sin contemplar modificación ni concesión alguna, vuelve reiteradamente sobre lo acordado o viola arbitrariamente los procedimientos y plazos convenidos.

Para la CIJ, el cumplimiento del requisito de las negociaciones no siempre presupone una larga serie de cartas o despachos, basta comprobar la actitud intransigente o negativa de una parte o, incluso su rechazo a entablarlas como muestra de su inviabilidad y, de ser el caso, base suficiente para autorizar a la otra a someter el asunto a su jurisdicción según lo convenido *a priori* (CPJI, *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 1924; CIJ, *Sudoeste Africano*, 1962, *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1980; *Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultantes del incidente aéreo de Lockerbie*, 1992).

En el asunto de las *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas* (Nicaragua c. Honduras), la CIJ (1988) no pudo limitarse a determinar si la vía negociadora estaba agotada, sino que hubo de apreciar si existía un *común acuerdo* de las partes al respecto, según la excepción planteada por Honduras sobre la base del art. II.2 del Pacto de Bogotá. La Corte no consideró supeditada su jurisdicción a la opinión que en ese momento pudiera sustentar el demandado, considerando que la disposición mencionada la facultaba para identificar la posición de las partes a través de su actitud antes de que se planteara la demanda. El hecho de que prácticamente desde los inicios de la controversia las partes recurrieran a la intervención de terceros Estados (*Grupo de Contadora*), fue clara evidencia para la Corte de la *opinión coincidente* de Honduras y Nicaragua acerca del agotamiento de las negociaciones diplomáticas. Asimismo, en el asunto de la *Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (1995) la Corte hubo de apreciar si de resultas de las negociaciones entre las partes se infería, como así se juzgó, el reconocimiento de su jurisdicción sin necesidad de concluir un *compromiso ad hoc*.

No deben confundirse las cláusulas aquí examinadas con aquellas que imponen a las partes el inicio de consultas o el intercambio de opiniones, no tanto con miras a llegar a una solución de su controversia, sino más bien como fase preliminar del proceso de arreglo y/o a fin de determinar el medio que consideren idóneo para el caso concreto (v. *supra*); así, por ej., el art. 283.1 de la CONVEMAR dispone: "Cuando surja una controversia entre Estados Partes relativa a la interpretación o aplicación de la Convención, las partes en la controversia procederán sin demora a intercambiar opiniones con miras a resolverla mediante negociación o por otros medios pacíficos".



c) La supuesta norma general sobre la prioridad de las negociaciones diplomáticas

Ha de quedar claro, en todo caso, que la prioridad de negociaciones directas entre las partes no viene impuesta por una norma de DI general, sino que se circunscribe al instrumento que, en su caso, la disponga. La opinión en virtud de la cual la reiteración de cláusulas previendo infructuosas negociaciones con carácter previo respecto de cualquier otro procedimiento de arreglo habría introducido por vía consuetudinaria una corrección al principio de libre elección de medios, no cuenta con el apoyo político necesario para imponerse y, sobre todo, carece de respaldo jurisprudencial.

El insuficiente apoyo político quedó patente en los debates del Comité Especial de NU que preparó la *Declaración sobre los Principios*. Los países otrora socialistas, tradicionalmente hostiles a la institucionalización

de procedimientos jurisdiccionales, sostuvieron la prioridad de las negociaciones diplomáticas como el medio de arreglo más respetuoso con la soberanía de los Estados, que estarían obligados a negociar —aunque ello no viniera impuesto por vía convencional— y sólo de común acuerdo recurrirían a otros métodos. Pero, como ya se señaló, en la Declaración finalmente adoptada —por consenso— todos los métodos de arreglo se sitúan en pie de igualdad.

La falta de respaldo jurisprudencial se evidenció cuando la CIJ desestimó la excepción del previo agotamiento de negociaciones diplomáticas alegada por África del Sur sin mayores argumentos que los mencionados (*Sudoeste Africano*, 1962), actitud que la Corte corroboró al admitir que la existencia de negociaciones activas entre las partes no constituye un obstáculo al ejercicio de su jurisdicción, que puede desarrollarse *pari passu* (CIJ, *Plataforma continental del mar Egeo*, 1978; *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1980; *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984; *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997...).

Qué duda cabe que las negociaciones diplomáticas son deseables para definir y delimitar el objeto de la controversia (CPJI, *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 1924), pero su anterioridad sobre los otros medios de arreglo no es una prioridad impuesta por el Derecho, sino una precedencia lógica, natural. Es la lógica de los acontecimientos, la especial naturaleza de la sociedad internacional, la que marca la prioridad de la negociación. Incluso, la percepción de que más vale un mal acuerdo o un desacuerdo crónico controlado, sobre todo si las cartas con que se cuenta no son buenas o se han vivido malas experiencias al ponerse en manos de un tercero, es la que induce a algunos Estados a considerar la negociación directa como alfa y omega para zanjar sus controversias.

De lege ferenda no se advierten las ventajas que depararía la animación de una norma consuetudinaria obligando a la previa experimentación y agotamiento de negociaciones diplomáticas, pues: a) *favorecería* las maniobras dilatorias; b) *limitaría* la eficaz intervención de los medios de arreglo, en general, y de la CIJ, en particular; y, c) *perjudicaría* a los más débiles, impedidos de rechazar como principio una negociación directa para ampararse en una intervención de terceros compensatoria, hasta cierto punto, de su inferioridad de hecho.

373. Los buenos oficios y la mediación de terceros

Los buenos oficios y la mediación de un tercero han sido concebidos para hacer viables las negociaciones de las partes en la controversia cuando sus relaciones son tensas o, incluso, se han roto (piénsese, por ej., en *Grupos de contacto*, *Cuartetos*, *Hojas de ruta*..., dispuestos a tal finalidad), por lo que desempeñan un papel inestimable en la solución de controversias —y situaciones— que representan una amenaza para la paz y la seguridad internacional, ámbito en el que su ejercicio puede venir determinado en función de las competencias desempeñadas en materia de arreglo pacífico por las OI de fines generales (v. Cap. XXVII).

En teoría, la distinción entre ambos procedimientos es diáfana en atención a las funciones asignadas al tercero. Los *buenos oficios* representan el grado de intervención más modesto. El tercero que los presta se limita a ejercer su

influencia moral o política para (r)establecer las relaciones entre las partes en litigio o facilitar (de ahí que también atiendan al nombre de *facilitación*) la organización de las negociaciones directas entre ellas, pudiendo considerar concluida su misión cuando tal se consigue (v., por ej., arts. IX y X del Pacto de Bogotá).

La *mediación* supone dar un paso más en las funciones asignadas al tercero. Como en los buenos oficios, su primera misión consiste en aproximar a las partes, pero el mediador se siente, además, autorizado para participar activamente en el desarrollo de las negociaciones como vía de comunicación, sugerencia y acomodación de posiciones, hasta que, o bien se alcanza el arreglo por acuerdo de las partes, o se conviene en acudir a otro medio o, sencillamente, se constata el fracaso de la mediación.

Prueba evidente de que tal ocurre es la no aceptación de las bases de negociación propuestas por el mediador (art. 5 de la Convención de La Haya de 1907). En algunos supuestos se marca un plazo al ejercicio de la mediación, pasado el cual ha de considerarse fallida; así, por ej., el art. XIII del Pacto de Bogotá fija un plazo de dos meses para la elección del mediador (o mediadores) y de cinco para llegar a la solución de la controversia, y caso de no lograrlo, se impone a las partes la obligación de recurrir "sin demora a cualquiera de los otros procedimientos previstos en este Tratado".

Resulta sin embargo difícil establecer en la práctica una frontera clara y precisa entre ambos procedimientos, pues no es extraño que los buenos oficios aparezcan tintados de funciones de mediación; de ahí que las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 (las primeras que regularon minuciosamente tales procedimientos) los traten de manera conjunta e intercambiable (Título II: "De los buenos oficios y la mediación").

El Pacto de Bogotá, que se esfuerza en tratar la mediación como método característico, sin asociarlo con los buenos oficios (cap. II, arts. IX-IXX), admite no obstante que el Estado o ciudadano que hubiera ofrecido sus Buenos Oficios o aceptado la invitación de interponerlos podrá, por acuerdo de las partes "estar presentes en las negociaciones" (art. X).

Los buenos oficios y la mediación pueden ser ejercidos a *solicitud* de los Estados interesados u *ofrecidos* por el tercero, pero no pueden *imponerse*. Tratándose de procedimientos que desempeñan un papel auxiliar en pos del acuerdo de las partes, basados pues en la confianza de éstas en el tercero, su designación —y posterior intervención— ha de hacerse por consentimiento mutuo y para la controversia de que se trate (lo que reclamará la concertación de un acuerdo *ad hoc*, incluso en el caso de que buenos oficios o mediación hayan sido dispuestos en un tratado previo, a menos que se haya identificado en él *eo nomine* a quien(es) hayan de desempeñarlos (v., por ej., arts. IX y XI del Pacto de Bogotá).

Otra cosa es que la libertad de decisión de las partes se vea coartada por las reglas de una OI concernientes a la solución de controversias entre sus miembros.

La práctica muestra que las funciones de buenos oficios y mediación son por lo general confiadas a representantes estatales y/o de OI, siendo en este punto de

especial mención la labor desempeñada por el Secretario General de NU y, en el ámbito americano, por el Secretario General de la OEA.

A título de ejemplo pueden citarse los buenos oficios de Francia en el conflicto de Vietnam, que contribuyeron a la firma de los Tratados de París (1973); la mediación de Argelia, que facilitó la *Declaración de Argel* (1981) entre Estados Unidos e Irán por la que, entre otras cosas, se creó el Tribunal de Reclamaciones Irán/EE.UU. (art. II de la Declaración, v. *infra*); o la de Estados Unidos, que condujo a los *Acuerdos de Camp-David*, preparatorios del Tratado de Paz entre Egipto e Israel (1978), o a los *Acuerdos de Dayton-París* que fijaron el marco general de paz en Bosnia y Herzegovina (1995).

Aunque el Secretario General de NU desarrolla continuamente acciones de buenos oficios y mediación, cabe citar en este contexto la oferta de buenos oficios que en 2002 hizo Kofi Annan a los Presidentes de Camerún (P. Biya) y Nigeria (O. Obasanjo) en relación con la ejecución de la sentencia de la CIJ en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima* entre ambos países, que dio en la creación de la Comisión Mixta Camerún-Nigeria con el mandato, entre otros, de la demarcación de la frontera terrestre, la desmilitarización de la península de Bakassi (atribuida a Camerún) y la protección de los derechos de su población.

La capacidad, si no de imponer, sí al menos de *influir* y, en todo caso, *controlar*, el desenlace de determinadas controversias explica el interés de las grandes potencias en asumir estas misiones, suplantando incluso el papel de los órganos competentes de OI como la ONU dispuestos a decir amén.

Así cabe recordar al llamado *Grupo de Contacto* (Alemania, Estados Unidos, Francia Gran Bretaña, Italia y Rusia) cuya implicación en el devenir de la antigua Yugoslavia ha tenido una última proyección en la formulación de los *Principios rectores del proceso relativo al estatuto futuro de Kosovo* (2005), implícitamente asumidos por el C. de S. (declaración de su Presidente de 24 de octubre); o el *Cuarteto* (Estados Unidos, Rusia, la UE y la ONU a través de su Secretario General) que en el regresivo proceso de paz (¿?) en Oriente Próximo formularon en 2002 una *Hoja de Ruta* para hacer realidad la visión —cada vez más borrosa— de dos Estados, Israel y Palestina, viviendo el uno junto al otro en paz y seguridad, hoja de parra más que de ruta en la que también ha escondido sus vergüenzas el C. de S. (res. 1397, de 2002).

El recurso a *personalidades independientes* es, en todo caso, una posibilidad que obvia el riesgo de que el tercero, particularmente si se trata de una gran potencia, aproveche la ocasión para tutelar sus propios intereses.

Expresamente previsto el recurso a *ciudadanos eminentes* en el Pacto de Bogotá (arts. IX y XI), es en el ámbito interamericano donde esta modalidad encuentra su mejor caldo de cultivo; ejemplos señeros han sido la mediación entre Honduras y El Salvador del antiguo presidente de la CIJ, Bustamante Rivero (establecida por el Tratado de Washington de 6 de octubre de 1976), que resultó en el Tratado general de paz de 30 de octubre de 1980; o la mediación papal en la controversia entre Chile y Argentina por la delimitación del Canal de Beagle (Tratado de Montevideo de 8 de enero de 1979), zanjada con la conclusión del Tratado de Paz y Amistad de 29 de noviembre de 1984.

Puede ocurrir que por consideraciones políticas se denomine *mediación* lo que en realidad es un *arbitraje*, atendiendo al acuerdo de las partes en aceptar como obligatoria la decisión del *mediador*. Fue el caso de la mediación del Secretario General de las NU, Pérez de Cuellar, en el asunto *Rainbow Warrior*, a cuyo dictamen las partes confirieron fuerza vinculante en el comunicado conjunto franco-neozelandés (1987); bajo una terminología blanda y más manejable política y constitucionalmente, se disfrazó un sencillo arbitraje (*político*, dice E. Doreau) que fue precedido de negociaciones secretas entre Francia y Nueva Zelanda. Viceversa,

también por razones políticas, ha podido presentarse como *arbitraje* a la opinión pública lo que en origen era sólo una *mediación*. Así ocurrió cuando el Papa León XIII medió entre España y Alemania en su disputa sobre las Islas Carolinas (1885). Las bases de entendimiento propuestas por el Sumo Pontífice fueron aceptadas por las partes.

374. Encuesta, investigación o determinación de los hechos

Este medio de arreglo está encaminado a obtener un conocimiento imparcial y detallado de los hechos que dieron origen a la controversia a través normalmente de un órgano colegiado, denominado comisión de encuesta, investigación o determinación de los hechos (lo que no excluye la posibilidad de que tales funciones sean confiadas a una sola persona).

La encuesta fue concebida por la Convención de La Haya de 1899 para las controversias que versando sobre una divergencia en la apreciación de puntos de hecho no comprometieran ni el honor ni los intereses vitales de las partes. La experiencia resultante del primer caso en que se recurrió a este medio (*Dogger Bank*, 1904-1905), provocado por el ataque de una escuadra rusa a pesqueros británicos a los que se confundió con torpederos japoneses (la comisión determinó la negligencia del almirante ruso al dar la orden de fuego, lo que llevó a Rusia a indemnizar a Gran Bretaña), sirvió para que la Convención de La Haya de 1907 desarrollara y precisara las reglas de funcionamiento de las comisiones de encuesta (Parte III, arts. 19 a 36).

El tercero elabora a tal fin un informe imparcial para las partes, que —a menos que hayan convenido otra cosa— conservan total libertad de acción con respecto a la solución de la controversia (art. 35 de la Convención de La Haya de 1907).

El Anexo VIII de la CONVEMAR ("Arbitraje especial") establece (art. 5) un procedimiento de determinación de los hechos (a cargo del Tribunal arbitral regulado en este Anexo) cuyos resultados han de ser considerados concluyentes. Las partes pueden no obstante solicitar "la formulación de recomendaciones que, sin tener fuerza decisoria, sólo sirvan de base para que las partes examinen las cuestiones que hayan dado origen a la controversia" (art. 5.3).

Como ocurre respecto de cualquier medio de arreglo no institucionalizado, la constitución y composición de la comisión de encuesta o investigación será por lo general determinada *ad hoc* (art. 10 de la Convención de La Haya de 1907), incluso cuando el recurso a la misma hubiese sido previsto por adelantado. La formación de una lista o *reserva de expertos* facilitará las cosas.

Por ej., el denominado *Mecanismo de Moscú*, instaurado por la CSCE en 1991, prevé el recurso a una "misión de la Conferencia" para evaluar la situación de los derechos humanos en un determinado Estado participante cuya constitución se basa en la lista de expertos facilitada por los mismos Estados; procedimiento que fue invocado (por diez Estados occidentales) en relación con la situación de los derechos humanos en Turkmenistán (2003), dando su informe pie a que la AGNU se interesara por la cuestión. Asimismo, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción (1997) prevé (art. 8) la posibilidad de constituir una *misión de determinación de los hechos*, integrada con miembros de la lista de *expertos cualificados* preparada por el Secretario General de NU con los nombres remitidos por los Estados partes, estando facultados éstos para rechazar por escrito un nombre determinado en relación con las misiones instituidas en territorio bajo su jurisdicción.

Son excepcionales los tratados que crean comisiones de encuesta de carácter permanente.

Es el caso de los *Tratados Bryan* (nombre del Secretario de Estado norteamericano que los impulsó), concluidos entre 1913 y 1914 por Estados Unidos con una treintena de Estados, europeos y, en particular, latinoamericanos, imponiendo la sumisión a *comisiones permanentes de investigación* de todas las controversias suscitadas entre las partes, sea cual fuere su origen o naturaleza y no sólo las que afectaran a la determinación de los hechos, por lo que la comisión, a pesar de su denominación, venía facultada a realizar funciones próximas a la conciliación. El principal mérito de los *Tratados Bryan* fue excluir la reserva, establecida en las Convenciones de La Haya, relativa a las controversias que afectaran al "honor y los intereses vitales de los Estados". Todavía hoy superan la veintena los tratados de este tipo en vigor; así, por ej., el concluido entre Estados Unidos y Chile (*Tratado Bryan-Suárez Mujica*) fue invocado la pasada década en el asunto *Letelier y Moffit* (compromiso de 11 de junio de 1990), encargándose a la comisión la determinación del *quantum* de la indemnización *ex gratia* a la que se comprometió Chile en caso de resultar responsable en juicio (del homicidio de O. Letelier y R. Moffit en 1976).

En el ámbito multilateral es en la esfera de los derechos humanos y del DI Humanitario donde las comisiones permanentes de encuesta han encontrado más acogida. Así, el Protocolo I (1977) a los Convenios de Ginebra sobre DI Humanitario (1949) prevé que una *comisión internacional permanente de encuesta* (integrada por quince expertos independientes, art. 90 del Protocolo) investigue las denuncias formuladas sobre cualquier violación del mismo Protocolo o de los Convenios de Ginebra. Esta comisión se constituyó en 1991, una vez que veinte Estados partes aceptaron su competencia. Su mandato fue renovado en 2001 por cinco años.

Siendo la misión de la comisión de encuesta el esclarecimiento de las cuestiones de hecho en litigio —sin que en principio quepa valorar el fondo de la controversia— mediante un procedimiento contradictorio (lo que puede entrañar la audiencia de las partes, el examen de testigos y expertos, las visitas sobre el terreno...), se trata de un medio de arreglo que puede combinar las ventajas de la diplomacia y las técnicas jurídicas.

He aquí una de las razones que explican el lugar destacado que en la actualidad ocupa el recurso a la determinación de los hechos en el ámbito de las OI como instrumento de estabilización, enlace y comunicación entre las partes en la controversia, lo que al tiempo convierte este medio en un buen instrumento para la prevención de conflictos. Prueba de ello fue la adopción por la AG de la *Declaración sobre la determinación de los hechos por las NU en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales* (res. 46/59, de 1991).

Por la misma razón —es decir, limitarse a las cuestiones de hecho— la función de la encuesta como medio *autónomo* de arreglo puede combinarse con la *instrumental* para la posterior experimentación de otro o sucesivos procedimientos.

Por ej., el Pacto de Bogotá (1948, art. XVI), y la Convención Europea de 1957 para el arreglo pacífico de las controversias (art. 12) prevén el recurso a la encuesta en combinación con la conciliación.

375. Conciliación

La conciliación consiste en la instrucción imparcial por un órgano colegiado, denominado asimismo comisión de conciliación (habitualmente compuesta por

juristas) de todos los aspectos de la controversia con el objeto de formular una propuesta para su solución, sometida a la aceptación por las partes.

El Acta General para el arreglo pacífico de controversias internacionales (1928/1949) incluye una disposición (art. 15.1) sobre las funciones de la conciliación que dice lo siguiente: "La tarea de la comisión de conciliación consistirá en dilucidar las cuestiones objeto de controversia, acopiar con este fin toda la información necesaria mediante investigaciones o por otros medios, y procurar que las partes lleguen a un acuerdo. Una vez examinado el caso, pueden informar a las partes de los términos de arreglo que le parecen apropiados y establecer el período dentro del cual las partes han de adoptar una decisión".

La conciliación se diferencia así de la encuesta porque: a) el examen del litigio se extiende tanto a las cuestiones de hecho como de derecho de acuerdo con un procedimiento contradictorio (v., por ej., IDI, sesión de Salzburgo, 1961, *Normas sobre el Procedimiento de Conciliación Internacional*; AGNU, *Reglas modelo sobre el recurso a una comisión de buenos oficios, mediación o conciliación*, res. 44/415, de 1989); y, b) el informe presentado al efecto propone una solución para zanjar el fondo de la controversia, que no obstante carece, como todo medio político de arreglo, de fuerza jurídica vinculante *per se*.

No obstante, los resultados del procedimiento de conciliación —como los de otros medios de arreglo políticos a cargo de terceros— tienen desde luego algún efecto jurídico, pues adoptan la forma de recomendaciones que las partes deben tener en cuenta de buena fe; como así lo constata el Convenio para la protección de la capa de ozono (1985): "La Comisión [de conciliación] emitirá un fallo definitivo y recomendatorio que las partes deberán tener en cuenta de buena fe" (art. 11.5).

Ignorada por los Convenios de La Haya (de 1899 y 1907), la conciliación como medio de arreglo nació y se multiplicó en el marco de la S. de N. Habiendo recomendado la Asamblea de la Sociedad en 1922 el recurso a la conciliación para las controversias que no hubiesen sido resueltas por otros medios políticos, se coció en el período entreguerras una hornada de unos doscientos tratados de arreglo pacífico, bilaterales y multilaterales, que respondían a la sucesión obligatoria del tríptico: *conciliación, arbitraje, arreglo judicial*. Entre los bilaterales, destacan los *Tratados Locarno*, concluidos en 1925 entre antiguos adversarios europeos, que sirvieron de modelo a otros. Entre los multilaterales, el Acta General para el arreglo pacífico de controversias internacionales, adoptada en 1928 (y revisada por NU en 1949).



Característica de los instrumentos previendo el recurso a la conciliación gestados en la época ginebrina, que se ha proyectado en *tratados generales de arreglo pacífico* contemporáneo, es la de imponer, respecto de determinadas categorías de controversias, el recurso obligatorio a la conciliación con carácter previo a la experimentación de procedimientos jurisdiccionales (arbitraje y/o arreglo judicial).

De la distinción entre controversias *jurídicas* y *no jurídicas* (o políticas, v. *infra*), el Acta General previó: 1) para las primeras, su sumisión a la Corte de La Haya, a menos que las partes conviniesen en acudir al arbitraje (art. 17); y, 2) para las restantes, el recurso a la conciliación y, subsidiariamente, al arbitraje (art. 21). A un esquema similar responde la Convención europea para el arreglo pacífico de las controversias (1957, art. 2 y cap. III, arts. 4 y ss.), y el Pacto de Bogotá (cap. III, arts. XV y ss., y art. XXXII), si bien éste prima el arreglo judicial en la medida en que también las controversias políticas pueden someterse por recurso unilateral a la CIJ, siempre que antes hubiese fracasado la conciliación y las partes no acuerden seguir un procedimiento arbitral. Concebida como precedente obligatorio, el agotamiento infructuoso de la conciliación es en estos casos condición *sine qua non* para activar la jurisdicción por la vía del Pacto de Bogotá (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, Nicaragua c. Honduras, 1988) (v. *infra*).

Las notas que avalan la conciliación —de naturaleza política por lo que hace a sus efectos y jurídica a su técnica procesal— la sitúan como el procedimiento estrella en las *cláusulas compromisorias* de los tratados de codificación y desarrollo progresivo, ya imponiendo su recurso como único medio de arreglo de las controversias sobre su interpretación y aplicación (supuesto, en su caso, el previo agotamiento de negociaciones diplomáticas), ya como paso previo optativo y consensuado a procedimientos jurisdiccionales, ya para salvar el desacuerdo sobre la experimentación de otros medios de solución, jurisdiccionales o no.

Así lo ejemplifican señeros tratados multilaterales generales auspiciados por NU:

1) La obligación de recurrir a la conciliación como único procedimiento de arreglo —salvo que las partes se pongan de acuerdo en otra cosa— ha sido prevista, por ej., en las CV de 1978 y 1983 sobre sucesión de Estados (en materia de tratados, art. 42; y de bienes, archivos y deudas del Estado, art. 43); y lo mismo hace la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las OI de carácter universal (1975, art. 8).

También las CV de 1969 y 1986 sobre Derecho de Tratados (entre Estados, art. 66.b, y entre Estados y OI o entre éstas, art. 66.4) disponen el recurso obligatorio a la conciliación respecto de las controversias a que pudiera dar lugar la aplicación o interpretación de sus disposiciones sobre causas de nulidad, terminación y suspensión de los tratados que no afecten a *ius cogens* (v. Cap. XII).

2) Otras convenciones auspiciadas por NU regulan el arreglo de controversias a que pueda dar lugar su aplicación o interpretación en un Protocolo Facultativo (es decir, vinculante únicamente para las partes en la Convención que también lo sean en el Protocolo) estipulando el recurso unilateral a la CIJ, a menos que las partes acuerden —en un plazo de dos meses— acudir al arbitraje o a la conciliación. De ser este el caso, la comisión de conciliación contará con cinco meses desde su constitución para formular sus recomendaciones; de no ser aceptadas por las partes (en un nuevo plazo de dos meses) cualquiera de ellas podrá plantear la controversia ante la CIJ (v. Protocolos facultativos a los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar, 1958, y a los CV sobre relaciones diplomáticas, 1961, consulares, 1963 y sobre misiones especiales, 1969). El carácter de paso previo optativo y consensuado a la vía judicial con el que estos instrumentos prevén el recurso a la conciliación ha sido constatado en recientes asuntos en los que la CIJ se ha declarado competente con base en los Protocolos Facultativos a los CV sobre relaciones diplomáticas y consulares (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1980; *CV sobre relaciones consulares —asunto Breard—*, 1998; *LaGrand*, 2001; *Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004).

3) Son las cláusulas de arreglo incorporadas en las Convenciones sobre protección del medio ambiente las que más habitualmente incorporan el tercer modelo señalado, consistente en prever con carácter facultativo el recurso al arbitraje y/o al arreglo judicial de la CIJ, siendo la conciliación el método que viene a salvar la ausencia o disparidad sobre el medio jurisdiccional elegido (v. por ej., art. 14 de la Convención Marco sobre cambio climático, 1992; art. 27 de la Convención sobre la diversidad biológica, 1992...).

La CONVEMAR (1982), aun partiendo como regla de principio del sometimiento de las controversias sobre su interpretación o aplicación a procedimientos jurisdiccionales (v. *infra*), reserva a la conciliación una importante función para el arreglo de los litigios excluidos del sistema general, sea con carácter automático (así, los resultantes del ejercicio por las partes de sus derechos soberanos o jurisdicción en relación con la investigación científica marina y la pesca en la ZEE, art. 297) o facultativo (caso de los relativos a las disposiciones concernientes a la delimitación de los espacios marinos, art. 298).

Mérito a destacar de instrumentos generales y cláusulas compromisorias es la previsión —de haberla— de una lista de amigables componedores o conciliadores a los que las partes podrán acudir, una vez nacida la controversia, para la designación de la comisión a la que someten su solución.

Así, por ej., el Pacto de Bogotá dispone que la Unión Panamericana formará un *Cuadro Permanente de Conciliadores Americanos*, integrado por dos nacionales designados por cada una de las Altas Partes

contratantes, que gocen de la más alta reputación por su ecuanimidad, competencia y honorabilidad (art. XVIII), a los efectos de elegir, caso de surgir una controversia entre aquéllas, los miembros (cinco) que habrían de componer la Comisión (art. XIX).

Es asimismo característica de los tratados multilaterales generales auspiciados por NU la previsión — normalmente en Anexos— de una lista de expertos, integrada por juristas, cuyos nombres habrán de facilitar los Estados partes al Secretario General de NU. Sobre la base de tales listas las comisiones de conciliación estarán compuestas por un número impar de miembros (tres o cinco) elegidos (uno o dos) por cada una de las partes en la controversia y por los mismos conciliadores el (tercero o quinto) que habrá de desempeñar las funciones de presidente. Para evitar maniobras dilatorias también se suelen fijar plazos perentorios en los que han de efectuarse tales nombramientos, pasados los cuales se confieren competencias dirimentes a un tercero imparcial, normalmente el mismo Secretario General (por ej., art. 3 del Anexo V de la CONVEMAR).

LXXXV. MEDIOS JURISDICCIONALES

376. *La larga marcha en pos de la jurisdicción obligatoria. Instrumentos dirigidos a generalizarla*

Considerar las vicisitudes de la jurisdicción obligatoria es historiar una frustración. Ciertamente, son centenares los tratados y cláusulas compromisorias que, con mayor o menor perfección técnica, en combinación o no con la previa experimentación de métodos políticos y un número variable de excepciones, establecen el arbitraje y/o el arreglo judicial obligatorios. Sin embargo, los textos multilaterales dirigidos a generalizar la obligación para todo tipo de controversia futura, capaces de poner cimientos a una norma de DI general, han venido naufragando, uno tras otro, desde hace más de un siglo.

Los primeros intentos —y fracasos— para positivar con carácter general la jurisdicción obligatoria se produjeron en torno al arbitraje en las *Convenciones para la solución pacífica de los conflictos internacionales* adoptadas en la I y II Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y de 1907.

Las *Convenciones para la solución pacífica de los conflictos internacionales* (1899 y 1907) reconocieron el arbitraje como el medio más eficaz y equitativo para resolver *cuestiones de orden jurídico*—en primer término, las relativas a la aplicación o interpretación de los tratados— no zanjadas por vía diplomática; pero fue vano el esfuerzo por establecer cualquier obligación al respecto. La pretendida institucionalización del *arbitraje obligatorio* (por parte de Rusia en 1899, *Proyecto Martens*, y de Estados Unidos y la República Dominicana en 1907) chocó con la irreductible oposición del Imperio Alemán, lo que llevó a que las Convenciones de La Haya se limitasen a recomendar a las Potencias signatarias el recurso al arbitraje “siempre que las circunstancias lo permitan”, así como a celebrar tratados “a fin de extender el arbitraje obligatorio a todos los casos que juzguen pertinente someterle” (art. 38 de la Convención de 1907). Este fue uno de sus principales méritos, impulsar la conclusión de tratados de arbitraje de acuerdo con las reglas codificadas en La Haya, práctica convencional que tuvo especial acogida en el ámbito latinoamericano. España concluyó durante el primer tercio del siglo XX más de cincuenta tratados de arreglo pacífico, en su mayoría con países latinoamericanos, muchos de ellos todavía hoy en vigor, así, los concertados con Argentina (1916), Bolivia (1902), Brasil (1909), Colombia (1929), Honduras (1905), Nicaragua (1904)...

Intentos posteriores dirigidos a generalizar el arbitraje obligatorio han recibido carpetazo. Así le ocurrió al proyecto de arts. sobre procedimiento arbitral, aprobado por la CDI en 1953 y elevado a la AGNU con miras a la

adopción de una Convención general, que acabó relegado a *Modelo de reglas* (res. 1262-XII, 1958) que los Estados podrán seguir "en la medida que lo estimen apropiado" al redactar tratados o compromisos de arbitraje" (v. *infra*).

Tampoco prosperaron las iniciativas de La Haya por institucionalizar el procedimiento arbitral mediante la creación de un *tribunal permanente*. El *Tribunal Permanente de Arbitraje* (TPA), creado en la Convención de 1899 y prácticamente inalterado en la de 1907 (arts. 41-50), esconde una realidad muy diferente de la que se deduce de tan brillante cabecera, pues ni es un tribunal ni es permanente (si se exceptúa su Secretaría, con sede en La Haya), sino que se trata de una suerte de *reserva de árbitros* compuesta por listas nacionales de nombres propuestos por los Estados partes (cuatro nombres por seis años), a la que se puede acudir para la composición del órgano en cuestión; listas que, asimismo, sirven de base para presentar, por grupos nacionales, candidatos a jueces de la CIJ (art. 5 de su Estatuto), (v. *infra*).

La conmemoración en 1999 del centenario del TPA parece haber despertado a la institución del letargo en el que se encontraba sumida. Así lo prueba el *status* de observador que le ha sido otorgado en la ONU (AGNU, res. 48/3); el establecimiento de un *Fondo Fiduciario de Asistencia*, creado por la Secretaría de el TPA (1995) con objeto de sufragar los gastos de controversias sometidas a los servicios del TPA por Estados en desarrollo; la adopción de *Reglas modelo* a las que podrán acudir las partes —no sólo Estados— sea para instituir órganos arbitrales (Reglas opcionales de 1992, 1993, 1996; y 2001), de conciliación (1996 y 2002) o sobre la determinación de los hechos por comisiones de encuesta (1997). Como consecuencia el TPA ha sido claustro materno de importantes arbitrajes internacionales en los últimos años, tales como el relativo a la controversia territorial entre Eritrea y Yemen (1998); la delimitación de la frontera entre Eritrea y Etiopía (2002) y el arbitraje entre Irlanda y el Reino Unido en el marco de la convención de 1992 sobre la protección del medio marino del Atlántico Noreste (OSPAR). A ello cabe añadir las iniciativas dirigidas a reactivar y diversificar la prestación de servicios auxiliares de la Secretaría en relación con la formación y/o actuación de diversos tribunales arbitrales (como particularmente es el caso de las Reglas UNCITRAL...) (v. *infra*).

Al término de la Gran Guerra el Pacto de la S. de N. (1919) abrió camino al primer Tribunal universal, la *Corte Permanente de Justicia Internacional* (CPJI, con sede en el emblemático Palacio de la Paz de La Haya), creada en 1920 en un instrumento *ad hoc* (el Estatuto de la CPJI) como institución formalmente independiente de la Sociedad (aunque de conformidad con las previsiones del Pacto, art. 14). Pero de nuevo fracasaron las iniciativas para conferir a su jurisdicción carácter obligatorio (un privilegio del que, por cierto, sí disfrutó la Corte de Justicia Centroamericana, y al que seguramente debió su brevísima existencia, 1907-1918).

En el marco de la doble vía —política y jurídica— establecida para el arreglo de los conflictos internacionales, el Pacto previó (art. 12) que en caso de surgir un desacuerdo "capaz de provocar una ruptura" las partes podían plantearlo al Consejo de la Sociedad por iniciativa unilateral o someterlo de *común acuerdo* al arbitraje o al arreglo judicial (según la enmienda en vigor el 26 de septiembre de 1924); a tal efecto se ofreció una lista indicativa de los tipos de controversias susceptibles de tales arreglos, a saber, las relativas a: 1) la interpretación de un tratado; 2) cualquier cuestión de DI; 3) la realidad de cualquier hecho que, de ser comprobado, implicase la ruptura de un compromiso internacional o la extensión o naturaleza de la reparación debida (art. 13).

El Comité de Juristas (*Comité de los Diez*) que en 1920 preparó —de conformidad con las previsiones del Pacto (art. 14)— el proyecto de Estatuto de la CPJI sugirió que la condición de parte en el mismo implicase la aceptación de su jurisdicción obligatoria en relación al menos con las controversias de *orden jurídico* que no hubiesen podido ser resueltas por la vía diplomática, propuesta que chocó con la oposición de las grandes potencias de la época miembros de la Sociedad (Francia y Gran Bretaña). Como fórmula de compromiso el Estatuto incluyó la conocida como *cláusula facultativa u opcional* (art. 36.2), por cuya virtud las partes pueden declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial la jurisdicción de la Corte en las controversias de orden jurídico mencionadas en el Pacto respecto de cualquier otro Estado que acepte la misma obligación.

Dos iniciativas más se produjeron en tiempos de la S. de N. para imponer con carácter general la experimentación obligatoria de métodos jurisdiccionales para todo tipo de controversias, jurídicas y políticas. Una, el *Protocolo de Ginebra para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales* (1924), comprometía a los Estados partes a suscribir la cláusula opcional de sumisión a la CPJI, lo que conducía al arreglo judicial obligatorio de las controversias de orden jurídico, disponiendo para las restantes —caso de no haber sido resueltas por los órganos de la Sociedad— el recurso al arbitraje. Sólo las controversias que afectasen a cuestiones de la competencia exclusiva de las partes escaparían al sistema, pero para limitar las fugas su calificación se atribuyó a la Corte de La Haya. Demasiado perfecto para ser digno de la Tierra, los Estados empujaron al Protocolo de Ginebra a ocupar en el Cielo el lugar que le correspondía; falto de las ratificaciones precisas jamás entró en vigor.

Otro intento se debió al *Acta General para el arreglo pacífico de controversias* (1928), que dispuso la sumisión obligatoria a la CPJI de todas aquéllas en las que las partes discutieran un *derecho recíproco*, principalmente las controversias de orden jurídico mencionadas en el art. 36.2 del Estatuto, a menos que de común acuerdo acordasen acudir a un tribunal arbitral (art. 17). Las demás se someterían a un procedimiento de conciliación (v. *supra*) y, de fracasar éste, al arbitraje. La mayor flexibilidad del Acta, que consintió reservas y adhesiones parciales (al arreglo judicial y la conciliación o únicamente a ésta), le permitió entrar en vigor para una veintena de Estados, que en su mayoría aprovecharon las facultades mencionadas, cuya calificación y alcance el Acta atribuyó, por la misma razón que el Protocolo de Ginebra, a la Corte de La Haya.

La sucesión de la S. de N. por las NU arrastró la de la CPJI por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que, a diferencia de aquélla, fue concebida como órgano judicial principal de la ONU (arts. 7.1 y 92 de la Carta), pero mantuvo su sede en el Palacio de La Paz de La Haya; nada cambió por lo que se refiere al carácter voluntario en el que había de reposar su jurisdicción. Basado en el de su predecesora, el Estatuto de la CIJ sigue sustentando la jurisdicción de la Corte de La Haya en los mismos términos que el de 1920 (v. *infra*).

La Carta de NU, según se indicó, se limita así a mencionar el arreglo judicial entre la tropa⁵⁶ de medios a los que las partes pueden acudir con absoluta libertad (art. 33.1), así como a señalar a la atención del C. de S. una directiva de comportamiento (art. 36.2) por cuya virtud, al recomendar a las partes procedimientos o medios de ajuste apropiados, tomará en consideración que las controversias de orden jurídico deben someterse por regla general a la CIJ, de conformidad con su Estatuto.

Por otro lado, las iniciativas dirigidas en tiempos de NU a instituir la jurisdicción obligatoria a partir de tratados generales de arreglo pacífico han sido escasas y poco afortunadas, tanto a nivel universal como regional. En relación con las primeras sólo cabe anotar la revisión del *Acta General* de 1928, hecha por la AGNU (res. 268-III, 1949) a los meros efectos de acomodar su texto a la sucesión de la S. de N. por la ONU y reemplazar así las referencias a la CPJI por las de la CIJ. A nivel regional, cabe anotar, a imagen y semejanza del Acta, la adopción en el marco del Consejo de Europa de la Convención europea para el arreglo pacífico de las controversias (1957) y, en el de la OEA el Pacto de Bogotá (1948), que superando las previsiones del Acta prevé el recurso unilateral a la CIJ para las

controversias de orden jurídico, según la enumeración del art. 36.2 del Estatuto (art. XXXI del Pacto) y también para cualesquiera otras siempre que antes hubiese fracasado la conciliación y las partes no acordaran recurrir al arbitraje (art. XXXII).

El Acta General y los instrumentos regionales de arreglo pacífico recién mencionados representan, sí, los intentos más avanzados por imponer *a priori* por vía convencional la experimentación obligatoria de procedimientos jurisdiccionales. Pero en la alegría llevan la penitencia, pues justamente esta altruista aspiración es la que con toda probabilidad ha acarreado el limitado número de sus partes.

Significativo es, en tal sentido, que la vocación universal del *Acta General* se salde en la actualidad con una veintena de manifestaciones del consentimiento, y eso contando aquéllas (una decena) cuya vigencia está en cuestión, a saber, las depositadas en el período *entre guerras* por Estados que, después, ni las denunciaron ni se adhirieron al texto revisado. Algunos de estos Estados, demandados ante la CIJ con base en el *Acta General* (Francia, India, Turquía), cuestionaron su vigencia. La Corte no pudo o no quiso pronunciarse (*Proceso de los prisioneros de guerra paquistaníes*, 1973; *Ensayos nucleares*, 1974; *Plataforma continental del Mar Egeo*, 1978). En el primer caso lo evitó el desistimiento de Pakistán; en los otros dos, la Corte buscó la *ratio decidendi* de su fallo en otras direcciones, bien declarando sin objeto las demandas de Australia y Nueva Zelanda, bien aduciendo en beneficio de Turquía la reserva formulada por Grecia al Acta excluyendo las controversias que afectaran a su "status" territorial. Por si las moscas, los demandados denunciaron el Acta.

Trasunto del Acta y perseguida por su misma desgracia la Convención Europea apenas ha podido atraer la participación de un tercio de Estados miembros del Consejo de Europa. Por otro lado, menos de la mitad de Estados americanos son partes en el Pacto de Bogotá.

Consecuencia de lo anterior es el limitado recurso a la jurisdicción de la CIJ con base en estos instrumentos. Una sola vez (*Ciertos bienes*, Liechtenstein c. Alemania) se ha acudido a la Corte invocando el Convenio Europeo (art. 1); sin suerte, pues la Corte determinó que carecía de competencia *ratione temporis* a la luz de las disposiciones del art. 27.a de la Convención (2005). El acceso a la Corte vía Pacto de Bogotá —sea como fundamento de jurisdicción único o no— ha sido, aunque tardío, más exitoso, siempre con Nicaragua como una de las partes, demandante (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, Nicaragua c. Honduras; *Delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar de los Caribes*, Nicaragua c. Honduras; *Diferencia territorial y marítima*, Nicaragua c. Colombia) o demandada (*Diferencia relativa a los derechos de navegación y derechos conexos*, Costa Rica c. Nicaragua).

El fracaso de los instrumentos convencionales generales persiguiendo la sumisión a un medio de arreglo jurisdiccional de todas las controversias podría, al menos, haberse mitigado si se hubiese acompasado la institucionalización de estos medios al avance de la codificación y desarrollo progresivo de los distintos sectores del DI. Mas no ha sido así, o no lo ha sido en cuanto a las expectativas que al papel de la CIJ podía haberle correspondido (v. *infra*). Como botón de muestra, la CONVEMAR (1982).

La CONVEMAR (1982) es el primer tratado multilateral general que acepta en su propio texto y con carácter general medios jurisdiccionales de arreglo para las controversias que pueda ocasionar su interpretación o aplicación; pero recordemos que ciertos tipos de litigios están excluidos del sistema (art. 297) y otros pueden estarlo por declaración unilateral (art. 298). En cuanto al papel reservado a la jurisdicción de la CIJ, puede decirse que es hasta cierto punto decepcionante. Sólo la común elección de las partes puede dar curso a su jurisdicción, que cuenta, además, con la rivalidad del *Tribunal Internacional de Derecho del Mar* (Anexo VI), con una composición más del gusto de los nuevos Estados y a cuyo Presidente —y no al de la CIJ, como en tantos

tratados de arbitraje se dispone— corresponde designar, en defecto de acuerdo de las partes, los miembros de los tribunales arbitrales especiales regulados en los Anexos VII y VIII de la Convención (v. *infra*).

377. *Frenos a la experimentación de la jurisdicción. Controversias justiciables y no justiciables*

No sólo no se ha logrado realizar la idea de la jurisdicción obligatoria, sino que el mismo recurso a los métodos jurisdiccionales se ha considerado tradicionalmente inadecuado para resolver determinadas categorías de controversias, las *no justiciables*, identificadas o solapadas con las *no jurídicas* o *políticas*. Desde esta perspectiva, se dice que sólo las controversias *jurídicas* o *justiciables* podrían ser resueltas mediante la aplicación de las normas legales por un órgano arbitral o judicial.

En realidad, no hay controversias que por su misma naturaleza o disposición sean *políticas* y *no justiciables*. En la medida en que toda controversia es susceptible de un arreglo judicial o arbitral conforme a Derecho, es jurídica y justiciable, lo que en cada caso se determinará atendiendo a los instrumentos en los que pretenda basarse la jurisdicción. Ahora bien, *ni todo lo posible es oportuno, ni todo lo oportuno para quien adopta un enfoque jurídico lo es para quien adopta una perspectiva política de la controversia*.

Por dos caminos se ha calificado a las controversias de *políticas* y *no justiciables*. Uno, atendiendo a que la discrepancia entre las partes, lejos de centrarse en la interpretación y aplicación del Derecho en vigor, se proyecta sobre su modificación y revisión. Otro, según el cual los enfoques políticos de las partes imposibilitan un tratamiento estrictamente jurídico de la controversia.

Las controversias que introducen una *pretensión de revisión* de disposiciones supuestamente en vigor que un sujeto considera injustas o perjudiciales para sus intereses son, desde luego, susceptibles de un fallo arbitral o judicial, pero éste difícilmente serviría para solucionarlas, salvo en el caso improbable de que las partes facultasen al tribunal (arbitral o judicial) para dictar sentencia *ex aequo et bono*. Moviéndose entre la ansiedad y la incertidumbre provocados por un Derecho en cambio acelerado, empantanados en la amalgama de aspectos justiciables y no justiciables, los Estados prefieren en general mantenerlas alejadas de los métodos jurisdiccionales.

El verdadero problema no reside tanto en la desconfianza de los comportamientos forenses como en la mínima previsibilidad del Derecho que resulte aplicable en un momento y circunstancias dadas. Escasos progresos pueden lograrse en la institucionalización de métodos jurisdiccionales de arreglo mientras determinados sectores del DI se encuentren desfasados respecto de las nuevas realidades sociales e impugnados por numerosos Estados; como en la actualidad se plantea acerca de si la norma consuetudinaria sobre la inmunidad de jurisdicción de altos dignatarios extranjeros sufre limitación o excepción cuando sus beneficiarios son acusados de crímenes de guerra o contra la humanidad (CJI, *Orden de arresto de 11 de abril de 2000, 2002*).

En una sociedad universal y descentralizada, sin los adecuados mecanismos de elaboración y revisión del ordenamiento jurídico, la frontera entre la *lex lata* y la *lex ferenda* se configura, no como una línea segura y precisa, sino fluida y cambiante. Habitualmente, los deseos de cambio se emboscan y presentan como disposiciones *in status nascendi* o, incluso, como reglas bien criadas. Ante el juez (o árbitro) las partes se presentan con políticas contradictorias acerca del Derecho.

No siendo posible objetivar el momento en que una pretensión se sitúa en el umbral del Derecho emergente, el órgano judicial o arbitral cubre, al formular su decisión, una última y definitiva etapa normativa: concreta una norma cuya existencia y tenor, amén de su oponibilidad a un Estado, eran discutidos. Es ese un poder mágico conferido a los jueces, que pueden sentirse progresistas o conservadores, corriendo no obstante el peligro de ser denunciados por *tirios* y/o por *troyanos*. Buen ejemplo son las sentencias dictadas por la CIJ en relación con el asunto del *Sudoeste Africano*. Por la primera (1962) la Corte rechazó las excepciones preliminares formuladas por África del Sur, abriendo así la puerta a un pronunciamiento sobre la torticera aplicación de un Derecho elaborado por los colonialistas. La segunda (1966), resuelta por el voto de calidad del Presidente (Spender) que cuatro años antes figuró en la minoría disidente, dio al traste con estas expectativas al rechazar la demanda de Etiopía y Liberia por considerar que carecían de interés jurídico en relación con su objeto. Símbolo de la *noche triste* de la CIJ, la s. de 1966 fue un serio golpe para su imagen ante los nuevos Estados de la que le costó recuperarse.

Hay en todo caso un límite que un juez (o árbitro) no puede rebasar sin desnaturalizarse: el que lo separa del legislador. No cabe, en efecto, pretender que los órganos judiciales cubran las carencias y puntos muertos de los órganos políticos que se ocupan de la codificación y el desarrollo progresivo del DI. En el asunto de la *Competencia en materia de pesquerías* (1974), la Corte, tras advertir la rápida evolución del Derecho del Mar y las propuestas para su codificación y desarrollo progresivo en el marco de la Tercera Conferencia de las NU, reconocía que “en cuanto tribunal no puede dictar una sentencia *sub specie legis ferendae* ni anticipar el Derecho antes de que el legislador lo hubiera promulgado”. Pero, ¿puede realmente evitarlo en términos absolutos?

Hay, por otro lado, controversias *justiciables*, que discurren sobre la interpretación o aplicación del DI en vigor, pero que se ven alejadas de los métodos jurisdiccionales porque son poseídas por los *enfoques políticos* de las partes, que ponen sus intereses por encima de cualquier consideración jurídica y se niegan a admitir soluciones de fondo que no hayan sido negociadas, directamente o con la ayuda de un tercero. Esta actitud se hace patente en:

1) Las *cláusulas insertas en importantes instrumentos convencionales* aceptando la jurisdicción obligatoria sobre controversias futuras: a) excluyendo las que afecten a sus intereses vitales, independencia y honor (según rezaba el Tratado franco-británico de 14 de octubre de 1913, prototipo de más de un centenar de tratados de arbitraje); b) distribuyendo la sumisión de las controversias jurídicas y no jurídicas entre el procedimiento judicial, las primeras, y los procedimientos políticos y/o el arbitraje, las segundas (como hacen el *Acta General* y los instrumentos regionales de arreglo pacífico); y, c) enumerando, al menos con carácter indicativo, los tipos de controversias de orden jurídico susceptibles de arreglo judicial [fórmula que hoy mantiene el Estatuto de la CIJ por lo que hace a la cláusula facultativa u opcional, art. 36.2, y, a imitación suya, la Convención europea (art. 1) y el Pacto de Bogotá (art. XXXI)].

2) El tenor de ciertas *reservas* a declaraciones aceptando la jurisdicción de la CIJ de conformidad con el art. 36.2 de su Estatuto (caso significativo de la denominada *reserva automática*; v. infra);

3) La impugnación, en fin, del ejercicio de la jurisdicción en atención a la *dimensión esencialmente política de la controversia*, pretendida vía de escape — entre otras — utilizada por quien aparentemente aceptó una jurisdicción cuyo ejercicio, llegado el caso, le molesta. Una jurisprudencia constante de la CIJ

advierde, no obstante, que ninguna disposición de su Estatuto le impide juzgar una controversia jurídica sólo porque comporte otros aspectos (políticos o de otra especie, económicos, de seguridad...), por importantes que sean.

La CIJ así lo consideró al desestimar la excepción de inadmisibilidad de la demanda debido al carácter político de la controversia alegada, por ej., por Francia (*Ensayos nucleares*, 1974); Irán (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1980); Estados Unidos (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984); Honduras (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, 1988).

Ahora bien, que nada se oponga a que órganos jurisdiccionales conozcan, una vez establecida su competencia, de controversias inmersas en los enfoques políticos de las partes, no significa que este camino pueda seguirse sin costes. Es significativo, en este sentido, que en varios de los asuntos recién mencionados el demandado no compareciera ante la Corte (Francia e Irán) o acabara en rebeldía (Estados Unidos); así como que dos de ellos (Francia y Estados Unidos) denunciaron a continuación (1974 y 1985, respectivamente) sus declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la CIJ *secundum* art. 36.2 del Estatuto. Esta actitud de boicoteo, aparte del daño que causa a la autoridad, prestigio e imagen de la Corte, anuncia la indisposición del demandado para ejecutar una eventual decisión condenatoria (v. *infra*).

En el fondo lo que late no es, en términos generales, el núcleo irreductible de los *intereses vitales* de las partes, sino la ausencia de un consentimiento real para que sea un órgano judicial o arbitral el que dirima la controversia. Sea porque los gobiernos padecen una instintiva repugnancia a perder el control de las controversias en que son partes; sea porque conocen la debilidad de la cobertura jurídica de sus actos; sea, en fin, porque la controversia se ve inmersa en tensiones globales, es lamentable constatar que los enfoques políticos de las controversias están en continúa diástole. No debe, pues, extrañar que la misma *Declaración sobre los principios* (1974) y la *Declaración de Manila* (1982) establezcan como directriz general que las partes convengan en valerse de los procedimientos de arreglo que *resulten adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia*.

Resulta en este sentido revelador el documento adoptado al término de la guerra fría por Estados Unidos y la todavía Unión Soviética (comunicado conjunto de 23 de septiembre de 1989), en el que tras expresar retóricamente su deseo de desarrollar el papel de la CIJ —a ser posible mediante Salas *ad hoc* (v. *infra*)— en el arreglo pacífico de controversias internacionales, advertía que, en ausencia de consentimiento explícito de las partes, debían excluirse de su jurisdicción las controversias que afectasen a asuntos *highly sensitive*. A continuación, el C. de S. comenzó a invadir materialmente con sus enfoques políticos las controversias, buscando para ellas soluciones impuestas en el marco del cap. VII de la Carta y paralizando la acción de la Corte con base en sus propias competencias (por ej., *Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultantes del incidente aéreo de Lockerbie*, v. Cap. XVI).

Los límites impuestos a los procedimientos jurisdiccionales —éstos u otros de corte similar— exacerban el principio del consentimiento al punto de poder influir en los recortes que a sí mismos se imponen los órganos que han de experimentarlo. Esta consideración puede explicar el estándar de riguroso consensualismo que en ocasiones la CIJ se autoimpone al apreciar su jurisdicción (v. *infra*).

378. Arbitraje

Los Convenios de La Haya para la solución pacífica de los conflictos internacionales de 1899 (art. 15) y de 1907 (art. 37) disponen que “el arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre Estados por medio de jueces de su elección y sobre la base del respeto del Derecho. El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral”.

Esta definición, por los elementos que comporta (con independencia de la matización que su evolución en algún caso merezca), sirve de percha para caracterizar la forma y alcance del *convenio de arbitraje*, los *sujetos* capaces de concertarlos, el *órgano arbitral*, el *Derecho aplicable* y el *procedimiento* y los *efectos jurídicos de la sentencia arbitral*.

1) El convenio de arbitraje

El convenio de arbitraje es el instrumento jurídico —regido por el Derecho de los Tratados— en virtud del cual las partes en la controversia expresan su acuerdo de someterla a arreglo arbitral. Como para la experimentación de otros medios de solución, tal acuerdo puede establecerse con ocasión de un litigio existente (*a posteriori*) o en previsión de futuras controversias (*a priori*).

El recurso al arbitraje como medio de solución de una controversia ya nacida se manifiesta en un convenio *ad hoc*, denominado *compromiso*, cuyo contenido puede ser tan amplio como las partes estimen oportuno. El *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral* de la CDI (art. 2) indica, no obstante, las cuestiones que inevitablemente deberá dilucidar, a saber: a) la definición del objeto de la controversia; b) las condiciones de constitución y composición del órgano arbitral. A ellas pueden añadirse otras que el mismo *Modelo* cita a título ejemplificativo, como: c) el Derecho aplicable; d) las reglas de procedimiento y/o los poderes atribuidos al tribunal para fijarlas; e) las mayorías y plazos para dictar sentencia; f) la sede y otros aspectos administrativos relativos al funcionamiento del tribunal; g) los idiomas a utilizar; h) la forma de repartir los gastos y costas; i) los servicios que pueden pedirse a la CIJ...

Por vía de *compromiso* se han sometido a arbitraje controversias sobre delimitación marítima (v. Cap. XXIV) y terrestre (por ej., entre Egipto e Israel por el enclave de Taba, 1988; entre Etiopía y Eritrea, 2002). Incluso, como uno de los flecos de los acuerdos de Dayton-París (1995) sobre Bosnia y Herzegovina, se sometió a arbitraje el límite entre las dos entidades territoriales (la Federación de Bosnia y Herzegovina y la República *Srpska*) que componen el Estado, en el área de Brcko (1999).

Tras las ss. de la CIJ en los asuntos de los *Ensayos nucleares*, 1974, Francia acudió con asiduidad al arbitraje (*Delimitación de la plataforma continental con Gran Bretaña en el Mar de Iroise*, 1977; *Interpretación del acuerdo aéreo con Estados Unidos*, 1979; *Problemas de pesca con Canadá en el golfo de San Lorenzo*, 1986; *Rainbow Warrior*, 1990; *Delimitación de espacios marinos con Canadá en las islas St. Pierre y Miquelon*, 1992...). No obstante, ya en el s. XXI parece haber retomado una política más abierta a la jurisdicción de la Corte, al aceptarla, sin base previa, en demandas interpuestas por Congo-Brazzaville (2003) y Djibouti (2006), actualmente en curso (v. *infra*)

La previsión de someter a arbitraje controversias futuras puede, asimismo, materializarse en tratados generales de arreglo pacífico y cláusulas compromisorias.

En los *Tratados generales de arreglo pacífico* el recurso al arbitraje para todas o determinadas categorías de controversias puede preverse: 1) como único procedimiento de arreglo jurisdiccional, caso de los *tratados de arbitraje obligatorio* normalmente de carácter bilateral concluidos de acuerdo con las reglas codificadas en La Haya (el más celebre en América Latina es el tratado argentino-chileno de 1902); ó 2) en combinación con el reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte de La Haya, subespecie a la que pertenecen conocidos instrumentos multilaterales como el *Acta General* (1928/1949), el Pacto de Bogotá (1948) y la Convención europea (1957).

Las *cláusulas compromisorias* previendo la sumisión al arbitraje pueden ser, a su vez, *especiales y generales*. Con un propósito similar al de los tratados generales de arreglo pacífico, las denominadas *cláusulas compromisorias generales* (de arbitraje) aparecen entre las cláusulas finales de tratados, normalmente bilaterales, de carácter político-diplomático (paz y amistad y/o comercio, navegación y relaciones consulares), concluidos a finales del siglo XIX y primera mitad del XX con la pretensión de abarcar todas las controversias que pudieran originarse entre las partes; España concertó, particularmente con países latinoamericanos, una veintena de estos tratados.

Las *cláusulas compromisorias especiales*, en cambio, limitan su ámbito de aplicación a las controversias que origine la interpretación o aplicación de las disposiciones del tratado en que se insertan, como hoy hacen un buen número de convenios de cooperación en los más diversos ámbitos de las relaciones interestatales. Especial mención merecen las previstas en *tratados multilaterales generales* imponiendo, por ej., el arbitraje como una suerte de vía intermedia entre la experimentación infructuosa de medios políticos (normalmente tras el agotamiento de negociaciones diplomáticas) y el recurso a la jurisdicción obligatoria de la CIJ. En los tratados de derechos humanos auspiciados por NU es frecuente encontrar una cláusula de este tenor: "Toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje, las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la CIJ, mediante una solicitud presentada de conformidad con su Estatuto" (v. por ej. art. 30 de la Convención contra la tortura, 1984...). La CONVEMAR, por su parte, dispone (art. 287) el recurso al arbitraje como el medio *comodín* que ha de salvar la discrepancia de las partes respecto del método jurisdiccional (TIDM o CIJ) o tipo de arbitraje especial (Anexos VII y VIII) al que someter la controversia. El sistema de arreglo establecido en la OMC concibe, asimismo, el arbitraje como alternativa a los procedimientos establecidos en el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (1994).

No son propiamente cláusulas compromisorias de arbitraje las que hacen depender su experimentación del acuerdo *ad hoc* de las partes, normalmente con el objeto de salvar la jurisdicción obligatoria de la CIJ; técnica que, por ej., emplean los Protocolos facultativos a los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar (1958) y de las CV sobre relaciones diplomáticas (1961), consulares (1963) y misiones especiales (1969), así como las CV sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986. Lo mismo cabe decir de las disposiciones en las que los procedimientos jurisdiccionales, tanto el arbitraje como el arreglo judicial de la CIJ, queda a expensas de la voluntad común de las partes.

Por otro lado, en el seno de la CSCE (OSCE), la *Convención sobre conciliación y arbitraje* (1992) prevé su recurso mediante el juego de declaraciones de voluntad concordantes de los Estados participantes, en términos similares a los de la cláusula facultativa u opcional del Estatuto de la CIJ (art. 36.2).

Conviene en todo caso advertir que la previsión de recurrir al arbitraje no hace a menudo menos necesario concluir un acuerdo complementario (también denominado *convenio de arbitraje* o, incluso, *compromiso*) que, con ocasión de cada litigio dado, haga efectiva la obligación dispuesta en tratados y cláusulas

compromisorias, que acaba siendo un *pacto de contrahendo*. El carácter no permanente del órgano arbitral y la ausencia de reglas de procedimiento preestablecidas son las principales causas que explican esta exigencia.

Sirva de ej., el compromiso de 22 de julio de 1971 por el que Argentina y Chile ejecutaban el Tratado de arbitraje de 1902 para arreglar su controversia fronteriza en el *Canal de Beagle*; o el suscrito por los mismos países el 31 de octubre de 1991 en aplicación del Tratado de paz y amistad de 1984 para zanjar el contencioso sobre la *Laguna del Desierto*.

Siendo la finalidad de tal acuerdo la de ejecutar, en lo tocante a la constitución y funcionamiento del órgano arbitral, la obligación pactada de antemano, su incumplimiento generaría responsabilidad internacional (CIJ, *Ambatielos*, 1952). La experiencia muestra, sin embargo, que alegaciones tales como la inexistencia de la controversia y/o su exclusión del ámbito de aplicación (material, espacial o temporal) del instrumento que impone la sumisión al arbitraje amenazan bloquear el procedimiento en sus orígenes. Para atajar este riesgo pueden tomarse algunas previsiones.

Una consiste en someter a la CIJ, sea por vía contenciosa o consultiva, la *controversia sobre la arbitrabilidad de la controversia* si transcurrido un cierto plazo —tres meses recomienda el *Modelo de reglas sobre el procedimiento arbitral* de la CDI (art. 3.1)— las partes no logran ponerse de acuerdo al respecto o adoptan otro procedimiento.

Así, por ej., el *Acta General* confiere competencia subsidiaria a la Corte de La Haya para resolver todos los problemas de calificación de los litigios y el alcance de las reservas (art. 19). Merced o no a una de estas cláusulas, la CIJ ha tenido oportunidad de conocer varios asuntos en los que, directa o indirectamente, se le planteó tal cuestión previa, sea por vía contenciosa (*Ambatielos*, 1953; *Interhandel*, 1959), o consultiva (*Interpretación de los tratados de paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania*, 1950; *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje prevista en la sección 21 del Acuerdo de sede de las NU de 26 de junio de 1947*, 1988, opinión demandada por la AG ante la negativa de Estados Unidos a admitir que la ley federal de 1987 ordenando el cierre de la misión de la OLP ante la ONU constituyera una controversia susceptible de arbitraje conforme con tal Acuerdo, lo que no compartió la Corte).

Cosa distinta será que tratados y cláusulas compromisorias vinculen la falta de acuerdo de las partes, en un plazo determinado, sobre la viabilidad del arbitraje, con la estipulación del recurso unilateral a la CIJ a fin, no ya de determinar la arbitrabilidad de la controversia, sino de dirimir el fondo de la misma (v. *supra*).

Otra previsión para salvar las objeciones de la parte que quiere sustraerse al arbitraje consiste en dejar en manos de un tercero (Estado, Presidente de la CIJ, Secretario General de NU..., v. *infra*) la efectiva constitución del órgano que ha de ejercerlo (arts. 3.3 y 4 del *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral*). Así constituido, corresponderá al mismo órgano arbitral, como juez de su propia competencia, dirimir cualquier asunto o cuestión sobre la aplicación o interpretación de la obligación arbitral. Es ésta una norma consuetudinaria transcrita en el *Modelo* de la CDI (art. 9) y confirmada por la jurisprudencia (CIJ, *Nottebohm*, 1953; *Sentencia arbitral de 9 de julio de 1989*, 1991).

2) Los sujetos partes del arbitraje

Siendo el convenio de arbitraje un tratado, los sujetos capaces de concertarlo son los que gozan del *ius ad tractatum*, principalmente Estados y OI.

La incompetencia de la CIJ en contenciosos en los que estén implicadas OI (entre sí o con Estados, v. *infra*) hace del arbitraje el único medio jurisdiccional para su solución; de ahí que se recurra a él en acuerdos *de sede* (por ej., Acuerdo entre NU y Estados Unidos, 1947, art. VIII, secc. 21) y sobre *privilegios e inmunidades* de OI (por ej., Convención sobre los privilegios e inmunidades de NU, 1946, art. VI, secc. 22); y que la CV sobre Derecho de Tratados entre Estados y OI o entre OI (1986) acuda al arbitraje como medio obligatorio para dirimir las controversias relativas a la incompatibilidad de un tratado con *ius cogens* si no hubiese prosperado la solicitud de opinión consultiva a la CIJ, art. 66.2.f; (v. Cap. XII).

La flexibilidad y adaptabilidad del arbitraje para la solución de litigios en que sujetos internacionales se enfrenten con entidades que carecen de dicha subjetividad privilegia su aprovechamiento en estos casos.

Inicialmente se trataba de arbitrajes, muy frecuentes en el ámbito de las relaciones económicas, con fundamento en *contratos* que, al amparo del principio de autonomía de la voluntad reconocido en mayor o menor medida por los ordenamientos jurídicos estatales, trataban de escapar a la aplicación de la ley sustantiva y jurisdiccional del Estado parte en ellos; se hablaba así de los *contratos internacionalizados*, incluso de los *contratos sin ley*, sometidos al DI o a los principios generales del Derecho por voluntad de las partes en el contrato (v. Cap. VIII). La práctica ha conocido arbitrajes célebres sobre esta base (*Lena Goldfields*, 1930; *The Ruler of Qatar and Internacional Marine Oil Co.*, 1950; *Alsing*, 1954; *Abu-Dhabi*, 1955; *Aramco*, 1958; *Sapphire*, 1963; *BP*, 1973; *Liamco*, 1977; *Texaco-Calasiatic*, 1977; *Aminoil*, 1982...). La CNUDMI preparó una *cláusula modelo sobre arbitraje comercial* (adoptada por la AGNU, res. 31/98, de 1976) que ha hecho cuerpo en un buen número de contratos entre Estados y sociedades extranjeras inversoras de capitales.

La Convención para la solución de diferencias sobre inversiones (Washington, 1965), auspiciada por el *Banco Mundial*, ofreció por otro lado una cobertura a los arbitrajes entre un Estado parte y los nacionales de otro que hubieran acordado someter a este medio sus controversias jurídicas surgidas directamente de una inversión y creó el CIADI para facilitarlos.

Hoy son centenares las cláusulas de tratados sobre promoción y protección recíproca de inversiones que están dirigidas al arreglo de las diferencias entre una de las partes contratantes y los inversores de otra, supuesto en el que, fracasado el intento de arreglo amistoso (entendido como negociación) el inversor podrá optar, cumulativa o alternativamente (y en un determinado plazo, normalmente de seis a nueve meses), por: a) establecer un tribunal arbitral de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; b) acudir al CIADI, cuyo cometido consiste precisamente en ofrecer medios de conciliación y arbitraje a las partes, o al Tribunal de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París (v. Cap. XXII).

Los arbitrajes entre Estados o/y OI y personas físicas y/o jurídicas extranjeras rebasan el ámbito de esta litigiosidad ligada a las inversiones económicas.

Así, por ej., la CONVEMAR (1982) dispone que: "Los procedimientos previstos en esta Parte [XV] estarán abiertos a entidades distintas de los Estados partes sólo en los casos en que ello se disponga expresamente en esta Convención" (art. 291).

Con el fin de resolver las cuestiones relativas a la responsabilidad derivada de un conflicto armado suelen, asimismo, concertarse convenios de arbitraje instituyendo tribunales a los que tienen acceso tanto los Estados partes como sus nacionales, denominados por eso *arbitrajes mixtos*.

En este contexto se sitúan los Tratados de Paz concluidos tras la Primera Guerra Mundial, competentes para conocer de las reclamaciones entabladas por las potencias vencedoras y sus nacionales en razón de medidas excepcionales de guerra (art. 304 del Tratado de Versalles).

Más cercana en el tiempo fue la creación del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, instituido en la Declaración de Argel de 1981, competente para dilucidar el pago de las indemnizaciones debidas por una y otra parte como consecuencia de los sucesos acontecidos durante la *revolución islámica*. El Tribunal, compuesto por nueve miembros y dividido en tres salas, adoptó como modelo de procedimiento las reglas de la CNUDMI, fallando centenares de casos que, en gran parte, implicaban demandas de particulares.

Asimismo se advierte el juego del arbitraje en controversias medioambientales que enfrentan a Estados o/y OI con entidades de la *sociedad civil* (v. Cap. VI).

El TPA, que ha ofrecido *Reglas opcionales* a las partes en arbitrajes entre Estados (1992), o con un Estado (1993), entre OI y Estados (1996) y entre OI y sujetos de Derecho Privado (1996), ha hecho otro tanto para el arbitraje (2001) y la conciliación (2002) de controversias relacionadas con los Recursos naturales y/o el Medio Ambiente, reglas a las que se acudió, por ej., en el multifacético asunto *Rainbow Warrior*, entre Francia y *Green Peace*, que más tarde derivó en el contencioso interestatal con Nueva Zelanda.

3) *El órgano arbitral*

Las condiciones de constitución y composición del órgano arbitral responden a los deseos de las partes manifestados en el compromiso. Respecto del número de árbitros la práctica ofrece tres modalidades:

a) *Árbitro único*, función que en el pasado recaía a menudo en Jefes de Estado o de Gobierno (de lo que se hace eco la Convención de La Haya de 1907, art. 56).

Así, por ej., se acudió a los Reyes de España para arbitrar controversias territoriales latinoamericanas; recordemos, entre los arbitrajes que acabaron en laudo, los de Isabel II en la disputa entre Venezuela y Holanda sobre la *Isla de Aves* (1856), la Reina regente M^a Cristina en la delimitación fronteriza entre Venezuela y Colombia (1891), Alfonso XIII en el asunto de límites entre Honduras y Nicaragua (1906)...

Una vez aceptado el encargo y determinada su competencia esta clase de árbitros se limitaba a hacer suyo el dictamen dado por una comisión de expertos designada por ellos.

Entre los ej. más recientes cabe mencionar los laudos de Isabel II de Inglaterra en relación con las controversias fronterizas entre Argentina y Chile en los Andes (*Río Encuentros*, 1966) y en el *Canal de Beagle* (islas Lennox, Picton y Nueva, 1977), para la que se designó una comisión de cinco miembros, todos ellos jueces de la CIJ.

La fórmula de árbitro único es seguida por algunos tratados constitutivos de OI, en los que tales funciones suelen recaer en el principal funcionario de la Organización o en la persona nombrada por un tercero imparcial (caso, por ej., del Tratado constitutivo de la OMM, que delega en el Presidente de la CIJ tal designación). También se emplea en un buen número de arbitrajes entre Estados y empresas multinacionales (por ej., asuntos *Texaco-Calasatic*, 1977, y *Liamco*, 1978).

b) *Comisiones mixtas*, compuestas paritariamente de árbitros nombrados por los Estados parte en la controversia (según la fórmula instituida en los *Tratados Jay*, 1794). Su recurso fue frecuente a principios del siglo XX en las relaciones litigiosas de las Repúblicas latinoamericanas con Estados Unidos y las potencias europeas, centradas sobre todo en la responsabilidad internacional deducida del trato dado a extranjeros (v. Cap. XXII). Más tarde, la adición de un tercer o quinto árbitro (superárbitro) para salvar el desacuerdo de los árbitros nacionales condujo a la práctica hoy más frecuente de tribunal arbitral.

c) *Tribunal arbitral*, compuesto de un número impar de árbitros (tres ó cinco es lo habitual), de los que cada una de las partes en la controversia nombrará los que corresponda (uno o dos, según), y de común acuerdo —o por los árbitros ya elegidos— el que asumirá la presidencia (tercer o quinto árbitro).

Este sistema tiene sus orígenes en la Convención de Washington (1871) por la que se creó el tribunal arbitral encargado de solucionar las secuelas de la guerra de secesión norteamericana. Tribunales de este tipo fueron, en el mismo siglo, los que arbitraron el arreglo de controversias entre Repúblicas latinoamericanas y potencias europeas; caso del encargado de solventar la adjudicación de la Guyana Esequiba (1899), instituido por compromiso entre Gran Bretaña y Venezuela (1897), que hubo de ceder a Estados Unidos su representación, de manera que de los cinco miembros de aquel tribunal arbitral, dos fueron de nacionalidad estadounidense, dos británicos y súbdito del Zar el Presidente (F. de Martens).

La formación de un tribunal arbitral es hoy práctica generalizada en tratados de arreglo pacífico, cláusulas compromisorias y compromisos; así, por ej., el celebrado entre Israel y Egipto a fin de resolver su controversia fronteriza en el enclave de Taba (1986); o entre Argentina y Chile para solventar el contencioso sobre la *Laguna del Desierto* (1991), el primero en la historia del subcontinente compuesto exclusivamente por árbitros latinoamericanos (en otras latitudes se sigue fiando al arbitraje *anglosajón* la solución de diferencias territoriales entre Estados tercermundistas, así Eritrea-Yemen, 1996).

Conscientes de la necesidad de prevenir las maniobras obstruccionistas o dilatorias en la constitución del órgano arbitral, tratados y cláusulas compromisorias suelen conferir funciones dirimentes a un tercero que, pasado un cierto plazo (entre treinta y noventa días es lo habitual), podrá proceder, bien al nombramiento del árbitro o árbitros que corresponda hacer a una de las partes, bien a superar el desacuerdo entre ellas —o de los mismos árbitros— en lo tocante a la designación del que ejerza la presidencia.

La práctica muestra que tales funciones suelen recaer en:

- a) El Presidente de la CIJ, según recomienda el *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral* (art. 4), y se prescribe en un buen número de cláusulas compromisorias;
- b) El principal funcionario de la OI que auspicia el tratado y es, normalmente, depositario del mismo, opción preferida de las cláusulas compromisorias de tratados multilaterales generales (así, el Secretario General de NU, CONVEMAR, 1982, en relación con los Tribunales Especiales de los Anexos VII y VIII; o la CV sobre *Derecho de Tratados entre Estados y OI* o entre OI, 1986, Anexo, pár. 2; el Presidente de la OACI, al que recurren los acuerdos sobre navegación aérea...), o
- c) Un tercer Estado, opción más tradicional prevista, por ej., en la Convención de La Haya de 1907 (art. 45).

4) *Derecho aplicable*

A menos que las partes convengan otra cosa, los árbitros —como los jueces— están llamados a aplicar DI. Así, a falta de previsión o acuerdo entre las partes el *Acta General* dispone (art. 28) que el órgano arbitral se guiará por las fuentes del DI enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la CIJ (tratados, costumbre, principios generales del Derecho), lo que responde a la práctica (v. por ej., *Lago Lanós*, 1957).

Las partes pueden, no obstante, acotar, jerarquizar y fijar en el tiempo las normas y principios del Derecho aplicable a la controversia en el que ha de fundarse la sentencia del órgano arbitral, respetando en todo caso el *ius cogens*. También pueden facultar al órgano arbitral para dictar una decisión *ex aequo et bono*.

Obligado es encarecer por eso la importancia de una sabia redacción de la cláusula del compromiso arbitral sobre Derecho aplicable al objeto de la controversia. Existe en este sentido una extendida percepción —no carente de justificación histórica— de que el arbitraje es el medio jurisdiccional más sensible a las soluciones salomónicas y, por eso, predilecto para las llamadas controversias *no jurídicas*. Se ha sugerido que el error fatal de Chile en su contencioso con Argentina por la *Laguna del Desierto* fue reclamar una sentencia basada exclusivamente en la aplicación del DI. Obviamente, la disposición de un tribunal arbitral a aplicar DI es tanto mayor cuando las mismas partes, a veces sin sopesar adecuadamente sus intereses en relación con las normas aplicables, piden expresamente que lo haga.

5) *Procedimiento y sentencia arbitral*

El procedimiento arbitral se desarrolla conforme a las reglas establecidas por las partes en el compromiso; en caso de silencio o desacuerdo el tribunal será competente para determinarlas.

Es práctica frecuente que el compromiso deje libertad al tribunal para elaborar las reglas procesales a las que habrá de ajustar la conducción del arbitraje. Las Convenciones de La Haya (1899 y 1907), el *Acta General* (1928/1949) y el *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral* de la CDI contienen un excelente repertorio al que acudir con carácter supletorio.

En la actualidad existe la tendencia a aproximar el procedimiento arbitral al de las jurisdicciones permanentes en cuanto a las fases de instrucción en que se divide (escrita y oral), los incidentes procesales experimentables (mediadas cautelares, intervención de terceros...), medios de prueba y el derecho de los árbitros a añadir opiniones separadas y disidentes a la sentencia.

La sentencia (o laudo) arbitral —que en la actualidad ha de ser motivada— es obligatoria y definitiva para las partes en litigio y respecto del caso decidido,

debiendo ser ejecutada por éstas de buena fe (arts. 37 de la Convención de La Haya de 1907 y 30 del Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral).

La autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*) del laudo se desprende del mismo asentimiento de las partes al arbitraje; de ahí que sus efectos obligatorios sean relativos y no afecten a terceros, a menos que, planteada la interpretación de un tratado en el que sean partes, soliciten intervenir —e intervengan— en el proceso (Convención de La Haya de 1907, art. 84).

La Convención relativa a la Conciliación y al Arbitraje en el seno de la CSCE (1992, art. 29) permite asimismo la *intervención* de todo estado miembro de la Conferencia (aunque no seda parte en la Convención) cuyos intereses jurídicos pueden resultar afectados por la decisión del litigio, siempre que demuestre la existencia de tal interés. Se trata de un tipo de intervención anteriormente ajeno al arbitraje, que la Convención toma del Estatuto de la CIJ (art. 62, v. *infra*). En este caso el laudo obligará también al tercero interviniente.

La sentencia arbitral es definitiva porque no son posibles recursos de apelación o casación ante instancias superiores (art. 31 del *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral*). La sentencia sí puede, en cambio, ser objeto de *interpretación y revisión* ante el mismo tribunal que la dictó (arts. 82 y 83 de la Convención de La Haya de 1907), lo que puede plantear problemas inherentes al carácter no permanente del órgano arbitral.

La solicitud de *interpretación* tiene por objeto aclarar el alcance o sentido de los términos del laudo, lo que limita la función del tribunal a precisar la cosa juzgada en su decisión. Se trata de un derecho insito en la condición de parte, por lo que su ejercicio no requiere pacto previo.

V. en este sentido la s. arbitral de 14 de marzo de 1978 que interpretó la de 30 de junio de 1977 relativa a la *delimitación de la plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña en el mar de Irosie*; o la s. de 7 de marzo de 1996 interpretando la de 21 de octubre de 1994, que solventó el contencioso argentino-chileno sobre la *Laguna del Desierto*.

La solicitud de interpretación de una sentencia arbitral no ha de confundirse con el supuesto de que dicha interpretación origine años después, extinguido el órgano que la dictó, una controversia entre las partes; caso, por ej., de los arbitrajes entre Argentina y Chile en los asuntos de *Río Encuentros* y *Laguna del Desierto*, ya citados, que tuvieron como objeto la interpretación del laudo británico de 1902 sobre delimitación de su frontera terrestre.

Más estrictas son las condiciones impuestas al recurso de *revisión*, experimentable en un plazo perentorio desde que se dictó la sentencia en cuestión y sólo posible mediando una previsión convencional al respecto. El recurso de revisión deberá basarse en el descubrimiento de un *hecho nuevo* que, de haberse conocido al dictar la sentencia, hubiese llevado al tribunal a juzgar de manera diferente, lo que por su propia naturaleza implica la necesidad de calificar con carácter preliminar tal novedad y, de ser admitida su virtualidad, la reconsideración de las bases jurídicas en las que se basó la decisión (art. 83 de la Convención de La Haya de 1907).

El Tratado de paz y amistad entre Argentina y Chile de 1984 formuló (art. 40 del Anexo I) de otra manera la causal de revisión, inspirándose para ello en el tenor de viejos textos convencionales adoptados en las

relaciones bilaterales de algunos países latinoamericanos. Así, admitió la revisión cuando la sentencia: 1) se hubiera dictado en virtud de un documento falso o adulterado; y 2) hubiese sido en todo o en parte consecuencia de un *error de hecho* que resulte de las actuaciones o documentos de la causa. Cuando el 21 de octubre de 1994 Chile solicitó la revisión de la sentencia dictada en el contencioso relativo a *Laguna del Desierto*, el tribunal que la dictó no quiso entrar en las relaciones del *error de hecho* con el *hecho nuevo* como causa de revisión (s. de 7 de marzo de 1996). En nuestra opinión un análisis meditado de ambas formulaciones conduce, por encima de la terminología, a una coincidencia sustancial.

Dada la ausencia en el orden internacional de instancias de ejecución forzosa, el cumplimiento del fallo arbitral —como el judicial— reposa en la buena fe de las partes. Éstas pueden, eso sí, fijar en el compromiso las medidas conducentes a la ejecución de la sentencia (por ej., en una controversia fronteriza, la creación de una comisión de demarcación de la frontera dispuesta en el fallo). En todo caso, la parte que dejare de cumplir el laudo incurrirá en responsabilidad internacional.

Sólo la apreciación de los hechos y actos susceptibles de determinar la nulidad de la sentencia pueden justificar su no ejecución; nulidad que, siguiendo la enumeración del *Modelo de reglas del procedimiento arbitral* (art. 35) puede venir determinada por: a) exceso de poder del tribunal; b) corrupción de uno de sus miembros; c) falta de motivación de la sentencia o infracción grave de una regla fundamental de procedimiento; y, d) la nulidad del mismo compromiso, sometida al Derecho de los Tratados.

Conviene precisar que la alegación de nulidad de la sentencia arbitral origina una nueva controversia que, a falta de acuerdo de las partes sobre el fondo y/o los medios de arreglo, la CDI recomienda someter a la CIJ por cualesquiera de las vías previstas en su Estatuto (*Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral*, art. 36). De hecho, la CIJ ha conocido dos asuntos cuyo objeto era la presunta nulidad de una sentencia arbitral, a saber, la dictada por el Rey de España en 1906 en relación con la controversia fronteriza entre Nicaragua y Honduras, y la pronunciada en 1989 por un tribunal arbitral sobre la delimitación marítima entre Guinea Bissau y Senegal. En ambos asuntos la Corte se pronunció (1960 y 1991, respectivamente) por la validez de la sentencia, dejando al tiempo sentado que su papel no es el de juez de apelación, al que corresponde determinar lo bien fundado del fallo, sino el de declarar si procedía o no su nulidad por causas tasadas.

La falta de acuerdo entre las partes ha hecho que otras impugnaciones acerca de la validez de sentencias arbitrales hayan escapado a la jurisdicción de la Corte, como significativamente ocurrió con la dictada en 1977 en el asunto del *Canal de Beagle*, que Argentina se negó a ejecutar por considerarla “fundamentalmente nula conforme a DI”. En este caso, sin embargo, los numerosos motivos de nulidad aducidos se desvanecieron al hilo de la mediación papal y el Tratado de paz y amistad argentino-chileno (1984) que parte implícitamente de la premisa de los efectos jurídicos causados por aquella sentencia.

379. Arreglo judicial

El arreglo judicial es el procedimiento en virtud del cual las partes someten la solución de su controversia a un tribunal internacional, de carácter permanente, integrado por jueces independientes elegidos con antelación al nacimiento del litigio de acuerdo con reglas estatutarias, que actúa conforme a un procedimiento preestablecido en tales reglas y dicta sentencia obligatoria sobre la base del respeto del DI.

Esta definición sirve para reconocer los elementos que unen y separan al arreglo judicial del arbitraje.

Comunes son los rasgos de índole *funcional*: sus decisiones son definitivas y obligatorias para las partes en relación con el caso decidido, dictadas de conformidad con el DI positivo, a menos que las partes convengan otra cosa, en particular constreñir el marco normativo y obligacional aplicable, respetando en todo caso el *ius cogens*, o facultar al tribunal a decidir *ex aequo et bono*.

Diferentes son, en cambio, sus rasgos *institucionales*: 1) si el órgano arbitral tiene carácter temporal y su composición queda a la discreción de las partes en la controversia, el judicial es *permanente* y de composición *predeterminada*, dejando a las partes sólo la posibilidad de designar jueces *ad hoc* (las Salas *ad hoc* son una excepción a esta regla, v. *infra*); 2) si las reglas de procedimiento son establecidas, directa o indirectamente, por las partes en el arbitraje, en el arreglo judicial son preestablecidas en el estatuto constitutivo del tribunal y en su reglamento.

380. La multiplicación de instancias judiciales internacionales

Un número creciente de tribunales internacionales, creados en tratados multilaterales, muchos de ellos constitutivos de OI, responden hoy a la definición propuesta. Los hay universales y regionales, de competencia general y especializada (todos, salvo la CIJ), para dirimir litigios interestatales y/o en los que pueden intervenir otros sujetos y actores internacionales.

El fenómeno no es nuevo, pero se ha acelerado vertiginosamente en los últimos años al ritmo del galopante crecimiento y diversificación del DI a impulsos de la cooperación y la ascendencia de valores comunes (v. Cap. I). La generación por esta vía de regímenes especializados, subsistemas (DI económico, del mar, penal, de los derechos humanos, del medio ambiente), ha traído consigo la de procedimientos específicos para el arreglo de las controversias que pudieran suscitarse en su ámbito, siendo los más avanzados de carácter jurisdiccional. El fenómeno no es casual, sino que se explica (G. Abi-Saab) como manifestación natural del avance de la densidad normativa al que corresponde un grado de densidad institucional que la sustente. Y tiene visos de continuar pues, como se ha dicho (J. P. Cot), el DI ha desplegado en los últimos años un voraz apetito de arreglo judicial exhibido mediante la creación de tribunales especializados, hasta un extremo que ha permitido sugerir la bella (pero en cierta medida desdibujada) imagen de *jurisdiccionalización* de la sociedad internacional (M. Bedjaoui).

Dicho esto, conviene no obstante subrayar que la CIJ, en tanto que órgano judicial principal de NU (art. 92 de su Carta fundacional), es la referencia principal en la constelación de tribunales internacionales por su exclusivo carácter universal con jurisdicción general para la solución de contenciosos interestatales (arts. 34-36 de su Estatuto). De ahí la especial atención de que será objeto (v. *infra*).

Junto a ella, un rimero de *tribunales especializados*, siendo la heterogeneidad su nota dominante en los diferentes aspectos: ámbito espacial y tipos de litigios sometidos a su jurisdicción, sujetos y/o actores que podrán activarla, normas aplicables.

Vocacionalmente universales son el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM), cuya jurisdicción está abierta a todos los Estados partes en la CONVEMAR (art. 291.1. y Anexo VI), y el Tribunal Penal Internacional (TPI), con competencia sobre los crímenes internacionales cometidos en —o por nacionales de— Estados partes en su Estatuto (arts. 5, 12 y 25).

En relación con el TIDM conviene precisar que su jurisdicción no está reservada a Estados, sino que también pueden tener *ius standi*: las OI de integración partes en la Convención, las OI de cooperación, las ONG y otras entidades públicas o privadas con las que las partes hayan concluido un acuerdo confiriendo jurisdicción al Tribunal, así como, en el caso del procedimiento sumario relativo a la pronta liberación de los buques y sus tripulaciones, el Estado del pabellón o, en su nombre, propietarios, armadores o asociaciones interesadas autorizadas por aquél (art. 292). Por otro lado, la solución de las controversias relativas a la exploración y explotación de la ZIFMO se ha desgajado del sistema general para instituir uno propio ante la *Sala de Controversias de los Fondos Marinos del TIDM* (Parte XI, sección 5ª), a cuya jurisdicción tienen acceso todos los interesados en las actividades de la Zona (la Autoridad y su brazo ejecutor la Empresa, Estados partes, empresas o personas naturales o jurídicas bajo su patrocinio).

En el ámbito del DI Humanitario, han de contarse, junto al TPI, los tribunales penales instituidos por el C. de S., para los crímenes internacionales cometidos en la antigua Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991 (TPIY, res. 808 y 827-1993) y en Ruanda entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 (TPIR, res. 955-1994).

En el ámbito regional destacan los tribunales internacionales creados al amparo de los sistemas de integración económica, así como los instituidos en materia de protección de los derechos humanos. Entre los primeros, la imagen del veterano Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se ha pretendido *clonar* en América Latina con la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Acuerdo de Cartagena, modificado por el Protocolo de Trujillo, 1996, en vigor en agosto de 1999) y el Tribunal permanente de revisión del Mercosur (Protocolo de Olivos, 2002).

En África el modelo europeo también ha influido en la institución de diversos tribunales especializados, así, los Tribunales del Mercado Común de África Oriental y del Sur, de la Comunidad Económica de los Estados de África Central, de la Unión Económica y Monetaria del Oeste africano y de la Comunidad de África del Este... De aspiración competencial general es, en cambio, la Corte de Justicia de la Unión Africana (art. 18 del Acto Constitutivo de la UA), una especie de CIJ africana, cuya jurisdicción pretende abarcar, según dispone el Protocolo de Maputo (2003), todas las controversias entre Estados partes.

Tres continentes han instaurado tribunales internacionales para la protección de los derechos humanos: en el seno del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, Convenio de Roma, de 1950); en el ámbito de la OEA, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Convención de San José, de 1969); en el de la UA, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP, Protocolo de 1998, en vigor en enero de 2004).

Corta vida se augura, sin embargo, a la CADHP si finalmente prospera el proyecto de Protocolo relativo a su fusión con la Corte de Justicia de la UA (promovido por el Consejo Ejecutivo de la UA en enero de 2005).

En el ámbito universal los tratados de derechos humanos auspiciados por NU no instituyen tribunales de justicia propiamente dichos, pero sí instancias cuasi judiciales en tanto que órganos compuestos de expertos independientes que pueden pronunciarse sobre reclamaciones interestatales y de particulares por la presunta violación de los derechos y libertades definidos en los instrumentos que les dan la vida (v. Cap. XXIX).

Es triste, sin embargo, constatar que la multiplicación de tribunales internacionales no ha sido acompañada de un avance paralelo del *principio de jurisdicción obligatoria*, realidad palpable únicamente en el limitado y privilegiado espacio europeo respecto del TJCE y, desde 1998 (fecha de la entrada en vigor del Protocolo XI a la Convención de Roma), del TEDH.

381. *El riesgo de fragmentación del Derecho Internacional*

Partamos de la base de que la multiplicación de tribunales internacionales es síntoma de desarrollo y madurez del DI en tanto contribuye a la progresiva institucionalización de la sociedad internacional y al respeto de las normas jurídicas que de ella emanan. Pero tiene un riesgo, la fragmentación del DI que podría hacer realidad una jurisprudencia contradictoria sobre las mismas normas. El problema no es de número (de tribunales), sino de la independencia de cada uno de ellos, gobernado por su instrumento constitutivo y sus reglas de procedimiento.

Así lo consideró la CIDH: "es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho" (*Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte*, 1982).

Distintos elementos pueden dar en la colisión y eventual contradicción de jurisprudencia, desde la pluralidad de instancias dotadas del mismo ámbito material de competencias (caso, por ej., de los órganos creados para la supervisión de tratados de derechos humanos, regionales y universales), al planteamiento y decisión de cualquiera de ellas para decidir cuestiones colaterales al ámbito competencial propio, como puede ocurrir cuando principios y reglas medioambientales se cruzan con principios y reglas comerciales y viceversa.

En el ámbito de la protección de los derechos humanos se puede incluso jugar al cálculo de probabilidades acerca de la jurisdicción (regional/universal) que reportaría mayores ventajas, acudiendo para ello —en una suerte de *forum shopping*— a diversos parámetros, desde el más elemental examen del marco de protección conferido a un determinado derecho o garantía individual, la composición del órgano dispuesto para su salvaguarda (más atento, se dice, el universal a valorar los aspectos políticos y tercermundistas, que el regional, el europeo más burocratizado por lo general), al valor jurídico de sus decisiones (meramente recomendatorias en el caso de los órganos de expertos onusianos).

La explotación de la vía electa (*forum shopping*) a la que invita el principio de elección de medios de arreglo puede llevar al extremo de que un mismo contencioso se divida en distintas causas sometidas a diferentes medios de solución (caso, por ej., de la controversia entre Chile y la CE sobre el pez espada, planteada al OSD

de la OMC por lo que hace a la restricción de las libertades de tránsito afectadas por las medidas chilenas de conservación y gestión y al TIDM (una sala especial por acuerdo de las partes) en lo tocante a las poblaciones de peces transzonales (*Conservación y explotación sostenible del pez espada en el Sud-Este del Océano Pacífico*).

El sistema de arreglo de controversias a la carta previsto en la Parte XV de la CONVEMAR (calificado de *multisistémico* por J. Juste) permite, incluso, la colisión competencial entre los distintos mecanismos jurisdiccionales por los que pueden optar las partes (el TIDM, la CIJ, un tribunal arbitral especial constituido de conformidad con el Anexo VII, o un tribunal arbitral especial constituido de conformidad con el Anexo VIII), así como entre éstos y los medios de arreglo —jurisdiccionales o no— previstos en otros tratados o acuerdos suscritos por las partes, que serán prioritarios (arts. 280-282). Los asuntos relativos al *Atún de aleta azul* (Nueva Zelanda c. Japón; Australia c. Japón) lo pusieron en evidencia. Sometidos al TIDM a los efectos de que dictara medidas cautelares (CONVEMAR, art. 290), se cuestionó si la solución del fondo de la controversia correspondía a los medios jurisdiccionales de la CONVEMAR (que tiene a gala imponerlos para toda controversia que pueda ocasionar su interpretación o aplicación, para el caso un Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII de la misma), o a los de carácter político previstos en la Convención sobre la conservación del atún de aleta azul, concluida en 1993 por los tres Estados implicados; en contra de lo establecido *prima facie* por el TIDM, el Tribunal arbitral constituido a la sazón declinó su jurisdicción en beneficio de las previsiones de la Convención de 1993 (s. de 4 de agosto de 2000).

Ahora bien, que cada instancia judicial disfrute de independencia no significa que haya de aplicar un ordenamiento jurídico diferente. Como ha dicho O. Casanovas, “no hay que confundir el pluralismo jurisdiccional, y la autonomía de la respectiva competencia judicial de cada tribunal, con el pluralismo de sistemas normativos”. Los riesgos provienen de las eventuales interpretaciones contradictorias que unos u otros den de las normas generales del DI, que todos deben respetar, muy especialmente el *ius cogens*.

Pero como ya indicamos (v. Cap. I) no hay que exagerar estos riesgos. Interpretaciones aparentemente divergentes no hacen sino anticipar nuevas líneas exegéticas que pueden acabar generalizándose, un supuesto que no es ajeno, por otro lado, a la experiencia de un mismo tribunal cuando abandona sus *precedentes*. Además, determinadas interpretaciones *especiales* pueden tener sentido en instancias *especiales*.

En uno u otro sentido puede encontrar explicación la ya celebre decisión del TPIY en el asunto *Tadic* (1999), que se desvió del principio de “control efectivo” aplicado por la CIJ en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) como criterio jurídico para apreciar la responsabilidad de un Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por grupos irregulares.

Con ocasión de la conmemoración, en 1999, del centenario de la I Conferencia de la Paz de La Haya (1899), se avanzaron diversas y atrevidas propuestas para apuntalar a la CIJ como guardián de la unidad básica del DI (F. Orrego/C. Pinto). Cabría conformarse con que se garantizara que los miembros de estas instancias judiciales son, efectivamente, buenos conocedores del DI y, a nivel institucional, se facilitara el *diálogo interjudicial* (G. Gillaume).

LXXXVI. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

382. Su importancia

En tanto que órgano judicial principal de NU (arts. 92-96 de la Carta) la CIJ es, hoy por hoy, portaestandarte de los medios de arreglo judiciales. La Corte es el único tribunal internacional cuya competencia contenciosa en controversias interestatales es general *ratione materiae* y universal *ratione personae*.

Pero no es sólo su carácter universal y jurisdicción general lo que distingue a la Corte de La Haya de otros tribunales internacionales, sino también el valor que se reconoce a sus decisiones —sentencias y opiniones consultivas— que, por su autoridad, componen eslabones importantes en la formación de la jurisprudencia internacional y, por ende, en la concreción de la existencia, contenido y hasta oponibilidad de normas generales (v. Caps. I y XIII); de ahí el insustituible papel que la CIJ está llamada a desempeñar como garante de la unidad del DI.

Varios signos sugieren, además, una mayor e interesante actividad de la CIJ tras la terminación de la *guerra fría*. No sólo ha aumentado el número y diversidad de los asuntos sometidos a su jurisdicción, sino que los Estados partes en los litigios proceden de todas las regiones del planeta.

Así, mientras que en el decenio de 1970 la Corte llegó a tener sólo una o dos causas en su lista, en octubre de 2006 los asuntos en la *lista* de la Corte eran doce, siendo su objeto y partes muy variados: a) controversias de naturaleza territorial, insular y/o marítima (que enfrentan a Nicaragua con Honduras y Colombia, a Malasia con Singapur, a Ucrania con Rumania); b) controversias que interesan a los derechos humanos directamente (Bosnia y Herzegovina y Croacia c. Yugoslavia), por los límites de la competencia estatal en la persecución de crímenes internacionales y la inmunidad de los agentes extranjeros (Congo-Brazzaville o Djibouti con Francia) o por el fleco de la protección diplomática (Guinea con R.D. del Congo); c) controversias originadas por la vecindad fluvial (Costa Rica con Nicaragua), implicando en su caso conflictos medioambientales (Argentina con Uruguay; incluso Eslovaquia con Hungría).

Países en vías de desarrollo y antiguos miembros del desaparecido *bloque socialista*, antes reacios a los medios jurisdiccionales en general y a la CIJ en particular, litigan ante la Corte. *No sólo entre sí, sino contra países desarrollados.*

Nicaragua marcó el paso cuando en 1984 demandó a Estados Unidos (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*). Y aunque el gobierno norteamericano, una vez que la Corte se declaró competente y admitió la demanda, reaccionó con la incomparecencia y la retirada de su declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte, los *cabos sueltos* de otros fundamentos (tratados y cláusulas compromisorias) consentidos lo colocaron en posición de demandado por Libia, Irán, Paraguay, México, además de Alemania, en asuntos en que se discutía el uso de la fuerza o los derechos humanos (al hilo de la infracción de obligaciones de Derecho consular en procedimientos penales concluidos con la imposición de la pena capital a nacionales de otros países). Aunque Estados Unidos ha sacado la mala enseñanza de que debe seguir denunciando todo tratado que le exponga a la Corte (como ha hecho con el Protocolo anejo a la CV sobre Relaciones Consulares, 1963), es buena noticia que, a pesar de todo el poder que se le supone y de las limitaciones del consentimiento como base exclusiva de los medios jurisdiccionales, Estados Unidos haya podido ser demandado ante la Corte.

También es significativo que en 1989 la Unión Soviética (heredada por Rusia) retirara sus reservas a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte de importantes instrumentos convencionales, particularmen-

te los relativos a la protección de los derechos humanos, ejemplo seguido por las Repúblicas nacidas de su disolución y por otros países de la Europa oriental y central, algunos de los cuales han hecho declaraciones conforme a la *cláusula opcional* (art. 36.2 del Estatuto, v. *infra*). Así, Polonia (1990), Estonia (1991), Bulgaria (1992), Hungría (1992), Georgia (1995).

383. Composición

La Corte se compone de quince magistrados independientes —por definición— elegidos por la AGNU y el C. de S. por mayoría absoluta en votación separada (no operando en este supuesto el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo), por un período de nueve años, procediéndose cada tres a la renovación de una tercera parte de los mismos (art. 13.1 del Estatuto).

La elección se lleva a cabo sobre la base de una nómina de candidatos que, a tales efectos, elabora el Secretario General con los propuestos por los grupos nacionales del TPA o, en su defecto, por los grupos designados por los respectivos gobiernos (arts. 4-12 del Estatuto).

Dos directivas generales impone el Estatuto para la elección de los magistrados:

1) Que se trate de personas “que gocen de alta consideración moral y política y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de DI” (art. 2); y

2) “Que en el conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo” (art. 9).

La aplicación del criterio de distribución geográfica equitativa conduce, en virtud de un *acuerdo político* adoptado en la década de los sesenta —y aún hoy vigente— a un reparto geográfico que garantiza —a imagen y semejanza del reparto previsto para los miembros no permanentes del C. de S.—, tres jueces al grupo africano, dos respectivamente al asiático, latinoamericano-caribeño y europeo occidental (y otros), y uno al europeo oriental, a los que hay que sumar los cinco jueces de la nacionalidad de los Estados que disfrutan de un asiento permanente en el C. de S.

La misma Corte elige de entre sus miembros a su Presidente y Vicepresidente por un mandato de tres años. Agotado su mandato, los magistrados continuarán conociendo de los asuntos en curso —siempre que ya se hubiese iniciado la fase oral— hasta su terminación (arts. 13.3 del Estatuto y 33 del Reglamento); para los miembros de las Salas *ad hoc* (v. *infra*) este mandato se alarga hasta la culminación del asunto de que se trate, sin ningún tipo de condición.

Los magistrados de la nacionalidad de los Estados partes en una controversia conservan la facultad de oír y fallar el asunto de que se trate (art. 31.1 del Estatuto). Si no los hubiere (o habiéndolos, el juez en cuestión incurre en un motivo de abstención), dichos Estados podrán designar un juez *ad hoc* de su elección (nacional o no), que tomará parte en las decisiones de la Corte en términos de igualdad con sus colegas (art. 31.6).

Tal designación es un derecho al que las partes pueden desde luego renunciar, aunque como es natural no suelen hacerlo, particularmente si el adversario cuenta en la Corte con un magistrado de su nacionalidad

(excepcionalmente, a él renunció Nicaragua cuando se ventiló su solicitud de medidas cautelares en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984; la misma Nicaragua y Honduras también renunciaron a jueces *ad hoc* en el asunto de las *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, 1988).

En términos estadísticos puede decirse que el juez *ad hoc* endosa más frecuentemente la causa del Estado que lo designó que el juez ordinario la causa del país de su nacionalidad. De hecho, se cita como excepción a la francesa S. Bastid, que votó en contra de la demanda de Túnez —que la había designado juez *ad hoc*— acerca de la revisión e interpretación de la s. de 1982 en el asunto de la *Delimitación de la plataforma continental con Libia* (1985). Pero en términos sociológicos puede decirse que el juez ordinario nacional de una de las partes suele ser más influyente que el juez *ad hoc* de la otra, sobre todo si ha repetido mandato y su lengua materna coincide con las oficiales de la Corte (francés e inglés, art. 39 del Estatuto). En este punto, por cierto, no está de más anotar la oportunidad histórica que perdieron los países latinoamericanos en el momento fundacional de la ONU, cuando constituían una importante minoría (20 sobre 51), para incluir la lengua española. La concesión al grupo geográfico de algún magistrado más —que luego perdieron— fue el hueso con el que entonces se les distrajo.

La demanda de la RF de Yugoslavia contra diez Estados miembros de la OTAN (*Licitud del empleo de la fuerza*) no sólo llevó al límite los inconvenientes del estricto bilateralismo con el que se concibió y reglamentó el procedimiento, sino los signos de desigualdad entre las partes que pueden aflorar en la composición de la Corte, agravados por la designación de jueces *ad hoc*. Si la RF de Yugoslavia podía ejercer —y ejerció— el derecho a designar un juez *ad hoc*, su agente y consejeros pudieron, al debatirse las medidas cautelares solicitadas, visualizar frente de ellos hasta seis jueces nacionales de los Estados demandados, pues cinco contaban con un juez en la Corte y un sexto se añadía por turno cuando el demandado no lo tenía. Habiéndose dolido de ello la RF de Yugoslavia, que objetó los nombramientos de jueces *ad hoc*, la Corte decidió que éstos no participaran en la fase de jurisdicción del caso.

La posibilidad de designar jueces *ad hoc* abarca tanto al procedimiento contencioso como al consultivo. De acuerdo con el Reglamento de la Corte (art. 102.3), si la opinión consultiva solicitada por las OI competentes concierne a una cuestión jurídica actualmente pendiente entre dos o más Estados, les serán aplicables las disposiciones del art. 31 del Estatuto. Lo solicitó África del Sur en 1971 (*Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia (Sudoeste Africano) a pesar de la res. 276 (1970) del C. de S.*), sin éxito, lo solicitó Marruecos en 1975 (*Sahara occidental*), con él.

384. Organización

La Corte ha sido concebida para ejercer sus funciones en pleno, bastando para tal constitución un quórum de nueve magistrados (art. 25 del Estatuto). Su universalidad y jurisdicción general, las dificultades inherentes a asegurar en formaciones restringidas la adecuada distribución geográfica equitativa que rige para el pleno, así como el riesgo de romper la *unidad de doctrina* en la misma Corte, han militado en contra de atribuirle facultades para distribuir los asuntos en *salas* o *secciones ordinarias de justicia*, al modo que lo hacen otros tribunales internacionales (por ej., el TEDH).

El Estatuto de la CIJ sí contempla la posibilidad de constituir tres tipos de *Salas Especiales* cuya competencia no se basa —como las de otras jurisdicciones— en criterios de eficacia y/o economía procesal, sino que se limita a los asuntos que

las partes les sometan. Se trata de: a) la Sala de Procedimiento Sumario (art. 29); b) las Salas *ad hoc*, destinadas a conocer de un asunto determinado (art. 26.2); y, c) las Salas Especializadas en determinadas categorías de controversias (de trabajo, tránsito y comunicaciones son las citadas a título indicativo por el Estatuto, art. 26.1, con claras reminiscencias del pasado), vía inexplorada por la Corte hasta que en 1993 constituyó una Sala en materia de *medio ambiente*, más acorde con los nuevos tiempos, cuyo mandato se ha venido prorrogando desde entonces.

Las reglas que rigen la constitución y composición de las Salas marcan sus diferencias. Sólo la Sala de procedimiento sumario debe, por imperativo estatutario, ser constituida por la Corte anualmente con cinco de sus jueces, entre los que necesariamente se encontrarán su Presidente y Vicepresidente; no obstante, hay que remontarse a tiempos de la CPJI para localizar el único asunto sometido a una Sala de este tipo (cuando Grecia y Turquía le sometieron el asunto sobre la *Interpretación del Tratado de Neuilly*, 1924).

El Estatuto confiere a la Corte la facultad —que no la obligación— de constituir las otras dos Salas. Tratándose de *Salas Especializadas* se dice que lo hará cuando lo estime necesario, siendo entonces cuando la Corte debe precisar la categoría de asuntos a tratar; la duración de sus atribuciones y el número de miembros, no inferior a tres; como así hizo mediante la mencionada Sala en materia de medio ambiente (compuesta por siete magistrados elegidos por un mandato de tres años), con la que se pensó dar respuesta a la experimentación de flamantes cláusulas compromisorias insertas en Convenciones tales como la relativa a la protección de la capa de ozono (1985, art. 11); cambio climático (1992, art. 14); y diversidad biológica (1992, art. 27). Pero hasta ahora no ha sido así, siendo en cambio el pleno de la Corte el que, atendiendo a diversos títulos de jurisdicción, ha tenido o tiene ante sí asuntos en los que, directa o indirectamente, están implicadas cuestiones medioambientales (*Gabcikovo-Nagymaros*, 1997; y, más recientemente, *Fábricas de pasta de papel sobre el río Uruguay*).

La constitución de las Salas *ad hoc* —objeto en España de consideración monográfica por S. Torrecuadrada— está en cambio pendiente de la demanda de las partes en la controversia, debiendo asimismo contar con su opinión en lo tocante a la determinación del número de magistrados y la misma composición nominal de la Sala en cuestión (art. 17 del Reglamento tras las revisiones de 1972 y 1978). El papel reconocido a las partes en la designación de los miembros de las Salas *ad hoc*, cuya composición suele responder fielmente a sus deseos, expresados en las consultas que a tal fin mantienen con el Presidente de la Corte, ha influido en su mayor utilización por los Estados, aunque no le ha ahorrado la crítica de jueces que lo consideran difícilmente compatible con las normas estatutarias. Hasta la fecha se han constituido seis Salas de cinco miembros cada una (incluidos, en su caso, los jueces *ad hoc*), y salvo la relativa al asunto *Elettronica Sicula* (instituida por acuerdo de Estados Unidos e Italia a raíz de la cláusula compromisoria del art. XXVI del tratado de amistad, comercio y navegación de 1948), el resto (Estados Unidos/Canadá, 1981; Burkina-Fasso/Mali, 1983; El Salvador/Honduras, 1986 y 2002; Benin-Níger, 2002) lo han sido en virtud de *compromiso* y en relación con asuntos sobre delimitación fronteriza.

Las Salas son competentes para conocer tanto del objeto de la demanda como de todos los incidentes que puedan acompañarla (v. *infra*) y sus órdenes y sentencias se entienden dictadas por la misma Corte, no siendo susceptibles de elevación al Pleno.



385. Competencias

En el ejercicio de su función judicial, la Corte desempeña una doble competencia: *contenciosa*, mediante la que resuelve controversias entre Estados por medio

de sentencias (arts. 34 y 59 del Estatuto); y *consultiva*, a través de la cual emite dictámenes sobre cualquier cuestión jurídica que le sometan la AGNU o el C. de S., así como cualquier otro órgano de NU u organismo especializado que haya sido autorizado al respecto por la misma Asamblea (art. 96 de la Carta); los Estados carecen por tanto de legitimación activa por esta vía, y en ningún caso (ni por vía contenciosa ni consultiva) gozan de *ius standi* ante la Corte los particulares, personas físicas o jurídica, ni las ONG (v. *infra*).

La preceptiva autorización de la AG para solicitar de la CIJ opiniones consultivas alcanza hoy a otro órgano principal de la ONU, el CE y S, así como a todos los Organismos especializados de la familia, salvo la UPU y el OIEA. Que el dictamen emitido por la Corte carezca estatutariamente de efectos jurídicos vinculantes (arts. 96 de la Carta y 65 del Estatuto de la Corte) no es óbice, como ha puesto de relieve C. Espósito, de la fuerza moral y carácter autoritativo de la opinión emitida; aunque lamentablemente no siempre basta para imponerse (v. Cap. XVI).

Ahora nuestro interés se centra en la competencia contenciosa de la Corte. Todos los Estados, pero sólo ellos, pueden ser partes en asuntos contenciosos ante la Corte (art. 34.1 de su Estatuto), no existiendo *a priori* controversias excluidas por razón de la materia (art. 36.1). Conviene en este sentido considerar que: a) todos los Estados miembros de NU (192 en la actualidad) lo son *ipso facto* del Estatuto de la Corte (art. 93.1 de la Carta); b) los Estados no miembros de la ONU pueden llegar a ser partes en el Estatuto de conformidad con las condiciones que en cada caso determine la AG a recomendación del C. de S. (art. 93.2 de la Carta y 35.1 del Estatuto de la Corte) y, c) el resto de Estados —no miembros de NU ni partes en el Estatuto de la Corte—, podrán litigar ante la Corte de acuerdo con las condiciones fijadas por el C. de S. con sujeción a las disposiciones especiales de los *tratados vigentes*, que en ningún caso podrán colocar a las partes en situación de desigualdad (art. 35.2 del Estatuto).

Tales condiciones fueron establecidas por el Consejo en 1946 para atender la situación de Albania en relación con el asunto del *Estrecho de Corfú* (1949); siendo invocadas posteriormente por otros Estados en fechas en las que no eran miembros de la ONU ni partes en el Estatuto de la Corte (Italia, Camboya, Ceilán, Finlandia, Japón, Laos, RF de Alemania y República de Vietnam).

La interpretación del art. 35 del Estatuto se planteó en *Legitimidad del uso de la fuerza* (2004), al objetarse el derecho de la RF de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) a ser parte en procedimientos contenciosos ante la Corte no siendo, en la fecha de interposición de la demanda (1999) miembro de NU ni parte en el Estatuto de la Corte. Este fue también el parecer de los jueces, lo que les llevó a concluir que el demandante carecía de título para recurrir a la Corte con arreglo al art. 35.1 del Estatuto. La Corte examinó entonces si acaso podía hacerlo con base en el art. 35.2, pero su conclusión fue igualmente negativa, al considerar que los “tratados vigentes” a los que se refería esta disposición sólo podían ser los tratados con cláusulas compromisorias a favor de la CIJ (no de su antecesora, la CPJI, que se regían por el art. 37 del Estatuto) vigentes *en el momento en que el propio Estatuto entraba en vigor*. No era el caso de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), que era el instrumento invocado.

Este asunto es un buen ejemplo de lo insatisfactoria que resulta en los tiempos que corren la exclusión de las OI como partes en procedimientos contenciosos y, también, la acusada bilateralización de éstos. Al dejar fuera a la OTAN, por un lado, y estimar el fundamento de competencia de la Corte Estado a Estado, ocurrió que ya *in limine* se vinieron al suelo las demandas contra Estados Unidos y España, manteniéndose para los otros países a expensas del juicio que, en fase de jurisdicción y admisibilidad, merecieran los fundamentos de competencia, variables de un Estado a otro, invocados por la RF de Yugoslavia. Hubiera sido un disparate, que

la Corte evitó mediante una arriesgada interpretación de los textos, que finalmente se hubiera entrado en el fondo del asunto respecto de dos o tres de los *turistas accidentales*...

También se ha llamado la atención sobre la insuficiencia estatutaria para dar respuesta cabal a las controversias que implican derechos de los pueblos de los territorios no autónomos. Su representación por la potencia administradora no suele ser discutida; pero no hay respuestas satisfactorias cuando sus intereses entran en conflicto (v. op. ind. Vereshchetin en *Timor Oriental*, 1995; tb. op. ind. Oda).

Sentado el principio de jurisdicción voluntaria en el que reposa la competencia contenciosa de la CIJ, reiteradamente evocado por su jurisprudencia, es preciso considerar cuándo y cómo pueden los Estados manifestar su consentimiento, antes o después del nacimiento de la controversia, mediante tratado o por el juego de las declaraciones previstas en *cláusula opcional* (art. 36.2 del Estatuto de la Corte).

386. Los fundamentos de la competencia contenciosa: Compromiso y "Forum prorrogatum"

El consentimiento prestado *a posteriori* puede ser el fruto de un acuerdo expreso (un *compromiso*) o la aceptación por el demandado, incluso mediante actos concluyentes, de la *oferta* de sumisión a la Corte supuesta en la interposición de una demanda por otro Estado, lo que da juego al principio del *forum prorrogatum*, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte.

El *compromiso judicial* comporta la expresión del acuerdo de las partes sometiendo su controversia ya viva a la CIJ (art. 36.1 del Estatuto). Como el arbitral, en este *acuerdo especial* las partes deberán definir el objeto del litigio y lo que solicitan del tribunal, incluido, en su caso, la delimitación del Derecho aplicable; pero obvio es recordar que siendo la Corte —como cualquier otro tribunal— un órgano permanente que actúa conforme a reglas procesales predefinidas, no será preciso determinar otras condiciones de tipo funcional (salvo en lo tocante a la posible designación de jueces *ad hoc* y/o la solicitud de constitución de una Sala *ad hoc*).

Las características de constitución y composición de las Salas *ad hoc* hacen del compromiso la vía natural para el sometimiento de un asunto a la jurisdicción de la Corte por esta vía, como corrobora la práctica (v. *supra*).

Apenas una veintena de contenciosos (un quince por ciento del total) ha sido sometidos a la CIJ mediante compromiso (once tuvo ante sí la CPJI) y de ellos una abrumadora mayoría han tenido como objeto controversias territoriales. Así, entre los más recientes, *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras), *Controversia territorial* (Libia/Chad), *Isla de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia) y *Controversia fronteriza* (Benin-Níger), el primero y el último decididos por una Sala *ad hoc*.

Según jurisprudencia constante, si bien la competencia de la Corte depende del asentimiento de las partes en la controversia, éste no ha de someterse o subordinarse a la observancia de una forma determinada (CPJI, *Derechos de las minorías en la Alta Silesia*, 1928; CIJ, *Estrecho de Corfú*, 1949; *Anglo-Iranian Oil Co.*,

1952). Ello ha dado pábulo al denominado principio de *forum prorogatum*, que permite, interpuesta una demanda sin un fundamento explícito, la aceptación de la competencia de la Corte por el demandado mediante un acto expreso separado y sucesivo (así, en *Estrecho de Corfú*, 1949), o incluso de un comportamiento concluyente, como sería la contestación a la demanda o la personación en el proceso sin plantear excepciones de competencia o de admisibilidad (así en *Haya de la Torre*, 1951). Se trata de expresar el principio de *no formalismo* en la expresión del consentimiento (v. Cap. I).

El art. 38.5 del Reglamento de la Corte regula los supuestos en los que su competencia se pretende fundar en un *consentimiento todavía no dado* o manifestado por el Estado contra el que se plantea la solicitud, disponiendo que la demanda le será transmitida, no adoptándose ninguna providencia en tanto éste no acepte la jurisdicción de la Corte.

En la actualidad penden ante la Corte dos casos con este fundamento, planteados contra Francia, uno en 2002 por la República del Congo (Congo-Brazzaville) y otro en 2006 por Djibouti. El primero guarda relación con *determinados procedimientos penales* iniciados por las autoridades judiciales francesas contra diversos órganos de gobierno congoleños, entre ellos su Presidente (Denis Sassou Nguesso); el segundo gira en torno al cumplimiento o no de los tratados de amistad y cooperación (1977) y sobre extradición judicial en materia penal (1986) concluidos por las partes.

387. Los fundamentos...: consentimiento anticipado mediante tratado

De conformidad con el art. 36.1 del Estatuto la jurisdicción de la Corte se extiende “a todos los asuntos especialmente previstos... en tratados y convenciones vigentes”. Ello se da en alrededor de cien instrumentos multilaterales y ciento sesenta bilaterales, incluidos tanto tratados generales de arreglo pacífico como cláusulas compromisorias —generales y especiales— insertas en una y otra clase de tratados.

Desde una perspectiva multilateral, el *Acta General* revisada (1949), en el ámbito universal, y la Convención europea para el arreglo pacífico de las controversias (1957) y el Pacto de Bogotá (1948), en el regional, son conocidos *instrumentos generales de arreglo pacífico* en los que las partes acuerdan la sumisión de sus controversias de *orden jurídico* a la CIJ (v. *supra*).

Por otro lado, apenas superan la media docena los *tratados de arreglo pacífico bilaterales* concluidos después de 1945 previendo el recurso a la jurisdicción de la CIJ (así los celebrados por Venezuela, con Colombia y Brasil, país éste que también cuenta con otro con Italia). Un objetivo similar cumplen las *cláusulas compromisorias generales* insertas en *tratados de amistad, comercio y navegación*, estipulando la sumisión a la CIJ de todas las controversias que pudieran originarse entre las partes; Estados Unidos concertó entre 1946 y 1962 casi una veintena de estos tratados y tres de ellos (los celebrados con Nicaragua, 1946; Italia, 1948, e Irán, 1955), han servido como títulos de jurisdicción en asuntos planteados a la Corte (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984 y 1986; *Elettronica Sicula*, 1989, y *Plataformas petrolíferas*, 1996 y 2003).

Mediante las *cláusulas compromisorias especiales* la aceptación por las partes de la jurisdicción de la Corte, normalmente precedida del agotamiento de otros medios de arreglo, se limita a las controversias que pueda suscitar la aplicación o interpretación de todas o algunas de las disposiciones del tratado en que se insertan, multilaterales o bilaterales.

Entre los tratados multilaterales que incluyen *cláusulas compromisorias judiciales* merece la pena mencionar: 1) los relativos a la *protección de los derechos humanos* (casi un veinticinco por ciento); 2) el *transporte por carretera* y la *navegación marítima y aérea* (un veinte por ciento); 3) la *prohibición de armas nucleares*, la *represión del tráfico ilícito de drogas* y la *prevención de la contaminación* (casi un once por ciento) y, por último, 4) las *Convenciones —o los Protocolos anejos a las mismas— de codificación y desarrollo progresivo* del DI. Consideración aparte merecen las cláusulas insertas en tratados fundacionales de organismos internacionales previendo el recurso a la jurisdicción de la CIJ respecto de las controversias que surjan en el ámbito de sus actividades.

Entre los tratados bilaterales destacan los de *transporte y servicios aéreos* (un tercio de los casi ciento cincuenta tratados bilaterales que confieren jurisdicción a la CIJ), los de *cooperación y asistencia económica* (el dieciocho por ciento, casi todos celebrados por los Estados Unidos con países europeos, incluido el concertado con España en 1953) y los de *relaciones consulares* (el once por ciento, un gran número concluido por Gran Bretaña con países europeos, uno de ellos con España en 1961).

No son auténticas *cláusulas compromisorias* de aceptación de la jurisdicción de la Corte las que hacen depender su competencia de: 1) la común elección de las partes en la controversia, como ocurre en el ámbito de la CONVEMAR (art. 287), ó 2) el consentimiento *in casu*, como se prevé en el Tratado Antártico (art. XI), la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono (art. 11), la Convención de Nueva York sobre los cambios climáticos (art. 14) y la Convención de Río sobre la diversidad biológica (art. 27).

A pesar de estos números, sólo alrededor de un tercio del total de asuntos sometidos a la Corte ha tenido su fundamento en tratados y cláusulas compromisorias. Las reservas y exclusiones permitidas en —o formuladas a— unos y otras pueden en parte explicarlo si nos referimos a instrumentos multilaterales. No obstante, en los últimos años han aumentado los casos en que se ha invocado este fundamento de jurisdicción.

Así, entre los tratados multilaterales a los que, con éxito o sin él, han acudido los Estados demandantes cabe mencionar: 1) la CV sobre el Derecho de los Tratados, (1969, art. 66, relativo a las controversias sobre la nulidad o terminación de un tratado por su oposición a *ius cogens*), invocado por la RD del Congo contra Ruanda (*Actividades armadas en territorio del Congo*, 2006); 2) el Protocolo Facultativo a la CV sobre relaciones consulares (1963, sobre controversias relativas a la aplicación e interpretación de las disposiciones de la Convención), invocado contra Estados Unidos por Alemania (*LaGrand*, 2001) y México (*Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004); 3) la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948, en relación con la responsabilidad de un Estado por este delito), invocada por la RD del Congo contra Ruanda en el asunto ya citado, por la RF de Yugoslavia contra varios países miembros de la OTAN (*Licitud del empleo de la fuerza*, 2004), por Bosnia y Herezegovina (*Aplicación de la Convención...*) y por Croacia (*Aplicación de la Convención...*) contra la RF de Yugoslavia; 4) la Convención de Montreal sobre actos ilícitos dirigidos c. la seguridad de la aviación civil (1971, en relación con controversias relativas a su interpretación y aplicación), invocada por Libia contra Estados Unidos y Gran Bretaña (*Cuestiones de interpretación de...Lockerbie*, 1998); 5) el Pacto de Bogotá (1948), invocado por Nicaragua contra Honduras (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*,

1988; *Delimitación marítima... en el Mar Caribe*), Costa Rica (*Acciones armadas...*) y Colombia (*Controversia territorial y marítima*) y por Costa Rica contra Nicaragua (*Controversia relativa a derechos de navegación y derechos conexos*); 6) Convención Europea para el arreglo pacífico de las controversias (1957), invocada por Liechtenstein contra Alemania (*Ciertos bienes*, 2005).

De acuerdo con el art. 37 del Estatuto la competencia de la CIJ se extiende *por lo que respecta a las partes en el Estatuto* a los viejos tratados y convenciones vigentes en los que se previó la sumisión de controversias a la CPJI.

Tratados de conciliación, arreglo judicial y arbitraje bilaterales, aún vigentes, se concertaron a cientos en el período entre guerras reconociendo la competencia de la CPJI. En el asunto *Barcelona Traction* (1964) la competencia de la Corte se sustentó en uno de estos tratados, el hispano belga de 1927.

Más recientemente, en los asuntos sobre la *Licitud del empleo de la fuerza* (2004) la RF de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) alegó como base adicional de jurisdicción frente a Bélgica y los Países Bajos, sendos tratados de conciliación/arreglo judicial y arbitraje suscritos en los años treinta del pasado siglo. La Corte consideró, sin embargo, que lo dispuesto en el art. 37 se aplicaba solamente entre las partes en el Estatuto y puesto que ya se había establecido que el demandante no lo era al interponer la demanda (1999) concluyó que los tratados invocados no podían ofrecer un fundamento de jurisdicción admisible.

388. *Los fundamentos...: la cláusula opcional*

Los Estados partes en el Estatuto pueden “declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de DI; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; y, d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”. Se trata de la conocida declaración hecha de conformidad con la *cláusula opcional* o *facultativa*, cuyo funcionamiento está presidido por los principios de *mutualidad* y *reciprocidad*, siendo la *confluencia* de dos declaraciones en el común denominador de su contenido (actos unilaterales, pero dependientes) lo que determinará la competencia de la Corte (v. *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 1998). La *cláusula* fue concebida por el jurista brasileño Fernandes como un sucedáneo del imposible principio de jurisdicción obligatoria.

Asimismo, las declaraciones hechas de conformidad con el art. 36 del Estatuto de la CPJI que estén aún vigentes, “serán consideradas, respecto de las partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ por el período que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones” (art. 36.5).

Las siete declaraciones que hoy cumplen tales condiciones corresponden todas (salvo la de Luxemburgo) a países latinoamericanos. Precisamente, la de Nicaragua (depositada en Ginebra el 24 de septiembre de 1929 y luego extraviadísima), fue uno de los fundamentos en los que la Corte basó su jurisdicción en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1984, exc. prel.).

Dado el ambicioso objetivo pretendido a través de estas declaraciones (alcanzar un consentimiento *general y anticipado* de sometimiento a la Corte) alentarlas es un gesto de *internacionalismo* que, además, no cuesta dinero, por lo que es frecuente descubrir bienintencionadas recomendaciones en toda clase de documentos y declaraciones *legeferendistas*, de la *Declaración de Manila* (1982) a, por ej., la res. 57/26 de la AG sobre la *Prevención y solución pacífica de controversias*, de 2002.

Sin embargo, la respuesta dada por los Estados *uti singuli* a estas reiteradas llamadas de atención que ellos mismos se formulan *uti universi* ha sido hasta ahora bastante rúcana.

A fecha de octubre de 2006 sólo sesenta y cinco Estados, apenas uno de cada tres miembros de NU han formulado y mantienen vivas declaraciones conforme a los párrafos 2 y 5 del art. 36 del Estatuto, entre ellos sólo uno (Gran Bretaña) de los miembros permanentes del C. de S. Francia y Estados Unidos, en otro tiempo feligreses de la cláusula, las denunciaron en 1974 y 1985, respectivamente, después de tener que hacer frente a demandas que cuestionaban —según su interpretación— sus intereses estratégicos como grandes potencias (asuntos de los *Ensayos nucleares*, 1974, y *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984 y 1986).

389. *Los fundamentos...: condiciones y reservas en las declaraciones conforme a la cláusula opcional*

El examen de las cifras se hace más crudo si atendemos a la calidad de las declaraciones, en su inmensa mayoría cargadas de reservas, cada vez más amplias y genéricas, cuyo impacto se ve multiplicado por el juego de la reciprocidad. Tan es así que casi pueden contarse con los dedos de una mano las declaraciones *limpias*, incondicionales, actualmente vigentes, entre ellas las formuladas a la CPJI y en los primeros años de vida de la CIJ por unos pocos países; eran otros tiempos.

El Estatuto admite, sí (art. 36.3), que las declaraciones previstas en el art. 36.2 se hagan por tiempo determinado o bajo condición de que otros Estados también las formulen. Sin embargo, interpretada libérrimamente, mucho más allá de lo que el buen juicio y la intención de sus redactores pudieron suponer, esta disposición ha sido una espita abierta por la que en la práctica se han colado, junto a declaraciones por tiempo indefinido sujetas a denuncia de efecto inmediato, reservas de toda suerte y condición (*ratione temporis*, *materiae*, *personae*, *litis penditiae*...), como si el objeto perseguido por los declarantes fuese aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte de cara a la galería, para a continuación vaciarla de contenido.

Fijémonos en las cláusulas temporales relativas a la *vigencia*, *modificación* y *denuncia* de la declaración, que pueden hacerse: 1) por tiempo limitado (cinco años es el más habitual), renovable o no automáticamente, o pendiente de la notificación de su terminación o modificación; y, 2) por tiempo indeterminado, sujeto o no

a la posibilidad de modificación, retiro o denuncia con preaviso (de seis a doce meses es lo más usual) o sin él (denuncia o modificación de efecto inmediato).

Con objeto de paliar la inseguridad jurídica que generan las declaraciones por tiempo indefinido sujetas a denuncia o modificación de efecto inmediato —mayoritarias entre las vigentes y normalmente desde su recepción o notificación al Secretario General de NU—, o sin plazo de preaviso, la CIJ ha sentado en su jurisprudencia (*Nottebohm*, 1953, *Derecho de paso por el territorio indio*, 1957; *Interhandel*, 1959, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984...) tres directivas que conviene valorar: a) la pérdida de vigencia, modificación o denuncia de la declaración tras la incoación del procedimiento no es obstáculo para que el mismo prosiga; b) la reciprocidad no opera respecto de las condiciones formales de creación, modificación o denuncia de una declaración; y, c) los efectos de la denuncia o modificación de una declaración que prevea su efecto diferido se pospondrá durante un *plazo razonable* en atención al principio de buena fe. Este argumento sirvió para frenar los efectos inmediatos pretendidos por la llamada *reserva Shultz*, 1984, excluyendo de la competencia de la Corte controversias en la región centroamericana, depositada sólo tres días antes de que Nicaragua demandara a los Estados Unidos. La declaración de Estados Unidos (1946) preveía un preaviso de seis meses.

España ha dispuesto que su declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte (1990) permanecerá en vigor por tiempo indefinido, en tanto no sea retirada o reemplazada por otra, fijando para ello un preaviso de seis meses a contar desde la recepción de tal notificación al Secretario General de NU; ahora bien, respecto de aquellos Estados que hubieran establecido un plazo inferior en sus declaraciones, la retirada española surtirá efectos en dicho plazo más breve. Para la modificación o retirada de las reservas anejas a su declaración España, astutamente, propone no obstante un régimen diferente, estableciendo que sus efectos se determinan en la fecha de la recepción de su notificación al Secretario General, lo que supone arrogarse un derecho de *denuncia parcial de efectos inmediatos*.

Distintas a las cláusulas temporales son las reservas *ratione temporis*, sin las cuales la jurisdicción de la Corte podría ejercerse con efectos retroactivos una vez depositada la declaración en la Secretaría de NU (art. 36.4 del Estatuto). De ahí que más de un tercio de las declaraciones actualmente vigentes incorporen reservas de exclusión de la jurisdicción de la Corte sobre las controversias anteriores a una determinada fecha, coincidente o no con la de la declaración, o nacidas de hechos o situaciones anteriores a la misma.

En este sentido, España excluye de su aceptación de la jurisdicción de la Corte las controversias surgidas antes del depósito de su declaración, o relativas a hechos o situaciones acaecidas con anterioridad a dicha fecha, aunque dichos hechos o situaciones puedan seguir manifestándose o surtiendo efectos con posterioridad, la cual lo que se dijo querer evitar la sumisión a la Corte del contencioso de Gibraltar.

Asimismo, España ha limitado la operatividad de su declaración respecto de las demandas planteadas por otros declarantes en los doce meses siguientes al depósito de su declaración, lo que le permite sortear las demandas por sorpresa de declarantes inesperados y/o modificar o denunciar (total o parcialmente) a tiempo la declaración española. Esta cautela valió a España (junto con su reserva al art. IX de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, 1948) para hurtarse a la demanda de la RF de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en el asunto de la *Licitud del empleo de la fuerza*, 1999, interpuesta a los cuatro días del depósito de su declaración conforme a la cláusula opcional. No tuvo la misma fortuna Nigeria cuando trató de hurtarse a la jurisdicción de la Corte (*Frontera terrestre y marítima*) fundada en la declaración camerunesa, depositada quince días antes de la interposición de la demanda, arguyendo que no le era oponible en tanto no se le había notificado previamente. En su opinión, las demandas por sorpresa suponían un abuso del sistema y rayaban en la mala fe. La Corte sostuvo, sin embargo, el precedente establecido ya en 1960 (*Derecho de paso por territorio indio*). Las declaraciones son efectivas desde la fecha misma de su depósito y los Estados que quieran evitarlo cuentan con medios para precaverse de ello.

Mediante las reservas *ratione personae* se pretende excluir las controversias que surjan con determinados Estados, especificados *eo nomine* o deducidos de determinadas circunstancias.

Dentro de este grupo se encuentra, por ej., la sistemática reserva de algunos miembros de la *Commonwealth* británica descartando las controversias que se originen entre ellos; así como las que en otro tiempo formularon simultáneamente Israel (que, siguiendo los pasos de Estados Unidos, denunció su declaración en 1985) y algunos países árabes, excluyendo las controversias con Estados o Gobiernos no reconocidos o con los que no se mantuvieran relaciones diplomáticas.

En relación con este tipo de reservas España (en el mismo sentido que otros declarantes, Gran Bretaña entre ellos) ha optado por excluir, con carácter general, las controversias con Estados que sólo hubiesen aceptado la jurisdicción de la Corte respecto de una controversia concreta o para los fines exclusivos de la misma.

Ni que decir tiene que las reservas *ratione materiae* son numerosas y varían considerablemente en cuanto a su objeto en función de las categorías de controversias que los declarantes, en atención a sus peculiares circunstancias (geográficas, políticas, económicas, históricas...), pretendan excluir de la jurisdicción de la Corte.

Es así característico que los Estados con problemas fronterizos, terrestres o marítimos, eviten las controversias que les conciernen prefiriendo, en su caso, someterlas a la Corte por vía de compromiso; o que siendo económicamente dependientes del medio marino excluyan las relativas a su régimen jurídico, o previendo litigios derivados de la aplicación de su legislación interna, por ej., sobre la extensión de su jurisdicción rampante más allá de la ZEE, excluyan de la competencia de la Corte los contenciosos que puedan originar medidas unilaterales de gestión y conservación de pesquerías y su ejecución, como hizo Canadá al modificar por enésima vez, ésta en 1994, su declaración con una reserva que le valió para que la CIJ decidiera —pese al argumento de España sobre la invalidez del título jurídico invocado para justificar la aplicación de tales medidas al altar mar y los actos conducentes a su ejecución mediando uso de fuerza— que carecía de jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta por España (*Competencia en materia de pesquerías*, 1998).

Dentro de las reservas *ratione materiae* cabe también mencionar las que prevén la exclusión de las controversias derivadas de conflictos o actividades armadas (incluida en una media docena de declaraciones vigentes); así como las derivadas de la interpretación o aplicación de un tratado multilateral, salvo que todas las partes (interesadas) en él lo sean ante la Corte o el declarante acepte expresamente para el caso su jurisdicción; prevista en la declaración de Estados Unidos, fue tenido en cuenta por la Corte en *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1984, 1986).

Párrafo aparte merece, entre este tipo de reservas, la denominada *reserva automática* (incorporada por primera vez en la declaración de 1946 de los Estados Unidos —*reserva Connally*— y pronto copiada por otros Estados, México entre ellos), por la que el declarante exceptúa de la competencia de la Corte los asuntos pertenecientes esencialmente a su jurisdicción interna, según apreciación en cada caso del interesado. Sin embargo, su efecto *boomerang* debido al juego de la reciprocidad (Noruega la alegó en detrimento de Francia en el asunto de los *Empréstitos noruegos*, 1957), unido al sentimiento generalizado de invalidez de la reserva —susceptible incluso de arrastrar la de la misma declaración que la sustenta— por burlar la competencia de la Corte para decidir sobre su propia competencia (art. 36.3 del Estatuto, según sostuvo el Juez Lauterpacht en el

mencionado asunto y en *Interhandel*, 1959) ha empujado a algunos Estados a desecharla y disuadido a los que la mantenían a invocarla en su beneficio (así, no la mencionó Estados Unidos en *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984); de manera que hoy no son ni media docena los Estados que suscriben esta reserva.

Muy frecuente es, en cambio, la reserva *ratione litis pendentiae* (incluida en cerca de dos terceras partes de declaraciones vigentes, la de España entre ellas), en virtud de la cual el declarante excluye de la jurisdicción de la Corte las controversias para las que las partes hubiesen convenido o convengan otro medio de arreglo.

Ante la menguada y estrecha disposición de los Estados por hacer de las declaraciones previstas en el art. 36.2 del Estatuto una vía efectiva de aceptación de la jurisdicción de la CIJ, uno podría maravillarse del elevado número de contenciosos (más de la mitad hasta la fecha) en los que tales declaraciones han servido como uno, o el único, de los fundamentos de su competencia. Esa sensación se deshinchía, sin embargo, sobre el mural del número total de casos planteados y el considerable nivel de denuncia y/o de impugnación de la jurisdicción de la Corte por los demandados sobre esta base.

Pueden así recordarse las mencionadas denuncias de sus declaraciones por parte de Francia y Estados Unidos; la no renovación de algunas cuando llegaron a su término (caso de Irán a resultas del asunto *Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952, o de Turquía tras el asunto de la *Delimitación de la plataforma continental del Mar Egeo*, 1978), o las modificaciones para restringir su alcance (como hizo la India tras ser demandada por Portugal en el asunto del *Derecho de paso por territorio indio*, 1960; Australia, tras ser demandada por Nauru (*Ciertas tierras fosfáticas en Nauru*, 1992) o Nigeria, tras la demanda de Camerún en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima* (1994-2002), modificando (en 1998) su declaración incondicional (que databa de 1965).

390. El Pacto de Bogotá y la cláusula opcional

Dispone el art. XXXI del *Pacto de Bogotá* (1948) que: “De conformidad con el inciso 2º del art. 36 del Estatuto de la CIJ, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria *ipso facto*, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre: a) La interpretación de un tratado; b) Cualquier cuestión de DI; c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional; d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

Las relaciones del art. XXXI del Pacto con las declaraciones conformes con el art. 36.2 del Estatuto de la Corte, del que es un calco, han sido debatidas en el pasado en términos de sustitución, subordinación e independencia, hasta que finalmente la Corte (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, Nicaragua c. Honduras, 1988) declaró que las obligaciones asumidas por los Estados partes

en el Pacto eran independientes de las deducidas de las declaraciones de esos mismos Estados conforme al art. 36.2 del Estatuto de la Corte.

Ambas pueden ser invocadas y el hecho de que, constatada por la Corte la pertinencia del Pacto como fundamento de su competencia, no se pronuncie sobre la declaración (o viceversa) responde a un principio de economía procesal, no a clase alguna de subordinación. Por lo mismo uno y otro fundamento operan dentro de los límites que marca su fuente, sin que los de uno puedan acumularse a los del otro para restringir la competencia de la Corte.

De esta manera, un Estado que se ha obligado por el Pacto no puede formular reservas después ni puede pretender condicionar o limitar este fundamento de jurisdicción con las reservas (estas sí modificables) que acompañen a su eventual declaración conforme al art. 36.2 del Estatuto.

Para ello la única vía posible sería la de formular una reserva al Pacto (como hizo Estados Unidos al firmarlo, si bien no lo ha ratificado) estableciendo dicha vinculación.

Asimismo, para desembarazarse de las obligaciones dimanantes del Pacto será preciso denunciarlo. Para hacer lo mismo con las obligaciones deducidas de una declaración será preciso retirarla. Para escapar al alcance de la competencia de la Corte habrá que hacer ambas cosas. Así lo hizo precisamente El Salvador, de manera que la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* se sometió a la Corte mediante *compromiso* (1986) que concretaba las previsiones del Tratado General de Paz (1980, arts. 31, 36, 39).

En la práctica existe una significativa coincidencia entre los Estados partes en el Pacto y los que han formulado declaraciones conforme a la *cláusula opcional* del Estatuto. Diez de los Estados que se obligaron por el Pacto contaban ya con estas declaraciones (Brasil, Colombia, El Salvador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay), aunque los tres primeros las retiraron en época posterior. De los cuatro restantes, tres (Costa Rica, Paraguay y Perú) han aplicado también la *cláusula opcional* después de ser partes en el Pacto. Sólo una de las partes en el Pacto (Chile) ha estado siempre al margen del mecanismo de la *cláusula opcional*. Por lo demás, no hay en la actualidad ningún Estado latinoamericano que mantenga viva una declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte conforme al art. 36.2 del Estatuto sin ser parte en el Pacto de Bogotá. Esa es la situación de Argentina, Cuba, Ecuador y Venezuela (así como la de Bolivia y Guatemala, países que contaron con una declaración en otro tiempo). En todo caso, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, al margen de los fundamentos de jurisdicción de la Corte con origen en tratados multilaterales en los que sean partes, algunos de estos países han aceptado la competencia de la Corte en tratados bilaterales. Argentina demandó a Uruguay en 2006 (*Fábricas de pasta de papel en el río Uruguay*) con base en uno de ellos (la cláusula compromisoria inserta en el tratado sobre el río Uruguay, 1975, art. 60, que reproduce la incluida en el tratado sobre el Río de la Plata, 1973, art. 87). Venezuela consintió cláusulas compromisorias en el tratado de no agresión, conciliación, arbitraje y arreglo judicial con Colombia (1939) y en el tratado de arreglo pacífico de diferencias con Brasil (1940).

391. Procedimiento

La incoación de un litigio ante la Corte tiene lugar, bien mediante la notificación del compromiso por las partes —o por una de ellas—, bien mediante solicitud

escrita dirigida al Secretario en el caso de que la competencia de la Corte se sustente en cualquier otro fundamento, sea convencional o deducido de una declaración conforme a la *cláusula opcional*, o sin él, indicándose en todo caso la parte que presenta la solicitud (demandante) y contra quién se propone (demandado), el objeto de la controversia, así como las bases legales y una exposición sucinta de los hechos (arts. 40 del Estatuto y 38 y 39 del Reglamento).

Como ya se indicó, si el demandante pretende fundar la competencia de la Corte en un consentimiento todavía no dado o manifestado por el Estado demandado, el asunto no será inscrito en el Registro general ni se efectuará ningún acto procesal en tanto dicho Estado, al que le será inmediatamente transmitida la solicitud, no haya aceptado la jurisdicción de la Corte a los efectos del asunto de que se trate (art. 38.5 del Reglamento).

La Corte está por otro lado facultada (art. 31.5 del Estatuto) para ordenar la acumulación de autos si comprueba que las partes (demandantes y/o demandados) tienen un mismo interés (como Etiopía y Liberia en el asunto del *Sudoeste africano*, 1962, o Dinamarca y los Países Bajos en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969). No suele hacerlo. Es revelador que no lo hiciera en las demandas planteadas por Libia contra Estados Unidos y Gran Bretaña (*Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultantes del incidente aéreo de Lockerbie*, 1992) ni en las interpuestas por la RF de Yugoslavia contra diez países miembros de la OTAN bombardeando juntos (*Licitud del empleo de la fuerza*, 1999).

La Corte ha admitido que, en principio, la demora en el ejercicio de la acción judicial una vez que se dan las condiciones para ello podría hacer inadmisibile una demanda, pero advierte que no existiendo plazo alguno de prescripción, ni general ni estatutario, sólo cabe decidir la cuestión teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. En *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru* (1992) llegó a la conclusión de que la demanda nauruana era admisible, a pesar de los años transcurridos (menos, en todo caso, de los pretendidos por Australia), correspondiendo a la Corte cuidar, a su debido tiempo, que el retraso no perjudicase al demandado en lo que hacía al establecimiento de los hechos y al contenido del derecho aplicable (v. tb. *Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004).

La demanda, una vez presentada, es susceptible de ampliación, siempre que no cambie la naturaleza de la controversia. De no ser así podría ser considerada una demanda nueva, vulnerable a la objeción preliminar del demandado (v. *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru*, 1992). Cabe, no obstante, cuestionarse una determinación así, en la medida en que la demanda nueva se formule antes de —o con— el depósito de la memoria y su objeto satisfaga los fundamentos de jurisdicción con que se cuenta; ello por un principio de economía procesal, pues nada impide al demandante transformar la demanda nueva en una nueva demanda. ✎

La necesidad de acomodar el objeto de la demanda al fundamento de competencia que se invoca ante la Corte sugiere la distinción entre la *causa* de la demanda y su *objeto*. En *Plataformas petrolíferas* la *causa* de la demanda de Irán era el uso de la fuerza por Estados Unidos, pero su *objeto* sólo podía ser una declaración de la Corte afirmando que las acciones del demandado infringían la libertad de comercio entre las partes porque era la cláusula compromisoria del tratado bilateral de amistad, comercio y derechos consulares de 1955 la que ofrecía la pertinente base de jurisdicción (v. op. ind. Ranjeva).

Obviamente es el demandante quien fija el objeto de la demanda. No es sólo un derecho. Es una obligación. La Corte puede *interpretarlo* para la adecuada evacuación de la función judicial; pero, obviamente, sería improcedente que la Corte, so capa de interpretación, modificara el objeto hasta, incluso, hacerlo irreconocible. De ahí las críticas dirigidas a la Corte por su s. en el asunto de la *Competencia en materia de pesquerías* (1998) donde —se dice— la Corte manejó con desenvoltura el objeto de la demanda de España contra Canadá a fin de que sus motivos calzaran como un guante en el fallo de falta de jurisdicción.

Las fases escrita y oral por las que discurre el procedimiento ante la Corte son reguladas con minuciosidad por su Estatuto y Reglamento, según el principio de igualdad entre las partes que subyace en todo procedimiento contradictorio ante un órgano judicial. Las revisiones reglamentarias de 1972 y 1978 tuvieron entre sus objetivos agilizar y, así, abaratar el procedimiento. Más tarde, a tal efecto, el Secretario General de NU creó un Fondo de asistencia económica al que pueden acogerse los Estados en desarrollo (como ya han hecho alguno de ellos) que quieran litigar ante la Corte.

Desde entonces, y a fin de hacer frente a un aumento sin precedentes de su volumen de trabajo, ya en 1997 la Corte había adoptado distintas medidas para racionalizar la labor de la Secretaría y aprovechar mejor la tecnología de la información, así como lograr una mayor colaboración de las partes en relación con sus procedimientos. En diciembre de 2000 la Corte revisó su Reglamento, en abril de 2002 volvió a revisar sus métodos de trabajo, en julio de 2004 adoptó métodos prácticos para aumentar el número de decisiones dictadas al año, en abril de 2005 enmendó las disposiciones adicionales del Reglamento...

392. *Sus incidentes*

El Estatuto y el Reglamento de la Corte (Título III, sección D) prevén los incidentes de procedimiento —hoy en alza— que pueden suscitarse en relación con un asunto sometido a su jurisdicción: medidas cautelares, excepciones preliminares, reconvencción, intervención de terceros, incomparecencia y desistimiento. Consideremos los más problemáticos y/o frecuentes.

1) Es el caso de las *medidas cautelares*, que la Corte puede ordenar, de oficio o a instancia de parte, si considera que las circunstancias así lo exigen a fin de proteger los derechos de las partes sobre los que podrá pronunciarse la sentencia y/o evitar la agravación de la controversia. Esta finalidad confiere al examen de las medidas cautelares prioridad respecto de los demás asuntos y carácter urgente. Para ordenarlas la Corte ha de apreciar dos extremos: su jurisdicción *prima facie*, esto es, basada en un fundamento aparente que sólo más adelante la Corte examinará en profundidad (*Interhandel*, 1957; *Competencia en materia de pesquerías*, 1972; *Ensayos nucleares*, 1973...) y el perjuicio irreparable que puede derivarse para el solicitante caso de que las medidas no se adopten. Son numerosos los casos en que una solicitud de medidas cautelares acompaña a la interposición de la demanda, pero nada impide solicitar tales medidas en un momento posterior si las circunstancias lo requieren, sea por el demandante, sea por el demandado, o de oficio por la Corte. Por lo demás, participar en este incidente no supone una *manifestación no equívoca* de la voluntad del demandado de aceptación de la competencia de la Corte (*Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, 1993).

De ser adoptadas las medidas (sean las solicitadas u otras que la Corte estimare convenientes), serán inmediatamente notificadas a las partes y al C. de S. (arts. 41 del Estatuto y 73 y ss. del Reglamento). A partir de *LaGrand* (2001) se han disipado las dudas acerca del carácter obligatorio de las medidas ordenadas por la Corte. Siendo así, tal vez la Corte deba considerar si la apreciación *prima facie* de su competencia no debe convertirse en adelante en una competencia *razonablemente probable* (op. ind. Kooijmans, *Licitud del empleo de la fuerza*, 1999).

Este (*Licitud del empleo de la fuerza*) es un caso en el que la Corte, tras rechazar las medidas cautelares solicitadas por la RF de Yugoslavia por estimar que carecía de competencia *prima facie*, lejos de archivar la demanda la mantuvo viva respecto de ocho de los diez países miembros de la OTAN demandados, a fin de considerar más detenidamente su competencia, que desestimó finalmente sólo en 2004. Teniendo en cuenta

que cuando la RF de Yugoslavia interpuso su petición de medidas cautelares estaba siendo bombardeada, cabe sugerir que algunos jueces pudieron dudar acerca de la solidez de su conclusión sobre la falta de una competencia *prima facie* de haber aplicado los estándares habituales.

Solicitar medidas cautelares puede ser una medida de presión sobre el demandado interesante para un demandante, más allá de consideraciones objetivas, cuando el fundamento de jurisdicción en que se basa su demanda no es demasiado sólido. Pero el tiro podría salir por la culata, sea porque la Corte rechace su competencia *in limine*, sea porque las medidas que instruya, lejos de ajustarse a sus propósitos, favorezca los del demandado; así sucedería, por ej., cuando la petición de que se ordene a las unidades navales de un país que se abstengan de hostigar fuera de su ZEE a los barcos pesqueros de otra, encuentra como respuesta una ordenanza de la Corte decidiendo la retirada de todos los barcos del área polémica.

La Corte ordenó medidas cautelares, entre otros en los casos del *Personal diplomático de los Estados Unidos en Teherán* (1979); *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1984); *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. RF de Yugoslavia) (1993); *Convención de Viena sobre las relaciones consulares* (1998); *LaGrand* (1999); *Actividades armadas sobre el territorio del Congo* (RD del Congo c. Uganda) (1999)... Pero la Corte parece extremar sus cautelas al examinar la oportunidad de las medidas que se le piden, y las ha negado, entre los asuntos más recientes, en los relativos a la *Sentencia arbitral de 31 de julio de 1989* (1990); *Paso por el Grand-Belt* (1991); *Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie* (1992); *Orden de arresto de 11 de abril de 2000* (2000); *Ciertos procedimientos penales iniciados por Francia* (2003); *Fabricas de pasta de papel sobre el río Uruguay* (2006)...

Dada la obligatoriedad de cumplir las medidas cautelares ordenadas por la Corte, algunos Estados se han animado a exigir responsabilidad por su incumplimiento (así, por ej., Bosnia y Herzegovina en *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, contra Yugoslavia; Camerún en *Frontera terrestre y marítima*, alegando la inobservancia de Nigeria), pero hasta ahora no se ha profundizado en este punto.

2) Las excepciones preliminares relativas a la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la demanda pueden plantearse por el demandado en cualquier momento hasta el depósito de su *contramemoria*. Pero si quiere que se abra una pieza separada, suspendiéndose el procedimiento sobre el fondo, deberá hacerlo en un plazo que concluye a los tres meses del depósito por el demandado de su *memoria* (art. 79 del Reglamento).

En *Avena y otros súbditos mexicanos* (2004) la Corte ha precisado que el art. 79 del Reglamento concierne sólo a las excepciones preliminares que se formulan como tales, siendo factible presentar excepciones una vez transcurrido este plazo y hacerlas valer al mismo tiempo que sus argumentos de fondo, especialmente cuando es el mismo demandado el que estima que por su naturaleza son inseparables de éste.

La práctica, confirmando la lógica, revela que son los demandados en asuntos incoados mediante una solicitud unilateral los que plantean excepciones preliminares. Casi siempre lo hacen. Pero también podría hacerlo cualquiera de las partes en un asunto incoado mediante *compromiso* o incluso, excepcionalmente, el mismo demandante (así, por ej., hizo Italia en el asunto del *Oro monetario*, 1954).

Caso singular fue el de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, en la medida en que la Corte trató como un *compromiso* en el que estaba pendiente de concreción el objeto de la controversia

un acuerdo que una de las partes, Bahrein, interpretaba sólo como la asunción de una obligación para llegar a un compromiso, lo que le hizo discutir la competencia de la Corte. Esta se habría ahorrado algún problema si hubiera interpretado el acuerdo como una cláusula compromisoria, facilitando la demanda unilateral. Al no hacerlo así, la Corte se enredó en términos que algún juez disidente criticó acerbamente.

Alimentados por los mismos o muy parecidos propósitos, los alegatos de falta de jurisdicción e inadmisibilidad de la demanda se mueven de manera contingente y son tratados por la Corte de forma empírica, sin el menor empeño por fijar límites o distinciones conceptuales. Si se entiende, no obstante, que afectan esencialmente a la competencia las excepciones que se refieren a la aplicación e interpretación de las cláusulas jurisdiccionales en que trata de fundarse aquélla, y a la admisibilidad las que descansan en otras consideraciones, cabe explicarse una doble fuente de confusiones: 1) la provocada por la incorporación en las cláusulas jurisdiccionales de exigencias propias de la función judicial que están presentes también sin ellas; y, 2) la provocada por el contenido heteróclito de una admisibilidad *lato sensu*, que incluye junto a la consideración de oficio de la existencia y objeto de la controversia, dentro de los límites naturales de la función judicial, y de los requisitos formales de presentación de una demanda, que es lógicamente previa al examen de la competencia de la Corte, excepciones puramente dilatorias (como el no agotamiento previo de los recursos internos) que, dado su carácter, es prudente tratar una vez que la Corte ha establecido su competencia (admisibilidad *stricto sensu*).

En los últimos tiempos se ha advertido como algunos demandados proponían de manera más o menos abierta las *manos sucias* del demandante para cohibir el ejercicio de jurisdicción por la Corte. Estados Unidos lo hizo frente a la República islámica de Irán (*Plataformas petrolíferas*) y frente a México (*Avena y otros súbditos mexicanos*); la sugestión flotó sobre La Haya cuando los miembros de la OTAN respondían a la RF de Yugoslavia (*Licitud del empleo de la fuerza*); incluso en un asunto de competencia consultiva (*Consecuencias de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*) Israel manejó este argumento, aplicado a la Autoridad Nacional Palestina, para respaldar la inconveniencia de que la Corte emitiera la opinión solicitada por la AG. Sin perjuicio de sugerir que las manos de algunos que argumentan en esta dirección no parecen más limpias que las de sus adversarios, su punto de vista no ha sido hasta ahora endosado por la Corte. No obstante, si consideramos el tratamiento dado a la RF de Yugoslavia en el conjunto de procedimientos en que se ha visto inmersa, es difícil evitar la sensación de que una doctrina oculta de *manos sucias* ha influido en decisiones que la han hecho idónea como demandada e inidónea como demandante.

La alegación de excepciones preliminares suspende el procedimiento sobre el fondo, temporalmente si son desestimadas, definitivamente en caso contrario. La Corte puede, asimismo, dar efecto a todo acuerdo de las partes encaminado a que las excepciones sean resueltas al examinar el fondo (como ocurrió, por ej., en el asunto *Elettronica Sicula*, 1989), de la misma manera que puede de oficio unir su tratamiento al fondo si considera que la excepción alegada no tiene un carácter exclusivamente preliminar (así, en los asuntos del *Sudoeste Africano*, 1962 y 1966; *Barcelona Traction*, 1964 y 1970; *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984 y 1986...).

El nuevo párrafo 2 del art. 79 del Reglamento (según la reforma operada en 2000) recoge la práctica según la cual la Corte puede decidir de oficio, antes de que el demandado deposite excepciones preliminares, ordenar una fase separada sobre competencia y admisibilidad, si de las consultas con las partes resulta que el demandado tiene intención de plantearlas.

Un análisis estadístico permite establecer la conclusión de que el demandado que plantea sin éxito excepciones preliminares acaba perdiendo el caso si la Corte

llega a pronunciar una sentencia sobre el fondo (así, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984, 1986; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 1998, 2002).

3) Las *demandas reconventionales*, que puede presentar en su *contramemoria* una de las partes —el demandado— (art. 80 del Reglamento), están en alza. Los requisitos son dos: contar con un fundamento de competencia y guardar la reconvencción una conexión directa con el objeto de la demanda.

A fin de asegurar una estricta igualdad entre las partes la Corte reserva para la parte que ha de responder a la demanda reconvenccional el derecho de presentar un segundo escrito sobre ella. Para la práctica reciente, v. las planteadas en los asuntos sobre la *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. RF de Yugoslavia); *Plataformas petrolíferas* (Irán c. Estados Unidos); *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria); *Actividades armadas en el territorio del Congo* (República Democrática del Congo c. Uganda). Todas ellas fueron, total o parcialmente admitidas a trámite; pero la de la RF de Yugoslavia fue retirada (2001), la de Estados Unidos no prosperó, si en cambio una de las dos de Uganda que habían sido admitidas a trámite. Al declarar la infracción de la RD del Congo de las normas del Derecho diplomático en la misión y sobre los agentes ugandeses en Kinshasa se ofreció un *paliativo* a la severa condena de que fue objeto Uganda por violación de toda suerte de principios fundamentales del DI.

4) El Estatuto de la Corte establece dos cauces para la *intervención* de un tercero en un procedimiento: a) si considera que tiene un interés jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio (art. 62); y, b) si está en juego la interpretación de un tratado en el que también es parte (art. 63).

El primer tipo de intervención trata de dar al tercero la posibilidad de poner en conocimiento de la Corte la concreta afectación de sus intereses jurídicos a fin de que ésta pueda actuar en consecuencia, limitando el ejercicio de su competencia para que tal no ocurra.

La afectación de intereses jurídicos de terceros que lleva pareja la delimitación de espacios marinos, particularmente si son cerrados o semicerrados, ha traído consigo que la mayoría de solicitudes de intervención con base en el art. 62 del Estatuto haya correspondido a controversias de esta clase. Fue el caso de Malta e Italia, respectivamente, en los asuntos de la *Plataforma continental* (Tunez/Libia, y Libia/Malta), Nicaragua en el asunto de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (Honduras/El Salvador), Filipinas en el caso de la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia) y Guinea Ecuatorial en el caso relativo a la *Frontera terrestre y marítima* entre Camerún y Nigeria. Hasta la fecha, las únicas intervenciones solicitadas con base en el art. 62 del Estatuto que han sido admitidas por la Corte han sido las de Nicaragua y Guinea Ecuatorial. Tampoco prosperaron las solicitudes de intervención de Fiji en el asunto de los *Ensayos nucleares* (1974) y de otros Estados cuando Nueva Zelanda solicitó, sin éxito, el *examen de la situación a título del párrafo 63 de la s. de la Corte de 20 de diciembre de 1974* (1995).

La autorización de intervención de Nicaragua en el mencionado asunto entre Honduras y El Salvador permitió a la Corte determinar que la ausencia de un *vínculo de jurisdicción* entre las partes y el tercero (como parecía exigir el art. 81 del Reglamento) no es obstáculo para la intervención si con ella el tercero sólo pretende la protección —y no el reconocimiento— de sus derechos, lo que limita su *status* a mero *interviniente* no parte en el proceso y, con él, los derechos y obligaciones que el Estatuto —y el Reglamento— le atribuyen, especialmente en lo tocante a la facultad de designar jueces *ad hoc* —vetada al tercero— y los efectos de la sentencia, que en términos estrictamente jurídicos no le será oponible, ni siquiera en el concreto ámbito de su intervención (v. *infra*).

Este tipo de intervención ha de distinguirse del caso que puede plantearse cuando la disposición de intereses ajenos constituye el objeto de la disputa que las partes sometieron a la Corte, supuesto este —el del *tercero indispensable*— en el que la Corte ha venido rechazando su jurisdicción a partir de la s. en los asuntos del *Oro monetario* (1954). La doctrina *Oro monetario* ha sido aplicada *Timor Oriental* (1995), frustrando la demanda de Portugal contra Australia que había llegado a acuerdos con Indonesia, ocupante del territorio, que afectaban a recursos de la plataforma continental de Timor. La decisión de la Corte ha sido criticada por cuanto el título en que se basarían los intereses del tercero, Indonesia, es aparentemente incompatible con normas imperativas. Tres años antes la Corte (*Ciertas tierras fosfáticas en Nauru*, 1992) no había querido aplicar esta doctrina a la demanda de Nauru contra la misma Australia, que consideraba *indispensables* a Gran Bretaña y Nueva Zelanda, los otros dos miembros de la Comisión que había explotado los fosfatos. En este caso, según la Corte, los intereses de Gran Bretaña y Nueva Zelanda podrían ser afectados por el fallo, pero no constituirían su objeto. Una cuestión de perspectiva.

La finalidad de la intervención prevista en el art. 63 consiste en conferir la mayor generalidad posible a la interpretación judicial del tratado; de ahí que, a diferencia del supuesto anterior, el Estatuto disponga que, de ejercerse, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para el tercero.

Dos han sido las ocasiones en las que Estados partes en un tratado objeto de interpretación en procesos incoados ante la Corte han demandado intervenir sobre esta base, Cuba en el asunto *Haya de la Torre* (1951), lo que fue admitido; y El Salvador en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1984), intervención denegada en la fase del proceso en que se planteó —jurisdicción y admisibilidad— sin que luego se renovara la petición en el momento en el que pudo ser pertinente, la del fondo.

5) El art. 53 del Estatuto contempla el supuesto de *incomparecencia* de una de las partes —ha de suponerse que el demandado— en el proceso, en cuyo caso la otra parte podrá pedir a la Corte que decida a su favor. Ahora bien, la Corte no puede adoptar tal decisión sin antes cerciorarse de: 1) que tiene competencia conforme a las disposiciones del Estatuto (arts. 36 y 37); y 2) que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al Derecho (art. 53.2). Tales averiguaciones han traído como consecuencia que sólo en la mitad de los procesos seguidos en rebeldía del demandado la Corte se ha declarado competente para conocer del fondo del litigio.

Así ocurrió en los asuntos relativos al *Estrecho de Corfú* (1949); *Pesquerías* (1974); *Personal diplomático de los Estados Unidos en Teherán* (1980); y *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), aunque en este caso la rebeldía se produjo sólo después de que la Corte se declarara competente. Por el contrario, en otros dos casos la Corte reconoció su incompetencia (*Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952, y *Plataforma continental del mar Egeo*, 1978), en otro declaró la demanda sin objeto (*Ensayos nucleares*, 1974) y en un cuarto desistió el demandante de la acción (*Prisioneros de guerra pakistaníes*, 1973).

Precisamente la escalada de procedimientos conocidos en rebeldía del demandado durante décadas pasadas (hoy no es así), movió al IDI a dedicar una Resolución (sesión de Basilea, 1991) a la consideración de las causas y consecuencias de la incomparecencia ante la Corte.

6) El *desistimiento* es un derecho que el demandante puede ejercer unilateralmente haciéndolo saber por escrito a la Corte; pero si en la fecha de recepción del escrito en la Secretaría el demandado ha realizado ya algún acto procesal, podrá oponerse en el plazo que fije la Corte, entendiéndose que transcurrido éste sin que se formule objeción el desistimiento es efectivo, formalizándolo

la Corte (o su Presidente) en una Orden. Si hay objeción, el procedimiento sigue adelante (art. 89). El desistimiento puede ser también el fruto de un acuerdo de las partes, que pueden notificarlo a la Corte por escrito, conjunta o separadamente. La Orden de la Corte formalizándolo puede incluir, de ser el caso y desearlo las partes, una mención del arreglo amigable al que han llegado e, incluso, de sus términos.

Desde 1990 hasta octubre de 2006 más de un tercio de los casos planteados a la Corte se cerraron por desistimiento, antes o después de que se hubiera pronunciado una sentencia afirmando la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda. Incluso en un caso (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*) el desistimiento se produjo (1991) cuando ya existía una sentencia sobre el fondo que el demandante quería traducir en términos de la debida reparación. Esto debe ser valorado, en términos generales, como expresión de la utilidad del procedimiento judicial para estimular la negociación en paralelo de las partes.

393. *Derecho aplicable*

En el ejercicio de su función judicial la Corte decidirá conforme a DI las controversias que le sean sometidas, debiendo aplicar, dice el art. 38 del Estatuto: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por las partes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica internacionalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y, d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

Ello no impide que las partes (como normalmente hacen en su compromiso y/o alegaciones) orienten a la Corte sobre las fuentes del DI en que debe fundar su decisión; como también pueden las partes convenir que la Corte decida un litigio *ex aequo et bono* (art. 38.2), lo que todavía no ha ocurrido.

Hay que ser cuidadoso cuando se accede a la Corte mediante *compromiso*. En *Isla de Kasikili/Sedudu* el *compromiso* de las partes (Botswana y Namibia) solicitaba de la Corte “determinar sobre la base del tratado anglo-alemán de 1 de julio de 1890 y las reglas y principios de DI la frontera entre Namibia y Botswana alrededor de la isla de Kasikili/Sedudu así como el estatuto jurídico de esta isla”. De no haber incluido el *compromiso* la referencia a las *reglas y principios de DI*, la Corte se habría visto obligada a decidir sobre la base exclusiva de la interpretación del tratado.

394. *Efectos y ejecución de la sentencia*

Las decisiones (sentencias y opiniones consultivas) de la Corte se toman por mayoría de votos de los magistrados, teniendo su Presidente o, en su ausencia, el Vicepresidente o magistrado que lo reemplace, voto de calidad en los empates (art. 55 del Estatuto).

Esto ha ocurrido tan sólo en una ocasión en el ámbito de la competencia contenciosa (*Sudoeste Africano*, 1966) y en otra en el ámbito de la competencia consultiva (*Licitud de la amenaza o empleo de armas nucleares*, 1996).

Las deliberaciones de la Corte son secretas (art. 54 del Estatuto), pero no así el resultado de las mismas, debiendo figurar en el texto de la sentencia el número y nombres de jueces que hayan constituido la mayoría. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, éstos tienen la facultad de añadir su opinión disidente (dice el art. 57 del Estatuto) o individual (añade el art. 95 del Reglamento), facultad de la que hacen un ejercicio prolijo; como también de declaraciones, así llamadas las dirigidas a justificar sucintamente el voto de uno o varios jueces o hacer formulaciones generales. Los mismos derechos tienen los jueces *ad hoc* (art. 31.6 del Estatuto).

Las sentencias de la Corte son obligatorias (art. 94 de la Carta de NU), si bien sólo para las partes y para el caso que ha sido decidido (art. 59 del Estatuto). Es por eso que la Corte no puede disponer de los derechos de terceros no partes en el proceso.

No cabe olvidar, sin embargo, lo *relativo* de los *efectos relativos* de las sentencias de la Corte, no sólo porque por razones de coherencia y de autoridad moral cabe esperar que la interpretación de las reglas de Derecho contenidas en el fallo de una determinada controversia sirvan de fundamento en la solución de otras (v. Cap. XIII), sino porque, aun sin querer, la sentencia puede crear objetivamente para el tercero interesado una situación difícilmente reversible; considérese, por ej., la situación en la que quedó Nicaragua tras la s. de la Corte (1992) sobre la controversia fronteriza entre Honduras y El Salvador en relación con sus derechos en el Golfo de Fonseca y en la fachada oceánica de su boca.

Las sentencias de la Corte son definitivas e inapelables (art. 60 del Estatuto), lo cual no obsta para que, como en el caso de la decisión arbitral, puedan interponerse demandas de *interpretación* y de *revisión*.

La solicitud de *interpretación* tiene por objeto aclarar el sentido o el alcance del fallo (CPJI, *Interpretación de las ss. 7 y 8 de la Fábrica de Chorzow*, 1927; CIJ, *Interpretación de la s. de 20 de noviembre de 1950 en el asunto del derecho de asilo*, 1950) y debe versar, por eso, sobre el dispositivo de la sentencia y sobre los motivos (su *ratio decidendi*) en la medida en que sean inseparables del dispositivo. La solicitud puede ser interpuesta por cualquiera de las partes en la controversia (art. 60 del Estatuto), sin que sea preciso para ello invocar un nuevo título de jurisdicción, ni siquiera cuando el título primigenio previera el acuerdo de las partes a tales efectos (según consideró la Corte al desestimar la excepción de Libia a la solicitud de interpretación de Túnez de la s. de 24 de febrero de 1982 en el asunto de la *plataforma continental*, 1985). Siempre han de quedar a salvo el carácter definitivo de la sentencia y la *autoridad de la cosa juzgada*, no debiendo retrasarse la ejecución del fallo.

La de Túnez ha sido, por lo demás, la única de las solicitudes de interpretación planteadas a la CIJ que ha sido estimada. Las otras (de Colombia, en relación con la s. sobre el *derecho de asilo*; de Nigeria, en relación con la s. de 11 de junio de 1998 en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (1999) fueron desestimadas. Según la Corte la demanda no tenía por objeto una interpretación de la sentencia, sino la solución de cuestiones sobre las que las partes no habían solicitado una decisión. Además, no se precisaban los puntos contestados.

Un caso singular fue el de la demanda interpuesta por Nueva Zelanda contra Francia (1995) requiriendo de la Corte el examen de la situación originada por los ensayos nucleares subterráneos franceses en sus posesiones del Océano Pacífico, a la luz del párrafo 63 de la s. de 20 de diciembre de 1974 (*Ensayos Nucleares*).

La demanda de *revisión* de las sentencias de la Corte deberá fundarse en el descubrimiento de un *hecho nuevo decisivo*, desconocido al pronunciarse el fallo para la Corte y la parte que solicita la revisión, siempre que no se deba a su negligencia (art. 61.1 del Estatuto). La solicitud deberá formularse dentro del término de seis meses después de descubierto el hecho nuevo y nunca después del término de diez años desde la fecha del fallo (art. 61. 4 y 5). Tratándose de un derecho estatutario, la solicitud de revisión de las sentencias de la Corte —a diferencia del arbitraje— no requiere un nuevo título de jurisdicción.

Hasta la fecha todas las demandas de revisión han fracasado en su fase de admisibilidad. Para la Corte los hechos alegados o no eran *nuevos* o no eran *decisivos* o había habido negligencia del demandante o de todo un poco.

Así, la demanda de revisión (y de interpretación) de la s. de 24 de febrero de 1982 en el asunto de la Plataforma continental (Túnez/Libia), planteada por Túnez; la demanda de revisión de la s. de 11 de julio de 1996 en el asunto relativo a la Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), planteada por Serbia y Montenegro; y la demanda de revisión de la s. de 11 de septiembre de 1992 en el asunto de la Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras), planteada por El Salvador.

Las sentencias de la Corte carecen —como los laudos arbitrales— de un procedimiento de ejecución forzosa.

La Corte introduce ocasionalmente en el fallo llamamientos a la cooperación de las partes en la ejecución de la sentencia (así, por ej., en *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002). En otras ocasiones, las partes en un *compromiso* incluyen una cláusula previendo la posibilidad de que una de ellas solicite una sentencia complementaria para que la Corte fije las modalidades de ejecución del fallo no logran entenderse. Con base justamente en una de estas cláusulas Eslovaquia se dirigió a la Corte, alegando que Hungría no estaba dispuesta a ejecutar la sentencia (1997). Todo sigue en suspenso.

Ha de recordarse, por otro lado, la cobertura que proporciona el art. 94.2 de la Carta de NU, en el sentido de que la parte lesionada por el incumplimiento de un fallo puede recurrir al C. de S., que podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a cabo su ejecución.

Obvio es constatar, sin embargo, que dada la discrecionalidad con la que también en este punto puede actuar el Consejo, harto difícil lo tendrá la parte lesionada en contenciosos con miembros permanentes reacios a cumplir las decisiones de la Corte. No obstante, en ocasiones la paciencia recompensa. Así, el impago por Albania de la suma determinada por la Corte en reparación de los daños ocasionados a Gran Bretaña por los hechos considerados en el asunto del *Estrecho de Corfú* (1949), a menudo citado como muestra de incumplimiento de las sentencias de la Corte, fue finalmente solventado mediante acuerdo de 8 de mayo de 1992. Otro incumplimiento anunciado, el de Estados Unidos de la s. de 27 de junio de 1986 (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*) fue corregido siquiera *formalmente*, gracias al acuerdo alcanzado por el Gobierno de Nicaragua —una vez que los *sandinistas* abandonaron el poder tras su derrota electoral (1989)— con el de Estados Unidos, que condujo al desistimiento de la República centroamericana de la demanda interpuesta para concretar la reparación debida como consecuencia de la responsabilidad en que había incurrido Estados Unidos (1991). Hay acuerdos —y amores— que matan.

Son las partes que desean ejecutar una sentencia las que en ocasiones solicitan la asistencia de las NU (o de Organizaciones regionales, como la OEA) a tal efecto. Así, por ej., una comisión de la OEA asistió a Nicaragua y Honduras en la ejecución (1962) de la s. de la Corte que consideró válida la s. *arbitral dictada por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906* (1960). El C. de S. dispuso de un *grupo de observadores* (1994) para verificar a petición de Libia y Chad la ejecución de la s. que decidió su *Controversia territorial*. La ejecución de la s. de la Corte sobre la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002) se lleva a cabo con el apoyo de NU.

LXXXVII. EL PAPEL DE LOS ACTORES NO ESTATALES

395. Consideraciones generales

El sistema de solución de controversias establecido por el DI general resulta infranqueable, en principio, para los actores no estatales en la medida en que gira en torno a dos condiciones, ninguna de las cuales pueden cumplir: ni gozan de subjetividad, ni pueden perseguir internacionalmente los derechos que eventualmente les reconozca la norma internacional.

No obstante, algún conflicto en el que se ha encontrado implicada una ONG ha tenido ribetes de controversia internacional, aunque no le cuadre la definición. Tal fue el *asunto del Rainbow Warrior*, en el que Francia y *Greenpeace* llegaron al acuerdo (1985) de entablar negociaciones a fin de fijar la indemnización por los perjuicios causados a la ONG por la voladura por agentes franceses, en el puerto de Auckland, del *Rainbow Warrior*, barco de *Greenpeace* implicado en la campaña contra el programa de pruebas nucleares de Francia en el Pacífico. Al no fructificar la negociación, las partes se comprometieron a someter el asunto a un tribunal arbitral, cuya sentencia (2 de octubre de 1987) determinó, conforme al Derecho inglés, las cantidades a pagar por Francia. En paralelo a este asunto se ventiló la controversia entre Nueva Zelanda y Francia, sometida al arbitraje (aunque se le llamara *mediación*) del Secretario General de NU (s. de 30 de abril de 1990) (v. *supra*).

Esta occlusión ha ido cambiando, aun con levedad y lentamente, debido a determinadas tendencias, como el reconocimiento directo de derechos de los particulares que se produce con creciente frecuencia en los tratados internacionales y la exacerbación del interés público de los actores no estatales por el cumplimiento de las normas internacionales, lo que implica que pretendan prolongar su participación hasta procedimientos que no afectan directamente a sus derechos. Así, en contextos normativos particulares: a) se ha aceptado la *legitimación activa* de actores no estatales en determinados procedimientos; y, b) ha quedado abierta la posibilidad de una actuación en calidad de *amicus curiae*.

396. Casos de legitimación activa en procedimientos internacionales

Sobre la *legitimación activa* cabe mencionar, en primer lugar, el Tribunal Internacional del Mar, cuya competencia, concretamente de su Sala de Controversias de los Fondos Marinos, abarca controversias que tendrán como partes a algunas de las personas jurídicas que pueden realizar actividades en la Zona de

Fondos Marinos en los términos del art. 153.2, *b* de la CONVEMAR (1982). Ciertamente, la realización de estas actividades se encuentra bajo un marco contractual (art. 153.3) y la competencia de la Sala se limita a las controversias relacionadas directa o indirectamente con tales contratos (art. 187).

También se abre la posibilidad de que las controversias que puedan suscitarse sobre la interpretación o aplicación del contrato que regula las actividades en la Zona puedan llevarse, "a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a arbitraje comercial obligatorio, a menos que las partes convengan en otra cosa" (artículo 188.2.a de la Convención). Sin embargo, el tribunal arbitral no podrá decidir cuestión alguna relativa a la interpretación de la Convención y si la controversia alcanza a ese extremo, tendría que remitirla, para su sustanciación, a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos.

En relación con la protección de los derechos humanos, la Convención Europea (1950) dispone que "el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, *organización no gubernamental* o grupo de particulares *que se considere víctima de una violación*, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos" (art. 34, énfasis añadido). El Protocolo 1 (1952) admite, por otro lado, que las personas jurídicas puedan entablar demandas relativas al disfrute del derecho a la propiedad.

En el ámbito americano, también se ha contemplado la posibilidad de que las ONG participen en el procedimiento de persecución de las violaciones de derechos reconocidos por la Convención americana de Derechos Humanos o Pacto de San José: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte", dice el art. 44. Obsérvese que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo, el americano se abre a la intervención de la ONG sin necesidad de que se considere víctima de una violación (v. art. 23 del Reglamento de la Comisión), lo que expande sobremanera sus posibilidades. Como contrapartida, éstas quedan limitadas sólo a la Comisión y no alcanzan a la Corte que, no obstante, abre la vía del *amicus curiae* (v. *infra*).

En el ámbito africano el Protocolo por el que se establece la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1998), permite el acceso de las ONG a su jurisdicción siempre que (art. 5.3): 1) El Estado demandado haya admitido esta posibilidad mediante declaración depositada al ratificar el Protocolo (o, cabe suponer, en un momento posterior), y, 2) la Corte lo considere oportuno.

397. Los actores no estatales como "*amicus curiae*"

La vía del *amicus curiae*, consecuencia de la escasísima capacidad procesal reconocida a los actores no estatales, se ha abierto ante algunos tribunales internacionales. Nos limitaremos, ahora, a considerar el punto en relación con la CIJ y con los tribunales constituidos para la protección de los derechos humanos.

Ciertamente la CIJ ha rechazado esta vía en la jurisdicción contenciosa, pues la posibilidad de recabar información de las organizaciones internacionales

públicas (art. 34.2 de su Estatuto) es interpretada (art. 69.4 de su Reglamento) como referida a organizaciones interestatales. En cambio, las reglas relativas a la jurisdicción consultiva permiten ir más allá, pues la posibilidad de que organizaciones internacionales puedan suministrarle información a través de comunicaciones escritas u orales (art. 66 del Estatuto), no se restringe ni por el Estatuto ni por el Reglamento (v. art. 105).

Fue así que se admitió para la jurisdicción consultiva —*Estatuto internacional del Sudoeste Africano* (1950)— y no para la contenciosa —*Derecho de asilo* (1950)— la solicitud de la *International League for Human Rights* para someter información ante la Corte. El hecho de que dicha ONG no cumpliera las instrucciones de la Corte, que pedía sólo informaciones de carácter jurídico y no declaraciones sobre los hechos, pudo ser la causa de posteriores negativas del tribunal a admitir aportaciones a título de *amicus curiae*. Así sucedió a la misma ONG en el asunto relativo a las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia (Sudoeste Africano)* a pesar de la res. 276 del C. de S. (1970), 1971, y así le ocurrió también a *International Physicians for the Prevention of Nuclear War* en el asunto de la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* (1996). Finalmente, en el contencioso sobre el *Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros* (1997), la Corte constató que se habían recibido en su Secretaría de manera no oficial comunicaciones escritas de ONG.

Pero la resistencia a la inmisión de los actores estatales en este ámbito es máxima y no proviene sólo de los Estados (v., por ej. la op. ind. del Juez Guillaume en *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, 1996). Aunque en lo material la opinión de la Corte no satisfizo seguramente las expectativas de quienes la urgieron (v. Cap. XXVI y XXVIII) es plausible pensar en todo caso que la solicitud no habría sido hecha de no mediar la presión de las ONG.

El TEDH es, probablemente, uno de los que otorgan más facilidades a las ONG para presentar comunicaciones escritas u orales a título de *amicus curiae*. Esto viene propiciado por el art. 36.2 de la Convención, que determina que “en interés de la buena administración de la justicia, el presidente del Tribunal podrá invitar... a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista” (v. tb. art. 61 del Reglamento del Tribunal).

Entre los casos de sometimiento al Tribunal de comunicaciones escritas por parte de actores no estatales, puede mencionarse *Soering c. Reino Unido* (1969), comunicación de Amnistía Internacional; *Ligens c. Austria* (1986), comunicación del *International Press Institute*; *Informatiosverein Lentia And Others v. Austria* (1993), *Otto Preminger Institut c. Austria* (1994) y *Prager and Oberschlick v. Austria* (1995), comunicaciones en los tres casos de dos organizaciones de derechos humanos, “Artículo 19” e “Interights”. Por el contrario, la petición de *Rights International* fue rechazada por el Presidente del Tribunal en el caso *Ahmet Sadik c. Grecia* (1996).

También la CIDH, a pesar del silencio estatutario y reglamentario sobre esta figura, se ha mostrado proclive a la admisión de solicitudes de *amicus curiae*, mucho más todavía que su homónimo europeo, pues parece que jamás ha denegado una solicitud en este sentido, tanto en lo que se refiere a su jurisdicción contenciosa como a la consultiva, aunque de acuerdo con la práctica de la Corte los escritos de esta naturaleza no son integrados formalmente en los autos de la causa.

Podemos encontrar bastantes casos, más de ochenta, en los que actores no estatales han presentado comunicaciones escritas a título de *amicus curiae*. Por ejemplo, Amnistía Internacional lo hizo en el caso

Benavides Cevallos (1998) y otras ONG y entidades indígenas de Nicaragua lo hicieron en *Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni* (caso nº 11.555); tratándose de la jurisdicción consultiva, *International Human Rights Law Group* lo hizo respecto de la opinión sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (op. cons. de 14 de julio de 1989).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales en general, en lengua española: V. Bou (ed.), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Valencia, 2005; R. Riquelme, "La promoción de medios y métodos de arreglo pacífico de las controversias en la conmemoración del centenario de la Primera conferencia internacional de la paz (1899-1999)", *ADI*, 1999, 385. **En otras lenguas:** D. Bardonnet (ed.), *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe: perspectives d'avenir/The Peaceful Settlement of International Disputes in Europe: Future Prospects*, Dordrecht, 1991; J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge, 1991 (2005, 4ª ed.); P.H. Pazartzis, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre Etats*, Paris, 1992; J. Tacsan, *The Dynamics of IL in Conflict Resolution*, Dordrecht, 1992; J. Collier y V. Lowe, *The Settlement of Disputes in IL. Institutions and Procedures*, Oxford-Nueva York, 1999; T. Coates, *International Justice: Principles and Issues*, Londres, 2000; M.E. O'Connell, *International Disputes Settlement*, Dordrecht, 2003; G. Abi-Saab, "'Interprétation' et 'auto-interprétation'. Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international", *Festschrift R. Bernhardt*, Berlín, 1995, 9; T. Treves, "Recent Trends in the Settlement of International Disputes", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. I, 1997, 395; A. Remiro, "Justice among States", *Liber amicorum J.M. Ruda*, La Haya, 2000, 43; L. Caflish, "Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques", *R. des C.*, 2001, t. 288, 245.

2. Sobre los cauces y procedimientos contemplados en tratados (de arreglo pacífico y cláusulas compromisorias), en lengua española: E. Jiménez de Aréchaga, "Tentativas de reforma del Pacto de Bogotá", *AJI*, 1986, 11; E. Orihuela, "El Pacto de Bogotá y la CIJ", *REDI*, 1990, 415; R. Riquelme, "El arreglo pacífico de controversias internacionales, con especial referencia a la política convencional española", *Cur. DI Vitoria 1998*, 213; N. Ochoa, "Las cláusulas compromisorias de las Convenciones de derechos humanos de las NU a la jurisdicción de la CIJ: ¿Un mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos?", *ADI*, 2003, 263. **En otras lenguas:** I. Seidl-Hohenveldern, "Le règlement des différends en Europe au-delà du marché commun", en D. Bardonnet (ed.), *Le règlement pacifique des différends...*, cit., 173; V. Coussirat-Coustère, "Le règlement des différends dans l'oeuvre de la CDI: vers une codification progressive?", *Etudes G. Apollis*, París, 1992, 29. **Sobre los procedimientos de arreglo contemplados en los tratados de codificación y desarrollo progresivo**, mencionaremos los trabajos de L.B. Shon, "Settlement of Disputes Relating to the Interpretation and Application of Treaties", *R. des C.*, 1976, t. 150, 195; R. Laval, "Dispute Settlement under the Vienna Convention on the Succession of States in respect to Treaties", *AJIL*, 1979, 407. **Por lo que se refiere, en particular, a la solución de controversias en la Convención sobre el Derecho del mar:** v. biblio. Cap. XXIV (delimitación espacios marinos).

3. Sobre la solución de controversias por medios políticos, en particular, mediante negociaciones diplomáticas: A. Plantey, *La négociation internationale*, París, 1980; M. Berman, *The Practical Negotiation. Diplomatic Negotiations in International Disputes*, Londres 1982; AA.VV., *Negotiations internationales*, París, 1983-85; G. Goodpaster, *A Guide to Negotiation and Mediation*, Londres-Nueva York, 1997; C. Albin, *Justice and Fairness in International Negotiation*, Cambridge, 2001; G. Geannau, "Théorie et pratique des négociations en DI", *R. des C.*, 1980, t. 166, 365.

4. Sobre los medios políticos en los que interviene un tercero, en lengua española: F. Mariño, "La mediación de la Santa Sede en el asunto del canal de Beagle", *REDI*, 1985, 423; F. Castro-Rial, "Las comisiones internacionales de investigación", *REDI*, 1986, 519; S. Benadava, "La mediación de

la Santa Sede en el diferendo chileno-argentino sobre la zona austral", *Essays S. Rosenne*, Dordrecht, 1989, 33; M.E. García Jiménez, "Notas sobre la conciliación: ¿Un procedimiento de arreglo pacífico de controversias internacionales con sentido actual y perspectivas de futuro?", *ADI*, 1993, 57; D.J. Liñán, "Algunas consideraciones sobre la evolución de la conciliación", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 439; M. Aznar, "La determinación de los hechos por el Secretario General de las NU en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", *REDI*, 1996, 71; A. Rodríguez Carrión y M.I. Torres, "Una readaptación de los medios de arreglo pacífico de controversias: el caso de isla Perejil y los medios utilizados para la solución de este conflicto", *REDI*, 2002-2, 717. **En otras lenguas:** U. Villani, *La conciliazione nelle controversie internazionali*, Nápoles, 1979 (1989, 2ª ed.); S. Touval y I.W. Zartman (eds.), *International Mediation in Theory and Practice*, Boulder (Co.), 1985; C.R. Nitchell y K. Webb (eds.), *New Approaches to International Mediation*, Nueva York, 1988; C. Hume, *Ending Mozambique's War: The Role of Mediation and Good Offices*, Washington, 1994; G. Goodpaster, *A Guide to Negotiation...*, cit.; R.R. Probst, "Good Offices in IR in the Light of Swiss Practice and Experience", *R. des C.*, 1987, t. 201, 211 (publicación separada en Dordrecht, 1989); P. Ruegger, "Nouvelles réflexions sur le rôle des procédures internationales d'enquête dans la solution des conflits internationaux", *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. III, 327; B. Godet, "Bons offices, médiation et conciliation", en D. Bardonnet (ed.), *Le règlement pacifique des différends...*, cit., 193. **En particular, sobre la Comisión Badinter:** A. Pellet, *AFDI*, 1991, 329 y 1992, 220; J. Rodríguez-Ponga, *REDI*, 1992, 252.

5. Sobre la justicia internacional y la justiciabilidad de las controversias: AA.VV., *La juridiction internationale permanente*, París, 1987; C. Chinkin, *Third Parties in IL*, Oxford, 1993; S.M. Schwebel, *Justice in IL. Selected Writings*, Cambridge, 1994; M. Reisman, *Jurisdiction in IL*, Hampshire, 1999.

6. Sobre el arreglo jurisdiccional en general: AA.VV., *La juridiction internationale permanente*, cit.; M. Virally, "Le champ opératoire du règlement judiciaire international", *RGDIP*, 1983, 281; E. McWhinney, "Judicial Settlement of Disputes. Jurisdiction and Justiciability", *R. des C.*, 1990, t. 221, 9 (publicación separada en Dordrecht, 1991).

7. En cuanto al arbitraje en particular, en lengua española: P. Andrés, *El arbitraje internacional en la práctica convencional española*, Oviedo, 1982; F. Mariño (ed.), *El arbitraje internacional*, Zaragoza, 1989; E. Rey Caro, "El arbitraje en la tradición jurídico-internacional argentina", *Hom. J. Pérez Montero*, Oviedo, 1988, 1187; A. Aguilar, "La validez o nulidad de las sentencias arbitrales en el DI público", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 27; D. Bardonnet, "Arreglo arbitral y arreglo judicial de las diferencias interestatales", en *Academia Europea de Jaca*, 1995, 5. **En otras lenguas:** P. Bernardini, *L'arbitrato internazionale*, Milán, 1987; S. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, 1987; A.H. Soons (ed.), *International Arbitration: Past and Prospects*, Dordrecht, 1990; R.J. Lillich y C.N. Brower, *International Arbitration in the 21st Century: Toward Judicialization and Conformity*, Londres-Nueva York, 1994; P. Sanders, *Quo vadis arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, La Haya, 1999; S. Torres, "L'arbitrage interétatique (avec références particulières à la Convention européenne du 1957)", en D. Bardonnet (ed.), *Le règlement pacifique des différends...*, cit., 205. **Sobre el TPA, en lengua española:** E. Rey Caro, "El futuro de el TPA de La Haya", *Hom. P.A. Ramella*, Buenos Aires, 1994, 161; **en otras lenguas:** H. Jonkman, "The Role of the PCA in International Dispute Resolution", *R. des C.*, 1999, t. 279, 9. **Sobre el Tribunal de Arbitraje EEUU-IRAN:** A.I. Avanessian, *Iran-US Claims Tribunal in Action*, Dordrecht, 1993; W. Mapp, *The Iran-US Claims Tribunal. The First Ten Years, 1981-91*, Nueva York, 1993; C.N. Brower, "The Iran-US Claims Tribunal", *R. des C.*, 1990, t. 224, 123. Los *Iran-US Claims Tribunal Reports* (Pogany, ed.), que reproducen las decisiones completas de este tribunal, alcanzaron los 28 v. en 1995. **Las controversias entre Estados sometidas al arbitraje** han generado una abundante biblio. de la que citamos sólo la relativa a los asuntos más significativos (v., además, biblio. Cap. XXIII —espacio terrestre y aéreo—). *El asunto del canal de Beagle:* J. Dutheil de la Rochère, *AFDI*, 1977, 408; B. Bollecker-Stern, *RGDIP*, 1979, 7. *La controversia pesquera entre Francia y Canadá en el golfo de San Lorenzo:* H. Dipla, *AFDI*, 1986, 239. *El asunto Rainbow Warrior:* J. Charpentier, *AFDI*, 1986, 873;

AFDI, 1988, 896; G. Apollis, *RGDIP*, 1987, 9. *El enclave de Tabá*: G. Burdeau, *AFDI*, 1988, 195; E. Decaux, *RGDIP*, 1989, 599; R. Pinto, *JDI*, 1990, 841. *La delimitación de la frontera marítima entre Guinea Bissau y Senegal*: J.P. Queneudec, *AFDI*, 1989, 325. *La delimitación de St. Pierre y Miquelon*: E. Zoller, *AFDI*, 1992, 480; D.W. Bowett, *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 123. *El asunto Salto Grande*: F. Armas Plirter, *AFDI*, 1993, 540. *La delimitación de la Laguna del Desierto*: L.I. Sánchez Rodríguez, *AFDI*, 1994, 465; M.E. García Jiménez, *ADI*, 1996, 379. En relación con dos laudos históricos sobre islas reclamadas por países latinoamericanos, D. de Barandiarán, *El laudo español de 1865 sobre la isla de Aves*, San Cristóbal, 1989; M. González Avelar, *Clipperton, isla mexicana*, México, 1992.

8. Acerca del arreglo judicial en general: C.D. Gray, *Judicial Remedies in IL*, Oxford, 1987; M.W. Janis (ed.), *International Courts for the Twenty-first Century*, Dordrecht, 1992; R.B. Lillich (ed.), *Fact-Finding before International Tribunals*, Irvington-on-Hudson (NY), 1992; T. Coates, *International Justice: Principles and Issues*, Londres, 2000; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2004; O. Spiermann, *International Legal Argument in the PCIJ*, Cambridge, 2005; A. Zimmermann, Ch. Tomuschat y K. Oellers-Frahm (eds.) *The Statute of ICJ. A Commentary*, Oxford, 2006; D. Bardonnet, "Quelques observations sur le recours au règlement juridictionnel des différends interétatiques", *ibid.*, 737; O. Cohen, "Interprétation du 'raisonnable' par les juridictions internationales: au-delà du positivisme juridique?", *RGDIP*, 1998, 5.

9. De la CIJ en particular y su valoración, en lengua española: J.M. Ruda, *Presente y futuro del TIJ*, Granada, 1990; E. Jiménez de Aréchaga, "Balance sobre la actuación de la CIJ en los cuarenta años de su funcionamiento", *RFDUC*, 1987, 187; S. Torres, "La CIJ en el sistema establecido por la Carta de NU", en *Las NU y el DI*, Barcelona, 1997, 121; F. Jiménez García, "Las acciones declaratorias ante el TIJ: El efecto previsto de la certeza jurídica", *RFDUC*, 1998, 175; J.M. Faramiñán, "Las reformas pendientes del Estatuto del TIJ a la luz de las transformaciones de la comunidad internacional", *Liber amicorum J.M. Ruda*, cit., 405. **En otras lenguas:** T.O. Elias, *The ICJ and Some Contemporary Problems: Essays on IL*, Dordrecht, 1983; R. Falk, *Reviving the World Court*, Virginia, 1986; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the ICJ*, Cambridge, 1986; L.F. Damrosch (ed.), *The ICJ at a Crossroads*, Nueva York, 1987; E. McWhinney, *The ICJ and the Western Tradition of IL*, Dordrecht, 1987; N. Singh, *The Role and Record of the ICJ*, Dordrecht, 1989; A. Eyffinger, *The ICJ 1946-96*, La Haya, 1996; M. Pomerance, *The US and the World Court as a "Supreme Court of Nations": Dreams, Illusions and Disillusions*, Leiden, 1996; K. Wellens, *Economic Conflicts and Disputes before the World Court (1922-95): A Functional Analysis*, La Haya, 1996; A.S. Muller, D. Raic y J.M. Thuranszky (eds.), *The ICJ. Its Future Role after Fifty Years*, Nijhoff, 1997; G. Guillaume, *La CIJ à l'aube du XXIe. siècle: le regard d'un juge*, París, 2003; S. Rosenne, *The World Court. What It Is and How It Works*, Dordrecht, 2003 (6ª ed.); *id.*, *The Law and Practice of the International Court*, Dordrecht, 2006 (4ª ed.); L. Nemer Aldeira, *A CIJ e a construção do Direito internacional*, Belo Horizonte, 2006; S. Oda, "The ICJ Viewed from the Bench (1976-93)", *R. des C.*, 1993, t. 244,9; G. Guillaume, "La CIJ. Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire", *RGDIP*, 1996, 323; A. El-Koshery, "The ICJ as Guardian of International Legality", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. V, 2001, 771. Véase también las aportaciones de G. Abi-Saab, Ph. Allott y G. Marston a los *Essays R. Jennings*, Cambridge, 1996.

10. Sobre la competencia contenciosa de la CIJ, en particular, mediante declaraciones de cláusula opcional, en lengua española: R. Casado, *La jurisdicción contenciosa de la CIJ. Estudio de las reglas de su competencia*, Córdoba, 1987; R. Arenas, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, 1996; F. Jiménez García, *La jurisdicción obligatoria unilateral del TIJ. Sus efectos para España*, Madrid, 1999; C. Espaliú, *Desarrollos jurisprudenciales y práctica reciente en la jurisdicción contenciosa de la CIJ*, Córdoba, 2000; S. Torres, "La reciprocidad en el sistema de la jurisdicción obligatoria establecido en el art. 36.2 del Estatuto de la CIJ", *Cur. DI Vitoria* 1988, 317; E. Orihuela, "España y la jurisdicción obligatoria del TIJ", *REDI*, 1989, 70; A. Aguilar, "La jurisdicción contenciosa de la CIJ a la luz de la jurisprudencia de este alto tribunal", *Liber amicorum F. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 1099; P. Andrés, "España y el TIJ", *Meridiano CERI*, nº

3, 1995, 4; M.A. Ruiz Colomé, "El tercero indispensable en el asunto de Timor Oriental: una noción a la medida de la CIJ para la determinación de su propia competencia", *REDI*, 1996, 99; J.F. Escudero, "La libertad de los Estados para definir los parámetros de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ", *ADI*, 2001, 39; v. tb. los comentarios de A. Fernández Tomás, J. Quel, F. Jiménez García, R. Casado, J. Juste y C. Fernández de Casadevante sobre la reserva incluida en la declaración canadiense de aceptación de la jurisdicción de la CIJ que entró en juego en el asunto *España c. Canadá*, *REDI*, 1999-1. **En otras lenguas:** R. Szafarz, *The Compulsory Jurisdiction of the ICJ*, Dordrecht, 1993; S.A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the ICJ*, Dordrecht, 1995; E. Spatafora, *Reciprocità nella giurisdizione obbligatoria della CIG*, Milán, 2001; E. Jiménez de Aréchaga, "The Compulsory Jurisdiction of the ICJ under the Pact of Bogotá and the Optional Clause", *Essays S. Rosenne*, cit., 355; W. Góralcyc, "Changing Attitudes of Central and Eastern European States Towards the Judicial Settlement of International Disputes", en D. Bardonnet (ed.), *Le règlement pacifique des différends...*, cit., 477; J.A. Pastor, "The Spanish Declaration of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the ICJ", *SYJI*, 1991, 19; S. Torres, "Reciprocity in the System of Compulsory Jurisdiction and in other Modalities of Contentious Jurisdiction Exercised by the ICJ", *Essays T.O. Elias*, Dordrecht, 1992, 291; V. Lamn, "Quatre nouvelles déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ émanant d'Etats d'Europe centrale (Bulgarie, Estonie, Hongrie, Pologne)", *RGDIP*, 1996, 335; A. Oraison, "Le déclin relatif de la clause facultative de juridiction obligatoire", *RDISP-P*, 1999, 93; S. Oda, "The Compulsory Jurisdiction of the ICJ: A Myth?", *ICLQ*, 2000, 251.

11. Sobre la composición y organización de la CIJ, en lengua española: S. Torrecuadrada, *Las salas "ad hoc" de la CIJ*, Madrid, 1997; A. de Saavedra, "La creación y el funcionamiento de las salas *ad hoc* del TIJ", *Hom. J. Pérez Montero*, Oviedo, 1988, 1285; L. Millán, "El juez *ad hoc* en la CIJ", *Cur. DI Vitoria* 1990, 209; C. Escobar, "Las salas *ad hoc* del TIJ", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 291; R. Riquelme, "La constitución por la CIJ de una sala especializada en medio ambiente", *REDI*, 1994, 895. **En otras lenguas:** M. Sicart-Bozec, *Les juges du tiers monde à la CIJ*, París, 1986; G. Guillaume, *Les formations restreintes des juridictions internationales*, París, 1992; E. Zoller, "La première constitution d'une chambre spéciale par la CIJ: observations sur l'ordonnance du 20 janvier 1982", *RGDIP*, 1982, 305; A. Pillepich, "Les chambres", en *La juridiction internationale permanente*, París, 1987, 45; R. Jennings, "The 'World Court' is Necessarily a Regional Court", en D. Bardonnet (ed.), *Le règlement pacifique des différends...*, cit., 305; *id.*, "New Problems at the ICJ", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., 1061; A. Zimmermann, "Ad hoc Chambers of the ICJ", *Dickinson JIL*, 1993, 1; R. Ranjeva, "L'environnement, la CIJ et sa chambre spéciale pour les questions d'environnement", *AFDI*, 1994, 433; J. Sette Camara, "Behind the World Bench", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., 1069; E. Valencia-Ospina "The Use of Chambers of the ICJ", en *Fifty Years of the ICJ*, Cambridge, 1996, 503; A. Oraison, "L'évolution de la composition de la CIJ siégeant en séance plénière de 1945 à nos jours", *RDISP-P*, 1999, 71; *id.*, "A propos du partage égal de voix à la Cour de La Haye", *ibid.*, 123.

12. Sobre el procedimiento y sus incidentes, en lengua española: R. Riquelme, *La intervención en el proceso internacional*, Madrid, 1993; J. Acosta, *El proceso ante el TIJ*, Barcelona, 1995; M. Abad, *El TIJ y la protección cautelar de los derechos de los Estados*, Sevilla, 2002; J. Acosta, "La revisión en el TIJ", *ADI*, 1996, 3; *id.*, "La incomparecencia en el proceso ante el TIJ", *REDI*, 1997-1, 11; S. Torrecuadrada, "El incumplimiento de las ordenanzas sobre medidas provisionales de la CIJ: El caso *La Grand*", *BMDC*, n° 98, 2000, 89; C. Jiménez Piernas, "Fundamento, concepto y naturaleza jurídica de la doctrina del oro amonedado (tercero indispensable) en la jurisprudencia internacional", *Hom. J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, v. II, 733; *id.*, "Efectos explícitos e implícitos de la doctrina del oro amonedado: la restricción de la competencia de la CIJ en litigios de límites con presencia de trifynios", *Hom. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, v. I, 291. **En otras lenguas:** G. Cellamare, *Le forme d'intervento del processo dinanzi della CIJ*, Bari, 1991; L. Danile, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla CIG*, Milán, 1993; S. Rosenne, *Intervention in the ICJ*, Dordrecht, 1993; *id.*, *Provisional Measures in IL: The ICJ and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford, 2004; R. Bernhardt (ed.), *Interim Measures by International Courts*, Berlín, 1994; G. Guyomar, *Commentaire*

du règlement de la CIJ, adopté le 14 avril 1978: *Interprétation et pratique*, París, 1994 (3ª ed.); Ch. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Leiden, 2005; H. Ruiz-Fabri y J.M. Sorel (eds.), *Les tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, París, 2005; K. Mbaye, "L'intérêt pour agir devant la CIJ", *R. des C.*, 1988, t. 209, 223; S. Torres, "L'intervention dans la procédure de la CIJ", *R. des C.*, 1995, t. 256, 193; P. Palchetti, "Opening the ICJ to Third States: Intervention and Beyond", *Max Planck Yearbook of UN Law*, 2002, 139. V. tb. las crónicas de H. Thirlway, "The Law and Procedure of the ICJ (1960-89)", *BYIL*, 1989, 1990, 1991 y 1992, y las aportaciones de H.W.A. Thirlway, S. Rosenne, A. Watts, G. Arangio-Ruiz, E. Lauterpacht, J.M. Ruda, E. Valencia-Ospina, G. White, S. Oda, I. Brownlie y R. Higgins a los *Essays R. Jennings*, cit.

13. Sobre los efectos y la ejecución de las sentencias, en lengua española: A. Soria, "La ejecución de las sentencias internacionales. Especial referencia a la sentencias del TIJ", *Rev. Jur. Castilla La Mancha*, nº 16, 1992, 73; **en otras lenguas:** I. Hussain, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Dordrecht, 1984; A. El Ouali, *Effets juridiques de la sentence internationale*, París, 1984; L. Nemer Caldeira, *L'autorité de la chose jugée en DI public*, París, 2006; S. Torres, "A propos de l'interprétation et de la révision des arrêts de la CIJ", *Etudes R. Ago*, cit., 183; L. Callish, "Valeur et effet des declarations faites par des juges ou arbitres internationaux", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., 1159; S. Rosenne, "Article 59 of the Statute of the ICJ Revisited", *ibid.*, 1129.

14. Sobre los actores no estatales en el arreglo de controversias, v. biblio. Cap. VI.



Capítulo XIX

La responsabilidad internacional

LXXXVIII. CONSIDERACIONES GENERALES

398. Las normas reguladoras de la responsabilidad internacional

Junto a las normas primarias, que establecen las conductas exigibles a los sujetos internacionales, es preciso que existan normas secundarias, para determinar qué sucede cuando se incumplen las normas primarias. El régimen de la responsabilidad abarca el conjunto de reglas que regulan las consecuencias de conductas lesivas a lo prescrito.

La variedad de situaciones en que un sujeto puede comprometer su responsabilidad internacional es tan amplia como el conjunto de obligaciones que haya asumido, de normas primarias con las que se haya comprometido. La fuerza expansiva que viene demostrando en las últimas décadas el DI complica más el cumplimiento por los Estados de obligaciones asumidas sin una comprensión adecuada de su alcance o sin una preparación técnica suficiente. Y, aún así, deben los Estados hacer frente a todas ellas pues, en caso contrario, su infracción genera responsabilidad internacional.

Piénsese, a título de ejemplo, en la detención del nacional de un Estado por agentes de seguridad de otro en el territorio del primero, en el daño causado a la misión diplomática de un país extranjero que careció de la debida protección, en la realización de ensayos nucleares por un Estado que previamente ha declarado que no iba a repetir más en aquella zona tales pruebas, en la contaminación provocada por un buque que transporta sustancias peligrosas sin que se hayan observado por el Estado del pabellón las obligaciones de prevención internacionalmente exigidas, en los actos de pillaje de los soldados de un Estado que ocupa el territorio de otro, en la detención en frontera de mercaderías de un país con el que está vinculado por un tratado de comercio... La lista de eventuales incumplimientos podría hacerse interminable.

Las normas generales sobre la responsabilidad internacional tienen una acusada impronta de origen consuetudinario, aunque abundan cada vez más los regímenes convencionales que, al regular aspectos concretos de las relaciones internacionales, avanzan también soluciones específicas al eventual incumplimiento por los Estados partes. Lo incierto, lo proteico, lo evolutivo, de este sector del ordenamiento internacional explica que haya constituido un tema central en la agenda de la CDI desde el comienzo de sus tareas, en 1949, consumiendo las energías de más de media docena de relatores especiales antes de la aprobación definitiva en 2001 de un *proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional*

de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos del que la AGNU tomó nota (res. 56/83, de 28 de enero de 2002).

Que *tomara nota* fue una propuesta surgida en la propia CDI y asumida por la VI Comisión de la AGNU ante la evidencia del disenso de los Estados acerca de qué hacer con el proyecto. Obviamente, la Comisión temía por la integridad de un texto, fruto de una larguísima y complicada gestación, si apenas adoptado se colocaba en la mesa de operaciones de las delegaciones gubernamentales en una conferencia diplomática. ¿Qué significa *tomar nota*? En una carta de 4 de abril de 2001 dirigida al Presidente de la Quinta Comisión de la AG el Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Hans Corell, sostiene que al *tomar nota* la AG simplemente toma conocimiento de lo presentado y no expresa ni aprobación ni desaprobación.

Será, en principio, en 2007 cuando la AG debatirá el destino de un proyecto del que se han podado las reglas de desarrollo progresivo para reforzar su carácter declarativo, puramente codificador, y altamente sujeto a una apreciación soberana, al eliminarse el procedimiento de solución de controversias propuesto. Como advierte C. Gutiérrez Espada, la abundancia de disposiciones en el proyecto que abren flancos a las divergencias interpretativas hace más llamativa esta carencia. A salvo los procedimientos específicos de arreglo de controversias instituidos en el marco de acuerdos bi o multilaterales las normas relativas a la responsabilidad internacional —y a la aplicación coactiva del DI (v. Cap. XX)— adolecen del carácter descentralizado, inorgánico e incierto propio del Derecho de una sociedad escasamente institucionalizada (v. Cap. I).

No obstante, aun en el caso de que acabe engavetado por tiempo indefinido, el proyecto de arts. de la CDI ha de producir —ya ha producido— efectos benéficos. Que las normas consuetudinarias se hayan ordenado y sistematizado —*visualizado*— en un texto escrito acrece su certidumbre y favorece: 1) su irradiación sobre la jurisprudencia internacional —prueba de ello son los pronunciamientos judiciales que han citado ya el proyecto (TPIY, *Prosecutor v. Dragan Nikolic*, 2002 y, sobre todo, CIJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004); y, 2) su influjo potenciado sobre los regímenes internacionales que, a título de *lex specialis*, contienen disposiciones para regular aspectos relativos a la responsabilidad internacional por la infracción de sus normas materiales.

399. Origen y rasgos esenciales de la responsabilidad internacional

Sin retrotraernos a épocas anteriores, las normas consuetudinarias sobre la responsabilidad internacional de los Estados se nutren de una práctica que, en la segunda mitad del siglo XIX, se manifiesta en una ingente masa de decisiones judiciales y arbitrales interesadas, en una primera etapa, por los daños que los Estados causan a los extranjeros y sólo excepcionalmente por los daños directamente infligidos por un Estado a otro. Tales decisiones recurren, en no raras ocasiones, a los principios generales del Derecho para la solución de casos complejos respecto de los que el DI todavía no cuenta con normas suficientemente desarrolladas.

Así concebida la responsabilidad internacional supuso una evidente traslación de categorías *iusprivatistas*, caracterizándose por establecer: 1) una relación cuyo origen se encontraba en los *daños* causados por un Estado, bien en la persona, bien en el patrimonio de extranjeros situados en su territorio; 2) una *relación basada en la falta del Estado infractor*, como condición necesaria del hecho ilícito; 3) una *relación bilateral* entre el Estado infractor, sujeto activo del comportamiento ilícito, y el Estado lesionado, sujeto pasivo, cuyos derechos han sido violados por el comportamiento del primero; y 4) una relación cuya *función es reparadora* de los mencionados daños.

El Estado cuyos nacionales habían sufrido un perjuicio estaba interesado en: 1) la cesación del comportamiento ilícito del Estado infractor; 2) la obtención de una reparación adecuada, mediante el restablecimiento del *statu quo ante* o la percepción de una indemnización; y 3) una garantía de no repetición de la conducta ilícita.

Esta concepción bilateral y reparadora de la responsabilidad internacional no era —ni es— políticamente neutra. Al concentrarse en los daños causados a extranjeros, las reglas emanadas de las decisiones jurisprudenciales se ponían al servicio de las potencias coloniales e imperialistas, interesadas en la protección de las inversiones de sus nacionales. Pero debe quedar claro que, aunque los perjuicios se causaran a individuos, la lesión personal o patrimonial suponía, desde el punto de vista del DI, una infracción del derecho del Estado cuya nacionalidad ostentaban los particulares, dado que éstos no tenían reconocida subjetividad internacional. Con ello se generó una conexión automática entre la responsabilidad internacional y la protección diplomática de los nacionales en el extranjero (v. Cap. XXII). Hasta tal punto se sintió la discriminatoria factura del régimen de responsabilidad internacional que cuando la CDI comenzó sus trabajos codificadores, algunos de sus miembros latinoamericanos afirmaron que tales reglas habían sido establecidas no sólo sin referencia a los pequeños Estados, sino contra ellos.

Si a esta concepción de la responsabilidad internacional superponemos la que se deduce del desarrollo contemporáneo de las normas que la regulan apreciaremos, entre otras, las siguientes diferencias:

1) El origen de la responsabilidad internacional trasciende de la causación de daños a extranjeros y se configura como la consecuencia de la comisión por un Estado de un ilícito internacional, haya causado o no tales daños, expandiéndose así materialmente el campo de los ilícitos internacionales como un corolario de la igualdad de los Estados (Comisión de conciliación italo-americana, *Amstrong Cork Company*, 1953). “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”, se afirma en el art. 1 del proyecto de la CDI (2001).

2) La responsabilidad internacional se hace *objetiva* en muchos casos, se convierte en una relación causal, desvinculándose de la culpa o dolo —de la *falta*

del Estado infractor— como elemento necesario para el nacimiento del hecho ilícito, aunque relevante a efectos de su imputación en algunos supuestos y de la medida de la reparación en todos ellos.

3) El proceso de diferenciación normativa que ha supuesto la acuñación de conceptos como los de obligaciones *erga omnes* y normas imperativas (*ius cogens*) (v. Cap. I) ha tenido también ineludibles consecuencias en orden a la responsabilidad internacional. Así surgió en los años setenta del pasado siglo —a propuesta del Relator R. Ago, asumida *in illo tempore* por la CDI— la entonces novedosa y fundamental distinción de dos tipos de ilícitos, atendiendo a la gravedad de las obligaciones violadas: *los crímenes y los delitos internacionales* (v. proyecto de la CDI, 1996, art. 19). Aunque esta terminología ha sido finalmente desechada la distinción ha pervivido sustancialmente bajo el tipo de la *violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas de DI general* (proyecto de 2001, art. 40), aunque sea modesta su traducción en el plano de las consecuencias que de ella se derivan (*ib.*, art. 41).

4) El carácter tradicionalmente bilateral de la responsabilidad ha sufrido también considerables modificaciones, que apuntan hacia una *multilateralización* de los sujetos afectados por el ilícito. Tal multilateralización es palpable cuando se han incumplido obligaciones colectivas que protegen intereses comunes de un grupo de Estados aglutinados en torno a tratados multilaterales (derechos humanos, desarme, medio ambiente, Antártida...) o inclusive normas de DI general que consagran tales intereses (por ej., paso inocente por el mar territorial, libertades de la alta mar...), más aún cuando se han violado normas imperativas (*ius cogens*). En todos esos casos, sin perjuicio de que sea un Estado el que sufra directamente las consecuencias del ilícito, emergerá el interés jurídico de otros en que sea restañada la situación de quebrantamiento del ordenamiento internacional y se planteará su legitimación para reclamar la cesación del ilícito, la reparación de los daños causados o para recurrir a los medios de aplicación coactiva del DI a tal efecto. El proyecto de la CDI (2001) no sólo expande el concepto de Estado lesionado (art. 42), sino que dispone la legitimación de Estados no lesionados para invocar la responsabilidad internacional en determinados supuestos (art. 48).

400. ¿Una pluralidad de regímenes de responsabilidad internacional?

La creciente complejidad del régimen general de la responsabilidad internacional, que corresponde a la acelerada expansión normativa de un ordenamiento que debe responder a la emergencia de nuevas funciones en el marco de una sociedad internacional que también ha evolucionado, se ha acentuado como consecuencia de otros factores, como la proliferación de sujetos internacionales, el avance de *leges speciales* y una prolongada discusión, no cerrada, acerca del hecho generador de la responsabilidad internacional, planteando desafíos a la unicidad fundamental del régimen.

1) No existe un único régimen de responsabilidad, se dice, porque incurrir en responsabilidad internacional no es privativo de los Estados, sino de todo sujeto de DI. Las OI, en tanto que entidades dotadas de personalidad jurídica internacional, aptas para ser titulares de derechos y deberes internacionales y para reclamarlos internacionalmente —como reconoció la CIJ (*Reparación por daños sufridos al servicio de las NU*, 1949)— pueden tanto comprometer su responsabilidad de resultados de un comportamiento no conforme con sus obligaciones, como sufrir una lesión en sus derechos a causa del ilícito de un Estado o de otra OI. La emergencia de activas OI, con capacidad de comprometerse, exige reglas específicas que determinen las consecuencias jurídicas de sus incumplimientos. No valen para ellas al completo las reglas generadas para los Estados. De ahí que en el 2000, un año antes de que la CDI aprobara definitivamente el *proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, la AGNU decidiese incluir la “responsabilidad de las OI” entre las tareas codificadoras de la Comisión.

El caso de la CE es paradigmático, dada su creciente presencia internacional. La CE ha tejido una tupidísima red convencional con Estados de todas las latitudes y participa incluso como miembro en otras OI —FAO, 1991, OMC, 1995...— habiendo asumido tal cúmulo de derechos y obligaciones internacionales que justifica con creces la existencia de una responsabilidad propia de la Organización, con independencia de la de sus Estados miembros. Lo ha reconocido el propio TJCE (*Acuerdo Comisión/Estados Unidos relativo al derecho de la competencia*, 1994) al anular el acto de la Comisión por el que esta institución comunitaria había concluido el citado acuerdo entendiendo, a la vez, que su inejecución podría comprometer la responsabilidad internacional de la Comunidad.

Una dimensión radicalmente distinta es la que ofrecen los actores no estatales, ONG y corporaciones transnacionales, cuya responsabilidad social o *accountability* en la escena internacional no puede ser subsumida en un régimen de responsabilidad reservado a los sujetos internacionales (v. *infra*).

2) La regulación de la responsabilidad internacional se ha ido diversificando con la adopción de *regímenes internacionales*, calificados así por su voluntad de regular un ámbito particular, circunscrito, de la actividad internacional, sea la protección del medio ambiente, los derechos humanos, la integración económica, el comercio internacional o la navegación aérea... (v. Cap. XV). Se dice de un *régimen internacional* que es *autónomo* cuando las normas primarias —aquéllas que describen las obligaciones sustanciales o de fondo— van acompañadas por específicas normas secundarias, reguladoras de las consecuencias de su incumplimiento. Estos regímenes son más ambiciosos cuando se articulan en el seno de una OI que cuenta, entre sus competencias, la de declarar los incumplimientos de sus Estados miembros a las reglas de la Organización y exigir consecuentemente que hagan frente a su responsabilidad. El caso del TCE y la vía del recurso por incumplimiento (arts. 226 a 228 TCE) puede ser un buen ejemplo.

La aplicación de la *lex specialis* en materia de responsabilidad —que el propio proyecto de la CDI prevé (art. 55)— ha ido ganando terreno, aunque sus soluciones no distan mucho de las acuñadas en las normas del DI general. El problema que plantean los *regímenes autónomos* es el de su relación con el régimen general de responsabilidad, esto es, si la pertenencia de dos sujetos, el infractor y el

lesionado, a un régimen autónomo, exige que, frente al ilícito, ambos se atengan exclusivamente a sus normas secundarias o si, al contrario, pueden recurrir a los mecanismos de responsabilidad del DI general, en particular la exigencia de reparación, la utilización de medios de arreglo y el recurso a contramedidas unilaterales.

Es bien difícil encontrar un régimen genuinamente autónomo de responsabilidad que cierre a sus miembros toda posibilidad de recurso a las normas del DI general. De haber uno será el de la OMC y su *Entendimiento para la solución de diferencias comerciales*.

Es dudoso que lo sea la misma UE. Según asentada jurisprudencia de su TJ en ningún caso un Estado miembro puede permitirse la adopción unilateral de medidas de defensa frente a la posible inobservancia, por otro Estado miembro, de las disposiciones del TCE (as. 232/78, 1979; y C-131/01, 2003). Pero quizás el régimen sea sólo semi-cerrado. Si consideramos detenidamente los mecanismos del Derecho comunitario en materia de arreglo de controversias y de responsabilidad de los Estados miembros por infracción de sus obligaciones advertiremos que en caso de infracción por un Estado miembro los demás no pueden acudir a otros mecanismos que los previstos en los arts. 226 y 227 TCE, o someter la controversia al TJ por la vía del art. 239, quedando además excluido el recurso a las contramedidas. Dicho esto, como ha sostenido la mejor doctrina, una sentencia del TJ declarando la obligación de un Estado miembro de reparar los daños causados a particulares bajo la jurisdicción de otro por violación del Derecho comunitario podría servir de base para que éste, o la Comunidad, reclamen una reparación de daños al infractor siguiendo los cauces del DI general. Tal vez fue éste el caso en el asunto *Comisión c. Francia*, relativo a los incidentes ocasionados por agricultores franceses al paso de transportistas españoles con productos agrícolas. El TJ endosó (s. de 9 de diciembre de 1997) que Francia se había hecho cargo de los daños causados a las víctimas. Cabe suponer que, al indemnizar, Francia dio respuesta a una reclamación española.

Una golondrina no hace verano. La mayoría de los llamados regímenes autónomos no lo son tanto como sugiere su denominación (que debería revisarse). En los *regímenes internacionales* se advierte una apertura modulada a las reglas de la responsabilidad del DI general. En unos casos la apertura es total, pues el régimen internacional carece de reglas sobre su incumplimiento (v., por ej., las CV de 1961 sobre relaciones diplomáticas y 1963 sobre relaciones consulares). En otros casos el régimen internacional contiene sólo leves menciones a la regulación de los incumplimientos (v., por ej., la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, Washington, 1973, que habilita a la Conferencia de Partes a tomar medidas internacionales, de valor recomendario en caso de comercio ilegal de especies, art. 13).

3) Ni la emergencia de reglas de responsabilidad para regular la activa vida de relación de las OI, ni la tensión entre la *lex generalis* y las *leges speciales*, arriesgan fragmentar la unicidad esencial del régimen, por su común adscripción a un fundamento único: la responsabilidad se genera tras la comisión de un hecho ilícito, la violación de una norma o de una obligación internacional. Desde este punto de vista el problema lo plantea sólo la pretendida generación de responsabilidad internacional por actos que, no prohibidos por el DI, producen consecuencias perjudiciales. Se habla, entonces, de una responsabilidad *absoluta o por riesgo*. Piénsese, por ej., en los daños ocasionados por la realización de actividades

espaciales, la contaminación por vertido de hidrocarburos o con ocasión del transporte de desechos peligrosos.

Si consideramos que la regulación de la responsabilidad en estos casos se ha hecho mediante tratados que, en general, establecen procedimientos de atribución a cargo de operadores privados, su calificación como supuestos de responsabilidad internacional es discutible. Tal vez la solución dogmática no pase por forzar el bautismo como tal de esa práctica. En todo caso se trataría de dos manifestaciones de responsabilidad bien diferentes, como revela la autonomía del proceso de codificación de sus reglas y hasta los términos escogidos en inglés para referirse a ellas: *responsibility*, para la derivada de actos ilícitos, y *liability*, para la productora de consecuencias dañinas sin que concurra ilicitud alguna (v. *infra*).

LXXXIX. EL HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD

401. El hecho internacionalmente ilícito

El hecho generador de la responsabilidad internacional descansa en la ilicitud de un comportamiento (por acción u omisión) atribuible a un sujeto internacional. Un comportamiento es ilícito cuando, conforme al DI, constituye una violación de una obligación internacional de dicho sujeto, sea cual sea el origen o la naturaleza de dicha obligación. Así lo ha sostenido la jurisprudencia (v., por ej., CPJI, *Fosfatos de Marruecos*, 1938; Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, *Dickson Car Wheel Co.*, 1931) y lo ha recogido la CDI en su proyecto de 2001 para los Estados (arts. 1-3, 12) y en el proyecto en curso para las OI (art. 3, aprobado en primera lectura en 2003).

Advertimos, pues, la conjunción de dos elementos para la calificación de una determinada conducta como *hecho internacionalmente ilícito*: 1) la infracción de una obligación internacional que un sujeto tiene para con otro (elemento objetivo del ilícito) apreciada según normas de DI; y 2) su atribución a dicho sujeto (elemento subjetivo del ilícito). Se habla así de una responsabilidad *objetiva*, en la medida en que se deduce de la mera violación de la obligación internacional atribuida al sujeto, sin que sea relevante al efecto la falta —esto es, el dolo o la culpa— del sujeto infractor (a menos, claro está, que forme parte de la obligación misma: por ej., el estándar de diligencia debida en la protección de una misión diplomática extranjera) o la comisión de un daño material al sujeto lesionado (que interesa al modo y cuantía de la reparación).

Por ej., si las patrulleras de un país ribereño apresan a un pesquero de otro Estado cuando se encuentra faenando en la alta mar, más allá del límite exterior de la z.e.e., como le ocurrió el 3 de marzo de 1995 al *Estai*, buque español que se dedicaba a la pesca del fletán a 260 millas de la costa americana, apresado por patrulleras de Canadá, la intención de los agentes canadienses al proceder a la acción no sería relevante a los efectos de constatar la existencia de la posible violación de un puñado de obligaciones internacionales (libertad de pesca en alta mar, jurisdicción del Estado del pabellón, prohibición del uso de la fuerza).

En cuanto al daño material causado a un sujeto internacional, elemento esencial del ilícito en los orígenes de la responsabilidad internacional, hoy se admite que ésta puede existir sin él. Tal ocurre cuando, por ej., una aeronave militar realiza un vuelo no autorizado por el espacio aéreo de otro Estado. El ilícito imputable al Estado de matrícula de la aeronave sucede con independencia de que se produzcan daños materiales al Estado territorial.

Aunque el Proyecto de 2001 no lo expresa, debe considerarse válida —y acertada— la observación hecha en su día por la CDI de que toda violación de una obligación internacional engendra un perjuicio, material o no, al Estado cuyo derecho subjetivo resulta lesionado. Descartar que el daño material sea un elemento constitutivo del ilícito internacional no implica negarle un papel en el marco de la responsabilidad. Muy al contrario, lo tendrá a los efectos de determinar las modalidades de la reparación que debe el sujeto infractor al sujeto lesionado y, en su caso, a su cuantía.

402. *Los perjuicios causados por un hecho no prohibido por el DI*

¿Existen, junto al ilícito, otros hechos que, no estando prohibidos, generan responsabilidad internacional —una responsabilidad *sine delicto*— si producen daños? El progreso científico y tecnológico ha permitido la realización de actividades especialmente peligrosas que generan considerables riesgos para las personas, los bienes y el medio ambiente, sin que las fronteras interestatales sirvan, lógicamente, de barreras impermeabilizadoras. En la medida en que esas actividades no sean objeto de normas y obligaciones internacionales son lícitas y los daños transfronterizos una eventualidad hecha realidad en la práctica.

Basándose, precisamente, en la interpretación de algunas decisiones arbitrales (*Fundición de Trail*, 1941; *Lago Lanós*, 1957) y judiciales (CIJ, *Estrecho de Corfú*, 1949), se ha sostenido doctrinalmente que la obligación de reparar los daños a terceros resultantes de actividades no prohibidas forma ya parte del DI general. Se ha hablado así de una *responsabilidad por riesgo*, considerando que surge de la realización de actividades especialmente peligrosas, o de una *responsabilidad absoluta*, en tanto que no admite excepciones.

Sin embargo, lo que se deduce de las decisiones invocadas es, más bien, y así lo entendía el antiguo Relator de la CDI en la materia, J. Barboza, que los Estados tienen la obligación de no permitir que sus territorios sean utilizados para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados, lo que constituye una obligación general de prevención, cuya violación generaría responsabilidad.

En 1978 Canadá, al presentar una reclamación contra la URSS por los daños causados por el satélite soviético *Cosmos 954*, que se había precipitado sobre territorio canadiense, sostuvo —con escaso predicamento— que la norma de *responsabilidad absoluta* por las actividades espaciales, en especial las que implican el uso de la energía nuclear, se había convertido en un principio general del DI. Pero el fundamento real de la reclamación estaba en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1972), ya en vigor y del que ambos Estados eran partes, que en su art. 2 establecía dicha responsabilidad.

Teniendo en cuenta que el art. 6 del mismo Convenio dispuso la exención de la responsabilidad absoluta del Estado del lanzamiento “en la medida en que se demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto de omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quien este último represente”, cabría proponer que la regla del art. 2 implicaba sólo una inversión de la carga de la prueba de la infracción de la obligación de prevención de daños derivados de la actividad espacial, y ello por las dificultades técnicas que encontraría el Estado lesionado para probar que el Estado de lanzamiento se condujo negligentemente. No estamos, pues, ni siquiera en este caso, en un supuesto de responsabilidad sin ilícito, sino sólo de exoneración de su prueba al Estado lesionado. El mismo Convenio, cuando se refiere a los daños sufridos fuera de la superficie de la Tierra, dispone que el Estado del lanzamiento “será responsable únicamente cuando los daños se hayan producido por su culpa o por culpa de las personas de que sea responsable” (art. 3).

Este no es, por lo demás, el único régimen convencional que determina la atribución de la reparación y sus modalidades en el caso de daños derivados de la realización de actividades ultra-peligrosas. Muy al contrario, en determinados campos es abundante la práctica convencional que acoge supuestos de responsabilidad absoluta. Así sucede en los ámbitos del uso pacífico de la energía nuclear y la contaminación del mar por hidrocarburos. Pero, como advierte la mejor doctrina, en estos dos últimos ámbitos la responsabilidad no es internacional, sino de carácter civil, recayendo directamente en quien lleve a cabo la actividad concernida, sea el explotador o el propietario del buque, y sólo subsidiariamente en el Estado.

La doctrina favorable al principio de responsabilidad por daños resultantes de hechos no prohibidos entiende que las cláusulas de responsabilidad subsidiaria insertas en los tratados que regulan actividades de *riesgo* traen agua a su molino. No es así en nuestra opinión. Lo que ha perseguido la práctica convencional es conciliar el progreso técnico con el tratamiento equitativo de sus víctimas (¿podríamos llamar *colaterales*?), eximiéndolas de la carga de una prueba que difícilmente podrían aportar, dada la índole de las actividades.

Estamos, pues, también ahora ante una responsabilidad generada por la infracción de una obligación primaria, establecida en su caso convencionalmente, la de realizar actividades ultra-peligrosas acogiéndose estrictamente al cumplimiento de los estándares de diligencia debida. Por ello, a salvo regímenes convencionales, no hay base consuetudinaria suficiente que consagre una responsabilidad sin ilícito.

Buena prueba de lo dicho ha sido el giro de los trabajos de la CDI en esta materia. Si en 1978 fue registrada bajo la rúbrica de *responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el DI*, en 1997 se desdobló, afrontándose primero la *prevención de daños transfronterizos causa-*

dos por actividades peligrosas (lo que condujo a la aprobación en 2001 de un proyecto de arts. que la CDI recomendó a la AGNU como base de elaboración de una Convención). A partir de ahí la Comisión se concentró en el régimen jurídico aplicable a la *responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo* resultante de tales actividades, habiéndose aprobado en 2006 un *proyecto de principios* que la CDI recomienda a la AG que *haga suyo* mediante una resolución en la que inste a los Estados a que adopten las disposiciones, en el ámbito interno e internacional, que permitan llevarlos a efecto.

Al informar a la CDI en 2003 el Relator, P. S. Rao, observaba que "los Estados, en la mayoría de los tratados concertados recientemente, intentaron resolver la cuestión de la asignación de la pérdida recurriendo a la responsabilidad civil. Así, establecieron la responsabilidad directa del causante de la contaminación en el derecho nacional como medio óptimo de facilitar la obtención de una indemnización, sin tener que recurrir a reclamaciones interestatales o a las complejidades del derecho relativo a la responsabilidad de los Estados".

Las palabras del Relator Rao sobre la práctica internacional son contundentes y se han traducido en los *principios* aprobados por la CDI. Estamos ante una responsabilidad civil, una *liability*. La responsabilidad internacional siempre se desencadena por la violación de una obligación internacional. El hecho ilícito es su único hecho generador. Lo que se está haciendo en la codificación de la sedicente responsabilidad internacional por la comisión de actos no prohibidos por el DI no es otra cosa que codificar obligaciones primarias y en un concreto sentido de traslación de asignación de daños de los Estados a los operadores privados. Pura privatización de la responsabilidad. Por lo tanto, nada más lejos de la responsabilidad internacional tal y como la entiende el DI y se deja a salvo en el proyecto de la CDI (2006).

XC. LOS ELEMENTOS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO: EL ELEMENTO SUBJETIVO

403. *Hechos debidos a los órganos del Estado*

Es principio universalmente aceptado que los sujetos son internacionalmente responsables sólo por sus propios actos o hechos ilícitos, es decir, por aquéllos que se les puede imputar o atribuir. De esta manera, quien tenga que enjuiciar un caso de responsabilidad internacional habrá de realizar una operación de atribución o de imputación de las conductas (acciones y omisiones) lesivas de obligaciones internacionales a un Estado o a una OI, constatando finalmente que estamos en presencia de hechos ilícitos de dicho sujeto; entonces, y sólo entonces, éste será internacionalmente responsable de los mismos.

¿Cuándo puede afirmarse que una conducta lesiva de una obligación internacional constituye el *hecho de un Estado*? En primer lugar, cuando se trate de

comportamientos activos u omisivos de sus órganos o agentes actuando en el ejercicio de las prerrogativas del poder público. Este principio encuentra un inequívoco reconocimiento en la jurisprudencia (v., por ej., *Reclamaciones de los súbditos italianos residentes en Perú*, ss. arbitrales de 30 de septiembre de 1901; CPJI, *Colonos alemanes en Polonia*, 1923; CIJ, *Controversia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la Comisión de derechos humanos*, 1999; *LaGrand*, 1999, que declara su carácter consuetudinario) y ha sido confirmado por la CDI en el proyecto de 2001 (art. 4).

Conviene, sin embargo, desmenuzar el principio para comprender mejor su alcance:

1) No es competencia del DI, sino del Derecho interno, concretar la estructura orgánica del Estado (proyecto de 2001, art. 4.2). El principio de auto-organización es un *prius* con el que se encuentra el DI, un dato previo derivado de la soberanía, de su auténtico *núcleo duro*. Al Derecho interno pertenece por tanto la designación de las personas que han de actuar como órganos del Estado, así como la determinación de su estatuto. Sólo excepcionalmente, la determinación de la cualidad de órgano del Estado proviene del DI, lo que simplifica enormemente los problemas de atribución. Jefe de Estado, jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores, agentes diplomáticos, cuentan con un estatuto reconocido por normas internacionales (v. Caps. II, IX).

2) En aras del principio de la responsabilidad *unitaria* del Estado (CIJ, *LaGrand*, 1999) *todos* los órganos pueden comprometer su responsabilidad internacional, independientemente de que a) pertenezcan al poder legislativo, al ejecutivo o al judicial; b) sean o no órganos encargados de las relaciones exteriores; y, c) se trate de órganos de carácter superior o se encuentren subordinados a otros, siempre que exista la posibilidad de que con su conducta contravengan una obligación internacional (proyecto de 2001, art. 4.1). Consideremos esta afirmación con más detenimiento:

a) La responsabilidad internacional del Estado por hechos de órganos del poder ejecutivo y de la administración, con un abundantísimo respaldo jurisprudencial, es indiscutible.

Por citar un ejemplo, en el asunto *Rudolf* la Comisión mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Venezuela entendió que Venezuela —cuyo ministro de obras públicas había firmado un contrato de construcción con el citado Rudolf— estaba obligada por el contrato y era responsable de los daños causados tras la suspensión de las obras decretada por las autoridades venezolanas.

En cuanto a los actos de los órganos del poder legislativo, aunque algunos autores sostuvieron que por su carácter soberano no podían originar responsabilidad internacional, la práctica ha desmentido siempre esta opinión.

En el asunto de los *Intereses alemanes en la Alta Silesia polaca* (1926) la CPJI declaró enfáticamente que las leyes nacionales son hechos que expresan la voluntad de los Estados y forman parte de sus actividades, igual que las resoluciones judiciales o las medidas administrativas.

Los comportamientos de los órganos legislativos potencialmente constitutivos de un hecho internacionalmente ilícito no tienen por qué consistir sólo en una acción, como sería la promulgación de una ley contraria a un tratado en vigor (siempre que el jefe del estado carezca de facultades para vetarla o devolverla a las Cámaras). El mismo resultado —la comisión de un hecho ilícito— se producirá si los órganos legislativos incurren en omisión, dejando de adoptar la legislación exigida por un tratado en vigor. La responsabilidad del Estado por actos de sus órganos legislativos abarca también los actos constitucionales (CPJI, *Trato de los nacionales polacos y otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Dantzig*, 1932).

También los órganos judiciales son capaces de involucrar la responsabilidad internacional del Estado. Su campo de acción más frecuente es el del trato a los extranjeros, la denegación de justicia *lato sensu*, que abarca: i) las decisiones directamente contrarias a un tratado o a una norma de carácter consuetudinario, como sucedería si un juez o tribunal —ignorando la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes diplomáticos del Estado extranjero— sometiese a proceso y condenase a uno de ellos; ii) las decisiones judiciales de última instancia cuyo contenido viole el Derecho interno del foro flagrante e inexcusablemente, de mala fe y con intención discriminatoria (CPJI, *Lotus*, 1927); iii) la denegación de justicia *stricto sensu*, que a su vez comprende los casos en que se niega al extranjero el acceso a los tribunales, rechaza el juez estatuir o el procedimiento sufre injustificados retrasos.

En el asunto de la *Oro Mining and Railway Co.* (1931), la Comisión de Reclamaciones México-Reino Unido consideró responsable a México por una demora injustificada en la administración de justicia, dado que sus tribunales no habían celebrado audiencia ni dictado sentencia alguna a pesar de que habían transcurrido nueve años desde que el reclamante interpusiera su demanda.

No obstante lo anterior, nótese que en los Convenios de Derechos Humanos se configura el derecho a una tutela judicial efectiva también para los nacionales. Tal ocurre en el caso del art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Roma, 1950). En su virtud, la Corte Europea ha declarado en más de una ocasión la responsabilidad de Estados partes en el Convenio por violación de este derecho (v. por ej., *Yagiz y otros c. Turquía*, 2005).

b) En otro tiempo se sostuvo que el Estado era sólo responsable indirectamente de la conducta de los órganos a los que no competen en principio las relaciones exteriores. Pero esta opinión está hoy totalmente desacreditada. A los efectos de la imputación al Estado es irrelevante que el órgano cuya conducta constituye una infracción de una obligación internacional sea o no responsable de las relaciones exteriores.

c) Asimismo ha sido desechada la opinión de que sólo las conductas de los órganos superiores son atribuibles al Estado, siéndolo las de los órganos inferiores sólo en cuanto han sido consentidas explícita o implícitamente por aquéllos. La opinión contraria se constata en asuntos como los de *Dame Mossé* (1953) y *Currie* (1954) resueltos por las Comisiones de Conciliación Franco-Italiana y Anglo-Italiana, establecidas en virtud del art. 83 del Tratado de Paz (1947).

3) ¿Deben atribuirse al Estado los actos de entidades que, gozando de una personalidad jurídica independiente conforme al Derecho interno, ejercen prerrogativas del poder público?

Se trata, en primer lugar, de los entes territoriales de los Estados de estructura compleja (Estados federados, autonómicos como España, regionalizados o cantonalizados), que cuentan con competencias propias en materias con evidente proyección internacional. La respuesta es en principio afirmativa: los actos (y omisiones) de los órganos de tales entes se atribuirán al Estado. La práctica lo avala.

Así, por ej., en el asunto *Pellat* (1929) la Comisión de reclamaciones franco-mexicana declaró responsable a México por los actos causados por uno de los Estados federados; en el asunto de *los herederos del Duque de Guisa* (1951) la Comisión de conciliación franco-italiana sostuvo que Italia era responsable de la aplicación del Tratado de Paz, incluso en lo que se refiere a Sicilia, a pesar de la autonomía concedida a la isla por el Derecho público de la República.

En el asunto *LaGrand* (1999) la CIJ sostuvo que Estados Unidos tenía que tomar todas las medidas a su disposición para evitar que Walter LaGrand fuera ejecutado mientras no se hubiese dictado una resolución definitiva en el proceso. Toda vez que la decisión correspondía al Gobernador de Arizona, y puesto que la autoridad federal tenía la obligación de transmitirle la Orden, el citado Gobernador “está obligado a actuar conforme a los compromisos internacionales de Estados Unidos”.

De acuerdo con esta jurisprudencia la CDI en el proyecto de 2001 explicita que es *hecho del Estado* el comportamiento de todo órgano “tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado” (art. 4.1).

Cabe, no obstante, exonerar al Estado si la entidad territorial ejerce una capacidad para obligarse internacionalmente que le ha sido reconocida y la otra parte consiente en invocar la responsabilidad sólo contra dicha entidad. Ese mismo efecto puede provocarse mediante la inserción de una *cláusula federal* en un tratado.

Así ocurre en la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972), según la cual las disposiciones de la Convención cuya aplicación dependa de la acción legislativa de cada uno de los Estados, países, provincias o cantones constituyentes de un Estado no unitario serán comunicadas a sus autoridades por el Gobierno central con su dictamen favorable (art. 34.b).

En segundo lugar, también se atribuirán al Estado los comportamientos de los órganos de una entidad que no forme parte de su estructura (corporaciones públicas, semi-públicas e, incluso, excepcionalmente, compañías privadas) siempre que la entidad actúe en ejercicio de prerrogativas del poder público (proyecto de 2001, art. 5).

4) El ejercicio de las prerrogativas del poder público es siempre requisito *sine qua non* para que el Estado se haga responsable internacionalmente de un comportamiento.

En el asunto *Bensley* (1850) la Comisión arbitral rechazó que México fuera responsable de la detención de un joven estadounidense practicada por un gobernador de aquel país en su domicilio privado, sin que mediara procedimiento oficial alguno ni hubiera conexión aparente con los deberes y cometidos oficiales que le incumbían.

Ahora bien, si los actos *particulares* de las personas que encarnan los órganos o son agentes del Estado, o de entidades que tienen atribuidas prerrogativas de poder público, no son imputables al Estado, sí que lo son, en cambio, los actos u omisiones *ultra vires* cometidos por ellos. Se trata de los comportamientos en que el órgano o agente ha sobrepasado las competencias que le marca el Derecho interno, o se ha extralimitado de las instrucciones por las que debe regirse en su actividad oficial.

El asunto *Mallén* (1927) —resuelto por la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México— es un claro ejemplo tanto de la responsabilidad del Estado por los actos *ultra vires* de sus órganos como de la no atribución al mismo de los comportamientos realizados a título particular por quienes son sus titulares. En este caso México había presentado una reclamación ante los Estados Unidos por la agresión de que había sido objeto por partida doble el cónsul Mallén a manos de un policía estadounidense. En la primera ocasión —en la que el policía amenazó con matar al cónsul y le golpeó— la Comisión entendió que se trataba de un comportamiento de un órgano oficial actuando en la esfera de lo privado, y por lo tanto no atribuible a su Estado; en cambio, en la segunda el policía hirió gravemente a Mallén, recluyéndolo en la cárcel del condado, por lo que la Comisión entendió que el policía había actuado oficialmente aunque de manera abusiva, concluyendo que su comportamiento era un hecho ilícito atribuible a los Estados Unidos.

La CDI, al adoptar esta regla de atribución de las conductas *ultra vires* sin excepción alguna (proyecto de 2001, art. 7), pretende cerrar la vía para eludir la responsabilidad que se abriría de asumirse que ésta sólo se desencadena cuando la conducta es conforme con el Derecho interno. La CDI no sólo ha rechazado con rotundidad tal posibilidad, sino que también ha descartado limitaciones, como las que se emboscan en las nociones de *competencia aparente* o *ausencia manifiesta de competencia*, propuestas por algún sector doctrinal, según las cuales no serían imputables al Estado las conductas que infringen de manera manifiesta las disposiciones de Derecho interno.

Esta situación guarda un innegable parentesco con la norma establecida en el art. 46 de la CV sobre Derecho de los Tratados (1969), que ve una causa de nulidad en la violación grave y manifiesta de las normas fundamentales del Estado relativas a la competencia para celebrar tratados (v. Cap. XII). Peño la situación no es parangonable en un caso —creación de obligaciones convencionales— y en el otro —responsabilidad por la comisión de ilícitos internacionales— puesto que la producción del daño al Estado lesionado no se evitaría aunque éste tuviera conocimiento previo de la falta de competencia del órgano que realiza el ilícito.

Por la relevancia de la regla cabe mencionar que el Protocolo I (1977) adicional a los Convenios de Ginebra (1949), relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, establece que las Partes en conflicto serán responsables de “todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas” (art. 91).

404. *Hechos del Estado y actuación de los particulares*

Se consideran *hechos del Estado* los comportamientos de particulares en ejercicio efectivo de prerrogativas del poder público, esto es, cuando el particular actúa *de facto* como un órgano del Estado.

La CDI regula en su proyecto de 2001 hasta cuatro situaciones que responden a este supuesto: 1) la persona o grupo de personas que sigue instrucciones de los

órganos del Estado (art. 8 del proyecto); 2) la persona o grupo de personas que actúa bajo la dirección o control de los órganos del Estado (*ib.*); 3) la persona o grupo de personas que, por reclamarlo las circunstancias, ejerce de hecho atribuciones de poder público en ausencia o en defecto de autoridades oficiales (art. 9); y, 4) el comportamiento de particulares reconocido y adoptado por el Estado como propio (art. 11).

En el *asunto Zafiro* (1925) un tribunal arbitral británico-estadounidense sostuvo la responsabilidad de los Estados Unidos por las actividades de un buque mercante que, aunque privado, era utilizado como navío de suministro en las operaciones navales de su armada. Se entiende que seguía sus instrucciones.

De la misma forma la CIJ reconoció la responsabilidad de Estados Unidos por la colocación de minas en los puertos nicaragüenses realizada por particulares que seguían instrucciones de autoridades norteamericanas (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986). La tendencia privatizadora de la seguridad en nuestros días o la actuación de caza recompensas reconocidos jurídicamente en algunos lugares (por ej. en el Estado de New Jersey) multiplicará los casos.

La dirección y control por los órganos estatales de la actuación de particulares plantea problemas de prueba que se acentúan a medida que se eleva el estándar requerido para que proceda la imputación.

La CIJ ha exigido a tal efecto la prueba convincente y completa del vínculo *efectivo* entre el Estado y el particular. En el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (1980) la Corte entendió que dicho vínculo existe sólo cuando un órgano del Estado ha ordenado o impuesto, en ejercicio de su autoridad sobre el particular, la comisión de un acto específico; en definitiva, cuando el particular ha seguido sus instrucciones.

De ahí que en este asunto la Corte no imputara a Irán el ataque de los *estudiantes* islámicos a la embajada estadounidense en Teherán, por el carácter inicialmente independiente y no oficial de su actuación; eso sí, posteriormente los *estudiantes* islámicos —al entender de la Corte— se transformaron en órganos del Estado iraní, al aprobar éste su intervención, decidiendo su continuación, lo que trajo como corolario que tales actos tomaran la caracterización de hechos del Estado (situación prevista en el art. 11 del proyecto).

En el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), la CIJ se plantea —en relación con los actos de la *Contra*— el grado de control necesario para imputarlos a Estados Unidos, reafirmando el estándar del control *efectivo*.

Aunque la Corte sostuvo que Estados Unidos era responsable de la planificación, dirección y apoyo proporcionado a la *Contra*, añadió que “no hay pruebas claras de que los Estados Unidos ejercieran realmente en todos los ámbitos un grado de control suficiente para justificar que se considerara que *los contras* actuaran por cuenta de los Estados Unidos”.

En un sentido divergente se ha pronunciado la Sala de Apelaciones del TPIY en el asunto *Tadic* (1999), para la que basta un control *general* del Estado sobre los particulares a los efectos de imputación:

"En DI la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares. El grado de control puede, sin embargo, variar en cada caso según las circunstancias. La Sala de Apelaciones no ve por qué en DI se debería fijar un límite alto al evaluar el criterio de control cualesquiera que sean las circunstancias... un control general que vaya más allá de la simple financiación y armamento de esas fuerzas y que entrañe además una participación en la planificación y supervisión de las operaciones militares".

Aunque la CDI trata de limar la divergencia entre el criterio de la CIJ y el adoptado por el TPIY sugiriendo que ambos se pronuncian en circunstancias y marcos legales diferenciados (responsabilidad internacional del Estado uno, responsabilidad penal del individuo, el otro) parece claro que el criterio del TPIY favorece el asentamiento como una situación diferenciada de la imputación por *dirección y control* —y no por *instrucciones*— que la CDI propone (proyecto de 2001, art. 8). (V. Caps. I, XVIII).

En cambio, no ha sido probada la existencia de un control de países como Afganistán y, todavía en menor medida, Irak, sobre organizaciones terroristas como *Al-Qaeda*, que de existir, lo mismo que si se hubiesen impartido instrucciones, habrían comprometido la responsabilidad internacional de tales Estados por la comisión de hechos como los atentados de Nueva York (2001). En el caso de Madrid (2004), Londres (2005) o Bombay (2006) las pruebas de tal control o expedición de instrucciones tendrían que apuntar a otras candidaturas estatales, caso de haberlas. La doctrina internacionalista (C. Gutiérrez Espada, J. Verhoeven, P.M. Dupuy, ...) se ha mostrado unánime en la imposibilidad de atribuir a Afganistán el control sobre el grupo liderado por Ben Laden, por el mero hecho de acoger campos de entrenamiento. En cuanto a Irak, ni siquiera se daba esa circunstancia antes de que se desencadenara la guerra ilegal de 2003.

Fuera de las situaciones mencionadas los comportamientos de los particulares no son en sí mismos imputables al Estado a los efectos de deducir de ellos un ilícito que origina responsabilidad internacional. No obstante, el ilícito del Estado —y su responsabilidad internacional— pueden ser la consecuencia del incumplimiento por sus órganos de obligaciones que le incumben, como el deber general de mantener el orden, impedir que se cometan delitos y castigar a los delincuentes, obligaciones que operan frecuentemente en situaciones creadas por comportamientos de particulares. En estos casos el ilícito del Estado consiste en no haber desplegado la diligencia debida para impedir (y, en su caso, reprimir) tales comportamientos. La aplicación de este criterio puede ser complicada.

En el asunto *Noyes* (1933) la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-Panamá descartó la responsabilidad internacional de este último país por la agresión y heridas que sufriera Noyes, ciudadano estadounidense que atravesaba con su coche un pueblo en las proximidades de la ciudad de Panamá en el momento en que se estaba celebrando una reunión política. La multitud se avalanzó sobre Noyes, que fue protegido por un policía; posteriormente reemprendió el viaje, para volver a ser agredido y, de nuevo, rescatado por el jefe de policía de la ciudad de Panamá. La Comisión entendió que no existía responsabilidad por el simple hecho de que un extranjero fuera agredido por particulares si las autoridades del país no infringían el deber general de mantener el orden.

En el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (1980) la CIJ sostuvo —en la primera de las dos fases en que dividió los acontecimientos, cuando los estudiantes islámicos todavía no se habían trasmutado en órganos del Estado iraní— que la irrupción de los estudiantes en la embajada estadounidense y la posterior retención del personal diplomático eran acciones que no desencadenaban la responsabilidad internacional de Irán en tanto que conductas de particulares, pero que, en cambio, la inacción

de las autoridades iraníes para prevenir y reprimir tales acontecimientos sí constituía un hecho del Estado del que resultaba internacionalmente responsable.

También en *Actividades armadas en el territorio del Congo* (R.D. del Congo c. Uganda, 2004) la Corte ha subrayado la responsabilidad de Uganda en el territorio ocupado del Congo por defecto de la vigilancia requerida para prevenir la violación de los derechos humanos y del DI humanitario por otros actores presentes en dicho territorio.

405. *Hechos del Estado y movimientos insurreccionales*

Tampoco es atribuible al Estado la conducta de un *órgano de un movimiento insurreccional* establecido en su territorio o en cualquier otro territorio sometido a su jurisdicción (*Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*, 1925). A diferencia de los actos cometidos por particulares en el curso de revueltas, demostraciones de masas o desórdenes públicos, un movimiento insurreccional cuenta con su propio aparato organizativo y actúa en y controla una porción de territorio que se encuentra bajo la soberanía o administración de un Estado, siendo generalmente su objetivo reemplazar al gobierno que combate, establecer una nueva arquitectura constitucional o proveer a la separación del Estado. Por eso se considera que los hechos de los órganos del movimiento insurreccional han de atribuirse al mismo movimiento, dotado de una subjetividad efímera.

No ha avanzado la CDI en su proyecto de 2001 una definición de movimiento insurreccional, aunque haya considerado aceptable, en su comentario al art. 10 del proyecto, la que provee el art. 1.1 del Protocolo adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 sobre protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Tal disposición retiene la idea de fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio de un Estado un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Ahora bien, si el movimiento insurreccional triunfa sus actos se imputarán al Estado. Esta regla ha sido frecuentemente aplicada por la jurisprudencia arbitral. Botón de muestra es el asunto *Georges Pinson* (1928), resuelto por la Comisión de reclamaciones franco-mexicana. El fundamento de la regla no se encuentra en el hecho de ser un gobierno *de facto* en el territorio bajo su control, sino en la continuidad entre sus órganos y los del Estado una vez logrados sus objetivos.

La CDI se ha ocupado de este supuesto en el art. 10 del proyecto de 2001, distinguiendo dos situaciones: 1) el nuevo gobierno del Estado ha de cargar con la responsabilidad por los ilícitos de todos (autoridades derrocadas, movimiento insurreccional); y 2) el gobierno del nuevo Estado fruto de un movimiento insurreccional secesionista o descolonizador es responsable de los actos de éste.

No ha de excluirse, por otro lado, que —constante la insurrección— la responsabilidad del Estado se deduzca —al igual que sucede con los actos de particulares— de la insatisfacción del estándar de diligencia debida en la prevención y represión de los actos del movimiento insurreccional.

Así, en el asunto *Aroa Mines* (1903) el árbitro determinó que Venezuela no era responsable de los daños sufridos por súbditos británicos durante una insurrección o guerra civil fracasada, a menos que se pudiera demostrar que las autoridades de Venezuela no habían actuado con la debida diligencia. Refrendando la aplicación de tal principio la Comisión de Reclamaciones México-Gran Bretaña entendió (*Reclamaciones por los daños sufridos por bombardeos en la ciudad de México*, 1930) que México era responsable de la destrucción y saqueo de los bienes de la *Young Men's Christian Association* llevada a cabo por fuerzas revolucionarias porque las autoridades debían haber tenido conocimiento de la ocupación y saqueo del edificio de la citada asociación y no había pruebas de que hubiesen tomado medida alguna para remediarlo.

La presencia y actuación de un movimiento insurreccional a caballo de la frontera con otro Estado —que le sirve de *santuario*— puede verse también desde esta perspectiva. Su responsabilidad puede originarse por la falta de la diligencia debida en la prevención y represión. Si, además, ampara al movimiento insurreccional, su conducta supondrá una violación del principio de no intervención y su responsabilidad tendrá consecuencias más gravosas. Así es como, en la década de los ochenta, el gobierno de El Salvador contemplaba la ayuda del gobierno de Nicaragua al *Frente Revolucionario Farabundo Martí* y así es como el gobierno de Nicaragua contemplaba la ayuda de los gobiernos de Costa Rica y de Honduras a la *Contra* nicaragüense.

En el avispero del conflicto armado que asuela a Colombia desde hace décadas, y cuyo seguimiento puede realizarse —en lo que se refiere a las infracciones de las obligaciones internacionales— a través de los informes anuales de la Comisión interamericana de derechos humanos, cuando no de los pronunciamientos de la propia Corte interamericana, la reconstrucción del marco jurídico alcanza dosis de complejidad creciente. No ya por las infracciones al deber de proteger que pudieran atribuirse a la falta de diligencia, sino por los hechos ilícitos directamente atribuibles a las fuerzas armadas y policiales colombianas (por ej., CIDH, *Las Palmeras*, 2001) o por su implicación con algunos de los actores del conflicto, en particular, los grupos de autodefensa o paramilitares colombianos. Tal implicación ha generado responsabilidad internacional de Colombia por hechos directamente cometidos por los paramilitares, que controlaban con la aquiescencia de las autoridades el escenario de los hechos (CIDH, *Diecinueve comerciantes*, 2004). No cabe afirmar responsabilidad internacional diferenciada de los paramilitares, puesto que su actuación se embebe en la de Colombia, que autorizaba o “les dejaron ventaja y descuidaron su control y vigilancia”. Será el caso, pues, de actuación de particulares siguiendo instrucciones del Estado, o de comportamiento negligente del mismo. La citada sentencia exigió de Colombia una ulterior investigación de los hechos para esclarecer la autoría intelectual de los mismos.

Cuestión distinta es la del movimiento insurreccional que, como las FARC, se opone al gobierno colombiano y, en su caso, obtiene de éste el reconocimiento de una zona concreta del territorio nacional. En ella, las violaciones de obligaciones internacionales no recaerán sobre Colombia, sino que se atribuirán a las FARC y sólo podrían acabar afirmando la responsabilidad del estado en el caso de triunfo militar de este movimiento insurreccional.

406. Hechos de los órganos de otros Estados y Organizaciones internacionales

La conducta de un órgano de un Estado no es atribuible a otro Estado como fuente de responsabilidad internacional por el mero hecho de que haya tenido lugar en su territorio. Son abundantes los ejemplos que la práctica internacional ofrece: piénsese en los agentes diplomáticos y consulares o en las bases militares establecidas en otro país por virtud de un acuerdo internacional.

De igual forma tampoco un Estado es responsable internacionalmente por la conducta de un órgano de una OI que actúe en el ámbito espacial en el que ejerce su jurisdicción. Si la actuación de órganos de Estados en el territorio de otro es una excepción, no cabe decir lo mismo de las actividades de las OI que, careciendo de territorio propio, han de actuar en el de los Estados, para lo que requerirán de su consentimiento, plasmado por regla general en un acuerdo internacional que suele incluir cláusulas de no atribución al Estado local de los ilícitos en que incurran los órganos de las OI.

No obstante, un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por ilícitos de otros (Estados y OI): 1) cuando habiendo ocurrido en territorio bajo su jurisdicción no han sabido o no han querido prevenirlos y reprimirlos con la diligencia debida (esto es particularmente interesante en los casos en que el Estado u OI desarrolla una actividad *sucia* tolerada por las autoridades locales); y 2) cuando el órgano u órganos del Estado o de la OI concernidos se ponen a su disposición para actuar bajo su exclusiva dirección y control, sin seguir instrucciones del Estado u OI cedente, actuando en el ejercicio del poder público (proyecto de 2001, art. 6). Estas exigencias permiten excluir la atribución cuando un Estado está colocado respecto de otro en una situación de dependencia, protectorado, ocupación territorial o unión desigual.

En la jurisprudencia la sentencia arbitral en el asunto *Chevreau* (1931) es una buena muestra de la aplicación de esta regla de atribución. Se trataba de un ciudadano francés —Julien Chevreau— arrestado por fuerzas británicas que operaban, con el consentimiento de Persia, en las cercanías del Mar Caspio. De resultados de su detención —considerada legal por el juez árbitro— se produjo la pérdida de algunas propiedades, documentos y libros de Chevreau por negligencia de las autoridades consulares británicas, que ejercían dichas funciones en nombre del cónsul francés, ausente por aquel entonces de Persia. La demanda francesa contra Gran Bretaña, concerniente a las pérdidas sufridas por Chevreau, fue rechazada por el árbitro, dado que el gobierno británico no podía ser considerado responsable por la negligencia de su cónsul cuando éste se encontraba a cargo del consulado de otro Estado.

En el enrevesado panorama producido por la guerra de Irak (2003) la atribución de responsabilidades a los diversos sujetos implicados, atendiendo a las diversas fases en el conflicto, se adivina una tarea compleja. Si algo queda palmariamente claro, no obstante, es la responsabilidad de los países que protagonizaron la invasión, con Estados Unidos a la cabeza, pues ninguna autorización del C. de S. puede esgrimirse para excepcionar el hecho ilícito. Tras esa primera etapa (de 20 de marzo a 16 de mayo, cuando se establece la Autoridad Provisional de la Coalición, y particularmente tras la res. 1483 (2003), de 22 de mayo, del C. de S., que ofrece cobertura jurídica a la ocupación) los invasores devenidos ocupantes reconocidos podrían haber incurrido en responsabilidad por violaciones de las obligaciones internacionales que en tal condición les son propias en DI. Irak se había convertido en un Estado *pro forma*, un inimputable, por inexistente salvo en el territorio, la bandera y la nacionalidad de la población. La siguiente res. 1511 (2003), de 16 de octubre, estableció fecha para la disolución de la Autoridad Provisional y el 28 de junio de 2004 los ocupantes transfirieron los

poderes formalmente al Gobierno interino irakí constituido el 1 de junio. Pero la res. 1546 (2004) del C. de S., adoptada el 8 de junio, que proclamaba el gobierno provisional “totalmente soberano e independiente”, añadía que continuaba la presencia de la fuerza multinacional, a solicitud del nuevo gobierno, “autorizada a tomar todas las medidas que sean necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en Irak”. Concluida formalmente la ocupación, no parece que eso implicara entonces la resurrección de Irak como sujeto internacionalmente responsable. Su falta de control sobre los aspectos militares y de seguridad hace pensar que la eventual atribución de responsabilidades por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos en ese terreno recae todavía sobre Estados Unidos y sus aliados.

XCI. LOS ELEMENTOS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO: EL ELEMENTO OBJETIVO

407. La violación de la obligación internacional

La comisión de un hecho internacionalmente ilícito —supuesto generador de la responsabilidad internacional de un Estado— resulta de la violación de una obligación internacional (CPJI, *Fábrica de Chorzów*, 1927); CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986).

La fórmula *violación de una obligación internacional* es más comprensiva que otras —como la violación de una norma internacional—, pues la obligación puede ser creada por una norma (consuetudinaria), pero también por las reglas de un tratado, o ser el fruto de un acto unilateral del propio Estado, de la decisión de un tribunal o de un órgano de una OI. El origen o fuente de la obligación es irrelevante, siempre que la prescriba el DI (proyecto de 2001, art. 12).

Es también irrelevante —a salvo lo que se dirá en el epígrafe siguiente— la naturaleza de la obligación violada. Como afirma la CIJ en *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) cuando un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito es probable que tenga responsabilidad “cualquiera que sea la índole de la obligación que no cumplió”. Tanto da que ésta sea una obligación que impone un comportamiento (por ej., el paso inocente de un submarino que atraviesa sumergido el mar territorial de otro Estado), como una obligación que exige de su destinatario un determinado resultado (la norma consuetudinaria que obliga a un Estado al arresto y castigo de aquellas personas que en su territorio han asaltado a un diplomático de otro país), o consista en la obligación de prevenir un acontecimiento dado (la norma consuetudinaria que obliga a los Estados a impedir la formación en su territorio de movimientos cuyo objetivo es la subversión del país vecino).

Por otro lado, cualquier acto de un Estado incompatible con una obligación internacional será ilícito cualesquiera que hayan sido los medios utilizados (CIJ, *Plataformas petrolíferas*, 1996).

En este caso la destrucción mediante el uso de la fuerza por Estados Unidos de las plataformas petrolíferas iraníes podría haber significado la violación de la obligación de respetar la libertad de comercio establecida en el art. X.1 del Tratado iraní-estadounidense de 1955; la Corte entendió finalmente (2003) que tal violación no se habría producido atendiendo a consideraciones de otro orden.

Tampoco puede afirmarse, que la existencia del hecho internacionalmente ilícito se encuentre supeditada, en los casos de violaciones de obligaciones internacionales frente a particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas, a que éstos hayan agotado los recursos internos del Estado infractor. De ahí el acierto de la CDI al eliminar del proyecto de arts. de 2001 una mención a tal regla contenida en la versión de 1996, pues en casos como los de violaciones de los derechos humanos (torturas por ej.) el hecho internacionalmente ilícito no puede quedar condicionado a una posible obtención de indemnización para las víctimas conseguida en foro interno (TPIY, *Furundzija*, 1998). Lo que sí puede impedirse, si no hay agotamiento de los recursos internos, es la reclamación del Estado lesionado cuando tal reclamación se encontrase sujeta a la mencionada regla.

Tratándose de obligaciones impuestas al Estado por el DI, no ha lugar a responsabilidad internacional cuando se incumplen compromisos contraídos como *acuerdos no normativos*, puesto que las obligaciones que éstos originan son de naturaleza política, o *contratos de Estado* celebrados con particulares extranjeros (v. Cap. VIII), aunque en este caso la responsabilidad puede darse respecto del Estado de su nacionalidad cuando los contratos cuentan con tratados que les dan cobertura. También debe desecharse del campo teórico de la responsabilidad internacional la lesión de meros *intereses* de un Estado, no incorporados en *derechos*, pues como advirtió la CIJ (*Barcelona Traction*, 1970) sólo un derecho lesionado hace nacer la responsabilidad del infractor.

408. Violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de DI general

Una de las más significativas aportaciones del proyecto de arts. sobre responsabilidad de 1996 —y de su proponente veinte años antes, el Relator R. Ago— se asentaba en la diferenciación de dos tipos de ilícito atendiendo a la importancia para la sociedad internacional del contenido de la obligación violada: el *delito* y el *crimen internacional* o crimen de Estado (art. 19 del proyecto de 1996). De esa distinción se deducía un régimen diferenciado que podía considerarse un desarrollo progresivo del DI.

Si el *delito* es el ilícito ordinario (por ej., la infracción de la obligación de autorizar la entrada de un determinado contingente de mercaderías consentida

en un tratado comercial) que origina una relación bilateral de responsabilidad entre el sujeto infractor y el sujeto lesionado, el *crimen* internacional era definido por la CDI (art. 19.2 del proyecto) como el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación es reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto.

A guisa de ejemplo, la CDI ofrecía (art. 19. 3 del proyecto) una relación de violaciones constitutivas de crímenes internacionales. Las obligaciones violadas afectaban al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a la libre determinación de los pueblos, a la salvaguardia del ser humano (como las que prohíben el genocidio, la esclavitud y el *apartheid*), a la protección del medio humano (como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares). Todas son obligaciones internacionales que derivan de normas de DI imperativo (*ius cogens*) y su infracción trasciende la relación entre autor y víctima.

Si la lista de *crímenes* incluidos en el art. 19 es, a todas luces, una lista abierta, la misma definición propone que es *crimen internacional* lo que la *comunidad internacional en su conjunto* entiende por tal. Así la potestad de designar qué es y qué no un crimen se reconoce a quien también dispone de la prerrogativa de identificación de las normas de Derecho imperativo (art. 53.2 de la CV de 1969 sobre Derecho de los Tratados).

La cuestión resultó sumamente polémica por la dificultad para avanzar en la articulación de régimen (y fundamentalmente sobre las consecuencias) del *crimen*.

El penúltimo Relator, G. Arangio-Ruiz, propuso una completa regulación de los *crímenes de Estado*, con procedimientos colectivos para la determinación de la responsabilidad criminal y consecuencias fuertes (imposición de *sanciones*). Todo ello destapó serias cuestiones sobre la relación de este régimen con el del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (Capítulo VII de la Carta de las NU) y suscitó la feroz oposición de un selecto grupo de Estados, encabezado por las grandes potencias occidentales. Las propuestas de Arangio-Ruiz fueron rechazadas por la CDI y el Relator presentó, más o menos, su dimisión.

Como conclusión del arduo debate el *crimen* desapareció *eo nomine* del proyecto, sustituido por la *violación grave de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas del DI general* (proyecto de 2001, art. 40). En el fondo, tal vez las cosas no hayan supuesto una revolución, más allá de la rebaja terminológica.

La CDI ha optado, a diferencia de lo que ocurría con el art. 19 del proyecto de 1996, por no dar ningún ejemplo de norma imperativa, aunque en el comentario al proyecto sí los ha avanzado: la agresión (CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986); la prohibición de la tortura (refrendadas por decisiones de tribunales internacionales e internos, por ej., Cámara de los Lores, *R. V. Bow Street Metropolitan Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (Nº 3), 1999); las normas básicas del Derecho humanitario internacional aplicables a los conflictos armados (CIJ, *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*

por un Estado en un conflicto armado, 1996); la obligación de respetar el derecho a la libre determinación (CIJ, *Timor Oriental*, 1996).

La violación ha de ser *grave*. De ello cabe colegir que no toda violación de normas imperativas, sino sólo algunas de ellas, originan esta responsabilidad agravada. A los efectos de determinar cómo puede calibrarse la gravedad de la violación, el art. 40.2 establece que lo será “si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”. La CDI nos ilumina acerca de estos términos en su comentario. *Sistemática* es toda violación que se lleva a cabo de manera organizada y deliberada; mientras que *flagrante* se refiere a la intensidad de la violación o sus efectos.

XCII. LOS ELEMENTOS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO: EL ELEMENTO TEMPORAL

409. Una obligación internacional en vigor cuando se produce el hecho

Para que un comportamiento atribuido a un sujeto internacional se considere hecho ilícito la obligación internacional infringida debe estar vigente en el momento en que se produce ese comportamiento. Esta regla que parece obvia encontró una formulación muy celebrada en el *dictum* del árbitro Max Huber en el asunto de la *Isla de Palmas* (1928), cuando sostuvo que un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del Derecho de la época y no del Derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho. La CDI lo confirma sin excepción en el proyecto de 2001 (art. 13).

La CDI entiende que la regla del Derecho intertemporal se aplica a todas las obligaciones internacionales, sea cual sea su naturaleza, y niega una asunción retroactiva de responsabilidad apoyada en el art. 71.2 de la CV sobre Derecho de los Tratados (1969).

Asimismo, ha descartado la propuesta (asumida en el proyecto de 1996) según la cual no puede hacerse responsable a un Estado de un hecho que, aunque no conforme con una obligación internacional en el momento en que se cometió, resulta no ya lícito, sino obligatorio en virtud de una norma de *ius cogens* posterior.

410. Hechos instantáneos, de carácter continuo y compuestos

Una vez sentado el Derecho aplicable, adquiere relevancia la determinación del momento en que se establece la existencia de la violación de la obligación internacional, así como la de su duración. Ambos datos son decisivos para establecer cuándo se contrae la responsabilidad internacional, cuál es —entre sus

consecuencias— el papel de la *cesación* del ilícito e, incluso, la competencia *ratione temporis* de un tribunal internacional, en el caso de que los Estados partes hayan optado por el arreglo arbitral o judicial de la controversia.

En *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) la CIJ entendió que la construcción por Eslovaquia en su propio territorio de una obra para el aprovechamiento hidroeléctrico de las aguas del Danubio no era en sí misma ilícita; lo ilícito era ponerla en funcionamiento unilateralmente, desviando entre un ochenta y un noventa por ciento de las aguas, sin consentimiento de Hungría, dadas las características del sistema de explotación conjunta concebido por el tratado de 1977 y con independencia de su incumplimiento por este país. La Corte distingue así entre los actos preparatorios (que excluye) del hecho ilícito y el hecho ilícito, lo que una minoría disidente considera artificioso.

A estos efectos el proyecto de 2001 (arts. 14 y 15) distingue entre el hecho *que no tenga carácter continuo* (al que llamaremos *instantáneo*), el hecho *que tiene carácter continuo* y el hecho *compuesto*. Un hecho *instantáneo* puede, a su vez, desdoblarse en un hecho *consumado* (cuando sus efectos se han agotado) y un hecho *de efectos continuados* (cuando perduran más allá del hecho mismo).

Tratándose de un hecho *consumado* (por ej., el hundimiento de un buque neutral o el derribo de una aeronave) el establecimiento del *tempus commissi delicti* no ha de revestir dificultad.

La distinción entre un *hecho instantáneo de efectos continuados* y un *hecho de carácter continuo* puede ser más problemática. Como ejemplo de la primera se menciona la confiscación de un inmueble ocupado por una misión diplomática. La ocupación, en cambio, de esa misma misión y el arresto de su personal podría considerarse como un ilícito de carácter continuo (recuérdese el asunto del *Personal diplomático y consular estadounidense en Teherán*). En el primer caso el *tempus commissi delicti* sigue coincidiendo con el momento del hecho. En el segundo el ilícito se origina desde el momento en que se reúnen los elementos constitutivos de la infracción y dura en tanto éstos persistan. En esta circunstancia la cesación del ilícito está ligada a la misma consumación del hecho y no a la exigencia de responsabilidad (a la que en cambio sí puede asociarse la cesación de los efectos perdurables de un hecho instantáneo).

Por último, un hecho ilícito *compuesto* es aquél que se deduce de una serie de acciones o/y omisiones definida en su conjunto como ilícita. La CDI lo ejemplifica con la infracción de la obligación, incluida en un tratado, que prohíbe toda práctica discriminatoria de los nacionales de otro Estado en el acceso a una determinada profesión. Una primera negativa no implicaría una práctica discriminatoria; una reiteración de las mismas, sí. Para la CDI el ilícito tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás, es suficiente para constituir el ilícito. De ser así el ilícito se extenderá desde la primera acción u omisión de la serie hasta que las acciones u omisiones infractoras cesan. Si paramos mientes en el ejemplo presentado ha de concluirse que la regla o incluso la noción del hecho *compuesto* no permite establecer con claridad el momento de la violación sin recurrir a la interpretación de la obligación primaria violada.

XCIII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO DE OTRO ESTADO

411. La complicidad

En determinadas situaciones los comportamientos de varios Estados se encuentran trabados en orden a la comisión de hechos ilícitos y deben suministrarse reglas específicas de asignación de responsabilidades. La primera situación a considerar es la *complicidad*, la ayuda o asistencia de un Estado a otro en la comisión de un hecho ilícito.

Esta situación se da a condición de que el Estado que presta la ayuda o asistencia conozca las circunstancias del ilícito y el hecho también fuera ilícito caso de cometerlo él mismo (proyecto de 2001, art. 16).

El Estado será responsable de la asistencia prestada, no del comportamiento del que realiza el ilícito.

Así, por ej., si Gran Bretaña presta sus bases aéreas para que Estados Unidos lance desde ellas una misión de bombardeo sobre Libia (como ocurrió en abril de 1986), no es responsable del ataque (presuntamente una represalia armada, prohibida por el DI, v. Caps. XX, XVI) sino del apoyo logístico para que se perpetre. En el mismo sentido cabría afirmar la responsabilidad de España, Portugal o Marruecos, caso de que hubiesen autorizado el sobrevuelo de su territorio en la aproximación de los bombarderos a su objetivo.

412. El control y la coacción

El Estado que dirige y controla efectivamente a otro en la comisión de un hecho ilícito es responsable del mismo siempre que —como ocurre en la situación de complicidad— conozca las circunstancias del ilícito y se trate de un hecho que, de cometerlo él mismo, también sería ilícito (proyecto de 2001, art. 17). Ahora bien, en una situación de control o dirección efectivos lo que se atribuye es la autoría del mismo ilícito.

En cuanto a la práctica entre Estados, piénsese en supuestos de asociación, representación de un Estado por otro o de ocupación militar, sea cual sea el título jurídico que la justifique, si es que lo hay.

Por ej., los hechos ilícitos que realice Irak, sometido al control del ocupante Estados Unidos, son de la responsabilidad de este último en los términos que antes señalábamos, dado el enfeudamiento a favor de Estados Unidos y sus aliados de las cuestiones militares y de seguridad. Para las civiles, caso de existir, habría que probar la capacidad de los órganos del Estado irakí para actuar sin ser presa del control de estadounidenses y aliados

Aunque la CDI advierte que en el ámbito de esta regla no entran las relaciones de dependencia entre un territorio no autónomo y su *potencia administradora*, pues sólo se plantean las relaciones de dominación entre Estados, la regla bien puede valer también en ese caso. Si un territorio no autónomo (por ej., Gibraltar

o Malvinas) perpetrara un comportamiento ilícito bajo la dirección o el control de Gran Bretaña, potencia administradora, ésta sería responsable internacionalmente.

Cuando un Estado coacciona a otro para que cometa un ilícito no sólo es responsable (proyecto de 2001, art. 18) como en la situación de dirección y control efectivos, sino que el Estado coaccionado puede invocar la circunstancia de *fuerza mayor* para excluir la ilicitud de su propio comportamiento (v. *infra*).

Por coacción debe entenderse un comportamiento de un Estado que le permite imponer su voluntad a otro. A tal efecto puede considerarse aplicable el estándar de la *intervención* en el ámbito de las decisiones soberanas de un Estado, prohibida por el DI (v. Cap. III).

XCIV. LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

413. Consideraciones generales

Hay casos en que la conducta de un Estado supone *prima facie* la violación de una obligación internacional y, sin embargo, por la concurrencia de determinadas circunstancias, se excluye que el comportamiento haya sido ilícito y, por tanto, origine responsabilidad.

Aunque se debate sobre el número, contenido e, incluso, terminología de las circunstancias excluyentes de la ilicitud, la CDI (Proyecto de 2001, arts. 20 a 25) propone como tales el *consentimiento* (del estado lesionado), la *legítima defensa*, las *contramedidas*, la *fuerza mayor*, el *peligro extremo* y el *estado de necesidad*. Las enumeradas son la expresión del DI general preexistente; pero éste puede ser desarrollado por la práctica de los Estados. Además, cabe introducir mediante tratado otras circunstancias excluyentes de ilicitud en ámbitos particulares de regulación (art. 55).

La concurrencia de una de estas circunstancias —conviene subrayarlo— no anula ni da por terminada la obligación, limitándose a justificar su incumplimiento mientras está presente. Desaparecida la circunstancia el cumplimiento de la obligación es, de nuevo, exigible (proyecto de 2001, art. 27, a). En *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) la CIJ rechazó la argumentación de Hungría de que el *estado de necesidad* había tenido por efecto la anulación de las obligaciones derivadas del tratado con Checoslovaquia (1977).

Ha de insistirse, por otro lado, en que las circunstancias mencionadas actúan sobre el ilícito, excluyéndolo, y no sólo sobre su consecuencia, la responsabilidad. Con este planteamiento se mantiene firme el principio de que la responsabilidad internacional es una consecuencia necesaria e inevitable de todo hecho ilícito.

La CDI ha incluido en el proyecto de 2001 una disposición que deja a salvo la cuestión de “la indemnización de cualquier pérdida efectiva” causada por el hecho

cuya ilicitud ha sido excluida (art. 27, *b*). Esta previsión es particularmente pertinente respecto de tres de las circunstancias enumeradas —la *fuerza mayor*, el *peligro extremo* y el *estado de necesidad*— que operan sin que el sujeto que sufre un daño haya tenido arte ni parte en la situación que origina la excepcionalmente lícita infracción objetiva de una obligación internacional. En *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) Hungría reconoció que, aún invocando el *estado de necesidad*, tenía que hacer frente a la obligación de indemnizar a sus socios. Se trata de la aplicación de la regla según la cual los Estados deben hacer frente a las consecuencias perjudiciales de hechos no prohibidos.

Finalmente, para todas las circunstancias juega un límite obvio: el cumplimiento de las normas imperativas de DI general. Ninguna circunstancia excluye la ilicitud de un hecho que no se conforma con una obligación que emana de una de estas normas (proyecto de 2001, art. 26). En *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio* (1996), y refiriéndose a las *contramedidas*, la CIJ señaló que en ningún caso una violación de la citada Convención podía servir de excusa para responder con otra violación. Opinar lo contrario sería colocar una carga de dinamita sobre el propio concepto de norma imperativa. No obstante, hay casos menos pacíficos, sobre todo cuando la circunstancia excluyente de la ilicitud busca la sombra de otra norma imperativa. En este sentido ha podido invocarse el *peligro extremo* o el *estado de necesidad* para justificar la persecución *en caliente* más allá de las fronteras del Estado de una banda armada o una intervención cuyo fin es salvaguardar la vida de personas en peligro (v. Cap. XXXI).

414. *El consentimiento del Estado lesionado*

¿Encuentra en el DI aplicación la regla *volenti non fit injuria*? A la luz de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional puede afirmarse que el consentimiento de un sujeto que tiene derecho a la observancia de una obligación internacional específica excluye la ilicitud del hecho de un Estado que, en ausencia de tal consentimiento, constituiría la violación de tal obligación.

Sin embargo, la consagración de este principio por la CDI (Proyecto de 2001, art. 20) distó mucho de ser pacífica, dado el carácter altamente político de las situaciones en que puede aducirse esta circunstancia (v. Cap. XXXI). Sería fácil para algunos Estados acogerse a esta circunstancia a fin de excluir la ilicitud de sus comportamientos, una vez que sus testaferros han obtenido el control político de los órganos de gobierno del Estado lesionado por sus actos (v. Cap. III). La práctica internacional suministra multitud de ejemplos: pensemos en la entrada de tropas extranjeras sobre territorio de un Estado, que normalmente debe ser considerada como una seria violación de la soberanía de aquél o incluso un acto de agresión. De ahí que las cautelas deban jugar, estando además como estamos en presencia de situaciones excepcionales, a la hora de fijar límites y condiciones al consentimiento del Estado lesionado como circunstancia excluyente de ilicitud.

A tal efecto el consentimiento debe ser: 1) real; 2) válido en DI; 3) atribuible internacionalmente al Estado; y, 4) anterior a la comisión del acto cuya ilicitud pretende excluir.

1) El consentimiento, real, puede ser implícito, con tal de que sea indudable.

Un ejemplo se dio en el asunto *Savarkar* (1911), resuelto por el TPA. Savarkar, revolucionario indio que se encontraba detenido a bordo del buque británico *Morea*, aprovechó una escala en el puerto francés de Marsella para fugarse, siendo rápidamente detenido por un gendarme, que lo reintegró a bordo con la ayuda consentida de tres policías británicos. Una vez que se hizo a la mar el *Morea* Francia presentó una reclamación contra Gran Bretaña por atentar contra su soberanía, exigiendo la restitución de Savarkar, pero el tribunal desechó la pretensión afirmando que no existía ilícito porque el comportamiento del gendarme francés suponía un consentimiento implícito a la actuación de los policías británicos.

La validez del consentimiento implícito no ha de extenderse, sin embargo, a los supuestos del uso de la fuerza por un Estado en el territorio de otro. Aunque el art. 20 del proyecto de la CDI no hace distinciones, esos casos incurrirán normalmente en el ámbito material de otra circunstancia excluyente de la ilicitud —la legítima defensa colectiva (art. 21 del Proyecto)— cuya petición ha de ser expresa. Ha de descartarse en todo caso un consentimiento presunto. No existe realmente tal consentimiento si éste debe presumirse;

2) Debemos estar ante una expresión válida de la voluntad del Estado. El consentimiento debe prestarse libremente y con claridad. Ello implica una manifestación no viciada por causas tales como el error, el dolo, la corrupción o la coerción. Sostiene la CDI que las reglas para la determinación de la validez de los tratados (v. Cap. XII) encuentran aquí, en tanto que principios generales, una aplicación analógica;

3) El consentimiento debe ser atribuible internacionalmente al Estado. Es decir, debe provenir de órgano que al efecto pueda expresar su voluntad. En la práctica internacional y en relación con este requisito se han cuestionado consentimientos otorgados por gobiernos cuya legitimidad se discutía, o la validez de consentimientos expresados en infracción de disposiciones esenciales de Derecho interno; y,

4) El consentimiento debe ser prestado con anterioridad a la comisión del acto cuya ilicitud ha de excluir. Un consentimiento posterior sólo implicará la renuncia a hacer valer la responsabilidad, sin excluir la ilicitud del comportamiento que la origina.

El consentimiento, como puntualiza el art. 20 del Proyecto, excluye la ilicitud de un comportamiento que discurre “dentro de los límites del consentimiento”. Por ej., si un Estado admite el sobrevuelo de su espacio aéreo por aeronaves comerciales de otro Estado, tal consentimiento no debe entenderse automáticamente extendido al sobrevuelo de aeronaves militares.

El consentimiento como circunstancia excluyente de un ilícito puede transformarse en algún punto, a poco que el Estado que consiente se descuide, en fuente de una obligación (v. Cap. VII).

415. La legítima defensa

La ilicitud de un acto queda excluida si el acto constituye una medida de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las NU. La CDI ha decidido formular de manera genérica la circunstancia (Proyecto de 2001, art. 21). No se ha profundizado en su definición, en la determinación de sus límites, en su conexión con el sistema de seguridad colectiva de las NU. No se ha mencionado el supuesto en el que opera: la respuesta de un Estado frente a un ataque armado. No se ha hecho referencia a sus características tradicionales: necesidad de la acción para repeler el ataque; proporcionalidad respecto del mismo; inmediatez de la reacción. La somera referencia a la Carta de las NU —ni siquiera ha habido una específica referencia a su art. 51— habla a las claras de la opción tomada por la CDI, que consiste en sortear los peligros de una tentativa de codificación de la legítima defensa, que hubiera obligado a abordar en el marco de la responsabilidad internacional, no el más apropiado, cuestiones muy controvertidas que consideraremos más adelante (v. Cap. XXVI).

416. Las contramedidas

Según lo expresa la CDI la ilicitud de un hecho disconforme con la obligación internacional de un Estado para con otro queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado (Proyecto de 2001, art. 22).

Bajo este término se esconden ahora las tradicionales *represalias*, la clásica respuesta del estado lesionado frente al hecho ilícito de otro, que ha infringido sus derechos. Quedan fuera: 1) las *retorsiones*, medidas inamistosas que en sí mismas no suponen ilícito, pues no vulneran obligación internacional alguna (por ej. la ruptura de relaciones diplomáticas, una vez que el DI consagra la discrecionalidad de los Estados en cuanto al establecimiento o al mantenimiento de ese tipo de relaciones); y 2) las *sanciones* decididas por una OI contra uno de sus países miembros (por ej., las medidas económicas decididas por el C. de S. contra Irak tras su invasión de Kuwait, res. 661, de 1990).

El recurso legítimo a las *contramedidas* pasa por el cumplimiento de una serie de requisitos de legitimación, de contenido, de procedimiento y de finalidad, que se encuentran regulados en la Tercera Parte del proyecto de 2001 (arts. 49-54). Ahora bien, en tanto las *contramedidas* operan en el ámbito de la *aplicación coactiva* del DI, objeto del Capítulo siguiente, las estudiaremos ahí más detenidamente.

417. La fuerza mayor

Bajo la rúbrica de *fuerza mayor* la CDI recoge en el Proyecto de 2001 (art. 23) dos supuestos que en el Proyecto de 1996 aparecían separados, si bien sometidos

a la misma regulación: la fuerza irresistible (*fuerza mayor*) y el acontecimiento imprevisto (*caso fortuito*). En puridad, junto a una somera diferenciación en torno a la causa, cabe señalar que el efecto de la fuerza irresistible (*fuerza mayor*) se traduce en la imposibilidad material del Estado de comportarse de otro modo que contraviniendo una obligación internacional; en cuanto al acontecimiento imprevisto (*caso fortuito*), el Estado no podrá darse cuenta de que su comportamiento infringe una obligación internacional.

Así, será *fuerza mayor* el caso de un navío que penetra sin autorización, como consecuencia de una rotura del aparejo, en aguas en las que la navegación está prohibida por el Estado ribereño; será *caso fortuito* el ataque imprevisto a la propiedad de un extranjero, como fue el caso de John Gill, ciudadano británico residente en México, que vio como su casa era destruida por una acción imprevista de los opositores al régimen de Francisco Madero. Si bien Gran Bretaña reclamó ante las autoridades mexicanas por los daños causados a su nacional sobre la base de una infracción del deber de protección, la Comisión mixta de reclamaciones entendió (1931) que la violación de tal deber quedaba excluida por la imprevisibilidad de la acción.

De todos modos la distinción carece de consecuencias, al ser objeto ambas circunstancias de una regulación única, que se caracteriza por la existencia de una relación de causalidad entre un acontecimiento imprevisto o una fuerza irresistible no imputables al Estado que invoca esta circunstancia y la imposibilidad de cumplimiento de la obligación.

No se podrá invocar esta circunstancia cuando la situación de fuerza mayor se deba, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado, o cuando éste haya asumido el riesgo de que se produzca la situación (art. 23.2).

418. *El peligro extremo*

La CDI ha regulado la situación de *peligro extremo* (Proyecto de 2001, art. 24) teniendo en cuenta la práctica convencional y estatal. Un Estado estará en esta situación cuando el órgano que adopta un comportamiento determinado no tiene en ese momento razonablemente otro medio de salvarse o salvar a las personas confiadas a su cargo que actuar de una manera no conforme con una obligación internacional.

A diferencia de la situación anterior —*fuerza mayor*— en este caso el órgano estatal podría optar por respetar la obligación internacional en lugar de infringirla; pero si lo hace su supervivencia y la de las personas que de él dependen estará en entredicho. El DI no impone las actitudes heroicas.

A su vez, a diferencia de lo que sucede con el *estado de necesidad*, el *peligro extremo* no amenaza al propio Estado, a su supervivencia, sino a la de la persona que adopta el comportamiento ilícito y a las personas a su cargo.

Como circunstancia excluyente de la ilicitud de un hecho el *peligro extremo* no opera: 1) si el Estado que lo invoca ha contribuido, intencionalmente o por

negligencia, a crear la situación de peligro; y 2) si es probable que el comportamiento cree un peligro comparable o mayor al que se quiere evitar, debiendo ser el interés sacrificado de menor rango que el que se pretende proteger (art. 24.2).

419. *El estado de necesidad*

La formulación del *estado de necesidad* por la CDI (Proyecto de 2001, art. 25), punto final de un proceso sumamente controvertido, dada la hostilidad que suscitaba tanto entre Estados como en medios doctrinales, destaca del resto de las circunstancias excluyentes de ilicitud por haberse realizado *en negativo* para realzar su carácter restrictivo, su excepcionalidad.

Para que un Estado pueda invocar eficazmente el *estado de necesidad* han de concurrir los siguientes requisitos: 1) debe existir un peligro grave e inminente; 2) que amenace con dañar un interés esencial del Estado; 3) que no haya sido provocado por éste; 4) que sólo puede atajarse mediante una conducta contraria a lo establecido por el DI; y 5) que el comportamiento no afecte, a su vez, a un interés esencial del Estado o de los Estados con los que se tiene la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

La extensión de lo que se entiende por *interés esencial* no solamente implica la existencia del propio Estado, sino que incluye otros intereses fundamentales, como la independencia política y económica, la protección de su población o de su medio ambiente.

Para una mejor comprensión del juego de esta circunstancia cabe traer a colación, con la CDI, el incidente del petrolero de bandera liberiana *Torre Canyon*. Este buque, con un cargo de ciento diecisiete mil toneladas de crudo, encalló el 18 de marzo de 1967 cerca de Cornualles, aunque fuera del mar territorial británico. A consecuencia de ello, al abrirse una vía de agua en su casco, comenzó un impresionante vertido de crudo. Fracasados los intentos de reflotar el buque, que llegó a partirse en tres pedazos amenazantes para las costas y la población británica, el Reino Unido optó por bombardearlo, tras el abandono implícito de los restos por el propietario.

En *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) la CIJ, aún rechazando en el caso el *estado de necesidad* invocado por Hungría, aceptó expresamente la figura y las condiciones para su invocación tal y como sostenía la CDI, reafirmando su carácter consuetudinario. Asimismo, en *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004) la Corte desecha en el caso concreto un *estado de necesidad*, en particular porque no cree que el trazado elegido del muro sea la única forma de salvar a Israel de un daño inminente.

Uno de los principales problemas que plantea esta circunstancia es su distinción de otras figuras afines, como la *fuerza mayor* o el *peligro extremo*, pues tanto la práctica como la jurisprudencia abundan a menudo en la confusión. En la *fuerza mayor* no se da el carácter deliberado o voluntario del comportamiento del Estado que concurre en el *estado de necesidad*. Y algo similar puede decirse del *peligro extremo*, puesto que aunque en esta circunstancia el Estado no se ve forzado fatalmente a infringir el DI, su posibilidad de elegir entre el respeto de la

obligación internacional y su infracción es más teórica que real; amén de que en el *estado de necesidad* el *peligro extremo* afecta al mismo Estado.

Un Estado no podrá ampararse en el *estado de necesidad*: 1) cuando la obligación de que se trate excluya la posibilidad de invocarlo; y 2) cuando el Estado ha contribuido a que se produzca (art. 25.2).

Uno de los campos naturales de operatividad de la primera excepción es el DI humanitario, porque precisamente las normas que componen el *ius in bello* encuentran su base en el consentimiento de los Estados para abstenerse de ciertos actos en caso de guerra. Un ejemplo se encuentra en el art. 15 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950), donde se sostiene que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación pueden adoptarse por los Estados Partes medidas que deroguen las obligaciones derivadas del Convenio, siempre que no afecten a determinados derechos considerados como un estándar humanitario mínimo: derecho a la vida, salvo los casos de muertes resultantes de actos lícitos de guerra (art. 2); proscripción de la tortura, de las penas y tratamientos inhumanos y degradantes (art. 3); proscripción de la esclavitud o servidumbre (art. 4.1); derecho a no ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o Internacional.

La segunda excepción es, justamente la que, según la CIJ, impedía a Hungría a invocar el *estado de necesidad* (*Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997) al haber “ayudado, por acción u omisión a provocar” tal situación.

XCV. LAS CONSECUENCIAS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

420. Consideraciones generales

Según el proyecto de la CDI de 2001 (arts. 30 y 31) el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado a: 1) ponerle fin (si el hecho continúa); 2) reparar íntegramente el perjuicio causado; y 3) ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición (si las circunstancias lo exigen).

Un Estado no puede escudarse en su Derecho interno para justificar el incumplimiento de estas obligaciones (art. 32) de la misma forma que la invocación del Derecho interno no ampara la inobservancia de un tratado (v. Cap XII)

La naturaleza y contenido de la obligación (primaria) violada y las circunstancias de la violación determinan que las obligaciones (secundarias) recién enunciadas existan bien respecto de un Estado, de varios Estados o de la misma comunidad internacional en su conjunto (art. 33.1)

La tipificación de las *violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del DI general* (proyecto de 2001, art. 40) determina, a su vez, que en estos casos, junto a las obligaciones del Estado responsable, afloren obligaciones para *todos* los Estados que (art. 41): 1) no deben reconocer como lícita la situación creada por la violación; 2) no han de prestar ayuda o asistencia para mantenerla; y 3) deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a la violación.

Estas obligaciones deducidas del hecho ilícito —que consideraremos más extensamente a continuación— no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada, esto es, la obligación primaria cuya infracción ha producido el ilícito (proyecto de 2001, art. 29). Tratándose de obligaciones emanadas de normas imperativas esta afirmación tiene valor absoluto, incondicional. No siendo así, conviene advertir que, bajo determinadas circunstancias, la aplicación de las normas reguladoras de la terminación y suspensión de los tratados en casos de violación (v. Cap. XII) puede conducir a la terminación o suspensión de la obligación primaria que ha sido violada.

La CIJ nos ha brindado un compendio de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito (por la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas) en la op. cons. sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004). Israel, según la Corte, no sólo estaba obligado a suspender enseguida la construcción del Muro en territorio palestino, sino que debía dismantelar de inmediato las partes situadas en el territorio ocupado y, asimismo, derogar los actos legislativos relacionados con su construcción y con el régimen asociado al mismo. Igualmente, debía reparar el daño causado por este motivo a personas físicas y jurídicas. Los demás Estados estaban obligados a no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del Muro y a no prestar ayuda o asistencia para su mantenimiento.

421. La cesación del ilícito

El Estado cuyo comportamiento es ilícito está obligado a desistir del mismo, a ponerle fin, a cesar en su violación del DI. Esta obligación surge únicamente, como es lógico, en relación con los hechos ilícitos de carácter continuado (proyecto de 2001, art. 30.a). Supongamos un Estado que mantiene en vigor una ley que está internacionalmente obligado a abrogar o permanece en el territorio de otros Estado, que ha invadido ilegalmente.

Así, Bélgica estaba obligada a anular la orden de detención, que la CIJ consideraba contraria al DI, de Abdulaye Yerodia Ndombasi, aunque hubiese ya dejado de ser Ministro de Relaciones Exteriores de la R.D. del Congo (CIJ, *Orden de arresto de 11 de abril de 2000*, 2002); Irak debía abandonar Kuwait, invadido contra Derecho el 2 de agosto de 1990...

El término *cesación* puede ser equívoco, en la medida en que tratándose de “omisiones continuadas” la *cesación*, como advierte J. Barboza, no puede ser sino el cumplimiento de la *prestación* debida; *cesar* es *hacer*.

La consideración de la cesación del ilícito de carácter continuado como una obligación deducida de la responsabilidad ha sido objetada desde distintos ángulos:

1) La cesación del ilícito de carácter continuado es una obligación que se confunde con la continuidad de la obligación primaria incumplida. En este sentido el Relator G. Arangio-Ruiz estimaba que la cesación se asentaba en el mismo ilícito y sólo lo hacía entre sus consecuencias jurídicas si considerábamos éstas en un sentido amplio.

2) La cesación del ilícito de carácter continuado puede confundirse con la reparación cuando ésta se concreta en una restitución (*restitutio in integrum*). En este sentido J. Barboza señala que la cesación implica el retorno, en la medida de lo posible, a la situación preexistente a la violación.

Así puede suceder, en particular, en el caso de los ilícitos que consisten en la detención de personas, como aconteció en el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (1980). En este caso, la CIJ puso el acento en la preferente cesación del ilícito al exigir del gobierno iraní la inmediata liberación de las personas detenidas, omitiendo cualquier referencia en términos técnicos a la reparación o restitución.

En estas circunstancias la distinción apuntada por el Relator G. Arangio-Ruiz, —la *cesación* tendría su fuente en la obligación primaria y su objeto sería proveer a su cumplimiento y la *restitución* tendría su fuente en la obligación secundaria y buscaría el restablecimiento del *status quo*— acaba siendo puramente formal.

422. La reparación

El término *reparación* se utiliza en sentido amplio para referirse a todas las medidas que el Estado autor del ilícito debe adoptar para cancelar sus consecuencias.

Así, en el asunto de la *fábrica de Chorzow* (1928) la CPJI sostuvo que “el principio esencial que consagra el concepto real de hecho ilícito (principio que parece establecido por la práctica internacional y en particular por los laudos de tribunales arbitrales) es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho”.

Pero cabe también otra lectura del término más limitada que la misma CPJI advertía en el mencionado asunto de la *fábrica de Chorzow* (1928) cuando, anticipando las modalidades de la *reparación* en sentido estricto, observaba que

“Los principios que habían de servir para determinar el monto de la indemnización debida por un hecho contrario al DI eran la restitución en especie o, si ello no fuera posible, el pago de una suma correspondiente al valor que arrojaría la restitución en especie y la concesión, de ser necesario, de una indemnización por los daños o perjuicios sufridos que no quedasen comprendidos en la restitución en especie o el pago en lugar de la restitución”.

Es éste el sentido que en su proyecto de 2001 la CDI da a la obligación de reparación cuando (art. 31.1) afirma que “el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”. El perjuicio comprende “todo daño, tanto material como moral” (art. 31.2). El perjuicio o daño —recordemos— no es un elemento del hecho ilícito, a menos que la obligación primaria lo introduzca en su estructura como una parte indisoluble de su relato normativo.

En su comentario al Proyecto de 2001 la CDI concreta los daños materiales en los producidos en los bienes u otros intereses de los Estados o de sus nacionales que puedan cuantificarse en términos financieros.

Así, en su op. cons. sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004), la CIJ se refiere a los daños producidos por Israel en las propiedades de particulares

despojados de sus “tierras, huertos, olivares y demás bienes inmuebles”, dada la ilicitud del trazado del muro erigido.

En cuanto al daño moral, en el mismo comentario de la CDI se advierte que puede deducirse del dolor y sufrimiento individuales, la pérdida de personas queridas o la ofensa personal asociada con la intrusión en el hogar o la vida privada de las personas. Pero también los Estados son susceptibles de sufrir daños morales.

En este sentido cabe recordar el daño moral aducido por la R.D. del Congo —y reconocido por la CIJ— en el asunto de la *Orden de arresto de 11 de abril de 2000* (2002) consistente en el oprobio sufrido como consecuencia de haber sido dictada tal Orden contra uno de los miembros más representativos de su gobierno.

Se han discutido, por otra parte, las relaciones entre un perjuicio estrictamente jurídico (causado por la mera violación del orden legal) y el daño moral que la violación puede producir al Estado lesionado. En general se considera que el daño moral implica un perjuicio deducido del atentado al honor o la dignidad de la víctima que conlleva en el caso concreto la violación de la obligación. De no darse este daño, el perjuicio (estrictamente jurídico) no sería objeto de una obligación de reparar, aunque se le aplicarían las otras consecuencias de la responsabilidad (cesación y garantías de no repetición). Hay quienes opinan, en otra dirección, que el perjuicio jurídico se subsume en el daño moral siendo susceptible en particular de una de las modalidades de la reparación, a saber, la *satisfacción*.

423. Modalidades de la reparación

Según indicaba la CPJI (*Fábrica de Chorzow*, 1928) el Estado infractor debía acogerse a las siguientes modalidades de reparación: restitución (*restitutio in integrum*) o, en su defecto, pago de una suma correspondiente al valor que tendría la restitución, más abono, si ha lugar, de daños o perjuicios por las pérdidas no cubiertas por la restitución o por el pago que la sustituya. A estas modalidades ha de añadirse la *satisfacción*. En ese sentido el proyecto de 2001 (art. 34) señala que la reparación íntegra del perjuicio causado adoptará “la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada”.

Parece existir consenso en la práctica, jurisprudencia y doctrina internacionales que el medio primero y natural de obtener la reparación es la restitución, teniendo las otras modalidades una función subsidiaria y complementaria. Así se desprende de la fórmula *canónica* de la CPJI y de las normas propuestas por la CDI (Proyecto de 2001, arts. 35-37). No obstante, cabe que el Estado lesionado solicite directamente una indemnización (como hizo Bélgica en el asunto *Barcelona Traction*, 1970, sin que España lo cuestionara) o una satisfacción. Obviamente si el Estado presuntamente infractor discrepa la controversia se enriquecerá con un nuevo punto que habrá de resolverse por los medios de arreglo consentidos por las partes.

Consideremos cada una de las modalidades de la reparación:

1) La **restitución** (*restitutio in integrum*) supone la forma más completa de reparación, pues conduce a la recuperación del *statu quo ante*, al restablecimiento

de la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito. Su contenido material puede ser muy variado y, como ya hemos señalado, cabe su confusión con la cesación del ilícito cuando éste tiene carácter continuado. Se restituyen personas, naves, mercaderías, obras de arte, documentos, derechos; se reponen leyes...

En el asunto del *Templo de Préah Vihéar* (1962) la CIJ decidió que Tailandia estaba obligada a devolver a Camboya ciertos objetos que las autoridades tailandesas habían retirado del citado templo.

Un supuesto que ha sido anotado como un caso de restitución jurídica es el relativo al *estatuto jurídico de la Groenlandia Oriental* (1933), en la medida en que la CPJI decidió que la declaración de ocupación promulgada por el Gobierno de Noruega el 10 de julio de 1931 y cualesquiera medidas adoptadas a este respecto por ese Gobierno constituían una violación de la situación legal existente y, en consecuencia, eran ilícitas e inválidas.

En *Avena y otros súbditos mexicanos* (2004) la Corte no estimó que la *restitutio in integrum* solicitada por México —consistente en restablecer el *statu quo ante* a la infracción por Estados Unidos de la CV sobre relaciones consulares (1963), anulándose total o parcialmente los veredictos de culpabilidad de los mexicanos condenados a la pena de muerte, así como las declaraciones y confesiones hechas antes de que los interesados hubiesen sido informados de su derecho a asistencia consular— constituyera necesariamente la única forma de reparación.

En *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004) la Corte concluye que Israel ha de eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que verosimilmente habría existido de no mediar tal acto, lo que tiene una dimensión de restitución física (desmantelar inmediatamente las partes del muro construidas en territorio palestino) y jurídica (abrogar y privar de efectos a las leyes y reglamentos asociados a dicha construcción, a menos que sean pertinentes a fines de reparación).

No obstante haberse detectado abundantes casos de restitución, no es esta modalidad de reparación la que prima en la práctica internacional. Ello se debe a diferentes factores:

a) Imposibilidad material, cuando la situación creada por un hecho internacionalmente ilícito se revela irreversible.

Ese era el caso en *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997). Las obras realizadas por Eslovaquia como solución de recambio a la negativa de Hungría de ejecutar las que le correspondían habían creado una nueva situación, irreversible. En este caso la Corte, para salvar el régimen conjunto de gestión de la explotación del Danubio en el área concernida por el tratado (1977) cuya vigencia confirma, propone legalizar las obras eslovacas para hacer de ellas una unidad de explotación conjunta, renunciando las partes en el marco de un acuerdo global a las indemnizaciones que podrían corresponderles por los ilícitos que se atribuyen a una y otra.

b) Imposibilidad jurídica, que puede ser reconocida en tratados de arreglo pacífico de controversias (como el art. 32 del *Acta General*, 1928).

c) Acuerdo, incluso tácito, de los Estados interesados.

En el Proyecto de 2001 se especifica (art. 35) que el Estado responsable está obligado a la restitución siempre que no sea materialmente imposible o no entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.

2) La **indemnización** es la forma de reparación más frecuente en la práctica internacional. Usualmente tiene carácter pecuniario —de ahí la denominación

que le atribuye la CDI (Proyecto de 2001, arts. 34 y 36)— pero nada impide que se realice en especie.

Un ejemplo de esto último fue la entrega a España por Portugal de obras de arte para sustituir a las que desaparecieron de la Embajada española en Lisboa durante los incidentes de 1975, que supusieron el asalto a la misión diplomática en reacción a los fusilamientos de cinco presos del FRAP y ETA por el régimen franquista.

Son daños indemnizables los causados directamente al Estado y a sus nacionales por el hecho ilícito.

Los daños deben presentar, en primer lugar, un nexo o relación de causalidad con el hecho ilícito, que existirá si el daño es consecuencia natural, lógica y previsible del acto realizado.

Así, por ej., en el asunto del *Incidente de Naulilaa* (1928) la decisión arbitral atribuyó a Alemania, en la medida en que los podía haber previsto, los daños causados a Portugal por la rebelión de la población indígena de sus colonias, supuestamente provocada por la invasión alemana.

La indemnización, en segundo lugar, abarca los daños materiales causados directamente al Estado, su territorio, su organización, sus bienes doquier se encuentren, locales diplomáticos, buques,..., así como los daños indirectos, esto es, los daños materiales y morales que sufren sus nacionales.

Existe unanimidad en que la compensación abarca la pérdida material causada por el hecho ilícito (daño emergente); pero una minoría descarta que se extienda a la pérdida de la ganancia que se hubiera podido obtener (lucro cesante). El ilustre precedente del asunto del *Alabama* (1872), en el que el tribunal arbitral sostuvo que las ganancias eventuales no podían ser objeto de indemnización, porque por naturaleza depende de circunstancias futuras e inciertas, choca con una jurisprudencia posterior reiterada (*Ferrocarril de la bahía de Delagoa*, 1875; *Cape Horn Pigeon*, 1902). El Proyecto de 2001 (art. 36.2) dispone que la indemnización ha de cubrir "todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado". Si la *restitución* restablece la situación anterior al hecho ilícito, la *indemnización* aspira a compensar la situación que, verosíblemente, habría existido si el hecho ilícito no se hubiese cometido. De ahí su carácter complementario, si la restitución es posible, al menos en parte, y subsidiario, si no lo es.

Dentro de la visión monetarizada que preside la reparación por equivalencia se dispone (art. 38) que desde la fecha en que debió pagarse la suma principal y hasta que el pago se haga efectivo habrán de abonarse intereses sobre toda suma adeudada, fijándose la tasa de interés y el modo de cálculo de manera que se asegure una reparación *íntegra*.

También es susceptible de indemnización el daño moral soportado por los nacionales. Así, en el asunto *Mallén* (1927) la Comisión de reclamaciones estadounidense-mexicana concedió una indemnización por los daños corporales inflingidos a Mallén, agregando una cantidad por la afrenta sufrida como consecuencia de la falta de protección y la denegación de justicia.

Es en este momento de las reparaciones indemnizatorias cuando adquieren relevancia—influyendo sobre la cuantía de la indemnización— las circunstancias en que el Estado lesionado —o sus nacionales— ha contribuido a causar el daño o a agravarlo. Para algunos autores se trata de la conducta correcta del Estado perjudicado. Para otros, sin embargo, no es más que una aplicación de la regla de la causalidad. Para determinar la reparación, se dice en el Proyecto de 2001 (art. 39), “se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación”.

3) Aunque el término ha sido ocasionalmente utilizado de manera impropia, para referirse a la indemnización pecuniaria por daños morales infligidos a particulares, la **satisfacción** (Proyecto de 2001, arts. 34 y 37) consiste en el remedio jurídico normal del daño moral, inmaterial y no pecuniario causado directamente a un Estado. Funcionalmente, tal y como se desprende de la práctica diplomática y de la jurisprudencia internacional, la satisfacción es una forma de reparación cuasi-retributiva, más que compensatoria, presentándose a veces en conjunción con la indemnización o, incluso, subsumida o confundida con ella.

La práctica diplomática ha puesto de manifiesto las diversas modalidades que adopta la satisfacción. El Proyecto de 2001 (art. 37.2) se refiere a algunas: “reconocimiento de la violación, expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada”.

En efecto, entre ellas: a) las disculpas presentadas por el Estado infractor al lesionado; en el asunto *LaGrand* (2001) la CIJ entendió que no eran suficientes; b) el castigo de las personas responsables, como sucediera en el conocido caso de la muerte en Palestina en 1948 del conde Bernadotte, cuando actuaba al servicio de las NU; de Israel se exigió, no sólo la presentación de disculpas y el pago de una indemnización, sino también el castigo de los responsables; c) la constatación de la ilicitud del acto a cargo de un organismo internacional, bien de carácter político o judicial; así, en el asunto del *estrecho de Corfú*, (1949), la CIJ entendió que por razón de los actos de su marina de guerra en aguas albanesas realizados el 12 y 13 de noviembre de 1946, el Reino Unido había violado la soberanía de Albania, y que tal constatación por parte de la Corte constituía de por sí para el Estado lesionado una satisfacción apropiada; y, d) las garantías contra la repetición del hecho ilícito, que también pueden concebirse como una consecuencia directa de su comisión.

La captura por agentes del *Mossad* israelí del nazi Adolf Eichmann en territorio argentino, el 3 de junio de 1960, suscitó una controversia entre ambos países a cuenta de la reparación debida por la flagrante violación de la soberanía del país latinoamericano. Mientras que Israel defendió que eran suficientes las excusas que le había presentado, incluso repetidas en una declaración ante el C. de S., puesto que habían contado con el consentimiento de Eichmann para ser trasladado a Israel, Argentina sostuvo que una adecuada reparación sería su devolución y el castigo de los culpables. Llevada la cuestión ante el C. de S., éste adoptó la res. 138 (1960), en la que condenó el comportamiento israelí y le pidió que garantizara una reparación adecuada, conforme a la Carta y al DI. Si Argentina retiró la cuestión de la agenda de UN cinco años después (12 de julio de 1965),

Israel tardó algo más en reconocer que había sido un secuestro, al levantar en 2005 el secreto sobre los documentos oficiales relativos a la operación.

Teniendo en cuenta que la indemnización no puede ser punitiva, sino sólo compensatoria, hay quien ha propuesto (G. Arangio-Ruiz) que el pago de una suma de dinero sin relación con la magnitud de la pérdida material puede ser una manifestación de la *satisfacción* como modalidad de la reparación.

En el asunto del *l'm Alone* (1933,1935) buque canadiense dedicado al contrabando de licores hundido por el Servicio de guardacostas de los Estados Unidos, los comisarios decidieron no otorgar ninguna indemnización por la pérdida del buque, pero sí exigir de los Estados Unidos que reconociera la ilegalidad del acto, presentara disculpas al Gobierno canadiense y le pagara la suma de veinticinco mil dólares US como reparación material por el ilícito. Asimismo, en el asunto del *Rainbow Warrior* (v. Cap. XVIII) el Secretario General de NU determinó que Francia debía presentar disculpas a Nueva Zelanda y pagar siete millones de dólares, cantidad que excedía con mucho del daño material causado.

Si nos guiamos por el Proyecto de 2001 todo depende de cómo se interpreten los límites que el art. 37.3 impone a la satisfacción, que no ha de ser *desproporcionada* al perjuicio causado ni adoptar una *forma humillante* para el Estado responsable.

424. Las garantías de no repetición

Esta consecuencia no se presenta siempre y, además, tiende a dudarse de su naturaleza, de si se trata de un efecto jurídico del hecho ilícito o si más bien tiene que calificarse como una subespecie de una de las modalidades de la reparación: la satisfacción. Su calificación jurídica podría haber sido esclarecida por la CIJ, quien se topó con ella en el asunto *LaGrand* (2001), pero no examinó su fundamento jurídico. El proyecto de 2001 ha optado, por su parte, por incluir expresamente la obligación del Estado infractor de “ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen” como una consecuencia más, junto a la cesación y a la reparación, del acto ilícito (art. 30.a). Ello no descarta, como se recoge en el comentario al art. 37 del Proyecto, que pueda consistir también en una forma de satisfacción, pero no ha sido expresamente mencionada en la enumeración, por lo demás abierta, que se hace en el citado precepto. En principio, pues, asumiendo la solución aportada por el proyecto de 2001, dar garantías adecuadas de no repetición es una obligación directa del sujeto infractor.

425. Las consecuencias sustantivas derivadas de la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del DI general

W. Riphagen sostuvo en su momento —y en esa opinión le siguieron otros miembros de la CDI— que el régimen de responsabilidad derivado de los *crímenes* apenas difería del de los *delitos*, pues las obligaciones de poner fin a la violación,

proceder a la reparación mediante restitución o indemnización y dar las garantías apropiadas contra la repetición del ilícito recaen en el Estado autor, sea de un *delito* o sea de un *crimen*. El abandono de esta terminología se debió, entre los motivos confesables, según el propio comentario de la CDI, “a que no se han desarrollado las consecuencias penales que entrañan para los Estados las violaciones de las normas fundamentales”.

La conservación diferenciada en términos de responsabilidad de la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas (Proyecto de 2001, art. 40) ha añadido a las consecuencias generales que se deducen de todo ilícito (que acabamos de considerar) y a cualesquiera otras que se puedan generar según el DI (art. 41.3), consecuencias específicas (art. 41.1 y 2), siquiera modestas, dado el mínimo común denominador que ha presidido la cristalización de esta figura agravada de la responsabilidad internacional.

Estas consecuencias se concretan en obligaciones que se imponen a *todos* los Estados que: 1) no deben reconocer como lícita la situación creada por la violación; 2) no han de prestar ayuda o asistencia para mantenerla; y 3) deben cooperar para ponerle fin, por medios lícitos.

Sobre 1): el deber de no reconocimiento de la legitimidad de las situaciones surgidas de las violaciones graves de las obligaciones derivadas de normas imperativas está suficientemente asentada en la práctica internacional.

Así, por ej., el no reconocimiento de la ocupación de territorios en infracción de la prohibición del uso de la fuerza o *doctrina Stimson* —por el Secretario de Estado de los Estados Unidos que la formuló en 1932 como reacción a la ocupación japonesa de Manchuria— fue aceptado por la S. de N. El no reconocimiento de la anexión de Jerusalén este y de los Altos del Golán por Israel se apoya en el mismo principio.

Sobre 2): Como una prolongación lógica del deber de no reconocimiento —dice la CDI en su comentario al proyecto de 2001— todos los Estados tienen prohibida la prestación de asistencia para el mantenimiento de la situación creada por la violación que se pretende combatir. Ayuda y asistencia que se entienden posteriores al comportamiento ilícito pues, en caso contrario, estaríamos ante la ayuda o asistencia en la comisión de un acto ilícito, supuesto contemplado por el art. 16 del Proyecto (v. *supra*).

Sobre 3): El deber de cooperación, en OI y fuera de ellas, puede representar para la CDI —como sostiene en el comentario al Proyecto de 2001— el desarrollo progresivo del DI y no ser, por lo tanto, reflejo de una práctica internacional.

¿Son estas consecuencias suficientes cuando nos encontramos frente a un Estado que, presuntamente, ha violentado valores fundamentales de la comunidad internacional? Todo depende de hasta donde se llegue en la concreción del deber de cooperación cuya indeterminación es más que notable. Puede ser un magro bagaje si lo confrontamos con las aspiraciones a un régimen de responsabilidad agravada que hubiese institucionalizado la verificación de la comisión de crímenes, añadido responsabilidades penales internacionales a los órganos del

Estado autor del crimen, eventualmente suspendido en los derechos derivados de la membresía de OI, objeto de contramedidas de adopción obligatoria por el resto de los Estados, según potencialidades que advierten opinantes autorizados (C. Gutiérrez Espada).

XCVI. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

426. *Las normas reguladoras de la responsabilidad internacional de las OI*

Es innegable la aptitud de las OI para ser sujetos activos y pasivos de responsabilidad internacional. Pero no cabe una traslación automática de las reglas de la responsabilidad de los Estados. Las más les serán aplicables por serlo indistintamente a cualquier sujeto de DI, como sucede, por ej., con la determinación genérica de los elementos del ilícito internacional o de las consecuencias — la obligación de reparar — que acarrea su comisión. Otras requieren especificaciones atendiendo a la diferente subjetividad de las OI, como las relativas a la atribución del ilícito a la Organización o a sus Estados miembros, y las hay que han emergido de la propia práctica de las OI, por ej. la que genera el incumplimiento de los llamados acuerdos *mixtos* —celebrados conjuntamente por una OI y sus Estados miembros con un tercer Estado (u OI)—. De ahí la decisión de hacer de la codificación de las reglas sobre responsabilidad internacional de las OI un proceso aparte. Si un cierto grado de incertidumbre afecta a las normas sobre responsabilidad de los Estados, mayor es la inseguridad de las relativas a las OI, debido al limitado alcance de la práctica.

Habiendo excluido del Proyecto de 2001, dedicado en exclusiva a la responsabilidad internacional de los Estados, las escasas referencias que en versiones anteriores, como la de 1996 (arts. 9 y 13), se hacían a las OI, la CDI incluyó en su programa, a instancias de la AGNU (res. 56/82, de 2001), la codificación de la responsabilidad internacional de estos sujetos. Para agosto de 2006 la Comisión había aprobado en primera lectura treinta artículos que siguen, con las debidas adaptaciones, las pautas del Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados (2001).

427. *La atribución de un comportamiento a las OI*

El punto de partida es el mismo de los Estados. De ahí que el Proyecto OI (art. 3) reproduzca literalmente, salvo la sustitución del sujeto de referencia, lo dispuesto en los arts. 1 y 2 del Proyecto de 2001. No hay duda que “todo hecho internacionalmente ilícito de una OI genera responsabilidad internacional” y que tal hecho ilícito existe cuando constituye una violación atribuible a una OI de una obligación internacional de esa Organización.

Así, en su op. cons. sobre la *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la CDH* (1999), la CIJ señaló la posibilidad de que NU incurriese en responsabilidad por los daños resultantes de actos realizados por la Organización o sus agentes actuando a título oficial.

La atribución de un ilícito a una OI es una operación similar a la que se sigue al imputarlo a un Estado. Será, *hecho (ilícito) de la Organización* cualquier comportamiento de uno de sus órganos, actuando en calidad de tal, cuando implique una infracción de una obligación internacional asumida con otro sujeto de DI. En consonancia con este principio a una OI se le atribuirán los comportamientos de sus órganos.

Sin embargo, en la práctica internacional, junto a la mención de los órganos, aparece también con reiteración la de los agentes de la OI a la hora de establecer qué comportamientos se le atribuyen.

Esta mención encuentra apoyo en un amplio conjunto de pronunciamientos judiciales (CIJ, op. cons. en los asuntos *Reparación de daños sufridos al servicio de las NU* (1949), *Aplicabilidad del artículo VI, sección 22, de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las NU* (1989), *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la CDH* (1999); asimismo, Decisión del Consejo Federal Suizo, de 30 de octubre de 1996, en la que se sostiene que “como norma pueden atribuirse a una OI actos y omisiones de sus órganos de todo rango y naturaleza o de sus agentes en el ejercicio de sus competencias”.

Conforme con lo anterior, el art. 4.1 del Proyecto OI establece que

“el comportamiento de un órgano o un agente de una OI en el ejercicio de las funciones de ese órgano o agente se considerará hecho de esa Organización según el DI, cualquiera que sea la posición del órgano o el agente respecto de la Organización”.

La CDI se ha visto en la necesidad de definir lo que se entiende por agente de la OI, concretando (art. 4.2) que el término comprende a “funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa”.

La determinación de cuáles son los órganos y agentes de una OI cuyos comportamientos pueden acabar por comprometer su responsabilidad internacional corresponde al Derecho de la propia Organización, recurriéndose a una expresión más amplia —las *reglas de la Organización*— que abarca tanto las disposiciones consagradas en los tratados constitutivos como los actos de la organización adoptados de conformidad con ellos y la práctica establecida de la Organización (art. 4.3 y 4).

En una línea similar a lo establecido para los Estados, los actos *ultra vires* de los órganos o agentes de una OI se atribuirán a ésta (art. 6), lo que ya había sido anticipado por la CIJ (*Ciertos gastos de las NU* (art. 17.2 de la Carta), 1962).

La regla aparece avalada también por la práctica, si nos atenemos a la declaración del Consejero Jurídico del FMI que, en carta dirigida a la CDI el 7 de febrero de 2003, afirmaba que “la atribución puede producirse aunque el funcionario se haya extralimitado en las competencias conferidas, haya incumplido las reglas o haya actuado con negligencia. Sin embargo, los actos que un funcionario no haya realizado en su capacidad oficial no serían atribuibles a las organización”.

Dada la índole de las OI, que necesitan de los Estados miembros y su aparato organizativo para el cumplimiento de sus funciones, se revela mucho más problemática la cuestión de los órganos estatales puestos a disposición de las OI y sus consecuencias en el plano de la responsabilidad internacional. Sostiene la CDI que cuando el órgano prestado queda plenamente adscrito a la Organización, se trasmuta en órgano de la misma, siéndole de aplicación la regla general que establece el art. 4.1 del proyecto OI.

Distinto es el caso si el órgano prestado a la OI por un Estado (o por otra OI), sigue actuando como órgano estatal. En este caso, a efectos de atribución, habrá que estar en primer lugar a lo que hayan acordado las partes.

Tal es el caso del acuerdo tipo sobre las contribuciones a los contingentes militares puestos a disposición de las NU por uno de sus Estados miembros, en cuyo art. 9 se atribuye el comportamiento a la Organización, aunque reconociéndole el derecho a repetir contra el Estado, “si la pérdida, el daño, la muerte o las lesiones se deben a negligencia grave o a una falta intencional del personal proporcionado por el Gobierno”.

A falta de acuerdo la CDI propone (art. 5) el *control efectivo* como criterio de atribución del comportamiento del órgano prestado. Si la OI ejerce el control efectivo del órgano estatal (o de otra OI) sus comportamientos le serán atribuidos.

En el comentario de la CDI ocupa un lugar destacado la práctica relativa a las operaciones de mantenimiento de la paz (v. Cap. XXVII) y se trae a colación la opinión del Asesor Jurídico de NU (carta de 3 de febrero de 2004) de que estamos ante un órgano subsidiario de la Organización cuyo comportamiento le es imputable, a salvo las cuestiones disciplinarias y penales sobre las que el Estado contribuyente conserva el control.

Debemos considerar, visto lo anterior, la doble dependencia de responsabilidad en la que incurren las operaciones de mantenimiento de la paz: a) las cuestiones disciplinarias y penales corren a cargo del Estado participante, a cuya jurisdicción criminal en exclusiva están sometidos los integrantes militares de la operación. Si se trata de elementos del componente civil o miembros civiles del componente militar, la solución seguida por los acuerdos sobre el estatuto de estas fuerzas suele ser la de que el jefe de la operación practique las diligencias necesarias y acuerde con las autoridades locales si debe iniciarse o no un proceso penal, lo que, como ha sostenido A. Iglesias, se configura como una especie de inmunidad parcial. En ausencia de acuerdo se somete la controversia a un procedimiento de arbitraje. Las cuestiones relativas a la jurisdicción civil siguen un régimen diverso, atendiendo a si el jefe de la misión entiende que los actos implicados estaban relacionados con las funciones oficiales —circunstancia en la que se suele aplicar un procedimiento de solución de controversias ante una comisión de reclamaciones— o si considera que no guardan relación con la operación, en cuyo caso será la jurisdicción civil la competente para sustanciar la responsabilidad; y b) en tanto que órganos de NU los comportamientos de los integrantes de la operación, siempre que actúen en tal calidad, serán atribuibles a la organización y no arrastrarán la responsabilidad internacional del Estado que aporta el contingente, ni tampoco del Estado receptor.

Finalmente, tal como ocurre con los Estados, nada impide atribuir a una OI un comportamiento que reconoce y adopta como propio (art. 7).

En *Prosecutor v. Dragan Nikolic* (2002) el TIPY aplicó como “una guía” las reglas sobre responsabilidad del Estado para concluir que la SFOR no había “reconocido y adoptado” como suya la conducta de ciertos individuos.

428. *Violación de una obligación internacional por una OI*

Al igual que sucede con los Estados el hecho internacionalmente ilícito de una OI se asienta en la violación de una obligación internacional (Proyecto OI, art. 8.1); la única diferencia, en lo que hace al elemento objetivo del hecho ilícito, estriba en que en este caso habrá violación también cuando la OI viole “una obligación de DI establecida por una *regla de la organización*” (art. 8.2).

Esta última mención es polémica. En el Comité de redacción de la CDI no han faltado los miembros que la consideran superflua, considerando el supuesto subsumido en el principio general, lo que es cierto si se comparte que las *reglas de la Organización* son también DI por tener su fundamento en un instrumento, cual es su tratado constitutivo, de carácter internacional, pero no para quienes las consideran *Derecho interno* de la Organización. El debate en la Sexta Comisión de la AGNU ha permitido aflorar opiniones de algunos Estados contrarios en todo caso a que la codificación de la responsabilidad internacional de las OI abarque las violaciones de sus obligaciones para con sus Estados miembros. Se trata, pues, de una cuestión abierta. Adviértase, de todos modos, que la redacción del art. 8.2 del Proyecto no se refiere a la violación de las *reglas de la Organización*, sino a la violación de una *obligación de DI establecida por una regla de la Organización*, lo que ofrece nuevos caminos al debate a partir de la idea de que las reglas de la Organización pueden, en unos casos sí y en otros no, establecer obligaciones de DI. Bocado de exégetas.

429. *Responsabilidad de la Organización y responsabilidad de los Estados*

El juego de la regla *acto ilícito del órgano, hecho ilícito de la Organización* ¿excluye la responsabilidad internacional de sus Estados miembros? Como punto de partida debe sostenerse una respuesta afirmativa, conforme con la concepción de la Organización como una entidad distinta y separada de los Estados miembros y con la distinción jurídica de sus actos.

Ha de tenerse en cuenta en todo caso que el carácter limitado de las competencias de una OI se proyecta sobre el ámbito objetivo de la responsabilidad en un doble sentido: 1) la OI podrá reclamar por un *ilícito* cometido por otro sujeto mientras afecte a sus derechos subjetivos, a los derechos propios de la Organización, en tanto que sujeto diferenciado de los Estados miembros; y 2) los hechos por los que la Organización responde han de guardar conexión con el abanico de sus competencias conforme a sus reglas.

Así, en el caso de la CE corresponde a la Organización —y no a los Estados miembros— reclamar en los supuestos de incumplimiento por terceros de los acuerdos celebrados con ellos por la Comunidad —y solo por la Comunidad— en el ejercicio de sus competencias. A su vez los terceros deben dirigirse contra la CE —y no contra los Estados miembros— si consideran que la Comunidad ha infringido estos acuerdos (TJCE, *Demirel*, 1987).

Ha de advertirse, no obstante, que llevar el argumento hasta el extremo, aduciendo en todo caso la ausencia de responsabilidad complementaria de los Estados miembros, puede servir para emboscar realidades más complejas: 1) si uno o varios Estados ejercen un *control efectivo* de la Organización, tal vez sería

apropiado recurrir al *levantamiento del velo* a efectos de la atribución de comportamientos; 2) si el acto ilícito del órgano de la OI no es obligatorio para los Estados miembros, dejando a éstos en libertad para aplicarlo, habrá de considerarlos responsables de sus propios actos de aplicación; 3) tampoco ha de excluirse que los Estados miembros de un órgano de composición intergubernamental puedan salvar su responsabilidad haciendo constar su oposición a la adopción del acto ilícito; 4) un Estado miembro de una OI no puede eludir el cumplimiento de sus obligaciones y la responsabilidad por su incumplimiento mediante la transferencia a la OI de competencias en relación con esa obligación, independientemente de que el hecho sea o no internacionalmente ilícito para la Organización (v. art. 28 del Proyecto OI); 5) en los ámbitos en que las competencias de la OI concurren con las de los Estados miembros la dificultad de establecer una línea divisoria en lugar de una marca fronteriza aconseja sostener una responsabilidad conjunta, concurrente o alternativa (el art. 29 del Proyecto OI presume una responsabilidad subsidiaria del Estado miembro de una OI en el caso de que haya aceptado o haya inducido a la parte perjudicada a confiar en su responsabilidad por un hecho ilícito de la Organización).

La práctica no es abundante. No obstante, conviene recordar los acuerdos *mixtos* concluidos por la CE y los Estados miembros con terceros. El problema se plantea a la hora de determinar las respectivas responsabilidades activa y pasiva, habida cuenta la distintas competencias de cada uno en virtud del TUE. A la hora de clarificar un panorama más que confuso, que genera la natural inseguridad en la(s) otra(s) parte(s), se siguen diversas técnicas, como la señalización en el acuerdo mixto de quién es para qué cosa el competente, o la presentación de una declaración de reparto de competencias. En defecto de tal determinación, y para los supuestos de incumplimiento de un acuerdo mixto por la parte *européa*, la jurisprudencia del TJCE ha sostenido (*PE c. Consejo*, 1994) que tanto la CE como sus Estados miembros quedan sometidos a un régimen de responsabilidad conjunta, de carácter solidario. En cambio, si se trata de la exigencia de responsabilidad de la(s) otra(s) parte(s) la CE y sus Estados miembros sólo podrán reclamar hasta donde sean competentes.

Asimismo, al igual que los Estados, también las OI pueden prestar asistencia o ayudar, e incluso dirigir, controlar o coaccionar a un Estado u otra OI en la comisión de un hecho ilícito. En estos casos las reglas aplicables no tienen por qué ser distintas. Así se ha establecido en el Proyecto OI (arts. 12-14).

Aunque no exista práctica al respecto, algo similar podría haber ocurrido por la comisión presunta de actos ilícitos cometidos en Kosovo por la KFOR —siendo la OTAN responsable de su dirección y las NU de su control, como apuntaba el gobierno francés en sus objeciones preliminares en el asunto de la *Licitud del empleo de la fuerza* (CIJ)—. En este mismo asunto, el criterio fundamental de exigencia de la responsabilidad a los Estados miembros y no a la organización de la que forman parte es que las operaciones de la OTAN permanecen bajo control nacional exclusivo. Así lo manejó Yugoslavia en la interposición de las citadas demandas y algún Estado demandado —en concreto, Canadá y Portugal— pretendió ir por la vía de excusar su responsabilidad mediante el argumento de que la responsabilidad atañía a otro sujeto, a la OTAN. En las audiencias orales la RF de Yugoslavia aceptó que ninguna norma estipula que los Estados miembros de una OI son responsables frente a terceros por los actos atribuidos a ésta, pero advirtió que no era el caso en cuestión, dada la naturaleza del art. 5 del Tratado del Atlántico Norte, y las declaraciones emanadas de los gobiernos implicados. A mayor abundamiento, fue Estados Unidos, y no la OTAN, quien ofreció un pago *ex gratia* al gobierno chino cuando fue alcanzada por los bombardeos la embajada de la RP China en Belgrado, accidentalmente según las autoridades estadounidenses.

Igualmente revisten un interés particular las relaciones entre OI y Estado local, esto es, aquél en cuyo territorio una OI ha desplegado las actividades que son la base del hecho ilícito que se le imputa. La acción de los órganos de las OI se ejerce por regla general en el territorio de un Estado y en virtud de los acuerdos de sede celebrados entre ese Estado y la OI de que se trate. Estos acuerdos proclaman normalmente el principio por el que se excluye la atribución al Estado del comportamiento ilícito observado en su territorio por órganos y agentes de una OI. Sin embargo, tales acuerdos no obligan a terceros Estados, son para ellos *res inter alios acta*, con lo que nada impide que, caso de sufrir un ilícito internacional por parte de la Organización presenten directamente su reclamación al Estado local. Esta circunstancia explica que en algunos de los acuerdos de sede, como en el celebrado por España con la Organización Europea de Investigaciones Espaciales (art. 3), se inserten cláusulas en las que se explicita el derecho que asiste al Estado local de recurrir frente a la Organización si un tercer Estado ha cuestionado su responsabilidad internacional por el hecho ilícito de ésta acaecido en su territorio.

XCVII. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y LOS ACTORES NO ESTATALES

430. La responsabilidad social (o accountability)

Los parámetros clásicos del DI niegan la posibilidad de que los actores no estatales incurran en responsabilidad internacional, entendida en términos jurídicos. No puede comprometer, en efecto, dicha responsabilidad quien, al no ser sujeto conforme a este ordenamiento, no tiene capacidad para obligarse internacionalmente. En torno a los actores no estatales se ha instalado, sin embargo, un enconado debate que gira precisamente sobre la idea de responsabilidad social, justificabilidad o, según el término anglosajón, *accountability*, porque ni corporaciones transnacionales ni ONG escapan del escrutinio internacional e incluso interno que se traduce en la exigencia de que se justifiquen, que rindan cuentas.

431. La dimensión externa de la responsabilidad social

La dimensión externa de la responsabilidad social de los actores no estatales es plural y multidireccional. A grandes rasgos emerge del contexto en el que se mueven las ONG, y lo mismo debe decirse para las corporaciones transnacionales. Porque es ese contexto el que define las reglas que, a su vez, prescriben estándares y parámetros de conducta específicos para los actores no estatales que en él se desenvuelven y es el contexto el que indica ante quienes se han de justificar.

La justificabilidad externa tiene un rasero inicial en el ordenamiento interno del Estado donde desarrolla sus actividades. Recordemos, por lo menos para las ONG, la tendencia a la adopción de legislación específica sobre ellas que se manifiesta en algunos países en transición y en vías de desarrollo. La idea de que detrás de una ONG extranjera —o de una ONG nacional financiada con fondos extranjeros— late una influencia ideológica o cultural y se embosca un cauce por el que fluye la política exterior de un gobierno extranjero, eventualmente injerencista, puede conducir a legislaciones estatales restrictivas en que la soberanía del Estado choque con libertades fundamentales a cuyo respeto ese Estado se obligó mediante tratados.

Yendo de lo interno a lo internacional y de lo específico a lo genérico, para encontrarnos ante el segundo escalón normativo en el que se integrarían las exigencias de responsabilidad para los actores no estatales tendremos que situarnos en el tratado, régimen u OI en el que se enmarque su actividad.

Las reglas que en ese marco normativo particular admiten y modulan la participación de ONG y, en su caso, corporaciones transnacionales, ofrecerán también un marco de responsabilidad específico, con concreción de las consecuencias que se derivan de las infracciones, con determinación de los órganos ante los que rendir cuentas. Este marco concreto, cuando se dé con estas condiciones, es de innegable carácter jurídico y la responsabilidad exigida a los actores no estatales por los conductos establecidos, también es jurídica. ¿Es una responsabilidad internacional? Si tenemos que estar a la ortodoxia imperante, no lo será ¿cómo va a serlo si no estamos ante sujetos de DI?

Más allá de las reglas de relación adoptadas deberíamos plantearnos si los actores no estatales comprometen su responsabilidad cuando participan en un tratado o régimen internacional, cuando se integran oficialmente en una OI. Para que pudiéramos hablar con propiedad de esta posibilidad debería trabarse un cauce de participación del actor no estatal en el entramado institucional, posibilitarse una cierta participación en el proceso decisorio. La participación de los actores no estatales en estos entramados institucionales, si es oficial, debería tener una consecuencia en términos jurídicos, de respeto tanto de las reglas que allí se adopten como de las que conforman el conjunto del régimen, tratado u organización. Ahora bien, ¿cómo calificaríamos tal compromiso, de qué naturaleza es la responsabilidad derivada de su incumplimiento?

Para los actores no estatales que entran en una relación particular con una OI, régimen o tratado, el marco de la responsabilidad vendrá deparado por la naturaleza de esta relación y nada más. Si se trata de un contrato, tal será, si de un memorandum de entendimiento, el compromiso político que allí se asuma, y así sucesivamente, una responsabilidad de variable naturaleza, en la misma medida en que difiere la naturaleza de la relación material.

Queda, sin embargo, el núcleo del problema, aquel que, sobre todo en relación con las corporaciones transnacionales, ha suscitado una mayor movilización social en pos de la exigencia de su responsabilidad, aquel que apunta al cumplimiento por los actores no estatales de las normas internacionales en sectores que concitan el interés internacional: protección del medio ambiente, derechos huma-

nos, derechos de los trabajadores, ... ¿Cabría que existiéramos de ellos el respeto de las normas imperantes en el sistema internacional?

Si la idea puede resultar atractiva, la *fuerza de las cosas* (y el interestatalismo que las nutre) milita en contra de afirmar cualquier tipo de responsabilidad de alcance jurídico de los actores no estatales, de compromiso de esta naturaleza con las reglas que componen tal entramado institucional. Así que, desde un estricto punto de vista jurídico, hablar de responsabilidad de actores no estatales, sean las ONG o las corporaciones transnacionales, exigiría que nos situáramos en el ordenamiento jurídico aplicable. Normalmente implicaría identificar un ordenamiento interno, aquel en el que las actividades del actor no estatal se estén desarrollando, aquel bajo cuyas leyes se ha aceptado su existencia. Pero nos encontramos ante actores no estatales que constituyen fuerzas transnacionales, lo que entraña una dificultad inherente a la hora de identificar un único sistema jurídico que, además, será insuficiente para ejercer un control eficaz, precisamente por el alcance transnacional de las actividades de estos actores.

En este contexto, y mientras no progrese la normativa internacional, pues el consenso se manifiesta imposible, sólo parecen quedar las iniciativas de corte voluntario, sólo paliativas (por ej. el *Humanitarian Accountability Project* y su *Humanitarian Ombudsman*. La respuesta para incentivar la *accountability* o justificabilidad también se ha buscado en la adopción de códigos de conducta.

Las ONG han adoptado colectiva e individualmente códigos que expresan los estándares de conducta que comprometen sus actividades, con menciones expresas a la rendición de cuentas. En el caso de las corporaciones transnacionales, la fiebre relativa a la responsabilidad social corporativa ha conducido a la adopción de estándares de conducta, fundamentalmente en los terrenos laboral, medioambiental y de los derechos humanos. Junto a los códigos elaborados en contextos más amplios e intergubernamentales, como los que se deben a la OCDE y a la OIT, las propias corporaciones transnacionales han entrado en un esfuerzo autorregulador. Fue el caso de la *Shell*, incentivada por las críticas internacionales surgidas a raíz de las denuncias de su connivencia con la represión del movimiento Ogoni, en el sur de Nigeria, donde se localizan algunos de sus campos petrolíferos. También las ONG han dedicado esfuerzos, en este caso de heteroregulación, para presionar a favor de la adherencia de las corporaciones transnacionales a principios y estándares en los ámbitos ya mencionados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. En relación con la responsabilidad internacional por la comisión de hechos ilícitos en general, en lengua española: C. Jiménez Piernas, *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Alicante, 1988; *id.* (ed.), *La responsabilidad internacional*, Alicante, 1990; J. Ferrer, *Las consecuencias del hecho ilícito internacional: el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado por la CDI en 1996*, Alicante, 1998; M. Aznar, *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las NU*, Madrid, 2000; J. Crawford, *Los artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado*, Madrid, 2004; C. Gutiérrez Espada, *El hecho ilícito internacional*, Madrid, 2005; J. Cardona, "Deberes jurídicos y responsabilidad internacional", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 147; J. Ferrer, "Una relectura del artículo 53 de la Carta de las NU a la luz del proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados", *Hom. E. Rey Caro*, Córdoba, 2002, 533; *id.*, "El derecho de la responsabilidad internacional del Estado ante la celebración de una conferencia codificadora", *REDI*, 2004, 705; L. Pérez-Prat, "La responsabilidad

internacional, ¿crímenes de Estado y/o de individuos?", *AFDUAM*, n° 4, 2000, 205; C. Gutiérrez Espada, "¿Quo vadis responsabilidad? (La revisión del proyecto de la CDI)", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. V, 2001, 383; *id.*, "¿Actio popularis en DI?", *Hom. E. Rey Caro*, cit., 549; *id.*, "Por una responsabilidad 'responsable'", *Hom. J.M. Castro-Rial*, Valencia, 2002, 369; *id.*, "La imputación al Estado de los hechos internacionalmente ilícitos", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 533; R. Huesa, "El Derecho de la responsabilidad internacional y la Carta de las NU: consideraciones desde la perspectiva de las relaciones entre sistemas", *REDI*, 2002, 587; A. Pérez Giralda, "El proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino", *REEI*, n° 4, 2002; R. Avalos, "Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito del Estado ¿más de 40 años de labor de la CDI para nada?", *AMDI*, 2006, 579. **En otras lenguas:** I. Brownlie, *System of the Law of Nations. State Responsibility*, I, Oxford, 1983; R. Ago, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, 3 v., Camerino, 1978 y 1986; M. Spinedi y B. Simma (eds.), *UN Codification of State Responsibility*, Nueva York, 1987; A. Kolliopoulos, *La commission d'indemnisation des NU et le droit de la responsabilité internationale*, París, 2001; J. Crawford, *The ILC's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002; *id.*, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites*, París, 2003; M. Fitzmaurice, *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, 2004; C. Laly-Chevallier, *La violation du traité*, Bruselas, 2005; M. Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today. Essays O. Schachter*, Leiden, 2005; S. Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, París, 2005; D. Bodansky y J.R. Crook, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles", *AJIL*, 1996, 773; J. Crawford, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts", *AJIL*, 1996, 874 (tb. publicado en *EJIL*, 2001, 963); *id.*, "Revising the Draft Articles on State Responsibility", *EJIL*, 1999, 435; *id.*, "Second Reading of the ILC Draft Articles on State Responsibility: Further Progress", *IL Forum du DI*, n° 2, 2000, 45; *id.*, "The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility", *ICLQ*, 2005, 959; *id.*, P. Bodeau y J. Peel, "La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des Etats de la CDI", *RGDIP*, 2000, 911; E.B. Weiss, "Invoking State Responsibility in the Twenty-first Century", *AJIL*, 1996, 798; G. Hafner, "The Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts", *ARIEL*, n° 5, 2000, 189; C. Tomuschat, "Current Issues of Responsibility under IL", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. IV, 2000, 515; W. Czapliński, "State Responsibility for Violations of HR", *Essays L. Haopei*, Londres-Nueva York, 2001, 171; *id.*, "UN Codification of Law of State Responsibility", *AV*, n° 41, 2003, 62; C.P. Economides, "Le projet définitif de la CDI sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites", *RHDI*, 2001, 373; A. Pellet, "La codification du droit de la responsabilité internationale: tâtonnements et affrontements", *Liber amicorum G. Abi-Saab*, La Haya, 2001, 285; *id.*, "Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite", *AFDI*, 2002, 1; *id.*, "Le nouveau projet de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite", *Essays A. Cassese*, Aspen, 2003, 655; B. Stern, "Et si on utilisait la notion de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats", *AFDI*, 2001, 3; *id.*, "La responsabilité internationale des Etats: perspectives récentes", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. VII, 2003; J. Barboza, "Liability: Can We Put Humpty-Dumpty Together Again?", *ChJIL*, 2002, 499; P. Klein, L. Boisson de Chazournes, X. Hanquin y D.D. Caron, "The State of State Responsibility", *ASIL Proceedings 96th 2002*, 168, 773; P.M. Dupuy, "A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility", *EJIL*, 2002, 1053; *id.*, "Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan", *RGDIP*, 2003, 305; C.J. Tams, "All's Well that Ends Well", *ZaöRV*, 2002, 759; S. Rosenne, "State Responsibility: Festina Lente", *BYIL*, 2004, 363.

2. Sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el DI, en lengua española: M. Hinojo, *Perspectiva actual de la responsabilidad objetiva en DI público*, Córdoba, 1994; A. Marín, *La responsabilidad internacional objetiva y la responsabilidad internacional por riesgo*, Madrid, 1995; F. Orrego, "La responsabilidad por daño al medio ambiente en el DI", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. I, 1997, 277; J. Juste, "El proyecto de la CDI sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas", *Hom. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, v. 1, 327 (tb. en *Agenda Internacional*, n° 22, 2005, 99). **En otras**

lenguas: R.B. Lillich, *IL of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, 1983; P.N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in IL*, Oxford, 2000; M. Bedjaoui, "Responsibility of States: Fault and Strict Liability", *EPIL*, v. X; K. Zemanek, "Causes and Forms of International Liability", *Essays G. Schwazzenberger*, Londres, 1988, 319; J. Barboza, "International Liability for the Injurious Consequences of Acts not Prohibited by IL and Protection of the Environment", *R. des C.*, 1994, t. 247, 291.

3. Respecto del elemento subjetivo de la responsabilidad internacional, en lengua española:

M.A. Ruiz Colomé, *Guerras civiles y guerras coloniales: el problema de la responsabilidad internacional*, Madrid, 1996; C. Gutiérrez Espada, "La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada", *Cur. DI Vitoria* 1989, 189; H. Gutiérrez Posse, "Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito del ejercicio de las libertades y los derechos individuales", *Lecciones y Ensayos*, 1992, 19; A. Aguiar, "La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos", *RDP*, 1993, 5; J. Cardona "Deberes jurídicos y responsabilidad internacional", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 147; F. Mariño "Responsabilidad e irresponsabilidad de los Estados y DI", *ibid.*, 473. **En otras lenguas:** M.L. Padelletti, *Pluralité di Stati nel fatto illecito internazionale*, Milán, 1990; C. Fischer, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements 'ultra vires' de ses organes*, Lausana, 1993; H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme. Problèmes d'imputation*, París, 1994; L. Condorelli, "L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances", *R. des C.*, 1984, t. 189, 221; G. Arangio-Ruiz, "State Fault and the Forms and Degrees of International Responsibility: Questions of Attribution and Relevance", *Mélanges M. Virally*, París, 1991, 25.

4. En cuanto a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del DI general, en lengua española: R. Besné, *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Bilbao, 1999; E. Vilarino, "Consideraciones respecto a la configuración del crimen y delito internacional", *REDI*, 1982, 357; J. Cardona, "La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional: 'el crimen internacional'", *ADI*, 1985, 322; R. Casado, "La responsabilidad internacional resultante de la comisión de un crimen internacional", *Derecho y Opinión*, 1992, 103; *id.* y E.M. Vázquez, "La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de DI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", *Hom. J.A. Carrillo*, Sevilla, 2005, v. I, 343; J. Crawford, "El *ius standi* de los Estados: una crítica al art. 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la CDI", *REFI*, n° 1, 2000; C. Gutiérrez Espada, "El punto final (¿?) de un largo debate: los 'crímenes internacionales'", *REDI*, 2001, 11; A. Cebada, "Los conceptos de 'obligaciones erga omnes', '*ius cogens*' y 'violación grave' a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", *REEI*, n° 4, 2002; C. Rueda, "La sustitución del concepto de crimen internacional en el proyecto de artículos: ¿sólo una cuestión terminológica?", *Hom J.A. Carrillo*, cit., 1233. **En otras lenguas:** M. Spinedi, *Les crimes internationaux de l'Etat dans les travaux de codification de la responsabilité des Etats entrepris par les NU*, Fiesole, 1984; G. Carella, *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, Nápoles, 1985; J.H.H. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi (eds.), *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlín-Nueva York, 1989; A. Hoogh, *Obligations 'Erga Omnes' and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, La Haya, 1996; N. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, 2000; P.M. Dupuy, *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, París, 2003; N. Passas (ed.), *International Crimes*, Hampshire, 2003; S. Rosenne, "State Responsibility and International Crimes: Further Reflections on Article 19 of the Draft Articles on State Responsibility", *New York UJILP*, 1998; G. Abi-Saab, "The Uses of Article 19", *EJIL*, 1999, 339; C. Dominicé, "The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations", *ibid.*, 353; G. Gaja, "Should All References to International Crimes Disappear from the ILC Draft Articles on State Responsibility?", *ibid.*, 365; A. Pellet, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", *ibid.*, 425; V. Degan, "Responsibility of States and Individuals for International Crimes", *Essays L. Haopei*, cit., 202; J. Barboza, "State Crimes: A Decaffeinated

Coffee", *Liber amicorum G. Abi-Saab*, cit., 357; J. Crawford, "Responsibility to the International Community as a Whole", *IJGLS*, 2001, 303; M. Koskenniemi, "Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?", *BYIL*, 2001, 339; M. Arcari, "Responsabilité de l'Etat pour violations graves du droit et système de sécurité collective des NU", *ADI*, 2005, 41. V. tb. biblio. Cap. I (normas imperativas del DI).

5. Respecto a las circunstancias que excluyen la ilicitud, en lengua española: C. Gutiérrez Espada, *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en DI*, Madrid, 1987; C. Díaz Barrado, *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza en DI*, Zaragoza, 1989; C. Gutiérrez Espada, "El estado de necesidad cabalga de nuevo", *REDI*, 2004-2, 669. **En otras lenguas:** M. L. Alaimo, "Natura del consenso nell'illecito internazionale", *RDI*, 1982, 257; D. Alland, "La légitime défense et les contre-mesures dans la codification du DI de la responsabilité", *JDI*, 1983, 728; J. Salmon, "Faut-il codifier l'état de nécessité en DI?", *Essays M. Lachs*, Dordrecht, 1984, 236; *id.*, "Les circonstances excluant l'illicéité", en K. Zemanek y J. Salmon (eds.), *Responsabilité internationale*, París, 1987; A. Abass, "Consent Precluding State Responsibility", *ICLQ*, 2004, 211. V. tb. biblio. Cap. XX (medidas de autotutela).

6. En cuanto a las consecuencias de la comisión de hechos ilícitos, en lengua española: C. Gutiérrez Espada, *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Murcia, 2005; F.H. Paolillo, "Reclamaciones colectivas internacionales: el caso de los damnificados por la crisis del Golfo", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 545; A. Salado, "La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección", *Hom. J.A. Carrillo*, Sevilla, 2005, 1251. **En otras lenguas:** M. Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Milán, 1990; R.B. Lillich (ed.), *The UN Compensation Commission*, Irvington-on-Hudson (NY), 1995; F. Pocart, "Epuisement des recours internes et réparation en nature ou par équivalent", *Etudes R. Ago*, cit., v. III, 291; Ch. Dominicé, "De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un Etat", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., 505.

7. Sobre la responsabilidad internacional de las OI, en lengua española: J. Carrera, *Política pesquera y responsabilidad internacional de la CE*, Salamanca, 1995; F. Vacas, *La responsabilidad internacional de NU. Fundamento y principales problemas de su puesta en práctica*, Madrid, 2002; A. Rey, *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las OI*, Valencia, 2006. **En otras lenguas:** M. Hirsch, *The Responsibility of IO Towards Third Parties*, Dordrecht, 1995; I. Seidl-Hohenveldern, "Responsibility of Member States of an IO for Acts of that Organization", *Etudes R. Ago*, cit., v. II, 416; M. Pérez González, "Les OI et le droit de la responsabilité", *RGDIP*, 1988, 63; G. Conway, "Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States", *EJIL*, 2002, 679; A. Geslin, "Réflexions sur la répartition de la responsabilité entre l'OI et ses Etats membres", *RGDIP*, 2005, 539.

8. Sobre la responsabilidad social (accountability) de los actores no estatales: v. biblio. Cap. VI.

Capítulo XX

Invocación de responsabilidad y aplicación coactiva del Derecho Internacional

XCVIII. LA INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

432. Consideraciones generales

Satisfacer la responsabilidad internacional por la comisión de un acto ilícito es una obligación que incumbe a cualquier sujeto, Estado u OI, que haya infringido una obligación internacional. Al igual que sucede con la observancia espontánea del Derecho (v. Cap. I, XV), puede ocurrir que un infractor haga frente voluntaria, adecuada y rápidamente a su responsabilidad, asumiendo las consecuencias (cesación, reparación, garantías de no repetición) que acabamos de examinar, pero la natural resistencia de los sujetos a aceptar que han violado el DI lo hace improbable. Determinar, pues, la comisión —y atribución del ilícito— es una cuestión previa cuya respuesta, necesaria, ha de facilitar el camino para hacer efectiva —si procede— la responsabilidad internacional.

En el marco de Organizaciones y *regímenes* internacionales es frecuente contar con mecanismos colegiados que proveen a estas tareas. Son la *lex specialis* que deja a salvo el *Proyecto de arts. sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (CDI, 2001, art. 55).

Así, la Comisión Europea tiene poder para dictaminar que un Estado ha infringido las obligaciones que le incumben en virtud del TCE. Realizada tal constatación, si el Estado no se aquieta podrá demandarlo ante el TJ (TCE, art. 226). También los Estados miembros pueden demandar, bajo determinadas condiciones, a aquel que en su opinión está incumpliendo el Tratado (TCE, art. 227). El Estado declarado infractor por el TJ ha de tomar las medidas necesarias para ejecutar la sentencia y si no lo hace se expone a ser condenado al pago de una suma a tanto alzado y a multas coercitivas (TCE, art. 228).

Pero si no existen normas especiales sobre la existencia del ilícito, el contenido de la responsabilidad o el modo de hacerla efectiva, serán pertinentes las normas del DI general cuya exigencia corresponde al Estado o Estados lesionados (Proyecto de 2001, art. 42) y sólo en determinados casos, atendiendo a la naturaleza de la obligación violada, a otros Estados, no lesionados (art. 48). En su comentario la CDI aclara que la invocación de la responsabilidad se refiere a la facultad de adoptar medidas legales contra el Estado infractor, bien sea la presentación de una reclamación internacional, bien la de una demanda ante un tribunal internacional.

No debe confundirse la invocación de la responsabilidad con el ejercicio, mediante la protesta, de la crítica política. Así cabe interpretar, por ej., la nota de 29 de abril de 2005 dirigida por la Cancillería de la República Argentina a cada uno de los Estados miembros de la UE por la consideración de las Islas Malvinas como territorio de ultramar en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Anexo II). Es obvio que un interés jurídico respalda la nota diplomática que no parece destinada, sin embargo, a exigir una responsabilidad internacional a título de Estado lesionado.

433. *Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado*

¿A quién se considera Estado *lesionado*?: 1) En primer lugar es *lesionado* el Estado al que se debe *individualmente* la obligación violada; 2) en segundo lugar, si la obligación se debe a un grupo de Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, son *lesionados*: a) el Estado al que *afecta especialmente* la violación de la obligación, y b) todos los Estados cuya situación respecto del ulterior cumplimiento de la obligación se ve *modificada radicalmente* por su violación (Proyecto de 2001, art. 42).

En relación con 1), estamos en presencia de la violación de una obligación *bilateral*. Se trata del supuesto más tradicional, en el que la relación entre infractor y lesionado se teje sin dificultad alguna de identificación de los sujetos concernidos, reclamante y reclamado. La fuente de la obligación primaria puede estar en un tratado bilateral, pero también puede ser un acto unilateral o, en el polo opuesto, un tratado multilateral (a menudo en el origen de múltiples relaciones bilaterales cruzadas) o, incluso, una norma general.

Considérese, desde esa perspectiva, el asunto *Avena y otros súbditos mexicanos* (CIJ, 2004) en el que México alegó que Estados Unidos había violado los arts. 5 y 36 de la CV sobre relaciones consulares (1963) al detener, juzgar, declarar culpables y condenar a cincuenta y cuatro súbditos mexicanos que se encontraban en el corredor de la muerte, sin informarles de los derechos que les correspondían en orden a obtener la asistencia consular. La nacionalidad de los afectados determinó con claridad la condición de México como Estado lesionado en el marco de un tratado multilateral general.

En relación con 2), estamos —como la propia CDI aclara en su comentario— ante supuestos de violación de obligaciones colectivas, unas *inter partes* (las asumidas por un grupo de Estados más o menos amplio, normalmente —aunque no necesariamente— partes en tratado multilateral) y otras *erga omnes* (las asumidas por todos los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto, muchas de ellas incorporadas en normas imperativas, v. Cap. I) Ambas pueden yuxtaponerse, siendo irrelevante la calificación a efectos de determinación del Estado lesionado, sometida en uno y otro caso a los mismos parámetros.

La condición de Estado *lesionado* no se extiende a todos los vinculados con el infractor por obligaciones colectivas. La violación ha de *afectarle especialmente*, esto es, “de manera que lo distinga de los demás Estados con relación a los cuales existe la obligación” según expresa la CDI en su comentario al Proyecto de 2001. Eso, como sugiere la misma CDI, sólo podrá ser evaluado *in casu*, atendiendo a los hechos y al objeto y propósito de la obligación primaria que se ha violado.

La CDI pone como ejemplo una contaminación en alta mar en infracción del art. 194 de la CONVEMAR. Sólo podrían considerarse lesionados a estos efectos los Estados ribereños y no todos los Estados Partes en la Convención, pues a despecho de que todos tengan un interés común, grupal, en la preservación del medio marino, la afectación especial sólo puede darse en el caso de los Estados que cuenten con litoral. Cabe ir más lejos para señalar que no todos los ribereños, sino sólo aquellos cuyas costas y espacios marinos pueden verse alcanzados por los vertidos han de considerarse lesionados.

La *lesión* se extiende a todos los Estados que componen el círculo de obligados cuando la violación de la obligación es de tal índole que *modifica radicalmente* la situación de todos ellos respecto de su cumplimiento ulterior. Estamos ante el supuesto de violación de obligaciones que se han llamado *integrales* o *interdependientes* y —una vez más— el paralelismo con el régimen de la violación (grave) de un tratado como causa de terminación y suspensión del mismo es absoluto (v. Cap. XII).

Por ej., dice la CDI, si un Estado Parte en el Tratado Antártico (1959) plantea una nueva reclamación de soberanía territorial sobre la Antártida, a pesar del compromiso de no hacerlo mientras el tratado esté en vigor (art. 4.2), los demás Estados Partes deben considerarse lesionados. Lo mismo cabría decir de una violación del Tratado de Tlatelolco para la proscripción de las armas nucleares en América Latina (1968).

La existencia de una pluralidad de Estados lesionados no coarta el derecho de cada uno de ellos a invocar por separado la responsabilidad del Estado o de los Estados responsables (Proyecto de 2001, arts. 46 y 47). Así, Australia y Nueva Zelanda demandaron en paralelo, pero por separado, a Francia al sentirse perjudicados por las pruebas nucleares francesas en el Pacífico (CIJ, *Ensayos Nucleares*, 1974).

Si los responsables son varios, sólo hay que tener en cuenta que el lesionado no puede recibir al final del día una indemnización superior al daño sufrido.

A la luz de esta consideración podría apreciarse la situación a la que pudo dar lugar la presentación ante la CIJ por la R.D. del Congo, en 1999, de sendas demandas contra Ruanda, Burundi y Uganda (*Actividades armadas sobre el territorio del Congo*). Por lo que hace a Ruanda y Burundi hubo desistimiento, aunque la R.D. del Congo planteó más adelante (2002) una nueva demanda contra Ruanda que no pasó de la fase procesal al considerar la Corte que carecía de competencia al respecto (2006). Así sólo Uganda fue condenada (2005). La situación induce a confusión, a los efectos de la responsabilidad atribuible a varios Estados por casi los mismos actos. Los hechos que se imputan a los tres Estados son los mismos, o casi los mismos y, sin embargo, el procedimiento judicial sólo posibilita la constatación de la responsabilidad de uno de ellos.

De haber prosperado aún hubiera sido más llamativa desde el punto de vista de la responsabilidad la decena de demandas planteadas en 1999 por la RF de Yugoslavia contra diez países miembros de la OTAN implicados en el bombardeo de su territorio (*Licitud del empleo de la fuerza*). Las demandas les acusaba de crímenes de agresión e intervención en los asuntos internos de un Estado, violación sistemática de los derechos de las personas y bienes civiles en tiempo de guerra y de los derechos humanos, atentado contra el medio ambiente y contra la libertad de navegación por los cursos de agua internacionales, así como de la utilización de armas prohibidas. La CIJ se declaró incompetente (1999 y 2004). De no ser así, en el supuesto de que la Corte hubiera declarado ilícito el comportamiento de los demandados, cabe preguntarse cómo podría haberse afrontado la obligación de reparar.

434. *Invocación de la responsabilidad por otros Estados*

Son los Estados lesionados, como acabamos de ver, los titulares del derecho a invocar la responsabilidad (Proyecto de 2001, art. 42). No obstante, los Estados que forman parte de un grupo vinculado por una obligación establecida para proteger un interés colectivo y todos los Estados si la obligación existe respecto de la comunidad internacional en su conjunto (*erga omnes*) están también facultados, aun no siendo lesionados, para invocar dicha responsabilidad dentro de ciertos límites (art. 48).

Los Estados no lesionados facultados para invocar la responsabilidad pueden, en efecto, reclamar del responsable la cesación del ilícito (continuado) y garantías de no repetición, pero la reparación sólo pueden reclamarla “en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”, lo que, no siendo ellos mismos lesionados, es muy lógico. La referencia final a los *beneficiarios de la obligación violada* en términos alternativos al *Estado lesionado* pone sobre la pista de que en ocasiones, no existirán Estados lesionados (así cuando un Estado infringe la obligación *erga omnes* de protección de sus propios nacionales o, en general, personas bajo su jurisdicción).

Si esta regla se hubiera estimado existente en los años sesenta por una mayoría de los jueces que entonces componían la CIJ, seguramente habrían considerado admisible la demanda interpuesta por Etiopía y Liberia contra África del Sur por el incumplimiento de sus obligaciones en el mandato del Sudoeste africano (CIJ, 1966).

435. *Requisitos de la reclamación. Su renuncia*

La reclamación de los Estados facultados para invocar la responsabilidad se somete a algunos requisitos procesales (Proyecto de 2001, arts. 43, 44 y 48.3).

Unos hacen referencia a cuestiones de forma: la reclamación, como es obvio, debe ser notificada al Estado al que se atribuye el hecho, pudiendo expresarse en ella cuál debe ser el comportamiento a seguir por el Estado responsable para cesar en el ilícito (si continúa) y la forma de la reparación (Proyecto de 2001, art. 43).

Otros requisitos se refieren a la admisibilidad de la reclamación (abstracción hecha, como advierte la CDI en su comentario, de las cuestiones de admisibilidad de demandas ante tribunales u otros modos de arreglo pacífico). En este sentido el art. 44 recuerda la aplicabilidad de las normas en materia de nacionalidad de las reclamaciones (con exclusión —cabe suponer— de las presentadas por Estados no lesionados) y agotamiento previo de los recursos internos disponibles y efectivos. Estas normas, decisivas en el ejercicio de la protección diplomática serán consideradas más adelante (v. Cap. XXII).

El derecho a invocar la responsabilidad es renunciable (arts. 45 y 48.3). La renuncia puede producirse mediante una expresión válida del consentimiento (no cabe en ningún caso si la obligación violada viene impuesta por una norma imperativa) o a través de comportamientos que deban entenderse como aquies-

cencia. En este sentido cobra particular interés la apreciación de la demora en la presentación de la reclamación, atendiendo a las circunstancias de cada caso (CIJ, *Ciertas tierras fosfáticas en Nauru*, 1992; *Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004; v. Cap. XVIII).

XCIX. LA APLICACIÓN COACTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

436. *¿Existe un sistema de aplicación coactiva del Derecho Internacional?*

Se ha sostenido con insistencia y reiteración que el DI carece de un sistema de aplicación coactiva, afirmación de la que se deduce: 1) la limitadísima eficacia de las normas internacionales, que quedarían al albur de su observancia espontánea; y 2) la negación misma de la juridicidad del DI. Este planteamiento, ya considerado (v. Cap. I y XV), parte de una errónea apreciación, tanto del fenómeno jurídico como del significado de la coacción. Ni el Derecho es siempre sinónimo de coacción reglamentada, ni carece el DI de un sistema de aplicación coactiva de sus normas y obligaciones, gracias en parte a: 1) un proceso —ciertamente desigual— de *internalización* que le permite beneficiarse de los sistemas estatales de ejecución forzosa; y, 2) un proceso de *institucionalización* —incompleta, pero progresiva— de la sociedad internacional, que ha supuesto aportaciones del orden que ahora comentamos.

Es cierto que el DI, que carece de una jurisdicción obligatoria para el arreglo de las controversias (v. Cap. XVIII), tampoco cuenta con una OI universal competente para reaccionar mediante el ejercicio de la coacción ante la comisión de ilícitos internacionales. La función que desempeña el C. de S. de las NU no es tal, aunque pudiera pensarse lo contrario, porque si bien la competencia que ejerce en el ámbito del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales —Capítulo VII de la Carta— le permite adoptar medidas (vulgo, *sanciones*) contra Estados que desde luego han cometido ilícitos internacionales, su actuación se encuentra doblemente limitada, al operar sólo ante una situación de amenaza o quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales o un acto de agresión (art. 39 de la Carta de la ONU) —lo que deja al margen de su actividad la mayoría de ilícitos internacionales— y ser el ejercicio de su competencia de naturaleza política y no jurisdiccional, lo que comporta la sujeción de su intervención en la práctica a criterios de mera oportunidad (v. Cap. XXVII).

Pero sí existe un conjunto de normas generales de carácter consuetudinario sobre la aplicación coactiva del DI, la mayoría de las cuales tiene que ver con *una aplicación descentralizada*, que opera tradicionalmente, pero no sólo, en el ámbito de las relaciones bilaterales, así como reglas en numerosos tratados internacionales constitutivos de regímenes y OI.

437. *Qué es —y qué no es— la aplicación coactiva del Derecho Internacional*

Entendemos por aplicación coactiva del DI, en el contexto internacional, la intervención autoritativa de un Estado, una Organización o uno de sus órganos a fin de compeler al cumplimiento de una norma u obligación internacional a un sujeto de DI que previamente la ha infringido, volviéndose a la situación anterior a la comisión del ilícito.

Está así la aplicación coactiva íntimamente vinculada a la exigencia de la responsabilidad internacional. Es su continuación natural, como muy bien se ha enfocado en el *Proyecto de arts. sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (CDI, 2001), que considera una de las medidas típicas de la aplicación coactiva, las *contramedidas*, como una de las circunstancias que excluye la ilicitud (art. 22) y como uno de los modos de hacer efectiva la responsabilidad (Cap. II de la Tercera Parte, arts. 49 a 54).

La *aplicación coactiva* no es primariamente punitiva, sino que, en tanto que atraída por la lógica de la relación de responsabilidad, se encamina a obtener la cesación del ilícito y la reparación. Pero los efectos sancionadores no pueden descartarse en los casos en que los posibilita la existencia de una relación *vertical*.

Piénsese, por ej., en la posibilidad que abre el art. 7 del TUE de sancionar a los Estados miembros que incurran en una violación grave y persistente de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, sanción que sería adoptada conforme a un procedimiento especialmente riguroso: en una primera fase el Consejo, reunido en su formación inusual de jefes de Estado y de gobierno, debería —a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión, contando con el dictamen favorable del Parlamento Europeo y después de invitar al Estado presuntamente infractor a presentar sus observaciones— constatar por unanimidad tal violación. En una segunda fase, ya por mayoría cualificada, el Consejo podría decidir la sanción, consistente en la suspensión de determinados derechos del Estado miembro.

También se produce una íntima relación entre la aplicación coactiva y el procedimiento de solución de controversias. En unos casos como continuación de éste; en otros actuando en paralelo o con una muy leve solución de continuidad. Piénsese en medidas adoptadas por un Estado para forzar a otro a la negociación de la solución de una controversia o a ejecutar una sentencia arbitral. Piénsese también en la controversia que puede originarse en torno a la licitud de las medidas adoptadas como reacción frente al ilícito y sobre el mismo ilícito.

Es por eso que en el proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional aprobado en primera lectura por la CDI (1996, art. 58) se propuso someter estas controversias a un procedimiento de arreglo obligatorio, desistiendo la Comisión ante la contundente oposición de los Estados, ansiosos de conservar las manos libres en el tráfico internacional, lo que nos advierte de la gran sensibilidad política que rodea la aplicación coactiva y del enorme riesgo de que medidas que podamos tomar como tales no sean más que violaciones de obligaciones internacionales.

A veces se aduce la aplicación coactiva del DI en escenarios que, por no existir de previo ningún ilícito frente al que reaccionar, le son ajenos. Así, cuando un Estado en situación relativa de superioridad pretende forzar con medidas unilaterales las decisiones de otro en el ámbito soberano que le es propio, extender la capa de la aplicación coactiva del DI permite cubrir las vergüenzas de una política de intervención, de hegemonía. En la práctica de los gobiernos de los Estados Unidos, especialmente bajo la presidencia de Georges W. Bush, es habitual acomodar las decisiones políticas que implican medidas coactivas en el marco de un sedicente imperio de la ley internacional del que aquél, en nombre de la *comunidad internacional* se erige en campeón. Pero no debe confundirse la aplicación coactiva del DI con la aplicación coactiva de *políticas* sobre el DI.

Fijémonos, por ej., para advertir los riesgos de instrumentación que acechan a la aplicación coactiva en la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act* o ley *Helms-Burton* (1996), que recoge y consolida todas las medidas adoptadas por dicho país contra Cuba, revistiéndolas de santidad jurídica internacional cuando dice ser una reacción a "la violación de los derechos humanos que representa una amenaza para la paz internacional (Sección 101)" y, entre otros aspectos, a la presunta infracción del DI en que incurrió Cuba con las nacionalizaciones de propiedades privadas tras la revolución de 1959. En este último punto, la opinión del CJI (1996), aprobada por unanimidad, dejó clara la falta de conformidad de la propia Ley *Helms-Burton* con el DI en lo que hace a su alcance extraterritorial y la manera inapropiada en que pretende hacer efectiva la presunta responsabilidad internacional de Cuba (v. Cap. III).

Tampoco cabe hablar de aplicación coactiva del DI cuando, en el marco de las relaciones bilaterales, un sujeto adopta medidas que pueden considerarse inamistosas al hilo de incidentes de una cierta gravedad que, con todo, no se concretan en una infracción de normas u obligaciones internacionales. Tales medidas no pueden calificarse como una aplicación coactiva del DI porque su finalidad no es la de inducir al otro al cumplimiento del Derecho, sino la de influir en una conducta que no rebasa los límites legales.

Así, por ej., la decisión de México de expulsar al representante diplomático cubano y retirar a su embajadora en La Habana (2 de mayo de 2004), como reacción a declaraciones políticas de Fidel Castro criticando a México y su política exterior, entra de lleno en el juego de las medidas de alcance político. No hay, ni en las declaraciones cubanas, ni en la reacción mexicana, una vulneración de las normas internacionales que pueda situar la reacción de parte como una aplicación coactiva del DI.

438. Las modalidades de la aplicación coactiva del Derecho Internacional

La *aplicación coactiva descentralizada* ha surgido de la práctica de los Estados, sin que texto convencional alguno haga referencia a sus condiciones de ejercicio, porque viene a ser una manifestación del concepto más amplio de *autotutela*, que engloba todas las acciones de los Estados encaminadas a la protección de sus intereses y derechos frente a otros sujetos internacionales. La *autotutela* discurre en el plano de la sociedad relacional o de yuxtaposición, como un corolario de la soberanía estatal, y dados sus límites proteicos engloba desde las reacciones ante

actos inamistosos, aunque lícitos, de otros Estados, hasta los casos de legítima defensa en respuesta a un ataque armado. El criterio diferenciador entre la *autotutela* (género) y la *aplicación coactiva* del DI (especie) estriba en el más reducido *casus operandi* de ésta. La *aplicación coactiva* es, en último término, la *autotutela* cuando opera como reacción frente a un ilícito internacional.

Corresponde, en primer lugar, a los sujetos lesionados por el ilícito reaccionar contra el infractor. Se repite aquí el esquema subjetivo de la responsabilidad internacional (v. *supra*). Como afirmó el tribunal arbitral en el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos de 27 de marzo de 1946 entre Francia y los Estados Unidos* (1978), abstracción hecha de los compromisos derivados de tratados y, especialmente, de los mecanismos instituidos en el marco de OI, cada Estado, cada sujeto, aprecia por sí mismo su situación jurídica en relación con otros. De manera análoga, también aprecian por su cuenta la oportunidad de recurrir a medidas para exigir la ejecución forzosa de las obligaciones internacionales. El recurso a la *justicia privada*, excepcional en los ordenamientos internos, se eleva a categoría, desmintiéndose así la máxima *nemo iudex in causa sua*. Pertenece a los Estados lesionados por los ilícitos internacionales la facultad de reaccionar contra los infractores, con la finalidad de exigirles el cumplimiento de la obligación no observada. Pero el mismo principio de soberanía que permite a un Estado apreciar el comportamiento de otro como infractor y actuar en consecuencia, permite al *otro infractor* discrepar, dando origen a una controversia.

Sin embargo, la aplicación coactiva del DI no es sólo descentralizada. El incremento cuantitativo y cualitativo de la sociedad internacional introduce en el campo de la aplicación coactiva del DI, como sujetos, lesionados o infractores, a las OI. Hay que discernir, sin embargo, dos niveles de actuación de tales sujetos en este ámbito: 1) sus relaciones con terceros Estados, Estados no miembros, vinculados con la OI —pongamos por caso— mediante acuerdos. Eventualmente incumplidos o controvertidos, la Organización podrá involucrarse —por activa o por pasiva— en la aplicación coactiva del DI, en la forma descentralizada que se ha predicado tradicionalmente de los Estados; y 2) sus relaciones con los Estados miembros, regidas por el tratado constitutivo y las reglas de la Organización. En este caso las infracciones de los Estados miembros al *Derecho de la Organización* podrían encontrar un ámbito sancionador específico, *institucionalizado*.

De ahí que en la sociedad internacional actual coexistan las dos dimensiones —descentralizada e institucional— de la aplicación coactiva del DI. En la actualidad la acelerada expansión normativa internacional ha restado terreno a la aplicación coactiva descentralizada. Este hecho tiene que ver con la paulatina emergencia de marcos jurídicos de regulación específicos, los llamados *regímenes internacionales autónomos*, se concreten o no en OI (v. Cap. XV).

Teniendo en cuenta la dispersión normativa que se da en este ámbito, no existe uniformidad; las reglas procesales vendrán dictadas en el marco específico en el que se haya producido el ilícito frente al que se pretende reaccionar. No obstante,

puede sugerirse en términos generales que si bien el sujeto —normalmente un Estado— puede apreciar *prima facie* que sus derechos son vulnerados por actos de otros sujetos, debe conducir su reclamación internacional no directamente al responsable del comportamiento presuntamente lesivo, sino a los órganos gestores del régimen u Organización en cuestión, que son los facultados para determinar si, en efecto, ha habido incumplimiento y, según los casos, decidir o autorizar la adopción de medidas de ejecución forzosa.

Dos casos muy característicos de regímenes autónomos son la CE y la OMC. Ambas Organizaciones, en efecto, disponen de cauces procesales para sustanciar los incumplimientos de sus obligaciones sustantivas que sustituyen, en principio, la facultad de los Estados miembros para recurrir unilateralmente a métodos descentralizados de aplicación coactiva.

En lo que hace al sistema comunitario, el propio TJCE ha afirmado (*Bélgica y Luxemburgo c. Comisión*, 1963) que, con excepción de los casos expresamente previstos, el régimen del TCE implica la prohibición de que los Estados miembros se tomen la justicia por su mano.

Más peculiar es el régimen instaurado en el marco de la OMC porque no se obliga a los Estados afectados por el incumplimiento de otro a renunciar a la ejecución unilateral de represalias (suspensión de concesiones al Estado infractor de sus obligaciones), sino que se permiten, siempre que se cuente con la autorización del OSD, una vez que las partes no alcanzan un arreglo en un plazo razonable. Incluso, y ésta es una novedad, se admite que el Estado lesionado suspenda concesiones en sectores económicos y en Acuerdos de la OMC distintos a aquél en que produjo el incumplimiento (*represalias cruzadas*). Así, por ej., el OSD autorizó el 12 de diciembre de 2000 la imposición por Canadá de sanciones comerciales a Brasil por valor de 342,2 millones de dólares canadienses anuales, como consecuencia del incumplimiento de una resolución en un asunto relativo a las subvenciones a la exportación de aeronaves.

Pero no toda la aplicación coactiva institucionalizada se agota en supuestos tan cerrados como los de la CE y la OMC. Muy al contrario, una considerable cantidad de tratados, constitutivos de regímenes internacionales con un menor grado de institucionalización, reserva alguna disposición para regular los supuestos de infracción de sus reglas, previendo en ocasiones la posible adopción de medidas contra los infractores.

En esta línea cabe citar, por ej., la *Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre* (Convención CITES, 1973), que cuenta con un procedimiento, en manos de su Secretaría, su Comité Permanente y la Conferencia de Partes en virtud del cual ésta puede recomendar a sus Estados partes la suspensión del comercio de determinadas especies con los infractores. A ello se llegará tras la constatación del incumplimiento por la Secretaría. Así, en la Notificación No. 2004/023, de 30 de abril de 2004, la Secretaría comunicó a las Partes que, de conformidad con la Decisión 11.37, la Conferencia de las Partes recomendaba que, hasta nuevo aviso, las Partes no autorizasen ninguna transacción comercial de especímenes de especies incluidas en los Apéndices de la CITES con Argelia, ya que este país no había cumplido, sin haber presentado la justificación pertinente, la obligación de presentar informes anuales durante tres años consecutivos. La suspensión se levantó el 13 de abril de 2005, una vez que Argelia se conformó con el requerimiento que se le hacía.

C. LAS MEDIDAS DE APLICACIÓN COACTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

439. Planteamiento

Históricamente ha sido la *aplicación coactiva* del DI por el Estado soberano en relaciones bilaterales propias de una sociedad de yuxtaposición la que ha permitido decantar dos amplias categorías de medidas: a) las *retorsiones*; y b) las *represalias*. Las *retorsiones* son medidas inamistosas pero legales, que no infringen ninguna obligación internacional. En cambio, si la reacción del Estado lesionado infringe una obligación internacional, se tratará de una *represalia*, quedando excluida su ilicitud por producirse justamente en respuesta a un ilícito previo de otro.

El panorama de medidas descentralizadas se ha espesado con el tiempo, se ha hecho más complejo, debido a la confusión terminológica que ha suscitado tanto la práctica estatal como la interpretación doctrinal, sobredimensionada y apasionada, a horcajadas de unos pronunciamientos judiciales y arbitrales que, aparte algunos casos clamorosos, han sido escasos, debido seguramente a que la aplicación coactiva es un último cartucho (que no todos guardan en su canana).

Quando todo lo demás falla, el recurso a la aplicación coactiva aún debe superar un análisis del estilo coste/beneficios que involucra la imagen del Estado que va a adoptar las medidas, el grado de intensidad de las relaciones entre infractor y lesionado, el interés general subyacente a las normas violentadas y el miedo a ser, a su vez, objeto de medidas posteriores de respuesta, sobre todo atendiendo al poder de los Estados implicados. Todo ellos sumado explica la escasa práctica internacional de aplicación coactiva.

Han surgido distintas figuras que no necesariamente implicaban un concepto distinto de las anteriores, sino que reflejaban un desarrollo más reducido: la *reciprocidad* o la máxima *inadimplenti non est adimplendum*, se situarían en esa línea. La primera es una modalidad de la retorsión en unos casos, de la represalia en otros; la segunda es claramente una manifestación de represalias. Por otro lado, la huida de las connotaciones negativas, en su mayor parte bélicas, del término *represalias* ha coadyuvado a la emergencia de las *contramedidas*, mientras que la búsqueda obsesiva de respetabilidad para conductas de legalidad cuando menos dudosa ha hecho que se recurriera a las *sanciones*. Los conceptos son menos que los términos que los sirven.

Decantadas en el proceso de codificación de la responsabilidad internacional de los Estados, las *contramedidas* tienen la vocación de abarcarlas a casi todas. Sólo las *retorsiones* resisten con una significación jurídica propia, aunque fuera de este ámbito términos que se encuentran en el imaginario de las relaciones internacionales, como las *represalias* y, en mayor medida todavía, las *sanciones*, mantienen su cuota de pantalla, gracias a un sustrato valorativo, para bien y para mal, que contrasta con la asepsia sofisticada de las *contramedidas*.

De las anteriores medidas, propias de la dimensión descentralizada de la aplicación coactiva, beben las que se insertan en los tratados constitutivos de

regímenes y OI, la aplicación coactiva *institucionalizada*, si bien las *sanciones* (adoptadas contra miembros infractores) adquieren aquí un perfil propio. En todo caso, en la aplicación coactiva institucionalizada los márgenes son más estrechos, sobre todo desde el punto de vista del procedimiento, objeto de una regulación más precisa.

Así, por ej., en el *Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción* (1993) se determina (art. 12.2) que será la Conferencia de los Estados Partes la facultada para restringir o dejar en suspenso los derechos y privilegios que a un Estado atribuye el mencionado tratado en el caso de que no atienda la solicitud del Consejo Ejecutivo de que adopte medidas para remediar una situación que suscite problemas con respecto al cumplimiento. A partir de ahí se traza un auténtico *crescendo*, pues la realización de actividades prohibidas que supongan un perjuicio grave para la Convención puede dar lugar a que la Conferencia recomiende "medidas colectivas a los Estados Partes de conformidad con el DI" contra el Estado infractor (art. 12.3); y si es un caso especialmente grave la Conferencia someterá la cuestión a la AG y al C. de S.

A continuación examinaremos las diversas categorías de medidas de aplicación coactiva.

440. Las retorsiones

Una *retorsión*, como hemos dicho, es una medida legal, pero inamistosa. Así, por ej., un Estado puede romper sus relaciones diplomáticas con otro sin por ello cometer un ilícito, porque no hay norma alguna que obligue a mantener tales relaciones. Una medida de menor intensidad es la retirada del embajador, su llamada a consultas, la expulsión de uno o más miembros de la misión diplomática, la reducción de su número o la limitación de sus movimientos. El Derecho diplomático es un arcón de medidas posibles de retorsión, como también lo es el variado renglón de las políticas de cooperación y asistencia.

Una retorsión puede ser la respuesta a un acto inamistoso de otro Estado y en ese caso no podría considerarse un supuesto de *aplicación coactiva* del DI, sino sólo como una muestra de desagrado.

Pero si la acción (u omisión) que genera la reacción constituye un ilícito, la infracción de una norma u obligación internacional, entonces sí, la retorsión se configura como una posible medida de aplicación coactiva del DI, que tiene la ventaja de no comprometer en ningún caso la responsabilidad internacional del sujeto que la adopta aunque yerre en su juicio sobre el ilícito previo del destinatario de la retorsión.

Eso ha podido ocurrir, por ej., en abril de 2006 en las relaciones entre Perú y Venezuela, que retiraron sus embajadores como consecuencia de las denuncias del gobierno peruano de la intervención del venezolano en el proceso electoral a la Presidencia del Perú y el fuerte intercambio verbal habido como consecuencia entre el Presidente Chávez y el Presidente Toledo.

Las retorsiones pertenecen, por tanto, a la esfera de la actividad discrecional de los Estados, de los comportamientos no reglamentados por el DI. La

desregulación, el carácter incompleto del DI o los resquicios que abre la interpretación de sus normas, constituyen el sustrato natural de la retorsión, cuya frontera con las represalias se hace más tenue a medida que se difumina la apreciación de su licitud.

Aunque la retorsión sea una medida lícita *per se* cabe preguntarse si acaso su empleo por terceros, que no han sufrido el acto inamistoso y/o ilícito, es susceptible de alguna cortapisa atendiendo a principios generales. El discurso general abona la libertad del sujeto para manifestar su solidaridad, más o menos inducida, con otro adoptando medidas de retorsión. Aunque según los postulados clásicos de la responsabilidad internacional el tercero carece de legitimación para inmiscuirse en la relación entre lesionado e infractor, la medida que concreta la retorsión es, por definición, una medida lícita, no viola ninguna norma u obligación internacional. No obstante, este discurso puede cambiar si enfocamos el supuesto desde la perspectiva del principio de *no intervención*, pues el respeto de éste ha de prevalecer en todo caso (v. Cap. III).

441. Las represalias

Represalias, sanciones y contramedidas son nociones íntimamente vinculadas cuya decantación conceptual ha venido produciéndose en los últimos tiempos en el marco de la codificación sobre la responsabilidad internacional. Los dos términos tradicionales —*represalias* y *sanciones*— han encontrado acomodo final en el más omnicompreensivo de *contramedidas* (CDI, art. 22 del proyecto de 2001). Se trata de medidas en sí mismas ilícitas que devienen lícitas en la medida en que son una reacción a la ilicitud previa cometida por su destinatario. Simultáneamente, sirven la aplicación coactiva del DI.

El tribunal arbitral que resolvió la controversia germano-lusa en el asunto del *Incidente de Naulilaa* (1928) dio una exacta y clara definición de la *répresalia*, al considerarla “un acto de propia justicia del Estado lesionado, que responde — después de un requerimiento infructuoso— a un acto contrario al Derecho de Gentes del Estado infractor. Será ilegal si no suministra un motivo para la reacción un acto previo contrario al Derecho de Gentes”. De la misma definición se desgajan casi todos los requisitos que debe reunir la represalia: *a)* la existencia de un Estado infractor y un Estado lesionado; *b)* la comisión de un ilícito previo por el primero que vulnera los derechos del segundo; *c)* el requerimiento de cesación del ilícito que el lesionado dirige previamente al infractor; *d)* la legitimación del Estado lesionado para reaccionar, derogando al efecto el Derecho de Gentes, y *e)* la finalidad de la medida, encaminada a obtener la reparación del daño causado por el ilícito. A estos requisitos cabe añadir, pues no están explicitados en la definición, otros, como su proporcionalidad con el ilícito frente al que se responde y su cesación cuando el ilícito que las ha causado se extingue (v. *infra*).

En 1934 el IDI (sesión de París) definió las *represalias* como las medidas coercitivas que constituyen una excepción a las normas ordinarias del Derecho de Gentes, adoptadas por un Estado a raíz de un acto ilícito cometido en perjuicio suyo por otro Estado y que tienen por objeto imponer a éste, por medio de un daño, el respeto del Derecho.

La CDI, en el Informe sobre su quincuagesimotercera sesión (2001), pretendió fijar un clavo más en el acta de defunción terminológica de las represalias al pretender que en los tiempos más recientes el término *represalias* se asociaba con medidas tomadas en el contexto de un conflicto armado internacional, con las represalias bélicas, cubriendo las *contramedidas* la parte de las represalias no asociada al conflicto armado. Parece, sin embargo, que estas consideraciones de la CDI responden más a un planteamiento voluntarista que a una práctica consolidada en la correspondencia diplomática y en la doctrina.

Aunque ha sido discutido por ciertos sectores doctrinales, la mayoría incluye dentro del concepto de las represalias las *medidas de reciprocidad* y la máxima *inadimplenti non est adimplendum*. Participando de esta opinión, apuntaremos simplemente los datos definitorios de ambos conceptos.

Las *medidas de reciprocidad* suponen el incumplimiento por parte del Estado lesionado de obligaciones impuestas por la misma norma que ha sido violada por el infractor, o por una norma directamente relacionada con ella, una vinculación que las represalias no reclaman.

W. Riphagen entendía (1985) que la finalidad de ambas categorías difería. Para él, mientras que las represalias tienen por objeto ejercer presiones sobre el Estado infractor con el fin de obtener la reparación, las medidas de reciprocidad están destinadas a restablecer el equilibrio entre la posición de la parte lesionada y el infractor.

Como una subcategoría de las medidas de reciprocidad, la máxima *inadimplenti non est adimplendum* consiste en el incumplimiento de una obligación derivada del tratado que ha sido previamente violado por el Estado infractor. Así lo entendió el tribunal arbitral en el asunto sobre el *Acuerdo concerniente a los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia, de 27 de marzo de 1946* (1978), al admitir que el DI reconoce que una parte en un acuerdo que es violado por otra puede suspender recíprocamente las obligaciones pactadas. Las *contramedidas* —o represalias— posibles van desde la terminación formal del acuerdo, en caso de violación grave, a la suspensión de los derechos correspondientes de la otra parte (v. Cap. XII).

442. Las sanciones

En un sentido kelseniano la *sanción* es el conjunto de consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito, desfavorables para el infractor, previstas o reconocidas por el DI. Pero tal definición es excesivamente amplia y poco operativa. Abarcaría incluso a las retorsiones. Así pues, no nos sirve.

Es más común concebir la *sanción* como un acto punitivo, adoptado por una instancia superior, dotada de la facultad de *sancionar* los ilícitos internacionales.

Tal idea subraya su carácter *vertical*. Semejante instancia, de existir, se localiza dentro de algunas OI, lo que no arredra a los Estados y a otros sujetos a servirse de esta terminología —*sanción*— para legitimar en DI acciones propias que son, simplemente, ilícitos internacionales. Tal el caso de las *sanciones* estadounidenses contra Nicaragua (1981) por el apoyo que este país (presuntamente) prestaba a la *guerrilla* salvadoreña. O el de las medidas adoptadas también por Estados Unidos —junto con otros países occidentales— contra Libia y Siria (1985 y 1986) por sus (presuntas) implicaciones en actividades terroristas en suelo europeo. Que un Estado califique sus medidas de presión como *sanciones* no añade un ápice más de legitimidad a las mismas.

Durante los trabajos preparatorios del proyecto de arts. sobre la responsabilidad internacional de los Estados, algunos miembros de la CDI (como R. Ago) manejaron el término *sanción* con un contenido similar al de la *contramedida*, pero finalmente la mayoría de los miembros de la Comisión (y así se dice en el último informe, 2001) se inclinó por circunscribir las *sanciones* a las reacciones institucionales en el marco de una OI, poniéndose como ejemplo las medidas que se adoptan bajo la autoridad del C. de S. en el marco del Capítulo VII de la Carta, aunque se advierte la imprecisión del término. La CDI es rotunda, proyectando fuera del concepto de *contramedidas* y del proyecto de arts. este tipo de medidas institucionales.

Sobre las mencionadas medidas del C. de S. en virtud del Capítulo VII de la Carta cabe añadir que aunque la práctica —que no la Carta— de la Organización las califica a menudo como *sanciones*, esa calificación probablemente es impropia, pues no traen por causa la reacción ante un ilícito internacional y, en es sentido, tampoco pueden considerarse medidas atinentes a la aplicación coactiva del DI, sino que su finalidad es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Sin duda, cabe presumir que un sujeto al que se imputa una amenaza o un quebrantamiento de la paz ha incurrido en grave ilicitud, pero no es éste el presupuesto de actuación del C. de S. y son consideraciones políticas (sin perjuicio de la obligación formal de los miembros del Consejo de actuar en el marco de la Carta) las que determinan la toma de decisiones. De ahí las críticas que pueden dirigirse al C. de S. cuando, actuando a la sombra del Capítulo VII de la Carta, adopta medidas que sobrepasan el mantenimiento de la paz para expandirse en el de la responsabilidad internacional y sus consecuencias (v. Cap. XXVII).

Hecha esta salvedad, la pertinencia del concepto de *sanción* como medida de aplicación coactiva del DI en su dimensión institucionalizada ha de ser aceptada, siempre que se predique de los actos de un régimen o de una OI cuya finalidad sea reaccionar contra las violaciones de sus reglas que pudieran cometer sus Estados miembros.

Así sucede, por ej., con los Organismos especializados de NU —pongamos por caso el art. 62 de la OACI, o el art. 13.4 de la Carta de la OIT— que habilitan a la Organización en cuestión a suspender el derecho de voto de los Estados miembros en sus órganos plenarios si incumplen con sus obligaciones financieras para con la organización. En la propia Carta de las NU los arts. 5 y 6 contemplan la posibilidad de que la AG suspenda en

el ejercicio de sus derechos a un Estado miembro objeto de una acción preventiva o coercitiva del C. de S. y la más radical de que expulse de la Organización al Estado miembro responsable de la repetida violación de los principios contenidos en la Carta; asimismo, el art. 19 le permite privar del derecho de voto en la AG al Estado miembro moroso (v. Cap. V).

443. *Las contramedidas*

El término *contramedida* no es de tan reciente factura como se cree. Ya en 1915 la práctica estatal calificaba actos ilícitos como *contramedidas*, puesto que se producían en respuesta a un ilícito previo.

Así, con ocasión de la retención por Suecia de sacas postales provenientes de Gran Bretaña con dirección a Rusia en respuesta a un comportamiento similar anterior de las autoridades británicas, éstas calificaron la acción sueca de *contramedida*. También en la CDI aparece el término tempranamente, cuando en el contexto de la codificación del Derecho de los Tratados Gerald Fitzmaurice (1959) se refiere en varias ocasiones a las *contramedidas* al comentar el art. 18, titulado "No ejecución del tratado a título de represalias legítimas". Como puede observarse, es manifiesta la vinculación inicial de las *contramedidas* con el concepto de *represalias*, hasta el punto de ser intercambiables (sugiriendo aquéllas una cierta reciprocidad).

En el mismo sentido cabe evocar la jurisprudencia internacional. Así, en el asunto sobre el *Acuerdo concerniente a los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia, de 27 de marzo de 1946* (1978) el tribunal arbitral sostuvo que, en una situación que comportase la violación de una obligación internacional por otro Estado, el Estado lesionado estaba facultado para, a reserva de las reglas generales de DI relativas a las coacciones armadas, hacer respetar su derecho por *contramedidas*.

También la CIJ ha reafirmado el derecho del Estado lesionado a recurrir a *contramedidas* en respuesta a un ilícito previo que ha infringido sus derechos. En el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (1980) entendió la Corte que las medidas de presión económica adoptadas por los Estados Unidos tras la violación de sus locales diplomáticos y la toma como rehenes de los funcionarios que allí se encontraban, habían sido adoptadas a título de *contramedida*. En *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) la CIJ se planteó la inadmisibilidad de contramedidas por terceros Estados que no habían sido víctimas de ningún ilícito internacional. La Corte desechó que las acciones de Estados Unidos contra Nicaragua fueran lícitas a título de contramedidas frente a la supuestos actos de intervención de Nicaragua en el territorio de sus vecinos (Costa Rica, El Salvador, Honduras). En *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) la CIJ se pronunció sobre las condiciones que deben reunir las contramedidas (v. *infra*).

El desarrollo último de la noción de *contramedidas* se debe a los trabajos codificadores de la CDI relativos a la responsabilidad internacional de los Estados. Según el art. 22 del proyecto de arts. definitivo (2001) "la ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional

suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una *contramedida* tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte”. Esta definición refuerza la identidad entre *contramedidas* y *represalias*.

Ha sido la regulación de las *contramedidas*, sin lugar a dudas, uno de los puntos más conflictivos de la codificación de la responsabilidad internacional de los Estados. Incluso en la Sexta Comisión de la AG las *contramedidas* tuvieron que soportar el embate de países contrarios a su regulación, unos porque limitaba el recurso a ellas (caso de Estados Unidos o de Gran Bretaña), otros por todo lo contrario, porque regularlas equivalía a legitimarlas (Cuba y México). En esta línea Grecia se mostró partidaria de una prohibición total de las *contramedidas*.

Queda fuera del concepto de *contramedida*, y a ello se refiere expresamente la CDI en su Informe de 2001, la terminación o suspensión de las relaciones convencionales como respuesta a la violación grave de un tratado por otro Estado (art. 60 de la CV sobre Derecho de los Tratados, 1969). (V. Cap. XII). Desde luego, el cumplimiento cabal de lo regulado en esta cláusula, esto es, la suspensión de un acuerdo como respuesta a su violación siguiendo el *iter* procedimental de Viena no puede calificarse de acto ilegal, todo lo más de retorsión. Pero si la suspensión del acuerdo se adopta por un Estado lesionado en violación de las reglas de Viena, ¿acaso no podría concebirse como una *contramedida*? La respuesta debe ser afirmativa. Lo mismo sucede con la excepción *non adimpleti contractus* que, en este caso a despecho del último Relator, James Crawford, no se considera un tipo de *contramedida* sino una cuestión vinculada a la interpretación de los tratados.

CI. REQUISITOS COMUNES A LAS CONTRAMEDIDAS

444. *Enunciado*

El recurso a las *contramedidas* requiere satisfacer determinadas condiciones, exigidas por el DI, claramente formuladas por la CIJ en *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) y precisadas por la CDI (arts. 49 a 54 del Proyecto de 2001), tributario de los pronunciamientos de la Corte. Dichas condiciones son:

1) de *legitimación*: el actor ha de ser un sujeto lesionado por un ilícito internacional previo de otro sujeto;

2) de *contenido*: la medida reactiva: a) infringe una obligación internacional que el sujeto lesionado tiene frente al infractor; b) ha de ser proporcional al perjuicio sufrido; y, c) no puede versar sobre determinadas materias;

3) de *procedimiento*: a) su adopción debe: i) ir precedida de un requerimiento al sujeto infractor responsable para que cese en el ilícito y repare el perjuicio causado; y ii) ser notificada, con ofrecimiento de negociaciones; y b) su aplicación ha de suspenderse en determinadas circunstancias;

4) de *finalidad*: su objeto es inducir al sujeto infractor a cumplir con las obligaciones que ha infringido.

445. ¿Quién está legitimado para adoptar contramedidas?

Quizás la primera condición —la comisión previa de un hecho internacionalmente ilícito para habilitar la respuesta del sujeto lesionado— sea la menos controvertida. La jurisprudencia internacional ha abundado en su exigencia (ss. arbitrales en los asuntos del *Incidente de Naulilaa* (1928) y del *Cysne* (1930). En *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) la CIJ determina con rotundidad que:

“para justificarse, una contramedida debe cumplir ciertas condiciones... En primer lugar debe adoptarse en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por otro Estado y estar dirigida contra ese Estado”.

Partiendo de esa consideración: 1) la legitimación para reaccionar corresponde sólo al sujeto lesionado por el ilícito (CDI, art. 49 del Proyecto de 2001) y 2) queda descartado el recurso a *contramedidas preventivas*, decididas antes de la comisión del ilícito al que dicen responder.

Ahora bien, ¿cómo debe interpretarse este requisito del ilícito *previo*? No basta con alegarlo, es preciso que se haya realmente producido, aunque ello no desmiente que el DI haya conferido a los Estados la autocalificación de las situaciones jurídicas que les afectan. Por eso es suficiente condición la convicción de buena fe del Estado lesionado respecto de la existencia del ilícito. Si esa convicción no fuera fundada, si no concurriera el ilícito previo, las contramedidas serían ilícitas infringiendo los derechos subjetivos del otro Estado, que, a su vez, sería el lesionado. La práctica estatal es abundante en situaciones de este tipo.

El Estado es, pues, en origen, juez de su propia causa, pero en el ejercicio de tal facultad actúa sometido al riesgo de una inidónea apreciación del comportamiento del otro Estado o de una abusiva instrumentalización de tal facultad.

El proyecto de arts. de la CDI aprobado en primera lectura (1996) confería al Estado que, enfrentado en una controversia con otro, sufría contramedidas, el derecho de someter la controversia unilateralmente a un tribunal arbitral, cuya constitución regulaba (art. 58). Pero tal artículo, así como toda la parte del proyecto relativa a la solución de controversias, no resistió las iniciativas para acabar en él con cualquier atisbo de desarrollo progresivo del DI.

446. ¿Qué condiciones sustantivas deben cumplir las contramedidas?

El contenido de las (contra)medidas no es abierto ni ilimitado. Condición esencial es la *proporcionalidad*. El art. 51 del proyecto de arts. de la CDI (2001) especifica bajo esta rúbrica que “las contramedidas deben ser proporcionales al

perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión”.

La jurisprudencia internacional ha exigido taxativamente la observancia de este límite restrictivo desde el asunto del *Incidente de Naulilaa* (1928), en que el tribunal entendió excesivas, y por tanto ilícitas, represalias totalmente desproporcionadas en relación con el acto que las motivó. De la misma manera, el tribunal que resolvió el asunto relativo al *Acuerdo concerniente a los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia, de 27 de marzo de 1946* (1978), al examinar las medidas adoptadas por Estados Unidos contra Francia consideró que no parecían claramente desproporcionadas cuando se comparaban con las tomadas por la otra parte.

Pero, ¿cómo se enjuicia la proporcionalidad de una contramedida? La proporcionalidad es un concepto que pone en relación dos infracciones, los dos ilícitos: el cometido por el Estado infractor y el causado por la *contramedida*. En este sentido, la s. arbitral de 1978 relativa al *Acuerdo concerniente a los servicios aéreos* advierte que es fundamental en un litigio entre Estados tener en cuenta, no sólo los perjuicios sufridos por las empresas interesadas, sino también la importancia de las cuestiones de principio que plantea la violación alegada. Habrá que considerar, entonces, tanto el daño (en sus aspectos cuantitativos) como la trascendencia del interés protegido por las normas conculcadas y la gravedad de la violación (aspectos cualitativos).

Esta condición de la proporcionalidad jugó un papel muy relevante en *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997), en el que la Corte sostuvo que, aunque la negativa de Hungría a completar las obras constituía una infracción del Acuerdo de 1977 con Checoslovaquia, la asunción unilateral por este último país del control de un recurso compartido —los recursos naturales del Danubio, con la consiguiente desviación de las aguas— no respetó la proporcionalidad requerida por el DI.

Además, por razón de la sustancia, el contenido de las contramedidas no es abierto ni ilimitado. La prohibición de las *contramedidas armadas* en virtud del artículo 2.4 de la Carta, norma con rango de DI general (CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986), es taxativa, constituyendo una primera limitación material para las reacciones unilaterales en respuesta a ilícitos internacionales. Sólo ante un ataque armado puede un Estado recurrir, a fin de repelerlo, al uso de la fuerza haciéndolo, no a título de contramedida, sino de legítima defensa (CIJ, *ib.*) De acuerdo con esto, el proyecto de arts. de la CDI (2001) establece que las contramedidas no afectarán a “la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas” (art. 50.1.a). (V. Cap. XXVI).

Una segunda limitación sustantiva, de carácter genérico, que rige también para otras circunstancias extintivas de la ilicitud, radica en la prohibición de contramedidas que infrinjan normas imperativas de DI. Y ello debido a que la infracción de tales normas por el Estado lesionado conculca algo más que el

derecho subjetivo del Estado infractor, también los derechos de todos los demás destinatarios de la disposición y, con carácter general, los intereses de la *comunidad internacional en su conjunto*.

Ya en el asunto del *Incidente del Naulilaa* (1928), el tribunal arbitral sostuvo que la licitud de una contramedida dependía del respeto de las exigencias del humanitarismo, pero el desarrolladísimo ámbito creado por los tratados de derechos humanos, dice la CDI en su Informe de 2001, determina “ciertos derechos humanos inviolables que no pueden dejarse sin efecto ni siquiera en tiempos de guerra o en otra situación excepcional”. De ahí que en términos muy explícitos el art. 50.1 del proyecto de arts. mencione, para excluirlos del ámbito de las contramedidas, en el apartado *b*, las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales; en el apartado *c*, las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias (v. Convenios de Ginebra, 1949, y Protocolos adicionales, 1977); y, en el apartado *d*, el resto de las obligaciones que emanan de normas imperativas de DI general.

Finalmente, las contramedidas no deben incursionar en el Derecho diplomático y consular, a tenor de lo establecido en el art. 50.2.*b*, del proyecto de arts. (2001), que menciona como límites el respeto a “la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos”, en línea con lo establecido por la CIJ en *Personal diplomático y consular en Teherán* (1980), que recordaba el carácter de régimen independiente que tienen las reglas del Derecho diplomático, “que prevén el mal uso que puedan hacer de ellas las misiones y los miembros de la misión y precisa los medios de que dispone el Estado acreditante para hacer frente a tales abusos”.

447. ¿Cuáles son las condiciones procesales para la adopción y el mantenimiento de una contramedida?

El art. 52.1.*a* del proyecto de arts. (2001) ha sentado con claridad la obligación previa de reclamar al Estado responsable la cesación del ilícito, si éste continúa, y la reparación. En el apartado *b* del precepto citado se añade la obligación del Estado lesionado de notificar la adopción de las contramedidas al infractor y ofrecerle una vía negociadora.

De esta forma el proyecto codifica una práctica tradicional confirmada por la jurisprudencia. Así, en el asunto del *Incidente de Naulilaa* (1928), en el que el tribunal arbitral constató que los alemanes habían desencadenado *represalias* sin ninguna formalidad preliminar.

Aunque en el asunto sobre el *Acuerdo concerniente a los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia, de 27 de marzo de 1946* (1978) el tribunal arbitral consideró que en el estado actual de las relaciones internacionales no puede darse por sentada una regla que prohíba el recurso a las *contramedidas* cuando Estado lesionado e infractor se encuentran en curso de una negociación, cabe una

interpretación conforme de ambos pronunciamientos si se considera que hay obligación para el Estado lesionado de acudir a los medios de solución pacífica, pero no de esperar a su agotamiento; más aún si se tiene en cuenta que uno de los objetivos que puede perseguir el lesionado con la adopción de *contramedidas* es, precisamente, forzar al infractor a sentarse a la mesa de negociaciones o aceptar el sometimiento de la controversia a otros medios de arreglo. Las observaciones de los Estados en el seno de la Sexta Comisión de la AGNU han manifestado también su aprensión al automatismo en el desencadenamiento de una reacción unilateral que podría conducir a una escalada de recíprocas *contramedidas*, cada parte firme en sus apreciaciones subjetivas.

En *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) la Corte se pronuncia también con contundencia a favor de que el Estado lesionado se dirija previamente al infractor exigiéndole que cese en el ilícito.

No obstante, el proyecto de arts. (2001) excusa estos requisitos cuando admite la adopción por el lesionado de *contramedidas* urgentes “necesarias para preservar sus derechos” (art. 52.2). Inquietante acepción desde la perspectiva de una regulación limitativa de las *contramedidas*, puesto que el carácter urgente y la finalidad ínsita de preservación de derechos del lesionado descansan en la propia calificación de éste.

Finalmente, las *contramedidas* aparecen en todo el articulado como una figura excepcional, cuya provisionalidad es innegable y cuya temporalidad tiene como juez el comportamiento de quien la causó. Por eso, el art. 52.3 del proyecto de arts. (2001) exige la no adopción o, si ya se tomó, la suspensión “sin retardo injustificado” de una *contramedida* cuando se reúnan dos condiciones: que el hecho ilícito haya cesado y que la controversia que enfrenta a las partes y que ha justificado o justificaría la adopción de la *contramedida* se encuentra sometida a “una corte o tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes”.

Obsérvese que se ha recurrido al término *suspensión*, y no al de *terminación*, que se utiliza en el art. 53 del proyecto de arts. (2001) para exigir que se ponga fin a “las *contramedidas* tan pronto como el Estado responsable haya cumplido sus obligaciones en relación con el hecho internacionalmente ilícito...”. Si dotamos de contenido propio a los dos términos, la suspensión procede en un momento en que no se sabe cómo encajará el infractor la decisión de la corte...

448. ¿Cuál es la función y la finalidad de las *contramedidas*?

La *contramedida* es una medida de aplicación coactiva, adoptada contra un sujeto infractor del DI por el lesionado, “al objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban a tenor de lo dispuesto en la segunda parte” (art. 49 del proyecto de arts., 2001). Esto es, la *contramedida* se adopta para obtener la cesación del ilícito y/o para conseguir la reparación.

Las discusiones doctrinales giraron en su momento en torno a considerar si, además de su perfil reparador, podía incorporarse un perfil punitivo, el castigo de

los infractores de las obligaciones internacionales. Este sesgo penalizador ha sido cuestionado por algunos Estados en las observaciones al proyecto de arts. (2001) formuladas en el seno de la Sexta Comisión de la AGNU. Tampoco ayuda la práctica internacional, pues en ella se observa una distancia considerable entre los motivos invocados por los Estados y los subyacentes, objetivamente apreciables. Por añadidura, tal práctica, de dudosa legalidad, apunta más a reacciones de terceros Estados. En todo caso, una vez eliminada del proyecto la figura del *crimen* (v. Cap. XIX; tb. *infra*), han desaparecido cualesquiera connotaciones penales. Cesación del ilícito y/o reparación son las únicas finalidades de las contramedidas.

CII. LA NEGACIÓN DE LAS CONTRAMEDIDAS DE TERCEROS ESTADOS

449. *Planteamiento*

La aplicación coactiva descentralizada del DI ha sido caracterizada, como ya hemos advertido, por su esencia radicalmente bilateral. En este sentido ha quedado claro que es el Estado lesionado el legitimado para reaccionar frente a los ilícitos internacionales que le afectan. Esta visión tradicional, derivada de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia, se ha visto conmocionada, especialmente desde la década de los ochenta, por: 1) las interferencias de las reacciones descentralizadas con el sistema de seguridad colectiva y 2) la emergencia de intereses *comunitarios* que quiebran o debilitan la concepción bilateral de la responsabilidad internacional. Ambas han confluído aparentemente en la hiperactividad del C. de S., desplegada frenéticamente a partir de las medidas adoptadas contra Iraq por su invasión de Kuwait (1990), una vez que los Estados que la protagonizaban —los países occidentales encabezados por Estados Unidos— han encontrado en dicho órgano terreno abonado para imponer su voluntad política (v. Caps. XXVII y XXVIII).

450. *Reacciones descentralizadas y sistema de seguridad colectiva*

Al hilo de diversas crisis internacionales de hondo calado —la toma como rehenes del personal diplomático y consular estadounidense en Teherán por los *estudiantes* islámicos y el consiguiente apoyo prestado por el régimen *jomeinista* (1979), la intervención militar soviética en Afganistán (1979), el estado de emergencia decretado en Polonia por el general Jaruzelski, al que siguió una represión generalizada contra el sindicato *Solidaridad* (1982), la guerra de las Malvinas (1982) y las supuestas implicaciones de Libia y Siria en actividades de terrorismo internacional (1986)— Estados Unidos, secundado por algunos países

occidentales —salvo en el asunto de las Malvinas, en el que Argentina fue objeto de represalias económicas sólo por parte de Gran Bretaña y la CE— ha decidido recurrir a medidas de presión económica contra aquellos Estados que a su parecer habían infringido el DI (Irán, la URSS, Afganistán, Polonia, Argentina, Libia y Siria, respectivamente).

¿Fueron estas acciones expresión de la *aplicación coactiva* del DI? Tanto Estados Unidos como Gran Bretaña podían ser calificados como Estados presuntamente lesionados por los comportamientos de Irán (1979) y Argentina (1982). Hecha esta salvedad, las medidas se caracterizaron por: 1) su adopción por *terceros Estados*, no lesionados por los ilícitos imputados a Irán, la URSS, Polonia, Argentina...; 2) ser —en los asuntos más significativos— *sustitutorias* de la acción *sancionadora* del C. de S., decididas por los Estados occidentales, dado el bloqueo del Consejo a causa del ejercicio por la URSS de su derecho de veto; 3) un *contenido*, siempre de carácter económico, idéntico o muy parecido al que se había propuesto en el C. de S.; y 4) la defensa del DI presuntamente violado por los destinatarios de las *sanciones* como *finalidad* invocada por los Estados *sancionadores*.

Esta práctica *sancionadora* de terceros Estados invocaba una legitimidad superior, la de las instancias universales, la que inviste al C. de S. Pero olvidaba tanto los presupuestos constitucionales del sistema de seguridad colectiva como la función que en él tiene encomendada el Consejo. Conforme a los primeros, un proyecto de *sanción* vetado no es más que un papel en el *limbo de los justos* y no otorga un plus de legitimidad a quien quiere luego ejecutarla, desconociendo que el C. de S. la ha considerado inidónea. En lo que concierne a la función primigenia del Consejo, ésta es, como ya hemos advertido, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y no la persecución de ilícitos internacionales, no importa la gravedad de los mismos. Ante un crimen internacional el C. de S. puede actuar, pero no porque el Estado que lo ha cometido sea autor de un ilícito que interesa a la comunidad internacional en su conjunto —pues el Consejo no es órgano representativo de la misma— sino por considerar que la situación creada constituye un acto de agresión, un quebrantamiento o una amenaza a la paz y la seguridad internacionales (art. 39 de la Carta). Los mecanismos de la responsabilidad internacional y la subsiguiente reacción descentralizada frente al ilícito obedecen a una lógica distinta de la que rige la aplicación del Capítulo VII de la Carta.

Por consiguiente, si no se ha encomendado al C. de S. la *aplicación coactiva* del DI, menos aún puede un grupo de Estados arrogarse esta atribución por vía sustitutoria. Ni en el caso de los *ilícitos* corrientes—violaciones que sólo interesan al Estado lesionado— ni en el de las violaciones graves de obligaciones derivadas de normas imperativas del DI general, aunque su persecución y el castigo de los responsables trascienda del interés del sujeto lesionado.

Si se examina la práctica del Consejo se observa que las resoluciones adoptadas con fines *sancionadores* incluyen normalmente en sus *considerandos*, y no puede ser de otro modo, referencias concretas a los ilícitos

imputables a sus destinatarios. Pero no son definitorias, sino meramente indiciarias, de la actividad de un órgano que no funciona con poderes jurisdiccionales. Así sucedió en el caso de las sanciones decretadas contra Rodesia —res. 232 (1966)— y contra Sudáfrica —res. 569 (1985)— en las que aparece una común mención a la infracción de la libre determinación por el mantenimiento de los regímenes de segregación racial y las violaciones graves y masivas de los derechos humanos; ambas se adoptan en todo caso porque, a juicio del Consejo, las situaciones en Rodesia y en Sudáfrica eran constitutivas de una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Así ha venido sucediendo con posterioridad. Por ej., la res. 1343 (2001) constata el apoyo activo del gobierno de Liberia a los grupos rebeldes armados de los países vecinos y en particular su apoyo al *Frente Revolucionario Unido* de Sierra Leona, pero tal constatación sirve como base para calificar la situación de amenaza a la paz internacional y, a partir de ahí, en virtud de los poderes conferidos por el capítulo VII de la Carta, decidir un embargo de armas contra Liberia.

451. *Terceros Estados frente a violaciones graves de normas imperativas*

Las reacciones de terceros han encontrado, sin embargo, una creciente justificación en la práctica de los Estados que invocan la necesidad de responder a las infracciones particularmente graves del DI, considerando que las obligaciones internacionales violadas interesan a la *comunidad internacional en su conjunto*. La acuñación de nuevos conceptos jurídicos, como el *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes* y, fundamentalmente, la decantación en el proceso codificador de la noción de *violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del DI general* (art. 40 del proyecto de arts. de 2001) han originado tendencias favorables a la legitimación de reacciones colectivas (especialmente en los casos en que no cabe hablar de Estado lesionado, por ser las víctimas nacionales del propio infractor).

¿Acaso podían los *terceros Estados* extraer una legitimidad para su reacción *sancionadora* de la naturaleza especialmente grave de los ilícitos imputados a los países *sancionados*? Los Estados infractores habían, en la opinión de los occidentales, infringido la prohibición del uso de la fuerza (la URSS en Afganistán, 1979, Argentina en las Malvinas, 1982), el principio de no intervención en los asuntos internos de un Estado (la URSS en Polonia, 1982), la garantía de las libertades fundamentales de sus propios ciudadanos (Polonia, 1982, y Afganistán, 1979), los privilegios e inmunidades diplomáticos (Irán, 1979). Las obligaciones presuntamente violadas afectaban, pues, a principios fundamentales de la sociedad internacional

De ser así, ¿cuales son —desde el punto de vista de la *aplicación coactiva* del DI— las consecuencias de la comisión de una violación grave de obligaciones derivadas de normas imperativas del DI general? Éstas interesan ahora en orden a determinar si los terceros Estados, distintos del lesionado, pueden reaccionar con contramedidas o, incluso, si están obligados a hacerlo.

Habida cuenta de la fuerte querencia demostrada en la CDI por el Derecho vigente partamos inicialmente de la práctica. En el Informe de la CDI (2001) la

práctica esgrimida es la que ya hemos expuesto en el epígrafe anterior, con algún añadido. Invoca la CDI, junto a las medidas occidentales contra Polonia y la URSS (1981), unas anteriores de Estados Unidos contra Uganda, a cuyo gobierno se le atribuía la comisión de genocidio contra los propios ugandeses (1978), otras medidas de Estados Unidos contra Sudáfrica, por su política de *apartheid*, que superaban las decididas en NU (1986), las medidas colectivas de Estados Unidos y los países de la CE contra Irak en 1990, tras su invasión de Kuwait, imponiendo embargos comerciales y congelando los activos irakíes antes de que se adoptara la res. 661 (1990) del C. de S., que les dio posterior cobertura, las medidas colectivas contra Yugoslavia por la crisis de Kosovo en 1998, mediante las que los países europeos congelaron los fondos yugoslavos y prohibieron los vuelos con ese país.

Hay quien ha sostenido que esta práctica es suficiente para generar la norma que autorizaría la adopción de contramedidas colectivas. Hay, sin embargo, quien la ha enjuiciado como arbitraria, selectiva, reducida a los países occidentales y, por lo tanto, no general, y no siempre consistente en contramedidas. Hay, finalmente, quien ve en ella una innegable tendencia, todavía no definitiva, que tal vez todavía no merezca la calificación de *práctica* o *usus* a los efectos de la configuración de una norma consuetudinaria (v. Cap. XIII).

Nada impide, desde luego, que los Estados indirectamente lesionados adopten *retorsiones* frente al autor de infracciones de tal gravedad. Las retorsiones, en tanto que actos inamistosos, no están vedadas, a menos que lastimen el principio de no intervención (v. *supra*). Hasta podría sugerirse que una obligación de adoptarlas se deduciría del deber de cooperar que el art. 41.1 del proyecto de arts. (2001) impone a todos los Estados con la finalidad de que termine una violación grave. Debe, con todo, recordarse la difusa frontera que las separa de las represalias o contramedidas (v. *supra*).

En cuanto a las contramedidas de terceros, el debate en la CDI fue arduo. Según J. Crawford, en el proyecto de arts aprobado por la CDI en primera lectura (1996) el juego combinado de los arts. 41 —que definía *in extenso* al Estado lesionado— y 47 —que autorizaba la adopción de contramedidas por cualquier de ellos— implicaba en realidad la posibilidad de que cualquier Estado adoptara contramedidas contra el autor de *crímenes internacionales* (figura que se mantenía entonces en el célebre art. 19 del proyecto), independientemente de la voluntad del Estado *directamente* lesionado.

Siguiendo algunas de las propuestas de Crawford el Comité de Redacción que adoptó en segunda lectura el proyecto incluyó un art. 54 (*Contramedidas tomadas por Estados distintos del lesionado*) que rebajaba el régimen precedente distinguiendo, como punto de partida, la existencia o no de un Estado lesionado por la violación; de existir, la adopción de contramedidas por un tercer Estado dependería de que estuviese habilitado para invocar la responsabilidad del infractor y de que el lesionado le pidiese la adopción de las contramedidas en su interés. De no

existir un Estado lesionado, cualquier Estado habilitado podría adoptar contramedidas en interés de los beneficiarios de la obligación violada.

Las críticas de los Estados acabaron también con esta regulación, al sostener que el art. 54 no se basaba en el DI en vigor y expresar inquietud por su repercusión sobre las medidas colectivas adoptadas por las OI, siempre con la mente puesta en la acción del C. de S.

México, por ej., sostuvo que el mecanismo que se proponía implicaba una reforma del sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta de las NU, "permitiendo la adopción de medidas colectivas, decididas de manera unilateral, sin intervención del órgano central de la comunidad internacional y dejando al arbitrio de cada Estado establecer cuando se ha producido una violación grave, cuál es la naturaleza de la contramedida que se aplicará y cómo habrá de terminar la imposición de la contramedida". Con andanadas de este calibre la mayoría de los miembros de la CDI quedó convencida de la necesidad de suprimir la redacción propuesta para el art. 54.

El punto final del proceso codificador ha sido la fórmula escapista del proyecto de arts. definitivo (2001) cuyo art. 54 advierte que:

"este capítulo no prejuzga el derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del art. 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada".

Obsérvese que: 1) se sigue haciendo la distinción entre violaciones que cuentan con un Estado lesionado y otras que no; 2) se habla de medidas, y no de contramedidas, con lo que se amplía la posibilidad de recurso a otros medios de aplicación coactiva, inclusive la institucionalizada; y 3) la referencia a los Estados facultados por el art. 48.1 para invocar la responsabilidad de otro Estado nos remite al Estado no lesionado cuando la obligación violada guarda relación con el interés colectivo de un grupo del que dicho Estado forma parte o existe en relación con la comunidad internacional en su conjunto.

Se ha apuntado agudamente (C. Gutiérrez Espada) que esta cláusula, lejos de implicar una prohibición de las contramedidas de terceros, permite, muy al contrario, un régimen más amplio que el del texto anterior del art. 54, justo lo contrario que se pretendía. Al renunciar a pronunciarse el proyecto de arts. se abre a una desregulación peligrosa, al menos para quienes, como es nuestro caso, ven reflejada en la práctica habida en los últimos años una actitud selectiva y arbitraria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Además de la biblio. general sobre responsabilidad internacional (Cap. XIX), pueden consultarse los trabajos que se indican a continuación:

1. En cuanto a las medidas de autotutela, en lengua española: R. Paniagua, "Las represalias en el DI. Perspectiva histórica", *Rev. Jur. Cataluña*, 1984, 160; J. González Vega, "La destrucción de dos plataformas iraníes por EEUU: ¿Un nuevo supuesto de represalia armada ilícita?", *Rev. CIDOB*

d'Afers Internacionals, n° 12-13, 1988, 95; J. Pucyo, "El derecho a las represalias en tiempo de paz: condiciones de ejercicio", *REDI*, 1988-1, 9; *id.*, "Represalias, uso de la fuerza y crímenes internacionales en el actual orden jurídico internacional", *Cur. DI Vitoria* 1988, 45; M.A. Martín, "La terminación y la suspensión de los tratados internacionales a título de contramedida", *ADI*, 1999, 529; G. Hafner, "El derecho a las contramedidas en los artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado", *REEI*, n° 5, 2002; F. Villagrán, "Las represalias en el DI contemporáneo", *Hom. E. Rey Caro*, Córdoba, 2002, 699; J. Barboza, "Contramedidas en la reciente codificación de la responsabilidad de los Estados", *AADI*, n° 12, 2003, 15. **En otras lenguas:** Ch. Alibert, *Du droit de se faire justice dans la société internationale depuis 1945*, París, 1983; E. Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, Nueva York, 1984; A. de Guttry, *Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel DI*, Milán, 1985; M. Doxey, *International Sanctions in Contemporary Perspective*, Nueva York, 1987; O.Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in IL*, Oxford, 1989; L.A. Sicilianos, *Les réactions décentes à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, París, 1990; D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en DI public*, París, 1994; C. Focarelli *Le contromisure nel DI*, Milán, 1994; M. Malloy, *US Economic Sanctions: Theory and Practice*, La Haya, 2001; J.A. Frowein, "Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public IL", *R. des C.*, 1994, t. 248; L.F. Damrosch, "Enforcing IL through Non-Forcible Measures", *R. des C.*, 1997, t. 269, 9; D. Alland, "Countermeasures of General Interest", *EJIL*, 2002, 1221; J. Alcalde, "Contre-mesures et règlement des différends", *RGDIP*, 2004, 347; L.A. Sicilianos, "La codificación des contre-mesures par la CDI", *RBDI*, 2005, 447.

2. En cuanto a las sanciones de las OI, en lengua española: S. Ripol, *El desarrollo de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad de las NU (Contribución al estudio del concepto de sanción internacional)*, Bilbao, 2003; M.T. Comellas, "Las sanciones económicas en la práctica de las NU: ¿una nueva ortodoxia humanitaria?", *Hom. J.A. Carrillo*, Sevilla, 2005, 367; P. Andrés, "Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad", *ibid.*, 155; J.M. Portilla, "Naturaleza jurídica y contenido actual de las sanciones económicas. EL caso de Irak", *AMDJ*, 2005, 369. **En otras lenguas:** V. Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in IL. UN Action in the Question of Southern Rhodesia*, Dordrecht, 1990; *id.* (ed.), *UN Sanctions and IL*, La Haya, 2001; L. Picchio Forlati y L.A. Sicilianos, *Les sanctions économiques en DI/Economic Sanctions in IL*, Leiden-Boston, 2004; P. Walleensteen y C. Staibano (eds.), *International Sanctions. Between Words and Wars in the Global System*, Londres-Nueva York, 2005; N. Panebianco, "Le sanzioni economico-politiche delle OI regionali", *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. III, 219; M. Bennouna, "Les sanctions économiques des NU", *R. des C.*, 2002, t. 300, 9; J.D. Stalls, "Economic Sanctions", *ICLQ*, 2003, 115; D. Cortright y G.A. López, "Reforming Sanctions", en D.M. Malone (ed.), *The UN Security Council*, Boulder (Co.), 167.

3. En relación con las sanciones económicas de las CE, en lengua española: N. Elkin, *La actitud de las CCEE ante el conflicto de las Malvinas*, Lovaina, 1982; L. Pérez-Prat, *Cooperación política y CCEE en la aplicación de sanciones económicas internacionales*, Madrid, 1991; *id.*, "Sanciones económicas comunitarias. Dos casos paradigmáticos: las crisis yugoslava y libia", *GJ*, D-16, 1992, 167. **En otras lenguas:** J. Verhoeven, "CCEE et sanctions internationales", *RBDI*, 1984-85, 79; C.P. Lucron, "L'Europe devant la crise yougoslave: mesures restrictives et mesures positives", *RMC*, 1992, 7; P. Sturma, "La participation de la CE à des 'sanctions' internationales", *RMC*, 1993, 250; M. Vaucher, "L'évolution récente de la pratique des sanctions communautaires à l'encontre des Etats tiers", *RTDE*, 1993, 39; F.J. Jacobs, "Economic Sanctions and International Security: The Role of European Court of Justice", *Essays J.H. Jackson*, La Haya-Londres-Boston, 2000, 542. **El TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia;** entre los comentarios a la sentencia *Bosphorus*: M. Campins, *REDI*, 1996, 399; y, A. Olesti, *RDCE*, n° 1, 1997, 195; entre los comentarios a la sentencia *Racke*: v. biblio. cit. Cap. XII; en cuanto a la sentencia *Yusuf/Al Barakaat*: C. Tomuschat, *CMLR*, 2006, 537; e, I. Blázquez y C. Espósito, *REDE*, n° 17, 2006, 123.

PARTE CUARTA
**LA COEXISTENCIA ENTRE
ESTADOS: REPARTO DE
COMPETENCIAS Y ACCIÓN
EXTERIOR**

Capítulo XXI

Las competencias del Estado. La dimensión personal de la soberanía

CIII. CONSIDERACIONES GENERALES

452. Sobre el reparto de competencias entre los Estados

La soberanía abarca el conjunto de competencias regladas y discrecionales que el DI atribuye al Estado y que son ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto de los otros Estados (v. Cap. II). Tal ejercicio bascula, por ello, entre los polos de la soberanía propia y de la soberanía ajena. La coexistencia de una pluralidad de entes soberanos, de Estados, en la sociedad internacional llama, en evitación de conflictos, a la necesidad de articular normas que regulen la distribución de competencias entre ellos.

Es ésta una función del DI que ha venido dictada históricamente por la peculiar conformación de estas entidades políticas. La distribución competencial se realiza en concordancia con los elementos característicos del Estado (territorio, población y gobierno). Como entes territoriales que son, su competencia es, en primer lugar, *territorial*. En la medida en que cuentan con una población, determinada por el vínculo de la nacionalidad, ejercen una competencia *personal* sobre los nacionales cuando se encuentran fuera de su territorio. Por último, su condición soberana dota a los Estados de una dimensión exterior, de relación con los otros sujetos internacionales.

453. Sobre la competencia personal del Estado

El vigor de la competencia territorial explica el carácter parcialmente subsidiario de la otra base competencial tradicional del Estado: la competencia personal, que se afirma en función de la población, otro de los elementos constitutivos de la condición estatal (v. Cap. II).

El título válido para la actuación estatal se justifica por tanto en referencia a las personas que, definidas por el vínculo de la nacionalidad, componen su población, y también a los extranjeros (nacionales de otros Estados o apátridas) que se encuentran sobre el territorio nacional. En este sentido podemos hablar de una dimensión personal de la soberanía territorial. La competencia personal en

sentido estricto se proyecta al exterior, siguiendo a los nacionales que se sitúan en territorios no sometidos a la soberanía del Estado de la nacionalidad.

Debe el Estado determinar quienes son sus nacionales, en una operación que guarda ciertas analogías con la determinación de su territorio. Y, una vez establecidos los contornos de esa masa poblacional, a ella —y sólo en el territorio— se le suman las otras personas —extranjeros— que constituyen el todo de la población sobre la que el Estado territorial despliega sus competencias soberanas, con las limitaciones impuestas por el DI. En puridad, la competencia ejercida sobre nacionales y extranjeros que se encuentra en el territorio del Estado es esencialmente territorial. Por eso decimos que la competencia personal es parcialmente subsidiaria de la territorial, porque su invocación resulta superflua cuando se ejerce en el territorio del propio Estado, a menos que se pretenda condicionar el ejercicio de ésta alegando límites vinculados a la extranjería de los interesados.

En la dimensión *ad intra-territorio* de la competencia personal, la regla tradicional ha sido la de la discrecionalidad del Estado, que regulaba las cuestiones de nacionalidad, así como la entrada, permanencia, salida y estatuto de los extranjeros, con escasas intrusiones del DI en un ámbito reservado al Estado. Los nacionales eran primordialmente súbditos, los apátridas menos que eso y los demás extranjeros... nacionales de otro Estado, que merecían respeto en esta condición, más que en la de seres humanos, conforme a estándares internacionales cuya observancia podían reclamar las autoridades de la nacionalidad.

Así pues, también en esta dimensión de la competencia personal la vocación del DI era la de regular las relaciones estatales. De hecho, la fuente primordial de obligaciones internacionales en materia de extranjería residía en los tratados, de carácter bilateral, sobre establecimiento, navegación y relaciones consulares y en las disposiciones que quisieran brindarles los más generales tratados de amistad y buena vecindad.

La concepción cosificada del individuo se ha ido resquebrajando paulatinamente, gracias a la progresión de la normativa internacional sobre los derechos humanos (v. Cap. XXIX), aunque ésta, como comprobaremos, no ha avanzado al punto de afirmar como derechos subjetivos el disfrute efectivo de una nacionalidad o el libre acceso al territorio de un Estado extranjero. La progresión de los derechos de los individuos en cuestiones de nacionalidad y extranjería se ha evidenciado a escala interna, en los ordenamientos de los distintos Estados, sin que por ello pueda afirmarse la emergencia de normas consuetudinarias internacionales.

La dimensión *ad extra-territorio* de la competencia personal, siguiendo al individuo (o a la persona jurídica) fuera del Estado, se asienta, necesariamente sobre el vínculo que acredita su pertenencia a la comunidad estatal, para lo cual la nacionalidad es el concepto-llave. Lo mismo cabe decir del pabellón del buque y del registro de la aeronave. En un espacio internacional, no sometido a soberanía territorial, la competencia personal se ejerce con la misma intensidad que la

competencia del Estado en su propio territorio. Obviamente, cuando no es ese el caso, la competencia personal —como toda otra competencia extraterritorial— se aplica sobre bases muy limitadas y restrictivas, pues ha de desplegarse en el marco de la soberanía territorial de otro Estado cuyos poderes han de ser respetados.

La competencia personal tuvo una proyección seguramente desmedida en las relaciones de los países *civilizados* con los *bárbaros*. Los llamados regímenes de *capitulaciones*, la jurisdicción *consular* y, luego, los mismos *tribunales mixtos*, prosperaron del Imperio Otomano a Japón y la China, envueltos en tratados compulsivos, anatematizados por *desiguales*, y finalmente terminados. Incluso entre países *civilizados* hubo fueros privilegiados de extranjería durante buena parte del siglo XIX hasta que la implantación, a veces, revolucionaria, del principio de igualdad ante la justicia acabó con ellos (en España en 1868). Sin incurrir en estos excesos, el DI privado revela la disposición de los Estados a aplicar leyes personales y a reconocer y ejecutar decisiones extranjeras, en la medida en que no choquen con su propia legislación de vocación territorial y no sean incompatibles con su orden público. Asimismo se reconoce a la *Oficina consular* el ejercicio de determinadas funciones públicas que interesan a sus nacionales (y también, aunque en menor medida, a los extranjeros).

CIV. LOS NACIONALES

454. *El vínculo de la nacionalidad. Nacionalidad y ciudadanía*

La nacionalidad constituye el vínculo jurídico que une a un individuo con un Estado. La noción se encuentra históricamente unida en su origen a la concepción del Estado-nación, en tanto que prerrequisito que habilita, en principio, a quien lo posee para participar en la vida política de dicha comunidad estatal. Este concepto jurídico no surge *ex novo*, sino que debe considerarse como una solución político-jurídica situada en un punto concreto de la evolución de los vínculos (vasallaje, residencia...) que unen a las personas físicas con las sucesivas formas de organización política que se establecen en un momento histórico determinado (feudalismo, monarquías absolutas...). La relación de nacionalidad se suscita pues entre las personas físicas y las entidades estatales, aunque analógicamente se aplique también a la relación entre éstas y las personas jurídicas.

Determinados procesos de signo contradictorio —de integración y de desintegración estatal— autorizan, sin embargo, a llamar la atención sobre la eventual relevancia que, junto a la nacionalidad, puede tener a los efectos que aquí interesan la noción de *ciudadanía*, al menos en circunstancias especiales. Como sabemos, y así aparece consolidado en los preceptos constitucionales de muchos Estados (Colombia, México, Paraguay...), mientras que la nacionalidad sigue

cumpliendo la función de identificar la pertenencia del individuo a la comunidad estatal, el concepto de *ciudadanía* hace referencia a la capacidad del individuo para el ejercicio de los derechos políticos. De esta manera, todos los ciudadanos son nacionales, mientras que no todos los nacionales son ciudadanos (por ej., los menores de edad).

En el ámbito de la UE se atisban tímidos intentos de incidir parcialmente en el concepto de nacionalidad por la vía de estatuir una *ciudadanía* europea, acumulativa a la nacionalidad de los Estados miembros y reservada a sus nacionales (arts. 8-8 E TCE). Esta *ciudadanía* europea traduce sobre todo una concepción vinculada a la participación en la vida pública, limitada en el ámbito estatal, al menos por ahora, al derecho de voto y la elegibilidad en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia, aunque no se ostente su nacionalidad (art. 8 B.1 TCE), pero no agota su contenido en los derechos políticos y algunas de sus manifestaciones futuras dentro de un estatuto por hacer aún en gran medida podrían crear problemas de relación con la nacionalidad como determinante de una competencia personal. Por lo demás, esos problemas ya son visibles cuando se plantean los derechos y obligaciones, la asistencia y protección de nacionales de los Estados miembros en el marco de competencias transferidas a la CE.

455. La determinación de la nacionalidad, competencia estatal

La nacionalidad se concibe como un vínculo que describe la pertenencia de un individuo a un Estado. Aunque deba inicialmente afirmarse que es de la competencia exclusiva de los Estados regular las cuestiones relativas a la nacionalidad, la relevancia internacional de este vínculo jurídico hace que su determinación no sea indiferente al orden internacional. De ahí que si nuestro punto de partida —principio primero— es que corresponde a cada Estado determinar mediante su legislación quienes son sus nacionales, a continuación ha de precisarse —segundo principio— que esta competencia estatal se encuentra limitada por normas de DI, aunque éstas son escasas y relativamente imprecisas.

Si en 1923 la CPJI (*Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*), atendiendo al estado del DI de ese tiempo, declaró que las cuestiones de nacionalidad pertenecían, en principio, a la competencia interna de los Estados, la Convención de La Haya sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes en materia de nacionalidad (1930), tras pronunciarse en el mismo sentido, advirtió que la legislación interna no era garantía de oponibilidad frente a terceros Estados, a menos que se acomodase a los tratados, la costumbre y los principios de derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad (art. 1). Hay pues límites derivados del DI a la competencia del Estado para determinar quienes son sus nacionales.

Al afirmarse en el art. 2 de esta misma Convención que cada Estado resuelve conforme a su legislación si un individuo es o no su nacional, no se está remachando otra vez la regla de la competencia nacional, sino advirtiendo el carácter de las normas internacionales sobre la materia, que no pueden sustituir la competencia estatal para determinar la nacionalidad de un individuo, sino sólo imponer límites a su ejercicio, como condición de su oponibilidad a terceros. Tan

es así que la primera condición para la validez internacional de la nacionalidad de un individuo es la regularidad de su adquisición en virtud del Derecho interno del Estado de que se trate.

Como una expresión de lo dicho, los Estados miembros de la UE formularon una Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, aneja al TUE, en la que se determina que la cuestión de saber si una persona tiene la nacionalidad de tal o cual Estado miembro está regulada únicamente por referencia al Derecho nacional del Estado interesado.

Pero la validez interna de la nacionalidad no es la única condición.

456. Limitaciones a la competencia estatal: un vínculo “suficiente”

En primer término, como sabemos, los poderes del Estado se encuentran encorsetados por las limitaciones genéricas derivadas del DI y, en concreto, por la existencia de otras entidades soberanas. Por eso un Estado vulneraría los límites si decidiese nacionalizar a la fuerza a todos los extranjeros que residiesen en su territorio.

En segundo término, para que la nacionalidad otorgada a un individuo sea oponible a terceros en el orden internacional, es necesario que exista un vínculo *suficiente* entre dicho individuo y el Estado de que se trate. En otras palabras, la nacionalidad ha de responder a una relación o vinculación real entre el individuo y el Estado (CIJ, *Nottebohm*, 1955). Una nacionalidad *artificial*, concedida a un individuo por un Estado sin que se concite entre ellos dicha vinculación, sin perjuicio de su validez en el orden jurídico interno de dicho Estado, no será oponible en el plano internacional.

Pero ¿cuáles son los factores que deben ser tomados en consideración para determinar la existencia de un vínculo suficiente? Atendiendo a la sentencia de la CIJ en el asunto *Nottebohm*, dichos factores son múltiples, variando su importancia en función de las circunstancias de cada caso; la residencia habitual es un factor relevante, pero pueden apreciarse otros, como los vínculos familiares, el lugar en el que se encuentre el centro de los intereses del individuo, su participación en la vida pública de un país...

Por tanto, el DI no fuerza al Estado a que arme su legislación de criterios específicos a los efectos de la determinación de su nacionalidad, sea originaria o adquirida. Seguir los criterios del *ius soli* (otorgando la nacionalidad a los nacidos en el territorio del Estado) o los del *ius sanguinis* (concediendo la nacionalidad a los hijos de padre o madre nacional), imputar la nacionalidad propia por razón de matrimonio con un nacional o vincularla al domicilio o residencia habitual en el país, son todos criterios cuya adopción dependerá de la política de población que siga un determinado Estado, condicionado por su condición migrante.

457. ¿Otros límites a la competencia estatal?

Como expresión del carácter negativo de las normas internacionales sobre la nacionalidad y de que éste es un asunto primordialmente perteneciente a la competencia estatal, un recorrido por el Derecho comparado, analizando estos criterios, demuestra que ninguno de ellos ha conseguido cristalizar en normas de carácter consuetudinario.

Así sucede incluso con los dos modos predominantes de adquisición de la nacionalidad vinculados al nacimiento de la persona, el *ius sanguinis* y el *ius soli*, a despecho de alguna opinión doctrinal aislada que sí cree ver en estos principios auténticas normas consuetudinarias; de hecho, las legislaciones internas toman en cuenta uno, otro o bien una combinación de ambos, sin que las regulaciones puedan considerarse uniformes. Y lo mismo puede decirse de la adquisición de nacionalidad por matrimonio, por adopción, por fijar la residencia o domicilio en un determinado país... En todos los casos las legislaciones internas guardan las suficientes disimilitudes como para que deba concluirse que no nos encontramos ante normas internacionales y, como consecuencia de ello, ante limitaciones que el DI impone a la competencia estatal.

Sin embargo, en el ámbito de actuación de alguno de estos criterios de Derecho interno —en concreto en lo que hace al *ius soli*— sí puede detectarse alguna modesta limitación devenida norma de carácter consuetudinario. Es ampliamente aceptado que los hijos de las personas que gozan de estatuto diplomático no adquirirán la nacionalidad del Estado en el que se encuentra acreditado su progenitor por el hecho de nacer en el territorio de dicho país. Esta regla se configura como una excepción, como una limitación aceptada incluso por aquellos Estados que sustentan su legislación en las más radicales aplicaciones del *ius soli*. Ha sido, además, formulada en el protocolo facultativo, concerniente a la adquisición de la nacionalidad, anexo a la CV sobre relaciones diplomáticas (1961).

Por otra parte, se ha sostenido desde ciertos sectores doctrinales, sin que tales posiciones encuentren decidido apoyo en la práctica estatal, que la normativa internacional sobre derechos humanos, al concebir la nacionalidad como un derecho fundamental de la persona humana, erige nuevas limitaciones a la competencia de los Estados para legislar sobre la materia. Una vez nacida, la persona tendría derecho a una nacionalidad; también le asistiría el derecho a cambiar de nacionalidad y a no ser privado de ella arbitrariamente por su propio Estado. En apoyo de esta tesis se invoca el art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que menciona estos derechos. Pero en este punto, como en otros, la carencia inicial de obligatoriedad de la Declaración Universal no ha podido ser superada gracias a una práctica conforme con expresiones de un *deber ser* que no han sido acompañadas de la precisa determinación de los Estados que han de satisfacer tales derechos. El Pacto internacional de derechos civiles y políticos es, incluso, más escueto que la Declaración que estaba llamado a desarrollar, pues se limita a afirmar el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad (art. 24.3), una vez más sin pronunciarse acerca del sujeto que deba dársele.

En el ámbito iberoamericano, en cambio, la Convención americana relativa a los derechos del hombre, el conocido por *Pacto de San José* (1969), sí ha recogido adecuadamente este mismo derecho, al establecer que toda persona tiene el derecho a la nacionalidad del Estado sobre cuyo territorio ha nacido, si no tuviera el derecho a otra (art. 20)

En cuanto a la *privación de nacionalidad*, cabe constatar que la privación arbitraria de nacionalidad es incompatible con el estado de derecho y que los casos de desnacionalización como pena son afortunadamente infrecuentes, no faltando incluso los Estados cuyo Derecho interno prohíbe que esa sanción recaiga sobre los nacionales de origen, caso de España (art. 11.2 de la Constitución).

También por vía convencional se ha tratado de limitar la competencia discrecional del Estado, con el fin de evitar situaciones de apatridia (v. *infra*). En este sentido cabe mencionar la Convención sobre reducción de la apatridia (1961) que admite la privación de nacionalidad (art. 8.1) en los casos de naturalización fraudulenta, una residencia prolongada en el extranjero o conducta incompatible con los deberes de lealtad. Nada hay que objetar, por otro lado, a la privación de nacionalidad cuando responde a la adquisición de otra.

En los casos de *cambio de nacionalidad* existe una tendencia a prescribir como condición inexcusable el consentimiento de la persona a la que quiere otorgársele, pero determinados actos propios voluntarios, como el matrimonio o la pretensión de establecimiento en un país, pueden comportar la adquisición de la nacionalidad del cónyuge o del país de residencia.

La previa renuncia a la nacionalidad de origen no es prescrita por normas internacionales, sino por las reglas de Derecho interno que regulan la adquisición de la nueva nacionalidad.

Cada vez existen más Estados que permiten a sus nacionales de origen conservar este vínculo a pesar de que hayan adquirido otra nacionalidad (España, Francia, Gran Bretaña, Suiza, Portugal, Argelia, Nueva Zelanda, entre otros). Los cambios de la realidad internacional, y concretamente de los flujos migratorios, modulan en ese sentido las políticas legislativas. Un buen ejemplo de lo dicho lo constituye la reciente propuesta de cambio constitucional en México para permitir la doble nacionalidad, si pensamos en la incontenible riada de inmigrantes mexicanos que, regular o irregularmente, se encuentran en los Estados Unidos...

De ahí a reclamar para el cambio de nacionalidad el consentimiento del Estado cuya nacionalidad se abandona va un largo trecho. Cuando las leyes de éste lo prescriben o, incluso, llegan a prohibir a sus nacionales (por ej., Marruecos) la adquisición de la nacionalidad de otro país, pueden producirse situaciones patológicas.

458. La nacionalidad en la sucesión de Estados

Uno de los problemas que ha de afrontar la sucesión de Estados es la de determinar la nacionalidad de los individuos que componen la población de los

Estados concernidos por el proceso sucesorio. La práctica no es uniforme. En 1999 la CDI aprobó un proyecto de arts. sobre *Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados*, del que tomó cuenta la AGNU incorporándolo como Anexo de la Resolución 55/153 (2000) sin que por el momento se haya tomado ninguna decisión sobre su destino, reenviada en principio al 2008.

Si consideramos la práctica de la descolonización advertiremos que en unos casos (como el de los territorios administrados por Gran Bretaña), la *nacionalidad* se reguló por el Estado metropolitano; en otros, la mayoría, quedó en manos del Derecho interno del nuevo Estado. Ese fue el caso en la antigua *provincia* española de Fernando Poo y Río Muni, hoy Guinea Ecuatorial. Ello no impidió que la antigua metrópoli dispusiera de sus propias reglas para la conservación de nacionalidad por quienes hasta ese momento disfrutaban de ella en el territorio del nuevo Estado. También cupo una regulación en el acuerdo de sucesión cuando ésta consistió en una retrocesión territorial a otro Estado, como ocurrió cuando España *retrocedió* Ifni a Marruecos (1969), previéndose la conservación de la nacionalidad española por quienes la hubieran adquirido de conformidad con su legislación y un derecho de opción, ejercitable en un plazo de tres meses, para los nacidos en el territorio que se hubieran beneficiado de dicha nacionalidad.

En los supuestos de sucesión originados al margen del proceso descolonizador la solución vendrá dada, normalmente, por el Derecho interno del Estado sucesor. La CDI recuerda en su proyecto de arts. (1999) que la nacionalidad depende esencialmente del Derecho interno dentro de los límites trazados por el DI y afirma que los Estados concernidos deben promulgar sin demora injustificada una legislación que prevenga la apatridia, incluso temporal, de las personas cuya nacionalidad puede verse afectada por el proceso sucesorio, favorezca el principio de unidad familiar, se ordene sobre bases no discriminatorias y se aplique sin arbitrariedad. Los efectos perjudiciales de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de las personas y otros aspectos del estatuto personal han de ser resueltos por los Estados concernidos mediante acuerdos.

La CDI propone como punto de partida la presunción de que una persona cuenta con la nacionalidad del Estado en cuyo territorio tiene su residencia habitual. Éste no ha de imponer su nacionalidad a quienes residen habitualmente en otro Estado, pero debería otorgar un derecho de opción, ejercitable en un plazo razonable, a quienes guarden con él un vínculo apropiado, así como a quienes tuvieron en él su última residencia habitual antes de trasladarse a un país tercero. Asimismo, debería aplicar subsidiariamente el *ius soli* a los nacidos en su territorio si es el único medio para evitar su apatridia. El Estado predecesor, si continúa, no retira su nacionalidad a quienes la disfrutaban en tanto no han adquirido la nacionalidad de un Estado sucesor. Una nacionalidad concedida a una persona que no tenga con el Estado concernido un vínculo efectivo no será oponible a terceros a menos que conduzca a su tratamiento como apátrida.

Hasta aquí las líneas maestras del proyecto de arts. Hay quienes consideran que en lugar de preparar un tratado de codificación es preferible —siguiendo el ejemplo del Consejo de Europa (1996)— aprobar unas *Directrices* para guiar la práctica de los Estados.

En los casos en que un Estado reclama ser continuador del predecesor asumirá el principio de conservación de la nacionalidad por quienes ya la poseían y no adquieran la nacionalidad de otros Estados. Rusia y la RF de Yugoslavia han seguido esta directriz, que evita situaciones de apatridia a cambio de crear otras de múltiple nacionalidad. En los supuestos de unificación y absorción la nacionalidad del Estado se extiende sin problemas a quienes eran nacionales de los Estados fusionados o absorbidos (caso de la RF de Alemania).

Los problemas se plantean en relación con los Estados nuevos (y resucitados) resultantes de un proceso de disolución o de separación. Su libertad es prácticamente absoluta. El DI general sólo puede incidir sobre ella invocando una blanda y genérica obligación de los Estados sucesores de llegar a acuerdos para evitar situaciones sobrevenidas de apatridia como consecuencia de la sucesión (en el DI particular se cuenta con la Convención para la reducción de los casos de apatridia, art. 10), y una obligación más concreta prohibiendo la implantación de criterios discriminatorios o imponiendo el abandono del territorio a los residentes que no siguen la nacionalidad del nuevo Estado, algo que fue el régimen común de los tratados de paz al término de la Primera Guerra Mundial.

Cabe suponer que los nuevos Estados, en general, utilizarán criterios de nacionalidad que permitan atraer a los nacionales del Estado predecesor vinculados con el territorio del nuevo Estado. En este sentido, el domicilio o residencia habitual son particularmente apropiados (así, por ej., Ley sobre la sucesión de Ucrania, 1991, art. IX). También cabe esperar que, de seguirse otro criterio (por ej. un criterio étnico, como el que decidía la segunda identidad en la URSS o en la vieja Yugoslavia), reconocerán a los domiciliados y residentes habituales, nacionales del Estado predecesor, un derecho de opción. Este derecho —que en América latina fue endosado por la Convención americana sobre Nacionalidad (1933, art. 4)— ha sido afirmado por la *Comisión Badinter* en relación con las minorías serbias en Croacia y en Bosnia y Herzegovina (dictamen núm. 2, de 11 de enero de 1992).

No obstante, el principio étnico subyacente a los procesos de separación y el afán por consolidar sobre estas bases el nuevo Estado han animado también planteamientos restrictivos que pueden llegar a ser incompatibles, por discriminatorios, con derechos humanos fundamentales. La condición de extranjería sobreviene como consecuencia de la aplicación de leyes que conciben la nacionalidad para servir identidades étnicas y, por ello, encaminadas a la segregación, al extrañamiento político y social de individuos de otras etnias, que venían residiendo desde siempre en, el territorio del nuevo Estado. En este sentido, la legislación de algunas antiguas repúblicas soviéticas y yugoslavas debe ser puesta en cuarentena.

Así, por ej., la de Estonia y Letonia ha podido ser censurada, en la medida en que, reconociendo bajo ciertas condiciones la posibilidad de que la población rusoparlante *adquiriera* su nacionalidad, ésta les fue como primera medida denegada, privándoles de derechos políticos y permitiendo así la configuración de instituciones *democráticas y representativas* que burlaban a un porcentaje considerable de la población del territorio. En casos como éstos la extranjería sobrevinida por imperio de la ley es una tapadera de discriminaciones condenables.

Asimismo, la Ley croata sobre nacionalidad (1991) que entiende por nacionales de dicho nuevo Estado no sólo a todas las personas que en la antigua Yugoslavia poseían la ciudadanía secundaria de la entonces República Socialista de Croacia, sino también a las que, careciendo de dicho vínculo, sean miembros del pueblo croata y residan en su territorio, lo que significa que personas con residencia permanente en Croacia que no sean croatas o no hayan ostentado la ciudadanía de la antigua república devienen extranjeros en su propio lugar de residencia, pudiendo concedérseles la naturalización sólo si prueban conocimientos suficientes de la lengua croata y si declaran que aceptan la cultura croata. Esa política discriminatoria y segregacionista, sufrida fundamentalmente por la minoría serbia, fue incluso ratificada por una decisión de la Corte Constitucional Croata (1993), basándose en la discrecionalidad de los Estados para decidir quiénes son sus nacionales.

Por último, los problemas de sucesión en materia de nacionalidad al hilo de la aparición de nuevos Estados pueden, en ocasiones, originar reacciones de otros Estados, no afectados directamente por la sucesión, pero sí *interesados*.

Así, por ej., Italia ha reconocido a los residentes en el territorio esloveno incorporado a Yugoslavia en 1947 la posibilidad de recobrar la nacionalidad italiana sin renunciar a la eslovena. Conductas como ésta pueden plantear recelos en el nuevo Estado. Políticas de nacionalidad pueden ser el preludio de una reivindicación territorial posterior.

459. La doble nacionalidad

Los supuestos de personas con doble nacionalidad pueden ser, bien el resultado de conflictos de leyes, debido al efecto acumulativo de distintos criterios de determinación de la nacionalidad (doble nacionalidad *de hecho*), o bien fruto del acuerdo de Estados que deciden conceder a sus nacionales tal posibilidad (doble nacionalidad *convencional*).

Si la doble nacionalidad *de hecho* es una situación que los Estados han pretendido erradicar cuando se trata de la nacionalidad de origen —de ahí la celebración de tratados como la Convención europea sobre la reducción de casos de múltiple nacionalidad (1963)— la doble nacionalidad *de hecho* en supuestos de naturalización (v. *supra*) y la doble nacionalidad *convencional* responden a políticas unilaterales o concertadas que atienden a consideraciones históricas, culturales y migratorias.

No hay duda, como ha destacado la doctrina, que la admisión de la doble nacionalidad es un magnífico indicador de permisividad con el individuo para que éste designe, componga su identidad, construya libremente sus lealtades. En esta dirección cabe citar, en el marco del Consejo de Europa, la adopción, el 2 de noviembre de 1993, del segundo Protocolo de enmienda de la Convención europea sobre la reducción de casos de múltiple nacionalidad (1963), por el que se permite al individuo conservar la nacionalidad de origen cuando adquiere la de otro Estado parte en cuyo territorio ha nacido y reside, o viene residiendo desde los dieciocho años, en los casos de matrimonio o cuando los padres son nacionales de diferentes Estados partes.

El artículo 11.3 de la Constitución española (1978), al disponer que el Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España, sanciona una práctica iniciada en 1958 con Chile y seguida después con una decena más de países: Perú y Paraguay (1959), Bolivia, Guatemala y Nicaragua (1961), Costa Rica y Ecuador (1964), Honduras (1966), República Dominicana (1968) y Argentina (1969).

En los supuestos de doble nacionalidad *convencional* se aplica, a efectos prácticos, el principio de efectividad. Tal como se presenta en los tratados una de las nacionalidades se conserva latente mientras que la otra —la del país de residencia o domicilio del individuo— despliega plena eficacia. Como puede observarse, se ha optado por establecer un sistema que, permitiendo la coexistencia del doble vínculo individuo/Estado, hiberna el que despliega una menor efectividad. Y si el individuo regresa al país de la nacionalidad latente, ésta devendrá eficaz, mientras que entrará en hibernación la otra.

460. La apatridia

Es apátrida quien no es considerado como nacional por ningún Estado, según define la Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 1954). Al carecer de nacionalidad, se encuentran consecuentemente faltos, a excepción de los derechos humanos incluidos en el estándar mínimo, de todos los derechos y beneficios inherentes a la condición de nacional de un Estado, fundamentalmente de la protección diplomática (v. Cap. XXII). El apátrida es el extranjero *absoluto*.

La situación de la apatridia se encuentra íntimamente ligada a la inexistencia de obligaciones positivas del Estado en materia de atribución de nacionalidad. Es un hecho que las causas por las que una persona deviene apátrida provienen generalmente, salvo las situaciones de apatridia masiva o pérdida de nacionalidad por vía sancionadora, de los efectos perversos que provoca el juego de los criterios estatales de atribución de nacionalidad al confluir en una persona dada.

Por ej., supongamos que un Estado impone la pérdida de la nacionalidad al nacional que contrae matrimonio con un extranjero, mientras que el Estado del otro contrayente no contempla la adquisición de nacionalidad por matrimonio con uno de sus nacionales; en ese caso uno de los cónyuges devendrá apátrida. O bien, si una criatura nace en un país regido por el *ius sanguinis*, siendo sus padres nacionales de otro país cuya nacionalidad se adquiere estrictamente por aplicación del *ius soli*, entonces dicha criatura también será apátrida.

Los reiterados esfuerzos por eliminar la apatridia han chocado contra la obsesión estatal de no ver recortados los poderes para regular discrecionalmente las cuestiones relativas a la nacionalidad. Es a este respecto significativo que la Convención de las NU sobre reducción de la apatridia (1961) entrara en vigor sólo en 1975 y cuente aún hoy con un escaso número de Estados partes (treinta y tres, en octubre de 2006, entre ellos Bolivia, Costa Rica, Guatemala y Uruguay).

461. *Nacionalidad de las personas jurídicas, navíos, aeronaves y objetos espaciales*

La determinación de la nacionalidad de las *personas jurídicas* es un requisito esencial a los efectos del ejercicio por un Estado de la competencia personal extraterritorial y, especialmente, de la protección diplomática. Sin perjuicio de un tratamiento más amplio cuando se aborde el estudio de esta última institución (v. Cap. XXII), cabe mencionar aquí que la nacionalidad de las personas jurídicas incumbe también a la competencia estatal, como declaró la CIJ (*Barcelona Traction*, 1970), que entendió que el DI encara este tema de modo limitado, en analogía con las reglas que regulan la nacionalidad de los individuos.

Siendo el criterio tradicional de la nacionalidad de una persona jurídica el del Estado bajo cuya legislación se ha constituido y en cuyo territorio encuentra su sede, no constituye ésta, sin embargo, una regla que imponga el DI. Las legislaciones nacionales recurren también a otros criterios igualmente válidos, como el del *control* de la sociedad, que se asienta sobre la nacionalidad del grupo mayoritario de los accionistas. Ello llevó a la CIJ a excluir explícitamente en el caso de las personas jurídicas la aplicación de la doctrina del vínculo efectivo como límite de la libertad estatal en la materia.

También se ha proyectado sobre los *buques* la exigencia de una adscripción nacional con la finalidad de designar el Estado que sobre ellos ha de ejercer jurisdicción. El principio que rige igualmente, como formuló de antiguo el TPA (*Boutres de Mascate*, 1905), es el de la libertad del Estado para decidir a quien otorgará y bajo qué condiciones el derecho de enarbolar su pabellón. Esta línea siguió, consecuentemente, la Convención de Ginebra sobre alta mar (1958, art. 5), añadiendo la exigencia de que exista un vínculo *efectivo* entre el Estado y el navío y, *mutatis mutandis*, la CONVEMAR (1982, art. 91). Esta insistencia en la efectividad del vínculo entre el Estado del pabellón y el buque que lo enarbola (v. s. arbitral en *Pesca en el Golfo de San Lorenzo*, 1986) busca combatir la práctica de los *pabellones de complacencia* (v. Cap. XXIV).

En cuanto a las *aeronaves civiles*, la Convención de aviación civil internacional (Chicago, 1944) sienta el criterio del Estado de matriculación como determinante de la nacionalidad (art. 17) y deja en sus manos la competencia para determinar cómo ha de realizarse (art. 19). La Convención admite el cambio de matrícula, pero prohíbe la doble matriculación (art. 18).

Sin embargo, al concederse (art. 77) la posibilidad de que dos o más Estados constituyan organizaciones de explotación conjunta del transporte aéreo o de que existan organismos internacionales dedicados también a dicha explotación, las normas sobre nacionalidad y, en concreto, la prohibición de la doble matriculación, deben ser matizadas. El Consejo de la OACI, competente en la materia, propuso a los Estados en 1968 soluciones alternativas: o bien la designación del Estado propietario de la aeronave, o bien la designación de uno de los Estados por cuenta y en nombre del conjunto de los interesados (v. Cap. XXIII).

La nacionalidad de los *objetos espaciales* viene determinada por las reglas del Convenio sobre registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (Nueva York, 1974). De nuevo el criterio utilizado (art. II) es el del Estado de la matriculación, de la que es responsable el Estado del lanzamiento. Este, a su vez, había sido definido previamente por el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1972, art. 1) como: 1) el Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial; ó 2) el Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial.

CV. LOS EXTRANJEROS

462. *Discriminación en blanco y negro*

Partimos inicialmente de una definición amplia y negativa del *extranjero* como la persona que no está unida por el vínculo de la nacionalidad al Estado en cuyo territorio se encuentra. Por tanto, son extranjeros tanto los apátridas como quienes ostentan la nacionalidad de otro Estado.

El régimen relativo a los extranjeros se configura como una manifestación de los poderes soberanos que el Estado proyecta sobre las personas que se encuentran en su territorio a las que no considera nacionales. Es el Estado *territorial* el que regula todas las circunstancias relativas a los extranjeros (admisión al territorio del Estado, estatuto mientras permanecen en él, salida). El conjunto de reglas conforma un *corpus* nacional de Derecho de extranjería. Sin embargo, la competencia estatal no está exenta de limitaciones impuestas por el DI. La fuente más importante de la que surgen se encuentra en los tratados, aunque la propia práctica estatal ha generado normas generales de carácter consuetudinario.

Históricamente la percepción que los Estados tienen del *extranjero* y de las situaciones jurídicamente relevantes en las que puede encontrarse inmerso ha variado a expensas de los cambios producidos en su condición económica y social. Esquemáticamente, y con una visión algo reductora, puede decirse que del extranjero cualificado de finales del siglo XIX, extranjero *civilizado* de procedencia occidental, en escaso número, radicado en países latinoamericanos o asiáticos, con fuertes intereses económicos sobre el terreno, se ha pasado a finales del siglo XX al extranjero *bárbaro* e indocumentado, inmigrante irregular del *Sur* (v. *infra*) que pretende asegurar su subsistencia acudiendo en masa al reclamo del confort y las oportunidades deparadas por y en el estado del bienestar occidental (mientras dure), impetrando eventualmente, con razón o sin ella, la concesión de asilo y protección de refugiado (v. Cap. XXX).

Ese perfil histórico del *extranjero* ha connotado las soluciones jurídicas avanzadas por el DI. De un DI sólo de los *civilizados*, discriminatorio y protector de los intereses de las potencias coloniales e imperialistas (y de las personas y propie-

dades de sus nacionales en tierra extraña), que afirma la superioridad de un *estándar internacional mínimo* de derechos de los extranjeros frente al principio de equiparación a los nacionales (defendido por los países latinoamericanos) se pasó a un *DI universal* en el que el progreso evidente de la normativa sobre derechos humanos, aun destiznando de resabios imperialistas el concepto de *estándar mínimo*, no ha recorrido el camino suficiente para que se consagren en favor del extranjero derechos como el de entrada en el territorio de un Estado o el goce de derechos políticos, algunos de los cuales encuentran plasmación de *legiferenda* en la Declaración Universal de 1948.

Sigue siendo un dogma el deber del Estado de respetar en la persona de los extranjeros que se encuentran en su territorio el derecho del Estado de su nacionalidad a que sean tratados conforme a las normas de DI. Sólo que ahora éstas deparan derechos reconocidos a cualquier individuo, por lo que puede decirse que en su conjunto la protección internacional de los derechos humanos ha beneficiado más, comparativamente, al nacional respecto de su propio Estado que al extranjero, que sigue dando pie a discriminaciones que no se permiten ya con base en la raza, en el sexo, en la religión o en la lengua.

Formando los *extranjeros* un grupo heterogéneo, pueden distinguirse en él, a efectos de régimen jurídico, distintas categorías, entre ellas: 1) la de los que gozan de estatuto diplomático (v. Cap. XXV); 2) la de los que tienen la condición de refugiado (v. Cap. XXX); 3) la de los nacionales de Estados pertenecientes a la *familia* (por ej., UE)... En realidad, sobre un mínimo uniforme proliferan los regímenes particulares más variados, multilaterales y bilaterales, sectoriales y generales; 4) la de los *ex nacionales*, nuevos extranjeros, incluso apátridas, sobrevenidos como consecuencia de las leyes de nacionalidad promulgadas por los Estados implicados en un proceso de sucesión, descolonizador o no (v. *supra*).

La comparación de algunos regímenes cualificados de extranjería ilustra las tensiones y tendencias contradictorias del trato a los extranjeros. Así, mientras que para los ciudadanos de la UE se difumina la frontera jurídica entre el nacional y el extranjero, hasta el punto de definirse como extranjeros sólo a los nacionales de terceros Estados, el derecho de asilo y refugio se enfrenta, por el contrario, a fuertes retrocesos y la libre circulación de las personas procedentes de países en vías de desarrollo choca con las barreras administrativas y policiales que erigen los países desarrollados en su ansiedad por frenar los flujos migratorios incontrolados.

463. Admisión y permanencia

La *admisión de extranjeros* —a salvo las particularidades de las solicitudes de asilo y refugio (v. Cap. XXX)— se encuentra sometida a la legislación interna del Estado territorial, sin que exista una obligación de admisión fundada en el DI General. El principio es, pues, la libertad del Estado, salvo que existan obligaciones convencionales.

La regla de la Declaración Universal de 1948 (art. 13.1) que establece que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado no deja de ser una declaración piadosa, desmentida rotundamente por la reiterada práctica de los Estados. Se ha argumentado que no encontrarían la conformidad del DI las prohibiciones de entrada a extranjeros que fueran discriminatorias. Sin embargo, los Estados que rehúsan la entrada a un extranjero no están obligados a motivar su decisión y, en todo caso, en el estado actual de desarrollo del DI, nada avala que el extranjero pueda ser titular de un derecho a entrar en el territorio de un Estado del que no es nacional sólo porque otros extranjeros de la misma talla sí sean autorizados a acceder a él.

Lo dicho no obsta para que algunos ordenamientos internos configuren la situación del extranjero a efectos de la entrada en el territorio nacional con perfiles bien cercanos a los de un auténtico derecho subjetivo.

En el caso español, las condiciones de entrada de los extranjeros, con exclusión de los nacionales miembros de otros Estados de la UE, son dispuestas por la L.O. 7/1985 (art. 11.1) en términos de amplísima discrecionalidad administrativa; no se trata ya de la documentación requerida, que supone en muchos casos la resurrección del visado, ni de la lógica exclusión de delincuentes, asociales e indeseables, insertos en las correspondientes listas de no admisibles, sino de esa justificación de medios económicos que pende como una oscura amenaza sobre el periplo viajero del extranjero, no sólo visado sino, también, (re)visado.

A los nacionales de los Estados miembros de la UE se les reconoce, en tanto que ciudadanos de la Unión, el derecho de circular y residir libremente en el territorio común, con sujeción a las limitaciones y condiciones prevista en el propio Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (art. 18 TCE). Ahora bien, instaurar un ámbito espacial en el que rijan la libre circulación de las personas que en él se encuentran implica tanto la supresión de las fronteras intracomunitarias como la exacerbación de los controles en la nueva frontera *exterior* de la Unión, que se encamina a este objetivo gradualmente, obstaculizado por los miembros más sensibles a la conservación de prerrogativas soberanas y, entre los que han decidido avanzar más rápido (*Grupo de Schengen*), por las crecientes exigencias de las políticas de seguridad.

En cuanto a la *expulsión* —que debe distinguirse de la *no admisión*— de los extranjeros, se trata también de una cuestión bajo el poder discrecional del Estado. Ahora bien, si el DI General no establece ninguna limitación, los tratados multilaterales reguladores de los derechos humanos sí contienen algunas.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966) admite la facultad del Estado de expulsar a los extranjeros, pero únicamente en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y permitiendo a la persona objeto de la medida que argumente las motivaciones contrarias a su expulsión y que pueda presentar a revisión de la autoridad competente su caso, salvo que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional. De este precepto puede deducirse el amplio margen de discrecionalidad que sigue jugando en favor del Estado, obligado sólo a no actuar arbitrariamente, a no realizar expulsiones colectivas y a motivar sus decisiones al amparo de su legislación de extranjería.

La deportación masiva de extranjeros como medida de naturaleza política no es sólo una práctica de otro tiempo. Kuwait, por ej., pagó la actitud pro-iraquí de la OLP y otras organizaciones palestinas en la llamada *Guerra del Golfo* con masivas deportaciones de palestinos residentes en dicho Emirato. Kuwait era, además, un país en el que, gracias a sus restrictivas y discriminatorias leyes de nacionalidad, sólo un diez por ciento de la población gozaba de este privilegio, mientras que el resto de los residentes conformaba una masa trabajadora de *extranjeros* carente de derechos políticos, a pesar de su profunda imbricación en la vida laboral, social, e incluso en el aparato administrativo, kuwaití. Más atrevida es la propuesta programática del partido *Nuestra Casa Israel*, que ha entrado en el gobierno de coalición israelí en octubre de 2006, de deportar a una parte de sus propios ciudadanos, los de origen árabe.

Los Estados, en el libre ejercicio de su competencia doméstica, sí pueden autolimitar su facultad de expulsar a los extranjeros, sometiéndola a determinadas condiciones, y eso es lo que se espera de un estado de derecho.

Así, por ejemplo, en España la LO 7/1985 enumera (art. 26.1) los supuestos que pueden dar lugar a la expulsión: 1) encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la pertinente prórroga de estancia; 2) no haber obtenido permiso de trabajo y estar trabajando, aunque tenga el permiso de residencia; 3) estar implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado; 4) haber sido condenado dentro o fuera de España por conducta dolosa sancionada en nuestro país con pena privativa de libertad superior a un año; 5) carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales. Conforme a la Ley (arts. 34 y 35) las resoluciones administrativas sancionadoras son recurribles tanto dentro como fuera de España. En cambio, si se trata de un nacional comunitario la expulsión sólo puede decretarse por razones probadas de orden, salud o seguridad públicas (R. D. 766/1992 y 735/1995).

Como parece lógico, la expulsión de los extranjeros y su deportación, una vez decretada según un proceso judicialmente regular, sólo será posible si los expulsados encuentran acogida en el territorio de otro Estado. En este sentido las autoridades de deportación tendrán en cuenta que un Estado se encuentra obligado a recibir en su territorio únicamente a sus nacionales. Además, en el trámite de la deportación el trato al extranjero debe responder al estándar mínimo internacional, y más concretamente, han de eludirse los tratos inhumanos o degradantes. Ambas cuestiones se han encontrado vinculadas en supuestos de la práctica internacional en los que, a la expulsión en la frontera de un Estado de uno o varios extranjeros, no ha seguido su admisión en el territorio del convecino, produciéndose estancias a veces prolongadas en las mal llamadas *tierras de nadie*. La conculcación de los derechos humanos por el Estado deportador, que sigue siendo como soberano territorial internacionalmente responsable de los mismos, parece entonces evidente.

Fundamentalmente ligada al combate que los Estados occidentales han entablado contra la inmigración irregular se encuentra la frecuente práctica convencional de los acuerdos de readmisión, tratados bilaterales por los que el Estado por el que han transitado los inmigrantes o frustrados solicitantes de asilo antes de ser rechazados en las fronteras comunitarias se compromete a readmitirlos o incluso deportarlos hacia sus países de origen. (Sobre el principio de *no devolución* que ampara a los peticionarios de asilo, v. Cap. XXX).

464. Régimen de extranjería

La *permanencia* de los extranjeros en el territorio de un Estado, una vez que han sido admitidos, suscita la cuestión de su trato y si el DI erige limitaciones o afirma derechos en su favor que mediatizan la competencia del Estado territorial para normar las situaciones de extranjería. La primera fuente de derechos para los extranjeros y, consecuentemente, de obligaciones para el Estado territorial viene constituida por los tratados celebrados por éste, bilaterales o multilaterales.

Ejemplo de éstos es el TCE, con vocación reguladora cuasi omnicompreensiva y casi desvirtuadora de la distinción entre nacionales y extranjeros en determinados ámbitos de la actividad económica, que instaure las libertades comunitarias de circulación de personas, establecimiento y prestación de servicios.

En cuanto a los tratados bilaterales, cabe mencionar los tratados de establecimiento (comercio y navegación) que específicamente tienen por objeto regular las condiciones jurídicas que afectan a los nacionales de cada parte cuando se encuentran en el territorio de la otra; los convenios de Seguridad Social; los convenios para evitar de doble imposición. También ha sido tradicional la incorporación de cláusulas específicas de trato a los respectivos nacionales en los tratados de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación.

Estas cláusulas suelen responder a una tipología característica y ya añeja en la práctica internacional, distinguiéndose la cláusula de *reciprocidad* o *trato nacional*, que confiere los mismos derechos a los nacionales en los respectivos países, o la cláusula de *nación más favorecida*, por la que un Estado concede a los nacionales de otro el mejor trato que se otorga a los nacionales de un tercer país (eventualmente con algunas excepciones). (V. Cap. XVI).

Especial mención merecen los más de dos mil acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (“APPRI”) celebrados en las últimas décadas (España ha celebrado más de sesenta). Los APPRI se configuran como acuerdos de promoción de las inversiones de los nacionales de cada parte en el territorio de la otra mediante la asunción no sólo de la obligación de admitir las inversiones realizadas de conformidad con su propia legislación sino, sobre todo, de asegurarles un determinado estándar de protección.

Las partes se obligan normalmente a otorgar a los inversores de la otra parte: i) un trato justo y equitativo; ii) el tratamiento que reciben las inversiones nacionales (trato nacional); iii) una indemnización adecuada y efectiva en caso de expropiación directa o “indirecta”; iv) el derecho a la libre transferencia de las rentas obtenidas. Además, la inserción en ellos de cláusulas de la nación más favorecida (v. Cap. XVI) ha traído aparejada una cierta multilateralización del régimen de protección que dispensan. Estos acuerdos prevén la posibilidad de que el inversor extranjero acuda directamente al arbitraje internacional frente al Estado huésped de la inversión en caso de incumplimiento por éste de las obligaciones de protección asumidas convencionalmente (V. Cap. XXII).

En defecto de reglas convencionales parece asentado en la actualidad por reiterados pronunciamientos judiciales que el Estado territorial está obligado a

respetar en la persona de los extranjeros el ya mencionado *estándar mínimo*, concepto que implica la afirmación de determinados derechos en su favor. En origen el concepto de *estándar mínimo* se encuentra vinculado al ejercicio de la protección diplomática y a los desarrollos de responsabilidad internacional por daños a las personas y propiedades de extranjeros, fundamentalmente europeos y estadounidenses, que se encontraban afincados en países latinoamericanos. Estos formularon la *doctrina Calvo* —defensora de conceder a los extranjeros el mismo trato que a los nacionales, por medio de la renuncia a la protección diplomática— como instrumento para impedir que prosperaran las reclamaciones (v. Caps. XIX y XXII).

Dados sus objetivos, el *estándar mínimo* se nutrió del derecho de los extranjeros a un proceso judicial adecuado, a obtener protección ante situaciones de desorden público, a que se les garantizara el pacífico ejercicio de sus derechos de propiedad y, en caso de expropiación, a obtener una indemnización pronta, adecuada y efectiva. La noción encontró un cierto acomodo en la jurisprudencia arbitral que solventó algunas de las controversias habidas.

Al respecto es ilustrativo lo que advirtió el Presidente de la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos/México (*Roberts*, 1926), al señalar que la igualdad de trato de extranjeros y nacionales puede tener importancia al juzgar la legitimidad de una reclamación motivada por el maltrato a un extranjero, pero no es el criterio para juzgar la conformidad de los actos de las autoridades frente al DI, ya que, en términos generales, ese criterio es el de si los extranjeros han sido tratados de acuerdo con las normas elementales de la *civilización*. Habida cuenta del carácter discriminatorio del DI de la época, no resulta sorprendente que el contenido del *estándar mínimo* y el mismo concepto fuese impugnado por quienes veían en él un criterio de dirección única, a menudo apreciado, además, con una notable falta de rigor en la consideración de las circunstancias que habían rodeado el caso concreto.

El impacto que la normativa sobre los derechos humanos ha producido en el DI de extranjería ha decantado y dado un nuevo rumbo al concepto y nutrido el contenido del *estándar mínimo*, aunque siga existiendo incertidumbre sobre los derechos que incluye. Sin ánimo de ser exhaustivo, y únicamente a efectos explicativos, podría considerarse que constituyen parte fundamental de dicho *estándar mínimo*, entre otros, los siguientes derechos: el derecho a la vida y a la protección de las propiedades del extranjero ante violencias colectivas y algaradas xenófobas; el derecho a no ser detenido arbitrariamente; el derecho a obtener justicia, sin sufrir discriminaciones, ante los tribunales del Estado territorial; el derecho a no ser torturado ni sometido a tratos inhumanos o degradantes; la facultad de ejercitar determinados derechos civiles básicos como los de familia. En realidad, el vigor jurídico de los derechos incluidos en el concepto de *estándar mínimo* se basa en su consideración como derechos fundamentales de la persona y en la imperatividad que caracteriza al núcleo esencial de la normativa internacional sobre derechos humanos.

Tradicionalmente los derechos políticos han quedado erradicados del bagaje jurídico del extranjero. No en vano la titularidad y ejercicio de los mismos se encuentran fuertemente vinculados a la noción de nacionalidad. Sin embargo,

existe una tendencia creciente a hacer partícipes a los extranjeros de la vida política de los Estados en los que radican, al menos cuando se trata de elecciones municipales.

Recuérdese que éste es uno de los ámbitos incluidos en el estatuto de la ciudadanía europea (art. 19 TCE), que reconoce a los nacionales de los Estados miembros de la UE el derecho de sufragio y la elegibilidad en las elecciones municipales de cualquiera de los países europeos en los que residan. Esta misma posibilidad puede admitirse mediante acuerdos bilaterales, de lo que es buen ejemplo el Tratado de Amistad y Cooperación hispanoargentino (1988), al determinar que conforme a las normas que se establezcan en acuerdo complementario, los nacionales argentinos y españoles podrán votar en las elecciones municipales del Estado en que residen y del que no sean nacionales (art. 9). La Constitución española (1978, art. 13.2) permite otorgar el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los extranjeros no sólo mediante tratados, sino también por ley, atendiendo en todo caso a criterios de reciprocidad.

Descontados los compromisos jurídicos que incorporan los tratados celebrados y las exigencias del *estándar mínimo*, el Estado territorial conserva un amplio poder discrecional de normación del trato a los extranjeros extendiendo, si así lo considera pertinente, sus derechos.

En el caso español, abstracción hecha de los derechos políticos ya mencionados, rige el principio de equiparación de nacionales y extranjeros, aunque limitada, según establece el art. 13.1 de la Constitución (1978): los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título, en los términos que establezcan los tratados y la ley. El mismo principio de equiparación es asumido por el art. 27 del C. c. y el art. 15 del C. com., a salvo las disposiciones especiales que lo matizan.

CVI. LOS MIGRANTES

465. Inmigrantes, extranjeros vulnerables

El inmigrante es un extranjero y, como tal, se le aplica el régimen jurídico de extranjería; pero es menos que un extranjero si se considera su especial vulnerabilidad.

Según la definición propuesta por la relatora que en la CDH se ocupa de los derechos humanos de los migrantes, se trata de personas que: a) están fuera del territorio del Estado de su nacionalidad o ciudadanía y no sujetos a su protección jurídica y se encuentran en el territorio de otro Estado; b) no disfrutan del reconocimiento jurídico general de derechos inherente al otorgamiento de la condición de refugiado, residente permanente, naturalizado u otra análoga por parte del Estado de acogida; y, c) no disfrutan tampoco de una protección jurídica general de sus derechos fundamentales en virtud de acuerdos diplomáticos, visados u otros acuerdos.

Las oleadas migratorias que caracterizan nuestro tiempo y que se han convertido en una consecuencia estructural del proceso de mundialización, movilizaron en 2005 a doscientos millones de personas, el tres por ciento de la población mundial (NU, *Migración Internacional y Desarrollo*, 2006). Si atendemos al cómputo de

los inmigrantes que traspasan fronteras sin autorización de los Estados las cifras alcanzan los cuatro millones, de los que quinientos mil llegan anualmente a Europa. Estos datos han colocado al inmigrante en el centro del interés internacional, de las políticas tímidas de las instituciones universales, de las políticas decididas de los países de destino, de las políticas condicionadas de los países de origen, de las políticas alarmadas de los países de tránsito. Así, el inmigrante, un extranjero en tierra extraña, va adquiriendo carta de naturaleza, a lomos de acontecimientos dramáticos con un imparable goteo de pérdida de vidas humanas en crisis estacionales, como las que se produjeron en el verano de 2006 con la masiva llegada de cayucos a las islas Canarias, el crónico fluir de embarcaciones de fortuna en el cuerno de África, entre Eritrea y Yemen, o las *espaldas mojadas* que desde siempre se juegan la vida en la frontera de México con Estados Unidos, para los que el Presidente G. W. Bush, urgido por lo más florido del Partido Republicano en época de elecciones, ha firmado la ley que, de ser ejecutada, levantará una doble valla a lo largo de mil doscientos kms. de tierras que menos de doscientos años atrás eran mexicanas.

La inmigración se ha instalado como una preocupación esencial de la agenda internacional y sólo por la presión atosigante que los países occidentales sienten desde el exterior y en el interior. Puede ser, siendo optimistas, la antesala de un esfuerzo normativo. Puede ser, siendo realistas, la emergencia de una nueva condición para la ayuda al desarrollo. Puede ser, siendo pesimistas, la universalización de los acuerdos de readmisión de inmigrantes y, por ende, la anticipación de las fronteras exteriores de Occidente. Es ya, porque coincide con el combate total que preconizan Estados Unidos y algunos aliados, una herida contundente en el estado de los derechos humanos en el mundo. Ha sido, desde hace tiempo, una rebaja sustancial en la regulación internacional sobre asilo y refugio (v. Cap. XXX) porque los flujos a través de las fronteras no propician los distinguos entre las personas, si es que procediera realizarlos. El horizonte utópico del art. 13.1 de la Declaración Universal (1948) —“toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”— queda demasiado a trasmano.

466. Las normas internacionales sobre los inmigrantes

Envuelto el Estado en su manto de soberanía, desvanecido el *ius communicationis*, se estableció la regla general que, aún hoy, permanece inmutable, en virtud de la cuál “con sujeción a las obligaciones derivadas de los tratados y del derecho consuetudinario internacional, los Estados tienen el derecho soberano de decidir quién entra y permanece en su territorio y en qué condiciones” (NU, *Migración Internacional y Desarrollo*, 2006).

Obsérvese que no se contesta el derecho de salida del territorio de un Estado que incumbe a toda persona, cuya consagración ya se produjo en el art. 13. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); tampoco, el derecho a retornar al país del que una persona es nacional, readmisión que obliga a dicho Estado. Sin embargo, la libre circulación como un derecho humano no se alcanza, al quedar del lado de la discrecionalidad del Estado la entrada en su territorio de los extranjeros (inmigrantes) que —en el ejercicio del derecho de salida— pretendan acceder a él.

Pero la inmigración cambia los parámetros. Con contundencia se refiere a esta situación el juez Cançado Trindade, en su voto concurrente a la opinión consultiva

de la CIDH sobre la *Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados* (2003). Sostiene el juez, con razón, que el no reconocimiento por los Estados del derecho a inmigrar crea situaciones arbitrarias, incongruentes, que dan lugar tanto a problemas para los individuos como para los propios Estados, que contribuyen a la formación de los flujos de irregulares.

No hay, sin embargo, normas internacionales específicas de los migrantes salvo en el ámbito laboral: la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (1990), a la que deben añadirse los Convenios n° 97 —relativo a los trabajadores migrantes— y n° 143 —sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes— de la OIT. A ellos debe añadirse también el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de 2000.

La Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (1990) entró en vigor en 2003. En octubre de 2006 sólo cuenta con treinta y cuatro Estados partes, entre ellos once latinoamericanos (Bolivia, Chile, Colombia, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Uruguay). Ni un solo país desarrollado, receptores de inmigrantes, se ha obligado por la Convención. Sí en cambio por el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (2000), que entró en vigor en 2004 y cuenta con ciento dos partes en octubre de 2006, entre ellos la CE y sus Estados miembros, Estados Unidos y trece países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela).

Es preciso acudir a la normativa internacional de derechos humanos, por si en ella existen precisiones acerca de los extranjeros. Mencionado ya el art. 13 de la Declaración Universal (1948) y su falta de idoneidad para iniciar un proceso de creación de una norma de DI general que hubiese cristalizado como derecho humano el derecho a la inmigración, debemos quedarnos con la consolidación del derecho del extranjero, de cualquier persona, a salir del territorio de un Estado y retornar al propio. Esa es la interpretación que debe darse al art. 12 del Pacto de NU de derechos civiles y políticos (1966), en el que la libertad de circulación se circunscribe a los extranjeros “que se encuentran legalmente en el territorio de un Estado”, como ha sostenido el CtDH (*Observación general* n° 27, 1999). También, en cuanto a la expulsión, las limitaciones recogidas en el art. 13 del Pacto parecen haberse interpretado sólo a favor de los extranjeros que residen legalmente en el territorio del Estado.

Pero en el ejercicio de tal facultad el Estado debe respetar los límites impuestos por el DI de los derechos humanos, pues los Estados tienen la obligación mínima de respetar los derechos fundamentales de todos los seres humanos, incluyendo el derecho a la vida y a la igualdad ante la ley, así como la protección contra las violaciones de los derechos humanos tales como la esclavitud, la detención arbitraria prolongada, la discriminación racial, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Disposiciones que se aplican a los ciudadanos y a los no ciudadanos, a los migrantes regulares e irregulares (v. Cap. XXIX).

Estas disposiciones son el núcleo fundamental del DI de los Derechos Humanos, desarrollado a partir de los fundamentos establecidos por la Declaración Universal (1948), y que integran siete tratados, seis de ellos ampliamente aceptados, además de la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (1990): los Pactos de NU de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales (1966), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y la Convención sobre los derechos del niño (1989).

Este carácter fundamental de los citados convenios y la exigencia de que los Estados los apliquen y desarrollen, protegiendo los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes ha sido afirmado por la res. 54/166 (2000) de la AGNU y por la res. 2003/46 de la CDH. De la misma manera, como no podía ser de otro modo, la CIDH (*Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados*, 2003) ha recordado que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral”.

Otra cuestión que debemos considerar es la del ámbito de vigencia de los derechos fundamentales de los inmigrantes, dadas las sorprendentes prácticas seguidas por algunos Estados de considerar determinadas zonas aeroportuarias más allá de su jurisdicción. Sin embargo, tal posición es indiscutiblemente contraria al DI porque, más allá de esta insostenible ficción de extraterritorialidad, no es el territorio del Estado lo que condiciona la vigencia de los derechos fundamentales, sino el ejercicio del poder público por parte del aparato del Estado. De ahí que sea rechazable calificar zonas como las aeroportuarias, situadas en el corazón territorial de los Estados como *zonas de nadie* en la que no rigen, todavía, los derechos fundamentales establecidos a favor del extranjero. Los derechos humanos acompañan a la persona allá donde vaya y obligan a cada Estado allá donde se encuentren sus autoridades (v., en España, TC, 174/1999).

¿Podría el *principio de no devolución* —propio de los refugiados y protegidos por el asilo (v. Cap. XXX)— beneficiar también a los inmigrantes irregulares en determinadas situaciones, como las que se vivieron con la devolución por España a Marruecos en octubre de 2005 de un numeroso colectivo de subsaharianos, trasladados por las autoridades marroquíes a regiones desérticas cercanas a Argelia; con riesgo evidentes para sus vidas? Sin estar prohibidas las expulsiones, podría defenderse (L. Peral) que el *principio de no devolución* es aplicable a cualquier persona siempre que el rechazo en frontera pueda implicar un riesgo para su vida y libertad.

467. La gestión internacional de la inmigración

Si la sima entre los intereses de los Estados de destino, origen y tránsito de la migración se demuestra en la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre normas

internacionales específicas en este ámbito, otro síntoma de la escasa voluntad reguladora de los Estados está en sus reticencias a institucionalizar a nivel internacional y aunque sea en clave cooperativa la gestión de la migración. Aquí sí hay una OI, la *Organización Internacional para las Migraciones* (OIM en adelante), que cuenta con ciento dieciocho Estados miembros (en octubre de 2006), entre ellos todos los países latinoamericanos (salvo Cuba) y los miembros de la CE. Lamentablemente sus competencias son muy limitadas y nula su capacidad de decisión. Nada que pueda comprometer —jurídica, ética o políticamente— la soberanía estatal.

No existe en el panorama internacional otro organismo competente en exclusiva en materia de inmigración. Los hay que por el alcance extenso de su mandato inciden en las cuestiones relativas al fenómeno migratorio, como la OIT o el ACNUR, pero ninguno de ellos trabaja en exclusiva en ese ámbito. La disparidad de mandatos, agendas y actuaciones tiene efectos perjudiciales. Es explicable que la *Comisión Mundial para las Migraciones* haya propuesto (en su Informe de 2005) la creación de un *Grupo Mundial Interagencia de Migraciones*, es decir, un mecanismo de coordinación entre las distintas agencias y organismos internacionales concernidos, una vez constatada la falta de voluntad política para crear un organismo competente (más competente) en el sistema de NU.

Hasta la fecha, las aproximaciones de gestión de la migración que han prosperado han sido las bilaterales y los mecanismos consultivos de alcance regional. En cuanto a los acuerdos bilaterales, son fundamentalmente de tres tipos: a) en materia laboral, para coordinar prestaciones de la seguridad social, establecer programas de intercambios de mano de obra o sobre migración estacional. De ellos, la OIT ha constatado alrededor de seiscientos, con participación de más de sesenta países, dos tercios de ellos de la UE, Estados Unidos y Canadá; b) los acuerdos para la promoción de la transferencia segura de las remesas; y c) los acuerdos de readmisión, en número creciente, de los que ya hay más de trescientos.

La migración parece ser materia idónea para el recurso a mecanismos consultivos oficiosos, informales, que han surgido por doquier en ámbitos regionales más o menos amplios. En la actualidad existen por lo menos cuatro de estos mecanismos en Europa, tres en Asia y dos en América y en África, respectivamente.

Sólo en referencia al ámbito europeo, la cooperación interestatal en materia de inmigración se ha vertebrado en la constitución de grupos como el *Proceso de Budapest* —que afrontó desde 1991 el desafío de la inmigración a gran escala tras la caída del muro de Berlín—; el *Foro 5+5 sobre inmigración en el Mediterráneo*, el *Proceso de Söderköping* —lanzado conjuntamente por Suecia y el ACNUR—, o el *Proceso por Grupos*, que integra a los países del Cáucaso Sur —Armenia, Azerbaiyán y Georgia—, junto a otros de Europa occidental, como Dinamarca, Holanda, Bélgica, Suecia, Suiza y Alemania.

Dos son las características esenciales de todo el movimiento internacional sobre la migración. En primer lugar, la enorme pluralidad y solapamiento de las iniciativas existentes, producto de la inexistencia ya constatada de un único

organismo que centralice todos los esfuerzos. En segundo lugar, el bajo tono e intensidad de las acciones concertadas y de cooperación, más en la línea de la consulta y el estudio que en la de la acción decidida. Y esto sólo puede ser así, de nuevo, por las considerables divergencias entre los países de origen, de destino y de tránsito de los inmigrantes. Tal vez, estemos en la época de los diagnósticos, puesto que proliferan los Informes, las estrategias y agendas, los simposios, en fin, la cooperación de perfil bajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre la dimensión personal de las competencias del Estado en general, en lengua española: *Persona humana y DI. Liber amicorum G. Espiell*, Bruselas, 1997; **en otras lenguas:** M. Cherif Bassiouni y E.M. Wise, 'Aut Dedere aut Iudicare': *The Duty to Extradite or Prosecute in IL*, Dordrecht, 1995; G. Gilbert, "Crimes sans Frontières: Jurisdictional Problems in English Law", *BYIL*, 1993, 415; K.J. Partsch, "Individuals in IL", *EPIL*, v. II, 1995 (2ª ed.), 957; U. Leanza, "Le DI: d'un droit pour les Etats à un droit pour les individus. Une vision de la théorie et de la pratique des relations internationales contemporaines", *Cur. Euromediterranéas Bancaja de DI*, v. IV, 2000, 27.

2. En relación con la nacionalidad, en lengua española: E. Crespo, *Nuevas formas de protección del individuo en DI: la erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, 2005; **en otras lenguas:** R. Donner, *The Regulation of Nationality in IL*, Londres-Nueva York, 1995 (2ª ed.); J.F. Rezek, "Le DI de la nationalité", *R. des C.*, 1986, t. 198, 335. **En cuanto a la apatridia:** II.V. Mangoldt, "Stateless Persons", *EPIL*, v. IV, 2000 (2ª ed.), 656. **Respecto de la condición de extranjería, en lengua española:** F. Mariño y otros, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, 1995 (2ª ed., 2003); M.A. Presno, *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, 2003; P.A. Fernández Sánchez, "La expulsión colectiva de extranjeros en DI", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 135; **en otras lenguas:** J. Fischer (ed.), *International Immigration and Nationality Law*, Dordrecht, 1995.

3. Sobre los migrantes, en lengua española: A Remiro y C. Martínez Capdevila (eds.), *Movimientos migratorios y Derecho*, AFDUAM, nº 7, Madrid, 2003; J.A. Alonso (ed.), *Emigración, pobreza y desarrollo*, Madrid, 2004; N. Camps (ed.), *El DI ante las migraciones forzadas*, Lérida, 2005; G.R. Salas, "Prospección de las migraciones", *AADI*, 1990-91, 203; P. García Picazo, "Migraciones: entre la intolerancia y la utopía. Sobre la globalización de la 'cultura de la pobreza'", *RFEI*, nº 11, 2006; **en otras lenguas:** H. Hannum, *The Right to Leave and Return in IL and Practice*, Dordrecht, 1987.

4. Sobre la política de la CE en materia de visados, asilo e inmigración, en lengua española: C. Escobar (ed.), *Asilo y extranjería en España y la UE*, Madrid, 1998; J. Carrera y N. Navarro, *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE*, Madrid, 1999; I. Blázquez, *Los nacionales de terceros países en la UE*, Córdoba, 2001; N. Fernández Sola y M. Calvo García (eds.), *Inmigración y derechos*, Zaragoza, 2001; J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la UE*, Madrid, 2002; J. Carrera, *La cooperación policial en la UE: Acervo Schengen y Europol*, Madrid, 2003; R. Trujillo Herrera, *La UE y el derecho de asilo*, Madrid, 2003; E. Linde y J.A. Moreno (eds.), *Inmigración, extranjería y asilo*, Madrid, 2005; A. del Valle y M.A. Acosta (eds.), *Inmigración irregular y Derecho*, Cádiz, 2005; L.N. González Alonso, "La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia", *RDCE*, nº 4, 1998, 501; A. del Valle, "La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia", *RDCE*, nº 3, 1998, 41; J. Carrera, "La UE y el cruce de fronteras: perspectivas de realización en el marco del espacio de libertad, de seguridad y de justicia", en *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Madrid, 1999, 155; F. Mariño, "Las políticas relativas al acceso y a la libre

circulación de personas en el territorio de la UE", *Noticias UE*, n° 186, 2000, 53; S. Torrecuadrada, "Los inmigrantes no comunitarios en la UE", *ADI*, 2000, 263; J. Donaire, "El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza", *Cuad. Der. Publ.*, n° 13, 2001, 103; J.M. Muriel, "El espacio de libertad, seguridad y justicia en los Tratados de Ámsterdam y de Niza: la libre circulación de personas y la integración de los Acuerdos de Schengen en el marco de la UE", *ADF*, 2001, 189; J. Quel, "Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza", *RDCE*, n° 9, 2001, 117; E. González Sánchez, "Asilo e inmigración en la UE", *RDCE*, n° 13, 2002, 833; C. Jiménez Piernas, "La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España", *RDCE*, n° 13, 2002, 857; J. Rodríguez-Arana, "El espacio europeo y la libertad", *Noticias UE*, n° 213, 2002, 15; M. Carrillo, "El espacio de libertad, seguridad y justicia", en E. Albertí (ed.), *El proyecto de nueva Constitución Europea*, Valencia, 2004, 385; J. Martín y Pérez de Nanclares, "El nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de Constitución para Europa", *Hom. J.A. Carrillo*, Sevilla, 2005, v. II, 857; A. Olesti, "La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la UE", *ibid.*, 943; A. del Valle, "Extranjería y Tratado Constitucional para Europa", *ibid.*, 1349. **En otras lenguas:** F. Guild y C. Harlow (eds.), *Implementing Amsterdam Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, 2001; M. Díez de Velasco, "Le droit de l'UE et la condition de l'étranger", *Liber amicorum J.M. Ruda*, La Haya, 2000, 615; G. Papagianni, "Free Movement of Persons in the Light of the New Title IV TCE: From Intergovernmentalism Towards a Community Policy", *YEL*, 2001-2002, 107.

5. Sobre el Convenio de Schengen, en lengua española: J. Donaire, *La Constitución y el acervo Schengen*, Valencia, 2001; P. Jiménez de Parga, "Reflexiones sobre la puesta en aplicación —en su totalidad—, el 26.3.95, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19.6.90", *RIE*, 1995, 909; J. González Rivas, "Algunas reflexiones sobre la libertad de circulación de personas en el ámbito de la UE", *Noticias UE*, n° 143, 1996, 9; C. Izquierdo, "Las fronteras exteriores de la UE y el Convenio de Schengen", *ADI*, 2000, 133; J.R. Remacha, "Las fronteras de la UE (El papel de las fronteras en el ordenamiento jurídico comunitario)", *ADE*, 2001, 107; A. del Valle, "Las fronteras de la Unión —el modelo europeo de fronteras", *RDCE*, n° 12, 2002, 299. **En otras lenguas:** A. Pauly, *Les accords de Schengen: Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés?*, Bruselas, 1993; V. Hreblyay, *La libre circulation des personnes. Les accords de Schengen*, París, 1994; E. Bribosia y A. Weyembergh, "Extradition et asile: vers un espace judiciaire européen?", *RBDI*, 1997, 69; S. Peers, "Building Fortress Europe: The Development of EU Migration Law", *CMLR*, 1998, 1235; G. de Kerchove, "Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines", en Y. Lejeune (ed.), *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruselas, 1998, 288; B. Van Simaey y J.Y. Carlier, "Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice", *ibid.*, 228; K. Hailbronner, "European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty", *CMLR*, 1998, 1047.

Capítulo XXII

La protección de los nacionales en el extranjero

CVII. CONSIDERACIONES GENERALES

468. La protección de los nacionales como función básica del Estado

Entre las funciones clásicas del Estado se encuentra la de proteger a sus nacionales en el extranjero. Dicha función se realiza tanto a través de los órganos centrales del Estado, en particular de los Ministerios de Relaciones Exteriores, como de sus órganos periféricos, es decir, de las Misiones diplomáticas y, sobre todo, las Oficinas consulares.

En este sentido la CV sobre Relaciones Diplomáticas (1961, art. 3.1) dispone que entre las funciones de una Misión diplomática se encuentra la de proteger en el Estado receptor los intereses de los nacionales del Estado acreditante, dentro de los límites permitidos por el DI. Por su parte, la CV sobre Relaciones Consulares (1963, art. 5) señala como una de las funciones consulares, además de la referida en la CV de 1961, la de prestar *ayuda y asistencia* a los nacionales del Estado que envía.

En España, la Constitución de 1978 no consagra expresamente esta función del Estado. No obstante, el RD. 1416/2004, sobre estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, dispone que compete a dicho Departamento llevar a cabo una adecuada y eficaz política de protección de los ciudadanos españoles en el extranjero, función que desarrolla con el apoyo de sus Misiones diplomáticas y Oficinas consulares.

469. Modos de protección: la protección diplomática y la asistencia consular

La protección de los nacionales en el extranjero puede adoptar distintas modalidades, según su objeto y los medios utilizados. En este sentido es preciso distinguir entre:

1) *La protección diplomática*, que consiste en la invocación por un Estado de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado a uno de sus nacionales a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito, previo agotamiento por este último de los recursos internos previstos en el ordenamiento del Estado infractor.

La CDI emprendió la codificación y desarrollo progresivo de las normas del DI en esta materia en 1996. Diez años después ha aprobado un proyecto definitivo de arts. recomendando a la AGNU la elaboración de una Convención basada en dicho proyecto (v. *infra*)

2) La *asistencia consular*, que constituye, como se ha visto, una de las funciones básicas de las Oficinas consulares.

Entre las principales manifestaciones de la asistencia consular podemos destacar: *a)* los *auxilios materiales*, tales como repatriaciones voluntarias en situaciones de necesidad, evacuaciones de damnificados o ayudas económicas para asistencia jurídica, casos de enfermedad o incluso pensiones asistenciales; *b)* el *auxilio al nacional en sus relaciones con los órganos jurisdiccionales o administrativos del Estado receptor*, asesorándole, facilitándole un intérprete o, incluso, representándole; *c)* la *asistencia a los nacionales arrestados, detenidos o en prisión* y, en su caso, la organización de su defensa; es ésta una de las funciones protectoras que más importancia han adquirido en los últimos años; y *d)* la *información y asistencia* a los nacionales en relación con sus actividades en el Estado receptor.

En relación con la representación de los nacionales ante los órganos jurisdiccionales o administrativos del Estado receptor la CV de 1963 (art. 5.º) define esta función consular como la posibilidad de representarlos o de tomar las medidas convenientes para su representación, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en dicho Estado, a fin de lograr que se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses del nacional cuando, por estar ausente o por cualquier otra causa, no pueda defenderlos oportunamente.

También cabe mencionar la facultad de los cónsules de velar por los intereses de los nacionales en los casos de sucesiones *mortis causa*, así como de los menores u otros nacionales que carezcan de capacidad plena; la competencia de los cónsules en este ámbito viene determinada por la ley del Estado que envía y tiene como límite lo dispuesto en los tratados vigentes entre él y el Estado receptor o, en su defecto, en las leyes y reglamentos de este último (CV. De 1963, art. 5.º, h y i). Recordemos asimismo la ayuda que prestan a los buques que tienen la nacionalidad del Estado que envía y a los aeronaves matriculadas en él, así como a sus tripulaciones (art. 5.º).

La asistencia consular puede llegar a traducirse en la presentación de una reclamación ante las autoridades competentes del Estado receptor por los perjuicios que éste haya podido ocasionar a un nacional como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito. Esta modalidad de asistencia consular —tradicionalmente denominada *protección consular*— se distingue de la protección diplomática en dos aspectos. En primer lugar, la reclamación puede versar sobre la infracción no sólo del DI sino también del Derecho interno del Estado reclamado. En segundo lugar, se sustancia por el Jefe de la respectiva Oficina consular ante los órganos domésticos competentes del Estado infractor.

No se trata, pues, de una *reclamación internacional* de Estado a Estado, por lo que su desestimación, o incluso su rechazo, no da lugar —a diferencia de lo que acontece en el caso de la protección diplomática— al nacimiento de una *controversia internacional* (v. Cap. XVIII). Ahora bien, con frecuencia la protección consular se presenta como el pórtico del ejercicio de la protección diplomática. Téngase a este respecto en cuenta que

esta modalidad de asistencia consular no exige el agotamiento previo por el particular de los recursos internos del Estado receptor. Por el contrario, la protección consular —y otras modalidades de asistencia consular— se desarrolla normalmente de forma concomitante a las acciones que el particular emprende en el orden interno de dicho Estado, resultando así complementaria de éstas.

Para facilitar el ejercicio de la asistencia consular, el artículo 36.1 de la CV de 1963 impone al Estado receptor las siguientes obligaciones: *a)* permitir la libre comunicación entre los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía; *b)* informar sin demora a la Oficina a solicitud del nacional interesado en caso de arresto, detención o prisión preventiva dentro de su circunscripción y transmitirle cualquier comunicación que éste le dirija; y *c)* permitir a los funcionarios consulares visitar al nacional que se halle arrestado, detenido o en prisión. Por su parte, el interesado tiene derecho a ser informado por el Estado receptor, igualmente sin demora, de los derechos que le reconoce la Convención (v. CIJ, *LaGrand*, 2001, y *Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004).

El art. 36.2 de la CV de 1963 añade que las “prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1... se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor”, precisando no obstante que dichas leyes y reglamentos “no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”. En los asuntos *LaGrand* (2001) y *Avena y otros súbditos mexicanos* (2004) la CIJ consideró que el Derecho interno de los Estados Unidos resultaba contrario a este precepto al no permitir a los extranjeros condenados por los tribunales norteamericanos —alemanes en el primer asunto y mexicanos en el segundo— recurrir las condenas impuestas basándose en el hecho de que no habían sido previamente informados de los derechos que les reconocía el art. 36.1 de la Convención.

El Estado también presta en ocasiones asistencia o ayuda a sus nacionales en el extranjero a través de sus órganos centrales o de sus Misiones diplomáticas. La evacuación de nacionales en situaciones de crisis o catástrofe o el apoyo a inversiones y operaciones comerciales son ejemplos típicos de esta asistencia.

470. La protección de los ciudadanos de la Unión Europea

El TUE introdujo en el Tratado constitutivo de la CE un conjunto de arts. (17 á 22) sobre la *ciudadanía de la Unión*. De entre ellos interesa destacar aquí el art. 20, donde se dice que “todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”

El precepto añade que “antes del 31 de diciembre de 1993, los Estados miembros establecerán entre sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección”. Por su parte, el art. 20 del TUE dispone que las Misiones diplomáticas y las Oficinas consulares de los Estados miembros intensificarán su cooperación para contribuir a la ejecución de las disposiciones contempladas en el art. 20 del TCE.

El contenido del artículo 20 del TCE merece las siguientes precisiones:

1) Se refiere a la *protección de las autoridades diplomáticas y consulares*, esto es, de las Misiones diplomáticas y de las Oficinas consulares, y no de los órganos centrales de otro Estado miembro.

2) Al ejercerse en favor de nacionales de otros Estados miembros de la UE la protección no podrá abarcar el ejercicio de la *protección diplomática* y queda limitada en el ámbito de la *asistencia consular a la buena voluntad* de este último Estado.

En este sentido la Decisión adoptada en 1995 por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo en cumplimiento del art. 20 TCE limita la protección de los ciudadanos de la Unión a supuestos que bien podrían ser calificados de mera *protección humanitaria*. En efecto, en ella se precisa que la protección consistirá en la asistencia en casos de fallecimiento, de accidente o enfermedad grave, de arresto o detención y de actos de violación, así como en el socorro y repatriación de ciudadanos en dificultad (art. 5), *excluyéndose todo anticipo, ayuda económica o gasto si no media la autorización del Estado miembro de su nacionalidad, que queda en tal caso obligado al reembolso.*

3) No consagra —ni podría pretenderlo— el derecho subjetivo de todo ciudadano de la Unión, esto es, de todo nacional de un Estado miembro, a obtener la protección efectiva de las Misiones diplomáticas y de las Oficinas consulares de cualquier otro Estado miembro frente a terceros Estados en los que el de su nacionalidad no está representado. Conforme a su tenor literal, el derecho a la protección por las autoridades de otro Estado miembro sólo tendrá el alcance que en dicho Estado se reconozca en favor de los propios nacionales.

A la postre, el art. 20 del TCE resulta más llamativo que efectivo. Otra cosa sería conceder un papel a la propia CE. En este sentido, interesa señalar que son relativamente frecuentes los acuerdos de pesca celebrados por la CE con terceros Estados en los que se regula el procedimiento a seguir en caso de apresamiento de buques *comunitarios* en las aguas bajo jurisdicción de aquéllos, previéndose la intervención, al menos en un primer momento, de las *Delegaciones de la Comisión*.

Dichos acuerdos configuran una suerte de *asistencia diplomática de la CE* en favor de los *pescadores comunitarios* (TPI, *Odigitria*, 1995), que no excluye, sin embargo, la asistencia consular de los propios Estados miembros ni el ejercicio por éstos de la protección diplomática en favor de sus nacionales si fueran víctimas de un hecho internacionalmente ilícito imputable al tercer Estado, distinto de la violación de las disposiciones del acuerdo celebrado con la CE (el caso del apresamiento del buque español *Estai* por las autoridades canadienses (1995) resulta ilustrativo a este respecto).

CVIII. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

471. Caracterización

Si el nacional de un Estado es víctima de un ilícito internacional atribuible a otro Estado podrá reclamar ante los órganos competentes de éste, de conformidad

con las reglas de su Derecho interno. Ahora bien, si una vez agotados los recursos del ordenamiento del Estado presuntamente infractor, no obtiene satisfacción, habrá de acudir al Estado de su nacionalidad para que ejerza la *protección diplomática*. El particular no podrá formular por sí mismo una reclamación exigiendo una responsabilidad internacional, al configurarse ésta como una relación de Estado a Estado (v. Cap. XIX), a menos que exista un tratado internacional que lo faculte para ello (v. *infra*).

En el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* (1924), la CPJI afirmó que “es un principio elemental del DI el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al DI cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias”.

La CDI ha definido la protección diplomática como “la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad” (Proyecto de arts. sobre protección diplomática, 2006, art. 1).

El objetivo de la protección diplomática es, pues, la protección por el Estado de los derechos reconocidos a sus nacionales por el DI (por ej., en materia de trato de extranjeros, de derechos humanos, de asistencia consular...) en los supuestos en que han sido violados por otro Estado. Si el hecho internacionalmente ilícito causa directamente perjuicio a otro Estado (aunque también lo cause a sus nacionales) no será preciso que recurra al ejercicio de la protección diplomática; puede invocar, sin más condiciones la responsabilidad internacional de su autor (v. *infra*).

La protección diplomática incluye cualquier medio legítimo empleado por el Estado para proteger a su nacional frente al Estado autor del hecho internacionalmente ilícito, incluidas la protesta, las negociaciones o el recurso a cualquier otro medio de arreglo pacífico de controversias, tales como la mediación, la conciliación, el arbitraje o el arreglo jurisdiccional (v. Cap. XVIII)

De prosperar las negociaciones lo normal es que conduzcan a un acuerdo de compensación, en el que se silencia la eventual responsabilidad del Estado presuntamente infractor y se renuncia a cualquier acción posterior. Este es el caso de los *acuerdos de compensación global* (*lump sum agreements*), como los celebrados por España con Marruecos (1979), Egipto (1982) y Cuba (1986) en relación con las nacionalizaciones de bienes de españoles en dichos países.

472. La protección diplomática como derecho del Estado

Al ejercer la protección diplomática el Estado asume, por derecho propio, la causa de sus nacionales. En el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* (1924) la CPJI señaló que “al asumir la causa de uno de sus súbditos y al poner en marcha, en su nombre, una acción diplomática o una acción judicial

internacional, un Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar las normas de DI en la persona de sus súbditos”.

Ahora bien, en el caso de que el particular haya entablado una reclamación internacional en el marco de un tratado internacional que prevea esta posibilidad el Estado de su nacionalidad puede ver limitado el ejercicio de la protección diplomática en su favor (v. *infra*).

La configuración de la protección diplomática como un derecho propio del Estado tiene como corolario la afirmación del poder discrecional del Estado en su ejercicio. Como dijera la CIJ (*Barcelona Traction*, 1970), “un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que le parezca necesario, pues es su propio derecho lo que el Estado hace valer”, de manera que “si las personas físicas o morales en cuyo nombre actúa consideran que sus derechos no están suficientemente protegidos, no tienen recurso de conformidad con el DI”.

El carácter discrecional de la protección diplomática comporta el derecho del Estado a decidir libremente en cada caso si la ejerce o no, así como a cesar en cualquier momento su ejercicio e incluso a disponer de la reparación debida por el Estado infractor. El Estado podrá además actuar a iniciativa propia o del particular lesionado.

Ahora bien, la propia CIJ reconocía en el fallo antes citado que el Derecho interno de cada Estado puede imponerle la obligación de proteger a sus nacionales en el extranjero, pudiendo igualmente conceder a éstos “el derecho de exigir que esta obligación sea respetada y revestir ese derecho con las correspondientes sanciones”. Pocos son, sin embargo, los ordenamientos internos que consagran tal obligación para el Estado y menos aún los que deducen de la misma un derecho subjetivo susceptible de protección ante los tribunales. Ciertamente, los Estados de tradición democrática ejercen de forma sistemática la protección diplomática en favor de sus nacionales, a no ser que concurran circunstancias excepcionales —razones de oportunidad política—, que el asunto carezca de relevancia o que la conducta del particular hubiese sido incorrecta o incluso arriesgada (v. *infra*).

Entre los escasos textos constitucionales que consagran dicha obligación del Estado cabe citar la Constitución portuguesa (1976, art. 14) y la Constitución de la RP China (1982, art. 50). En el caso de Alemania, aun cuando la Ley Fundamental de Bonn (1949) no contiene ninguna disposición en la materia, el TC (ss. de 7 de julio de 1975 y de 16 de diciembre de 1980) ha reconocido la obligación del Estado de otorgar la protección diplomática en favor de sus nacionales, salvo en los supuestos en los que pudiera afectar a *intereses esenciales* del Estado, estimando que el Ejecutivo goza de un cierto margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la concurrencia de dichos intereses.

En España, la Constitución (1978) no contiene ninguna disposición en materia de protección diplomática. La jurisprudencia (en particular, TS, s. de 16 de noviembre de 1974) califica la *protección diplomática como un acto político del Gobierno*, no susceptible de fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de que el propio TS haya reconocido (s. de 29 de diciembre

de 1986) que la protección de los nacionales en el extranjero constituye “un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución”. En cualquier caso, resulta preceptiva la consulta previa al Consejo de Estado (LOCE, art. 21.5). No obstante, la falta de ejercicio de protección diplomática o el ejercicio ineficaz de la misma puede engendrar en ciertos casos la *responsabilidad patrimonial del Estado*, en el sentido del artículo 139.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El art. 139.1 de la Ley 30/1992 —antiguo art. 40.1 de la LRJAE (1957)— dispone que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. En la s. de 16 de noviembre de 1974 el TS admitió la responsabilidad patrimonial del Estado, sobre la base del art. 40 de la LRJAE, por daños ocasionados a nacionales españoles —en forma de sanciones económicas— por las autoridades de Guinea Ecuatorial. La determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado venía fundamentada, en primer lugar, en la constatación de un nexo causal entre la difusión por el servicio público de TVE de un programa en el que se proferían insultos contra el Jefe de Estado guineano y la adopción por éste de las referidas sanciones. La ausencia de protección diplomática también fue considerada en la sentencia como un hecho relevante, pues “pudo seguirse aquella vía para la satisfacción del perjuicio patrimonial sufrido por los súbditos españoles, en atención, no tan sólo al normal desarrollo de la protección diplomática ante daños individuales generadores de una responsabilidad internacional, sino también y principalmente, en atención a la causa generadora de la represión ejercida sobre los recurrentes...”.

Por otra parte, la s. del TS de 29 de diciembre de 1986 declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por el apresamiento de los buques pesqueros españoles *El Mafran* y *El Virgen Idoia* por las autoridades mauritanas y su ulterior hundimiento en el puerto de Nouakchott en el que quedaron fondeados, al constatar que la actuación de la Administración española fue determinante para que el daño se produjera. En efecto, a pesar de que se estaba negociando un nuevo acuerdo bilateral de pesca, no pudiendo España “invocar un *status* derivado de un convenio claro, firme y vigente”, la Embajada de España en Mauritania comunicó a la *Asociación Artesanal de Las Palmas* que no existía inconveniente para faenar en la zona en que se produjeron los apresamientos. La sentencia destaca la “inacción de las autoridades españolas, ulterior a los apresamientos, sin gestiones efectivas encaminadas a la recuperación de los pesqueros y a la adecuada protección de los nacionales, cometidos esenciales del Estado conforme a la Constitución...”, advirtiendo que “la responsabilidad no emana únicamente de la acción que produce el daño, sino también de la omisión cuando no se hace aquello que se debe hacer...”.

De las referidas sentencias cabe extraer una conclusión clara: si existiera un nexo causal entre la lesión irrogada al particular por un Estado extranjero y la actuación previa de la Administración española, ésta deberá afrontar su responsabilidad patrimonial. En cambio, no se deduce de ellas tan claramente, como propone un sector relevante de doctrina, que la falta de ejercicio de la protección diplomática o su ejercicio ineficaz basten por sí mismos para imputar al funcionamiento de los servicios públicos, a los efectos de afirmar la responsabilidad patrimonial del Estado, los daños ocasionados por un tercer Estado. Lo cierto es que la falta de protección —entendida en un sentido amplio— no es considerada en dichos fallos como la causa determinante de la responsabilidad, sino como un elemento adicional en la determinación de la relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del Estado, en la medida en que a través de la misma la Administración hubiera podido satisfacer el perjuicio patrimonial causado a los particulares.

Con carácter general, resulta a nuestro juicio difícil determinar la existencia de un nexo causal —presupuesto básico de la responsabilidad patrimonial del Estado—, directo o indirecto, entre el daño ocasionado por otro Estado y la falta de ejercicio o el ejercicio ineficaz de la protección diplomática. Y ello, en particular, si tenemos en cuenta que el daño ya está consumado con anterioridad y que, de acuerdo con la jurisprudencia, el Estado no incumple en rigor un deber constitucional o legal. Admitir la responsabilidad patrimonial del Estado en el supuesto que nos ocupa equivaldría a convertirlo en una especie de responsable subsidiario de los

incumplimientos protagonizados por otros Estados. Cosa distinta es que, de *lege ferenda*, afirmemos la necesidad de introducir límites a la discrecionalidad del Estado en este ámbito o que, de *lege lata*, quepa explorar la vía seguida por el TC alemán. El TC español (s. 140/95) deja el punto abierto cuando advierte que "si los poderes públicos no adoptaran medidas para proteger los derechos e intereses del particular, por ej., no ejerciendo la protección diplomática *cuando... sea procedente...* éste podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los juzgados y tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos" (énfasis añadido).

También podría resultar exigible la responsabilidad patrimonial del Estado si celebrara un *acuerdo de compensación global (lump sum agreement)* con otro Estado del que se derivaran serios perjuicios para sus nacionales. En 1990 varios particulares presentaron reclamaciones de daños y perjuicios ante el Ministerio de Asuntos Exteriores por los perjuicios derivados, a su juicio, de la celebración con Marruecos del *acuerdo de compensación global* (1979) por la expropiación de tierras a nacionales españoles, reclamaciones que, siguiendo la opinión de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, no fueron estimadas (dictamen de 13 de junio de 1991). Finalmente el TS (s. de 17 de febrero de 1998) descartó la responsabilidad patrimonial del Estado; no obstante, admitió que el Estado hubiera incurrido en responsabilidad patrimonial si se hubiera dado una de las siguientes circunstancias: 1) que se hubiera producido un funcionamiento anormal de la actividad diplomática desplegada por el Gobierno español; 2) que en la negociación del convenio se hubiera sacrificado en todo o en parte la posición de las personas afectadas por la expropiación en aras de intereses generales ligados a las relaciones internacionales de España, con lesión del principio de igualdad de las cargas públicas; ó 3) que mediante la firma del convenio se hubiera impedido a dichos particulares el ejercicio de acciones eficaces encaminadas a recuperar la parte del valor de los bienes no obtenida (lo que, en el caso concreto, equivaldría a que España se hubiera subrogado en las obligaciones del reino de Marruecos respecto de los expropiados).

La discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática también comporta el derecho del Estado a disponer de la indemnización debida por el estado infractor pues, como también observó la CIJ (*Barcelona Traction*, 1970), "la compensación internacional siempre se debe al Estado y no a la persona privada, aun en el caso de indemnización y a pesar de que el importe de la indemnización debe determinarse sobre la base del daño sufrido por el particular". No obstante, la práctica de los Estados se orienta a pagar a la persona lesionada la indemnización recibida.

Piénsese, por ej., en la *Comisión de Arreglo de Reclamaciones Extranjeras de los Estados Unidos* cuya función es distribuir entre los particulares afectados los fondos recibidos a resultas de reclamaciones contra terceros Estados.

Bajo la rúbrica de "práctica recomendada" la CDI concluye su proyecto de arts. sobre protección diplomática (2006, art. 19) señalando que un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática debería: a) considerar debidamente la posibilidad de ejercer(la)... especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave; b) tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener; y c) transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga ...a excepción de cualesquiera deducciones razonables".

473. Los requisitos para el ejercicio de la protección diplomática

El ejercicio de la protección diplomática está sometido a dos condiciones: que el particular presuntamente perjudicado ostente su nacionalidad y que haya agotado los recursos internos en el Estado infractor.

Junto a estas dos condiciones un sector de la doctrina ha entendido que resulta asimismo exigible la *conducta correcta* del particular (*clean hands* o *manos limpias*), es decir que el comportamiento antijurídico del Estado no guarde una relación causal con una conducta antijurídica del particular en violación de su ordenamiento interno o del ordenamiento internacional. Sin embargo, ni la jurisprudencia internacional ni la práctica estatal avalan tal opinión.

En cualquier caso debe admitirse que la cuestión de la *conducta correcta* del perjudicado difícilmente podrá dilucidarse en la fase preliminar —en la que se sitúa la admisibilidad de una reclamación— exigiendo normalmente un examen del fondo del asunto que permita determinar tanto el carácter antijurídico de dicha conducta como la existencia de una relación causal con el hecho presuntamente ilícito del Estado reclamado.

Cuestión distinta es que la *conducta incorrecta* del particular influya en la determinación de las consecuencias del ilícito. Consecuentemente, el Estado de la nacionalidad del particular deberá tener en cuenta su conducta a la hora de tomar la decisión discrecional de ejercer o no la protección. Esta advertencia es particularmente oportuna cuando se analizan las acciones de los grandes consorcios comerciales, industriales y financieros de los países desarrollados en los países en desarrollo y puede ser útil cuando la Administración del Estado no ha sido definitivamente infiltrada por sus intereses.

474. El requisito de la nacionalidad del perjudicado. La nacionalidad de las personas físicas

La CPJI afirmó categóricamente (*Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, 1939) que “es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que da al Estado el derecho de protección diplomática”. El proyecto de arts. de la CDI sobre *responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2001, art. 44, *a*) codifica: “La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada... si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones”. Ello es así en la medida en que, como antes señalamos, al ejercer la protección diplomática el Estado hace valer el derecho que tiene a que se respete el DI en la persona de sus nacionales. El proyecto de arts. sobre protección diplomática (2006, art. 3.1) remacha: “El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad”.

Sin embargo, en relación con las personas físicas, la regla admite excepciones:

1) Una primera excepción, admitida en la citada sentencia de la CPJI, proviene de los “*acuerdos particulares*”. Nada impide, en efecto, el ejercicio de la protección diplomática en favor de un extranjero si media el consentimiento tanto del Estado de su nacionalidad como del Estado reclamado. Tal es el caso, por ej., cuando la protección diplomática es ejercida por un Estado que asume las relaciones diplomáticas y consulares del Estado de la nacionalidad de la víctima. Así aconteció en el asunto *Nottebohm*, sobre el que se pronunció la CIJ en 1955, en el

que Suiza ejerció la protección diplomática en favor de una persona que invocaba la nacionalidad de Liechtenstein frente a Guatemala.

2) En segundo lugar, a pesar de los precedentes jurisprudenciales en contra, la protección de *refugiados y apátridas* por el Estado de acogida (v. Cap. XXX) debiera permitirle ejercer la protección diplomática en su favor. En este sentido el proyecto de arts. de la CDI sobre protección diplomática (2006, arts. 3.2 y 8) admite su ejercicio con respecto a apátridas y refugiados que tengan “residencia legal y habitual en ese Estado” (aunque tratándose de refugiados se excluye la protección si el perjuicio ha sido causado por un hecho ilícito del Estado de su nacionalidad).

De acuerdo con el art. 48.1, b, del proyecto de arts. de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), según el cual “todo Estado que no sea un Estado lesionado” tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado si “la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto” (v. Cap. XIX), *cualquier Estado podría llegar a reclamar la responsabilidad internacional de otro Estado por la violación de derechos humanos aun cuando entre los lesionados no se encontraran personas de su nacionalidad*. El juez Simma lo ha evocado en su op. ind. en *Actividades armadas en el territorio del Congo* (RD. del Congo c. Uganda), 2005, matizando la inadmisibilidad decidida por la Corte de la demanda reconvencional de Uganda por malos tratos infligidos en el aeropuerto de Ndjili a personas cuya nacionalidad ugandesa no había sido probada. Independientemente de su nacionalidad, sostiene el juez, Uganda tenía el derecho, incluso el deber, de invocar las violaciones del DI de los derechos humanos y del DI humanitario con base en el norma declarada en el art. 48.1 b, del proyecto de arts. de la CDI. Sin embargo, no cabe en rigor calificar este supuesto de protección diplomática, tal y como se desprende de los trabajos de la propia CDI en esta materia.

Tampoco debe calificarse como un supuesto de protección diplomática la protección que en la práctica otorga el Estado de la nacionalidad de un buque a los tripulantes que no son sus nacionales, exigiendo la *reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia de un daño causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado* (Proyecto de arts. de la CDI sobre Protección Diplomática, 2006, art. 18). Dicha práctica encuentra respaldo en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, entre los que destaca la sentencia del TIDM en el asunto *Saiga II* (1999).

Fuera de los supuestos anteriores, la protección diplomática queda sometida al requisito de la nacionalidad del individuo lesionado. A este respecto conviene recordar que, si bien incumbe a cada Estado determinar con arreglo sus propios ordenamientos quienes son sus nacionales, el DI impone ciertos límites a la competencia estatal en la materia. En particular, no debe olvidarse que la nacionalidad concedida sin que exista un vínculo *suficiente* entre el Estado y el individuo no será oponible frente a otros Estados (v. cap. XXI).

En este sentido la CDI (proyecto de arts., 2006, art. 4) de la CDI dispone que a los efectos de la protección diplomática de una persona natural se entiende por “Estado de la nacionalidad” el “Estado cuya nacionalidad ha adquirido dicha persona de conformidad con la legislación de ese Estado, en razón del lugar de nacimiento, la filiación, la naturalización, la sucesión de Estados o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el DI”.

La sentencia de la CIJ en el asunto *Nottebohm* (1955) ha sido invocada para sostener la exigencia no ya de un vínculo suficiente sino *efectivo* o auténtico. Sin embargo, no parece que el criterio de la nacionalidad efectiva pueda operar fuera de casos de doble nacionalidad (v. *infra*).

Friedrich Nottebohm, residente en Guatemala, era alemán de origen, si bien en 1939 obtuvo la nacionalidad de Liechtenstein por naturalización, país con el que anteriormente no había tenido ningún vínculo significativo. Nottebohm siguió residiendo en Guatemala. En 1943, durante la Segunda Guerra Mundial, fue detenido e internado y, luego, expulsado de Guatemala, donde sus bienes fueron confiscados. A resultas de estos hechos Liechtenstein, por medio de Suiza, intentó la protección diplomática de Nottebohm, presentando finalmente una demanda ante la CIJ. La Corte la declaró inadmisible afirmando que la nacionalidad “conferida por un Estado, no le otorga un título para ejercer la protección frente a otro Estado más que si esta concesión representa la traducción, en términos jurídicos, de la vinculación entre el individuo considerado y el Estado que le ha hecho su nacional”. La Corte pareció decantarse, pues, por la exigencia de una nacionalidad *efectiva*. Pero en su *ratio decidendi* la CIJ no sólo tuvo en consideración el hecho de que Nottebohm mantuviera una conexión estrecha con Guatemala sino también la constatación de que no existía “ningún lazo de unión” entre él y Liechtenstein o, lo que es lo mismo, que no mediaba un vínculo suficiente entre el Estado reclamante y el perjudicado.

Más compleja resulta la situación cuando la persona física perjudicada tiene *doble nacionalidad*. A este respecto debe distinguirse entre:

1) *Que el particular perjudicado tenga junto a la nacionalidad del Estado reclamante la nacionalidad de un tercer Estado.*

Aun cuando tradicionalmente la doctrina ha sostenido la aplicación en este caso del criterio de la nacionalidad *efectiva* o *dominante*, esta solución no cuenta con un respaldo jurisprudencial claro.

A favor de la aplicación del criterio de la nacionalidad *efectiva* cabría invocar de nuevo la sentencia *Nottebohm*. No obstante, las circunstancias particulares del caso no permiten llegar a una conclusión definitiva. Además existen pronunciamientos jurisprudenciales en los que se acepta que la protección diplomática pueda ser ejercida por uno u otro Estado (en este sentido el laudo en el asunto *Salem*, 1932). El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, por su parte, ha admitido en ocasiones reclamaciones de nacionales de los Estados Unidos que también tenían la nacionalidad de terceros Estados (por ej., *Dallal*, 1983; en sentido contrario, *Asghar*, 1990).

En su proyecto de arts. (2006, art. 6) la CDI se decanta porque cualquier Estado del que sea nacional una persona con doble o múltiple nacionalidad pueda ejercer la protección diplomática frente a un Estado del que no sea nacional, admitiendo incluso un ejercicio conjunto de la protección.

2) *Que el particular ostente la nacionalidad tanto del Estado reclamante como del Estado reclamado.*

Un sector de la doctrina ha venido entendiendo que un Estado no puede conceder la protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también posee. Esta regla cuenta con algún respaldo en la práctica (por ej., el art. 4 del Convenio de La Haya de 1930 relativo a los conflictos de leyes en materia de nacionalidad) y en la jurisprudencial arbitral (por ej., *Salem*, 1932). Además, a ella parece aludir la CIJ en su célebre op. cons. sobre la *Reparación de los daños sufridos al servicio de las NU* (1949), al referirse a la práctica generalmente seguida según la cual “un Estado no ejerce su protección en beneficio de uno de sus nacionales contra un Estado que considere a éste como su propio nacional”.

En *Avena y otros súbditos mexicanos* (2004) Estados Unidos trató de oponerse a la demanda de México alegando que algunas de las personas concernidas eran también de nacionalidad estadounidense. La CIJ, sin embargo, no entró a analizar las consecuencias que se habrían derivado de ese hecho porque estimó que Estados Unidos no lo había probado.

No obstante, distintos tribunales internacionales han aplicado también en estos supuestos el criterio de la nacionalidad *efectiva o dominante*.

Así, en el asunto *Canevaro* (1912) el TPA desestimó la reclamación presentada por Italia frente a Perú por los daños causados a Rafael Canevaro no tanto por ostentar la nacionalidad peruana, además de la italiana, sino por haberse comportado como ciudadano peruano, hasta el punto de haber presentado su candidatura al Senado.

Por otra parte, la decisión de la Comisión de Conciliación italo-americana en el asunto *Florenzia Strusky-Merge* (1955) descartó que el Gobierno de los Estados Unidos pudiera formular una reclamación frente al Gobierno italiano con objeto de obtener una compensación por la pérdida durante la guerra de ciertos bienes personales de Doña Florenzia al comprobar que su nacionalidad efectiva, en atención a su residencia y otros factores relevantes, era la italiana y no la estadounidense.

También el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha aplicado en numerosos casos este criterio, afirmando su competencia para conocer de reclamaciones presentadas contra Irán por nacionales de los Estados Unidos que también tenían la nacionalidad iraní tras constatar que la nacionalidad dominante y efectiva era la primera (por primera vez en el asunto *Esphahanian*, 1983). Más aun, cabe observar en su jurisprudencia un apoyo creciente a dicho criterio.

Esta es la solución que se recoge en el proyecto de arts. de la CDI (2006, art. 7), en el que se afirma que “un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también su nacional, a menos de la nacionalidad del primer Estado sea *predominante* tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación”.

Así pues, en muchos casos de doble nacionalidad —en particular cuando la nacionalidad efectiva de la víctima es la del Estado presuntamente responsable—, lo más que pueden hacer los Estados, movidos por consideraciones humanitarias y de opinión pública, son meras gestiones de carácter diplomático. Tal fue, por ej., la actitud del Gobierno español en el asunto del asesinato en El Salvador en 1989 del padre Ellacuría y otros jesuitas, españoles de origen naturalizados salvadoreños.

En el asunto *Nottebohm* la CIJ definió la nacionalidad efectiva como “un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes”. Es necesario, pues, comparar la intensidad de los vínculos del individuo con cada uno los Estados de su nacionalidad.

Con muchos los factores que deben tomarse en cuenta en este análisis, no pudiendo considerarse *a priori* ninguno de ellos como determinante. Junto a la residencia habitual, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha tenido en cuenta, entre otros, los vínculos familiares, el idioma, el lugar de tributación o la posesión y utilización de uno u otro pasaporte. Dadas las dificultades que este análisis puede comportar el Tribunal ha llegado a advertir que, aun cuando se declare competente basándose en la nacionalidad efectiva o dominante del reclamante, “puede ser necesario tener en cuenta la otra nacionalidad al examinar el fondo de la cuestión” (asunto A/18, 1984).

475. *La nacionalidad de las personas jurídicas*

La verificación del requisito de la nacionalidad del perjudicado plantea problemas particulares cuando se trata de personas jurídicas, dada la diversidad de criterios de atribución de nacionalidad de las legislaciones estatales. La CIJ abordó esta cuestión en el asunto *Barcelona Traction* (1970), afirmando que el derecho a ejercer la protección diplomática de una sociedad corresponde *al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido y en el que la misma tiene su sede*.

La sociedad *Barcelona Traction, Light and Power Co.*, fundada en Canadá y con sede en Toronto, había desarrollado un complejo hidroeléctrico en Cataluña a través de distintas filiales. En 1948 los tribunales españoles declararon la quiebra de la sociedad a petición de varios acreedores. El Gobierno belga, estimando que los órganos administrativos y judiciales españoles habían cometido durante el proceso de declaración de quiebra varios hechos internacionalmente ilícitos, presentaron una demanda contra España ante la CIJ, pretendiendo así ejercer la protección diplomática de los accionistas belgas de la *Barcelona Traction*. La Corte, sin embargo, declaró inadmisibles la demanda, descartando que pudiera ejercer la protección diplomática el Estado de la nacionalidad de los accionistas por cuanto “al abrir la vía a reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear un clima de confusión y de inseguridad en las relaciones económicas internacionales”. También descartó el criterio del vínculo efectivo de la sociedad señalando que en el ámbito de la protección diplomática de las personas jurídicas “no ha sido aceptado de manera general ningún criterio absoluto aplicable al nexo efectivo”.

La jurisprudencia de la CIJ no parece haber cambiado. En *Elettronica Sicula* (1989) la Corte admitió la legitimación activa de Estados Unidos para presentar una demanda por los daños causados por Italia a determinados accionistas estadounidenses de una sociedad italiana; pero si bien la sentencia no señala expresamente el fundamento del *ius standi* de los Estados Unidos, puede entenderse que se encontraba en la presunta violación por Italia de determinadas disposiciones del Tratado bilateral de Amistad, Comercio y Navegación (1948) que dispensaban una protección específica a los accionistas.

No obstante, en el asunto *Barcelona Traction* la CIJ admitió la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad de los accionistas en dos supuestos: 1) cuando la sociedad o persona jurídica ha dejado de existir; y, naturalmente, 2) cuando el comportamiento ilícito cause perjuicio directo a los derechos propios de los accionistas, tales como los referentes al voto, a la designación de los órganos sociales, a los dividendos acordados por el órgano competente o cuando se produzca una expropiación de acciones sin la debida compensación.

El criterio *formal* acogido por la CIJ ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina pues deja en situación de desprotección a ciertas sociedades. En efecto, tal y como ocurrió en el asunto de la *Barcelona Traction*, el Estado bajo cuya legislación se constituyó la sociedad y en cuyo territorio tiene su sede puede carecer de interés en ejercer la protección diplomática si no mantiene un vínculo económico real con él. Más aún, algunos Estados (como Estados Unidos o Gran Bretaña) exigen que exista tal vínculo para ejercer dicha protección.

Ahora bien, la sentencia *Barcelona Traction* no descartó que el Estado de la nacionalidad de los accionistas pueda ejercer la protección diplomática cuando la sociedad perjudicada tiene la nacionalidad del Estado reclamado. En favor de esta regla —cuya posible vigencia la CIJ se limitó a apuntar— se suelen citar varios laudos arbitrales, entre los que destaca el pronunciado 1902 en el asunto *El Triunfo*, en el que se admitió una reclamación de Estados Unidos contra El Salvador por el cierre de un puerto en perjuicio de una sociedad

salvadoreña de la que eran accionistas nacionales del primer país. Sin embargo, en dicho asunto se había atentado contra los derechos propios de los accionistas. Además, otras sentencias arbitrales (*Kunhardt*, 1903) parecen adoptar la posición contraria. A favor de esta regla también cabría invocar *Elettronica Sicula*, pero, como ya hemos indicado, la CIJ se limitó en este caso a aplicar las disposiciones del Tratado italo-estadounidense de 1948.

En sus trabajos sobre la protección diplomática la CDI, en una clara manifestación de desarrollo progresivo del DI, ha optado por ampliar el círculo de Estados que pueden ejercer la protección diplomática a favor de sociedades (y de otras personas jurídicas en lo que sea procedente):

1) En primer lugar, la CDI se aparta de la regla general establecida por la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*, pues tras declarar que se entiende por Estado de la nacionalidad de la sociedad “el Estado con arreglo a cuya legislación se constituyó”, añade: “Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado u otros Estados, no desarrolle negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó y tenga la sede de su administración y su control financiero en otro Estado, este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad” (proyecto de arts. 2006, art. 9).

La disposición plantea sin duda dificultades de aplicación, en particular por cuanto no define el concepto de “control”, que puede interpretarse como *participación mayoritaria* (esto es más del 50% de las acciones) o como *predominio de acciones*.

2) En segundo lugar, la CDI no sólo admite el ejercicio de la protección diplomática por los accionistas de una sociedad en los dos supuestos señalados por la CIJ, esto es, cuando la sociedad o persona jurídica ha dejado de existir y cuando el comportamiento ilícito cause perjuicio directo a los derechos propios de los accionistas (Proyecto de arts., 2006, arts. 11, *a*, y 12), sino igualmente cuando “la sociedad haya tenido, en la fecha en la que se produjo el perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca y la constitución de la sociedad en ese Estado haya sido exigida por éste como condición previa para realizar negocios en dicho Estado” (art. 11, *b*).

Como puede observarse la CDI admite que el Estado de la nacionalidad de los accionistas pueda ejercer la protección diplomática cuando la sociedad perjudicada tiene la nacionalidad del Estado reclamado, proponiendo así la consagración de una regla sobre cuya existencia la CIJ no llegó a pronunciarse en el asunto *Barcelona Traction*, siempre que el Estado reclamado hubiera exigido a la sociedad constituirse como sociedad local para ejercer en él sus actividades económicas, supuesto relativamente frecuente en la práctica (así, la legislación de muchos Estados latinoamericanos limita las concesiones administrativas a las sociedades que tengan su nacionalidad).

476. La continuidad en la nacionalidad

El requisito de la nacionalidad del perjudicado tiene como corolario la regla de la *continuidad en la nacionalidad*. Conforme a dicha regla, el perjudicado debe haber tenido de modo continuo la nacionalidad del Estado reclamante —o de su

predecesor (en casos de sucesión de Estados)— *desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación* (CDI, proyecto de arts., 2006, arts. 5.1 y 10.1).

En relación con el *dies a quo* la CDI propone una excepción a la regla general (la fecha en que se produjo el perjuicio) en relación con las personas físicas, admitiendo que un Estado pueda ejercer la protección diplomática a favor de un individuo que no era nacional suyo en el momento de en que se causó el perjuicio — pero sí en el momento de la reclamación— siempre que “haya perdido su nacionalidad anterior y adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado reclamante de un modo que no esté en contradicción con el DI” (Proyecto de arts., 2006, art. 5.2). Ahora bien, la CDI descarta que pueda ejercer protección diplomática frente a un Estado cuya nacionalidad tuviera el individuo en la fecha de producirse el perjuicio (art. 5.3).

En relación con el *dies ad quem* (fecha final en la que el particular lesionado debe ser todavía nacional del Estado que ejerce la protección diplomática) algún laudo arbitral, al identificar a los inversores beneficiarios de un APRI, se ha pronunciado a favor de la fecha de la resolución de la reclamación (CIADI, *Loewen*, 2003), pero la CDI se inclina, por lo que hace a la protección diplomática, por la *fecha de la presentación de la reclamación* considerando que es más favorable a los intereses del particular. No obstante, admite una excepción: cuando el particular adquiera la nacionalidad del Estado reclamado después de la fecha de presentación de la reclamación (proyecto de arts., 2006, art. 5.4 y 10.2).

Tratándose de sociedades, su desaparición según la legislación del Estado en el que se constituyó como consecuencia del perjuicio que marca el *dies a quo* de la protección diplomática no obsta al ejercicio de la protección diplomática (CDI, proyecto de arts., 2006, art. 10.3).

477. El requisito del agotamiento de los recursos internos

El ejercicio de la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad del particular perjudicado exige asimismo el previo agotamiento por éste de las vías de recurso disponibles en el orden interno del Estado presuntamente infractor. Se trata de una regla bien establecida de DI consuetudinario (CIJ, *Interhandel*, 1959) cuyo fundamento se encuentra, en palabras de E. Jiménez de Aréchaga, en el respeto de la jurisdicción del Estado competente para conocer de la cuestión por conducto de sus órganos judiciales. Ahora la CDI la codifica (proyecto de arts., 2006, art. 14.1)

La regla se encuentra recogida en distintos textos convencionales, como es el caso del *Acta General* para el arreglo pacífico de controversias (1928/1949) (v. Cap. XVIII), y se aplica asimismo en el marco de distintos mecanismos que permiten a los particulares entablar reclamaciones internacionales.

Tal es el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (1950) cuyo art. 35 dispone que al TEDH “no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de DI generalmente reconocidos”.

El particular lesionado debe agotar todos los recursos legalmente existentes en el Derecho interno que ofrezcan una posibilidad de reparación, tanto si se trata de recursos jurisdiccionales como administrativos, ordinarios o especiales, excepción hecha, claro está, de los recursos extrajurídicos o que se otorguen a título graciable (CDI, proyecto de arts., 2006, art. 14.2)..

Así, la CPJI (*Compañía de electricidad de Sofía y de Bulgaria*, 1939) incluía “los que puedan formularse ante el Tribunal de Casación”. También los recursos constitucionales a disposición del particular —el recurso de amparo en España— pueden ser exigidos en la medida en que puedan desembocar en la reparación del daño.

Por otro lado, debe experimentarse todo recurso interno que permita la reparación del daño aun cuando no puedan alegarse en él los motivos que fundamentarían una reclamación internacional, sino únicamente argumentos basados en el Derecho interno del Estado reclamado. Tomando las palabras de la CIJ en *Eletronica Sicula* (1989), “basta con que se haya sometido la esencia de la demanda y que se haya perseverado tan lejos como lo permitan las leyes y los procedimientos locales”.

Existe un debate doctrinal en torno al *carácter sustantivo o procesal* de esta regla, debate íntimamente ligado a su propio fundamento. Conforme a la tesis de su *carácter sustantivo* la violación de una obligación internacional relativa al trato de los extranjeros sólo se produce cuando éstos agotan los recursos internos. En favor de esta tesis cabe argüir que cualquier decisión o acto de un órgano estatal no es definitivo hasta tanto no está sancionado por los órganos jurisdiccionales competentes o han transcurrido los plazos establecidos para su impugnación. En cambio, para los partidarios de su *carácter procesal* (que incluyó al IDI, sesión de Granada, 1956) la regla sólo opera como causa de inadmisión de una reclamación por la comisión de un hecho ilícito. Desde esta perspectiva el requisito del agotamiento de los recursos internos tendría su razón en consideraciones de oportunidad, al permitir al Estado que ha cometido el ilícito remediarlo por sus propios medios antes de entablar contra él una reclamación internacional. Imagen y economía.

La cuestión tiene indudables consecuencias prácticas, por ej. en relación con el principio de la nacionalidad de la reclamación, conforme a la cual el particular agraviado debe, en principio, ser nacional del Estado reclamante en el momento en que se comete el hecho ilícito (v. *supra*).

La discrepancia doctrinal se tradujo en vacilaciones codificadoras. Así, si en 1980 la CDI, al aprobar en primera lectura la primera parte del proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional de los Estados, se decantó por la tesis *sustantiva* (art. 22), en el proyecto de arts. definitivo (2001) lo hizo por la *procesal* (art. 44, b). Con estos precedentes y sin un respaldo jurisprudencial claro a favor de una u otra tesis, la CDI ha sido coherente con esta última opción, más favorable a los intereses de los particulares, no sin que se haya advertido que si el perjuicio es causado por una violación del Derecho interno que no constituye violación del DI la responsabilidad internacional únicamente procederá caso de producirse una *denegación de justicia* contra el extranjero.

El requisito del agotamiento de los recursos internos no es exigible, como es obvio, cuando el Estado reclamante haya sufrido un daño *directo* por el hecho ilícito de otro Estado. Cuando España demandó a Canadá por el apresamiento del pesquero *Estai* por guardacostas canadienses en alta mar, cuidó de precisar que ejercía, no la protección diplomática, sino el derecho soberano al respeto de su pabellón (CIJ, *Competencia en materia de pesquerías*, 1995, 1998). Ciertamente no siempre es fácil discernir si el daño se ocasionó *directamente* al Estado o a sus

nacionales, siendo frecuentes en la práctica las situaciones mixtas (CIJ, *LaGrand*, 2001; *Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004).

En *LaGrand* (2001) la CIJ estimó la demanda de Alemania contra Estados Unidos por no haberle notificado sin demora el arresto y detención de los hermanos LaGrand, de nacionalidad alemana, ni a éstos su derecho a la asistencia consular, en violación de la CV sobre Relaciones Consulares (1963), admitiendo que Alemania podía sustentarla tanto en el ejercicio de la protección diplomática de sus nacionales como en la violación de los derechos que le reconoce la Convención. En *Avena y otros súbditos mexicanos* (2004), tras afirmar que similares violaciones de la Convención por Estados Unidos en relación con nacionales mexicanos constituían un perjuicio directo para México, no estimó necesario considerar la reclamación desde la perspectiva de la protección diplomática.

En estos supuestos, en que un daño directo al Estado confluye con un daño a sus nacionales, la CDI entiende que el agotamiento de los recursos internos será exigible cuando la reclamación “se funde *preponderantemente* en un perjuicio causado a un nacional” (Proyecto de arts., 2006, art. 14.3).

478. *Excepciones a la exigencia de agotamiento de los recursos internos*

La regla del agotamiento de los recursos internos admite excepciones. Siguiendo los trabajos de la CDI, podemos señalar las siguientes (Proyecto de arts., 2006, art. 15):

1) La *inexistencia de recursos internos disponibles* —esto es, que permitan proveer una reparación— o *que sean eficaces*, esto es, que brinden una “posibilidad razonable” de obtener la reparación. Se decanta, pues, la CDI por un criterio de *razonabilidad* frente al más estricto de la *inutilidad evidente* de los recursos internos sostenido por algún pronunciamiento arbitral (*Buques finlandeses*, 1934).

Se daría esta excepción: a) cuando los tribunales internos no fueran competentes para resolver la causa; b) cuando resulte notorio que los tribunales internos no son independientes (v. s. arbitral en *Robert E. Brown*, 1923); c) cuando el Estado no cuente con un sistema apropiado de protección judicial; o d) cuando exista una jurisprudencia asentada de signo contrario a la pretensión del particular lesionado (CPJI, *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, 1939).

Así, en el asunto del periodista español Juanxu Rodríguez, muerto en Panamá en 1989 a consecuencia de disparos de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, cabía entender que se había producido el agotamiento de los recursos internos cuando el Gobierno español decidió ejercer la protección diplomática en atención a los siguientes hechos: por una parte, la reclamación presentada por los padres del fallecido ante el Departamento de Defensa de los Estados Unidos fue rechazada por considerar que la muerte se produjo en acción de combate y, por otra, demandas similares habían sido desestimadas previamente por los Tribunales de dicho país (dictamen del Consejo de Estado de 30 de enero de 1992).

En relación con la carga de la prueba en un contencioso internacional corresponderá al Estado demandado probar que no se han agotado los recursos *disponibles* (CIJ, *Elettronica Sicula*, 1989) y al demandante que los recursos disponibles no son *eficaces*.

2) *La dilación indebida en la tramitación de un recurso interno*, atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca.

Al igual que la *denegación de justicia*, de la que es una de sus manifestaciones, podría ser subsumida en la primera excepción. El Proyecto se refiere por separado a la *dilación excesiva* por la conveniencia de poner sobre aviso a los Estados en los que los procedimientos judiciales se prolongan indebidamente.

Ahora bien, recuérdese que si la *denegación de justicia* se produce en relación con el perjuicio causado por una violación del Derecho interno será éste el hecho internacionalmente ilícito determinante de la responsabilidad internacional del Estado considerado. Si esta es la razón del ejercicio de la protección diplomática, la inexistencia de recursos disponibles y eficaces no será una excepción a la regla del agotamiento, sino la premisa de la responsabilidad que justifica el ejercicio de la protección.

De acuerdo con la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) se produce denegación de justicia no sólo cuando las autoridades judiciales impiden a un extranjero el ejercicio de su derecho a interponer un recurso judicial sino igualmente cuando en su trámite encuentre obstáculos o demoras injustificables.

3) *La inexistencia en el momento en que se produjo el perjuicio de un vínculo pertinente entre el particular lesionado y el Estado cuya responsabilidad se invoca*, que justifique que el particular deba recurrir ante sus órganos internos. Tal es el caso, por ej., cuando el hecho internacionalmente ilícito no se cometió en el territorio del Estado reclamado.

4) *La persona perjudicada está manifiestamente impedida de ejercer los recursos internos*, por ej., porque el Estado cuya responsabilidad se invoca le niega la entrada a su territorio.

5) *La renuncia por el Estado reclamado*, dado el carácter dispositivo de la regla del agotamiento de los recursos internos (CIJ, *Elettronica Simula*, 1989).

La renuncia puede ser expresa o tácita. Un ejemplo de renuncia expresa los encontramos en el Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972.

479. *La renuncia a la protección diplomática por el particular*

Numerosos Gobiernos, en particular en América Latina, han observado durante tiempo la práctica de incluir en los contratos que celebran con sociedades extranjeras, con vistas a la explotación de recursos naturales o a la construcción de obras públicas, una cláusula —la llamada *cláusula Calvo*, por el nombre del jurista argentino que la formuló— en virtud de la cual las controversias que pudieran derivarse de tales contratos quedan sometidas a los tribunales competentes del Estado contratante al tiempo que dichas sociedades renuncian a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. Algunos ordenamientos internos incluso consideran implícita la *cláusula Calvo* (por ej., art. 14 de la Constitución de Ecuador de 1998).

Por otra parte, existen ordenamientos que exigen la renuncia a la protección diplomática por los extranjeros que quieran contratar con el Estado. Así, el Decreto colombiano sobre los contratos de la nación y de los organismos descentralizados (1983) establece que los contratos celebrados con una persona extranjera deben

contener una cláusula de renuncia a solicitar la protección diplomática, salvo en caso de denegación de justicia. Más aún, en la Constitución mexicana (1917) se lee que los extranjeros no podrán adquirir tierras o aguas o concesiones mineras o hidráulicas si no se comprometen ante la Secretaría de Relaciones Exteriores a considerarse como mexicanos en todo lo que concierne a esos bienes y derechos y, por lo tanto, a no solicitar la protección diplomática (art. 27).

Distinto es el caso de otros ordenamientos que declaran inaceptable la protección diplomática o que no la admiten más que en circunstancias excepcionales. Así, la Constitución de Perú (1993) dispone que, en lo relativo a la propiedad, los extranjeros serán tratados en pie de igualdad con los peruanos, no pudiendo invocar "excepción ni protección diplomática" (art. 71). La Constitución de Honduras (1982) prevé que los extranjeros no podrán recurrir a la vía diplomática más que en caso de denegación de justicia —entendiendo por tal un fallo que sea desfavorable al demandante—, bajo sanción de pérdida del derecho a habitar el país (art. 33).

La validez de la *cláusula Calvo* —explicable como reacción ante los abusos que en nombre de la protección diplomática se han cometido— ha sido objeto de un amplio y siempre renovado debate doctrinal.

El argumento tradicionalmente esgrimido contra su validez es que un particular no puede renunciar a la protección diplomática puesto que se trata, como vimos, de un derecho del Estado. Conforme a esta tesis la renuncia a la protección diplomática carecería de toda virtualidad (a menos que se encuentre amparada por un tratado en vigor del que sean partes el Estado que incorporó la *cláusula Calvo* a sus contratos y el de la nacionalidad del particular que los suscribió). Quienes han defendido su validez han sostenido, en cambio, que no se puede ejercer la protección diplomática contra la voluntad del particular lesionado o, también, que el particular no renuncia en realidad al ejercicio de la protección diplomática, sino a la facultad de solicitar su ejercicio al Estado de su nacionalidad. Frente a tales argumentos, sin embargo, cabe recordar que el Estado puede ejercer la protección diplomática por su propia iniciativa. Se explica así que varias sentencias arbitrales de principios del siglo XX declarasen la inoponibilidad de la *cláusula Calvo* frente al Estado de la nacionalidad del particular que la suscribió.

No obstante, se produce un punto de inflexión en la jurisprudencia internacional en el asunto *Dredging*, dictada por la Comisión General de Reclamaciones entre México y EE.UU. En su decisión de 1926 la Comisión estableció una distinción entre los aspectos propiamente contractuales y los de DI, estimando que en su virtud el particular renunciaba únicamente a la protección del Estado de su nacionalidad en lo que atañe a la interpretación y ejecución del contrato, pero no en relación con la comisión de otros hechos ilícitos por el Estado contratante, tales como una eventual denegación de justicia. Esta doctrina ha sido seguida por tribunales arbitrales posteriores (por ej., *The Mexican Union Railway Ltd. Co.*, 1930; *International Fisheries Co.*, 1931).

La sociedad *North American Dredging Co. of Texas* había celebrado un contrato con el Gobierno mexicano para el dragado del puerto de Santa Cruz, que incluía la *cláusula Calvo*. Tras la ruptura del contrato por el Gobierno mexicano, Estados Unidos reclamó una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la compañía. La Comisión finalmente no accedió a la reclamación estadounidense sobre todo porque la sociedad no había agotado los recursos internos.

En realidad la decisión en el asunto *Dredging* excluía la validez de la renuncia por el particular a la protección diplomática, pues el incumplimiento por un Estado de un contrato celebrado con un extranjero y sometido a los tribunales de dicho Estado no constituye violación del DI —no pudiendo, por tanto, dar lugar a la protección diplomática—, a menos que se produzca una denegación de justicia contra el extranjero. Nadie negará, sin embargo, que la *cláusula Calvo* ha de tener un peso relevante en el juicio de oportunidad del Estado de la nacionalidad del particular a la hora de acordar o no su protección diplomática.

Podríamos considerar como una modalidad de la *cláusula Calvo* la inclusión en los contratos celebrados entre Estados y particulares extranjeros (v. Cap. VIII) de disposiciones por las que las partes deciden someter las controversias relativas a su interpretación y ejecución a un tribunal arbitral internacional, que resolverá de conformidad con la ley designada por aquéllas, renunciando en ocasiones de forma expresa a la protección diplomática. En este sentido cabe destacar que el Convenio de Washington (1965) establece un procedimiento de conciliación y arbitraje para el arreglo de controversias en materia de inversiones entre Estados y particulares extranjeros, disponiendo que el Derecho aplicable a las controversias que se susciten en relación los contratos que incluyan la llamada *cláusula CIADI* será el que designen las partes o, en su defecto, el Derecho del Estado parte en la diferencia y “los principios generales del DI en la materia”. El Convenio prevé que el Estado de la nacionalidad de un particular parte en un contrato que incluya la *cláusula CIADI* sólo ejercerá la protección diplomática en el caso de que el Estado reclamado no acate el laudo (art. 27), solución que se extiende a los supuestos de reclamaciones presentadas por un inversor extranjero contra el Estado de inversión ante un Tribunal arbitral CIADI en el marco de un APPRI; algunos APPRI disponen igualmente su aplicación en relación con reclamaciones ante otros tribunales arbitrales. Veámoslo.

480. Protección diplomática del Estado versus reclamaciones internacionales por los particulares

En la actualidad existen numerosos tratados que facultan a los particulares para entablar por sí mismos reclamaciones internacionales, sin necesidad de solicitar al Estado de su nacionalidad el ejercicio de la protección diplomática.

Ello se explica por cuanto, como ha señalado J. Quel, “en el actual contexto jurídico internacional, la ficción que sustenta la protección diplomática” —esto es, su configuración como un derecho del Estado (v. *infra*)— “choca con una realidad en la que las normas internacionales focalizan frecuentemente su atención no en el Estado sino en el destinatario último de los derechos y obligaciones derivados de la norma internacional”.

Así, por ej., distintos tratados sobre derechos humanos articulan mecanismos que permiten al particular reclamar directamente ante órganos previstos en ellos (v. Cap. XXIX). Asimismo, los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (“APPRI”) prevén la posibilidad de que el inversor extranjero acuda directamente al arbitraje internacional frente al Estado huésped de la inversión en caso de incumplimiento por éste de las obligaciones de protección asumidas (v. Cap. XXI). Las normas generales sobre protección diplomática no se aplican en la medida en que sean incompatibles con reglas especiales como son los APPRI (CDI, Proyecto de arts. sobre protección diplomática, 2006, art. 17)

En materia de arreglo de controversias entre el Estado de inversión y los inversores de la otra parte, la mayoría de los APPRI responde a dos modelos. Conforme al primero, transcurrido un determinado tiempo durante el cual debe intentar un arreglo amistoso con el Estado huésped, el inversor ha de elegir entre acudir a los tribunales del Estado huésped o al arbitraje internacional. Con arreglo al segundo, expirado el plazo en que se debe procurar un arreglo amistoso, el inversor debe someter la controversia a los tribunales nacionales, pudiendo acudir al arbitraje si, transcurrido un determinado período de tiempo establecido por el propio APPRI, éstos no hubieran dictado sentencia o la sentencia fuera desestimatoria de las pretensiones del inversor. Por otra parte, los APPRI suelen ofrecer a los inversores extranjeros la posibilidad de elegir entre varias reglas e instituciones arbitrales, incluido normalmente el arbitraje administrado por el CIADI (Convenio de Washington, 1965). Se ha debatido si un inversor podría invocar la *cláusula de la nación más favorecida* para aprovechar las cláusulas sobre jurisdicción y procedimiento para él más ventajosas de otro tratado (v. Cap. XVI). Si aceptamos como parámetro los estándares que la CIJ impone para apreciar el consentimiento de las partes a su propia jurisdicción, la respuesta sólo puede ser negativa.

Algunos APPRI contemplan la eventual litigiosidad no sólo en dirección única, sino también en doble dirección, lo que permite al Estado huésped demandar al inversionista, y no sólo ser demandado por él, si considera que incumple sus obligaciones, en la medida en que al hacerlo pudiera considerarse estrechamente vinculadas al cumplimiento del tratado que es, realmente, el objeto que los árbitros han de cuidar.

En cuanto al Derecho aplicable por los tribunales arbitrales los APPRI suelen mencionar el Derecho interno del Estado de inversión —incluidas sus normas de DI privado— y las normas pertinentes de DI, debiendo considerarse que éstas prevalecen en caso de conflicto con las del Derecho interno (v., por ej., CIADI, *Aucoven*, 2003).

Existen algunos tratados multilaterales —entre los que destaca el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) o el Tratado sobre la Carta de la Energía— que contienen disposiciones análogas a las de los APPRI.

La protección diplomática sigue teniendo en nuestros días indudable relevancia como medio para proteger al individuo y, especialmente, para asegurar el respeto de los derechos humanos. Pero en relación con los intereses de las personas jurídicas, en particular los inversores, ha sufrido un verdadero desplazamiento a favor del arbitraje, pues en la actualidad prácticamente todas las controversias relativas a inversiones se someten al arbitraje en el marco de APPRI. A este declive de la protección diplomática han contribuido los requisitos que el DI impone para su ejercicio —tanto el de la nacionalidad como el de la exigencia de agotamiento de los recursos internos por el particular— amén de la discrecionalidad de que gozan los Estados para atender las peticiones de protección de sus nacionales (v. *supra*)..

Sobre la nacionalidad, es revelador que algunos laudos arbitrales (por ej., CIADI, *Siemens c. Argentina*, 2004) se hayan atrevido a afirmar que la protección de los APPRI alcanza a las sociedades locales, al menos en la medida en que su control efectivo esté en manos de inversores de la otra parte, incluso cuando no se contempla expresamente. Cabe formular reparos, habida cuenta de que es dudoso que esa misma sociedad local pueda, llegado el caso, beneficiarse de protección diplomática a menos que concurren circunstancias adicionales (v. *supra*). Algunos pronunciamientos han considerado incluso que el inversor extranjero que sea accionista minoritario de una sociedad local puede reclamar frente al Estado de inversión —con fundamento en el correspondiente APPRI y aun cuando éste guarde silencio al respecto— por los daños causados a la sociedad si se hubiera causado un daño directo a su inversión, por ej., afectando a su valor (CIADI, *Enron c. Argentina*, 2005, y *CMS c. Argentina*, 2005).

CIX. LA PROTECCIÓN POR LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE SUS FUNCIONARIOS

481. Una protección de carácter funcional

Toda OI cuenta con un conjunto de funcionarios y agentes que trabajan a su servicio con plena independencia del Estado de su nacionalidad y que gozan de un estatuto propio. Como estos funcionarios o agentes pueden ser víctimas, en el ejercicio de sus funciones, de un hecho ilícito atribuible a otro sujeto internacional, cabe preguntarse si en tal caso corresponde la protección al Estado de su nacionalidad o a la propia Organización.

La cuestión fue abordada por la CIJ en su op. cons. sobre la *Reparación de ciertos daños al servicio de las NU* (1949; véase también la op. cons. sobre la *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la CDH*, 1998).

En 1948 F. Bernadotte, mediador de las NU en Palestina, y el coronel Serot, miembro de la Misión de observación de NU, fueron asesinados en Jerusalén en un acto terrorista atribuido a uno de los grupos judíos más radicales. NU asumió el pago de importantes indemnizaciones, al tiempo que se planteó si la Organización podía reclamar por el incumplimiento de la obligación de protegerles en el ejercicio de sus funciones. Solicitada una op. cons. por la AG, la CIJ respondió afirmativamente, señalando que para que el funcionario pueda cumplir satisfactoriamente con sus deberes y su independencia quede garantizada es preciso que cuente con la protección de la Organización.

Del referido dictamen se desprende que no cabe que una Organización reclame por cualquier ilícito del que sea víctima un funcionario suyo. La protección de la Organización es de carácter *funcional*, estando limitada a los daños sufridos por sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Por el contrario, si el agente hubiera sufrido un daño al margen de su actividad profesional correspondería al Estado de su nacionalidad ejercer la protección diplomática. Y es que, como dijo la CIJ “únicamente la parte respecto de la que existe una obligación internacional puede presentar una reclamación por dicha violación”.

No obstante, el derecho de una Organización a ejercer la protección en favor de sus agentes puede en algunos casos ser concurrente con el derecho de un Estado a la protección diplomática de sus nacionales, sin que quepa reconocer prioridad a ninguno de estos derechos, sino tan sólo esperar que se produzca una adecuada cooperación entre ambos.

La cuestión se planteó, por ej., en el asunto *Soria*. Carmelo Soria, español de origen contratado como funcionario de NU en Chile, fue asesinado en 1976, tras el golpe militar encabezado por el general Pinochet. La familia inició entonces un proceso que fue sobreseído. Restablecida la democracia se reabrió el proceso y en el marco del mismo las autoridades españolas prestaron su *asistencia consular* a los familiares. Sin embargo, España no llegó a ejercer la protección diplomática pues Carmelo Soria había adquirido la nacionalidad chilena y era residente en Chile. Este escollo no se plantea en cambio para NU pues, como admitió la CIJ, la Organización puede llevar a cabo su protección incluso frente al Estado de la nacionalidad de la víctima, dado que “la acción ejercida por la Organización se basa en la condición de la víctima como agente de la Organización, con independencia de su nacionalidad”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. En relación con la protección diplomática en general, en lengua española: M. Díez de Velasco, "Reflexiones sobre la protección diplomática", *Hom. A. Truyol*, Madrid, 1986, 378; C. Jiménez Piernas, "El particular ante el Derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del standard mínimo y la protección diplomática", *Cur. DI Vitoria* 1987, 67; J. Quel, "Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional", *Cur. DI Vitoria* 2002, 339; S. Torrecuadrada, "La sentencia de la CIJ de 27 de junio de 2001 en el caso *LaGrand*", *REEI*, n° 6, 2003 (tb. en *BMDC*, n° 109, 2004, 207). **En otras lenguas:** J.F. Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, 2003; Ch. Dominicé, "Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt *LaGrand*", *Hom. J.M. Castro-Rial*, Madrid, 2002, 232; M. Pinto, "De la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme", *RGDIP*, 2002, 513; L. Condorelli, "La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application", *RDI*, 2003, 5; E. Milano, "Diplomatic Protection and HR before the ICJ: Re-Fashioning Tradition", *NYIL*, 2004, 85; J. Dugard, "Diplomatic Protection and HR: The Draft Articles of the ILC", *AuYIL*, 2005, 75. **Para un análisis de la práctica española:** C. Díaz Barrado, "La protección de españoles en el extranjero. Práctica constitucional", *Cur. DI Vitoria* 1992, 239.

2. Por lo que se refiere al requisito de la nacionalidad del particular lesionado: E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París, 1990; P. Klein, "La protection diplomatique des doubles nationaux: Réconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité", *RBDI*, 1988, 184. **En cuanto a la protección de las personas jurídicas, en lengua española:** J.A. Vives, "Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación en la sentencia *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*", *REDI*, 1992-1, 7; **en otras lenguas:** S. Bariatti, *L'azione internazionale dello Stato a tutela di non cittadini*, Milán, 1993; B. Sterri, "La protection diplomatique des investissements internationaux: de *Barcelona Traction* à *Elettronica Sicula* ou les glissements progressifs de l'analyse", *JDI*, 1990, 897.

3. En cuanto a la regla del agotamiento de los recursos internos, en lengua española: J.A. Vives, "Las cuestiones...", cit.; **en otras lenguas:** A. Cançado, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in IL*, Cambridge, 1983 (versión portuguesa resumida: *O esgotamento de recursos internos no DI*, Brasília, 1984); C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in IL*, Cambridge, 1990 (2ª ed., 2004). **Por lo que se refiere a la denegación de justicia:** I. Paulsson, *Denial of Justice in IL*, Cambridge, 2005.

4. Sobre la conducta correcta del perjudicado: J.J.A. Salmon, "La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale", *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. III, 371. **A propósito de la conducta arriesgada del particular y su incidencia en el ejercicio de la protección diplomática:** C. Jiménez Piernas, *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Alicante, 1988.

5. Acerca de los acuerdos sobre protección de inversiones y CIADI, en lengua española: J.A. Vives, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, 1998; I. García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores*, Valencia, 2005; J. Díez-Hochleitner y C. Izquierdo, "Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRI celebrados por España con países latinoamericanos", *RLEI*, n° 7, 2003 (tb. en *RJUAM*, n° 8, 2003, 163); J. Díez-Hochleitner, "Protección diplomática v. arbitraje de inversiones", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 469. **En otras lenguas:** M. Sornarajah, *The IL on Foreign Investment*, Cambridge, 1994; R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, 1995; C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001; G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *R. des C.*, 1997, t. 269, 251.

6. Sobre la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática por el Estado: J.F. Flauss, "Les contentieux des décisions de refus de l'exercice de la protection diplomatique", *RGDIP*, 2005, 407.

7. A propósito de la protección diplomática y las OI: *Les agents internationaux*, París, 1985; L. Gramlich, "Diplomatic Protection against Acts of Intergovernmental Organs", *GYIL*, 1984, 386. **Sobre la protección diplomática de las ONGs:** K. Doebling, "Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 571.

8. Acerca de los acuerdos de compensación global, en lengua española: C. Díaz Barrado y C. Fernández Liesa, *Indemnizaciones a españoles privados de sus bienes en el extranjero*, Madrid, 1993; **en otras lenguas:** R.B. Lillich y B.H. Weston (eds.), *International Claims. Contemporary European Practice*, Charlottesville, 1982.

9. En cuanto a la protección consular: la práctica española en materia de protección consular es analizada por C. Díaz Barrado, "La protección de españoles en el extranjero...", cit.

10. Respecto del art. 20 Tratado CE, sobre la protección en el extranjero de los ciudadanos de la UE, en lengua española: C.M. Bru, *La ciudadanía europea*, Madrid, 1994; D.J. Liñán, "De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión", *GJ*, D-17, 1992, 63; *id.*, "La ciudadanía de la UE", en G.C. Rodríguez Iglesias y D.J. Liñán (eds.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, 271; C. Jiménez Piernas, "La protección diplomática y consular del ciudadano de la UE", *RIE*, 1993, 9; A. Mangas, "La ciudadanía de la UE", en *El Defensor del Pueblo en el TUE*, Madrid, 1993, 15; E. Pérez Vera, "La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 1123; E. Vilariño, "Representación exterior y cooperación diplomática y consular en el TUE", *RIE*, 1995, 417; J. Carrera, "El deber de asistencia diplomática y consular de los pescadores comunitarios por la Comisión Europea", *RIE*, 1996, 539. **En otras lenguas:** E. Marias (ed.), *European Citizenship*, Maastricht, 1994; C. Storost, *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?*, Berlín, 2005; C. Blumann, "Une ébauche de communautarisation de la protection diplomatique", *Rev. Juridique Centre Ouest*, 1992, 257; C. Closa, "Citizenship of the Union and Nationality of Member Status", *CMLR*, 1995, 487.

Capítulo XXIII

La dimensión territorial de la soberanía del Estado: espacio terrestre, espacio aéreo

CX. EL ESPACIO TERRESTRE

482. Regímenes territoriales en Derecho Internacional

Una de las funciones tradicionales del DI ha sido la de determinar los ámbitos espaciales en que los Estados ejercen derechos soberanos y jurisdiccionales, esto es, la de contribuir a la delimitación de los confines estatales y, por lo tanto, a la fijación del *territorio del Estado*. Comprobada históricamente la irresistible tendencia de estos sujetos a ocupar todo el espacio terrestre del planeta, la vieja clasificación que agrupaba los territorios en aquéllos sometidos a soberanía *versus* los no pertenecientes a ningún Estado —*terra nullius*— no puede ya considerarse ni suficiente ni satisfactoria. En efecto: 1) no es suficiente, puesto que, por un lado, el territorio del Estado se ha diversificado y, por otro, la parcelación del globo terráqueo casi ha culminado, acabando en la práctica con la existencia de *tierras de nadie*, y 2) no es satisfactoria, pues la exacerbada sed de espacios que enerva las voluntades estatales, por mor de los rápidos y profundos avances de la tecnología, ha llevado al DI contemporáneo la necesidad de elevar diques de contención, de regular las competencias de los Estados en nuevas áreas, excluyéndolas de la soberanía estatal y calificándolas como *res communis*. Tampoco permite afrontar el nacimiento del denominado *territorio funcional*, ligado a los fenómenos de integración:

1) La diversificación de la composición del territorio del Estado ha transformado, en efecto, su naturaleza jurídica y ha incidido sobre la concepción de las relaciones entre los distintos elementos que lo componen. Si el DI clásico concedió prelación jerárquica a la tierra respecto de las aguas adyacentes —a las que sólo correspondía contribuir a su seguridad— en la actualidad el equilibrio entre espacios ha sido favorecido tanto por las perspectivas de aprovechamiento y control pluridimensional —aire y suelo y subsuelo marinos— como por la múltiple realidad geográfica de los nuevos Estados surgidos del proceso descolonizador, particularmente los Estados archipelágicos. Es decir, la concepción *geocéntrica* del territorio ha tenido que aprender a convivir con la concepción *talasocéntrica*.

2) Hoy prácticamente se carece de *terra nullius*. Puede haber, y hay, tierras de soberanía polémica.

Piénsese, antaño, en el asalto a las islas deshabitadas, propiciado especialmente por Estados Unidos al amparo de la *Guano Island Act* (1856), que permitía a cualquiera de sus ciudadanos que descubriera depósitos de guano en una isla no poblada por nacionales de otro país, tomar posesión de la misma y ocuparla en nombre de los Estados Unidos; de este modo dicho país se posesionó de hasta setenta y dos islas del guano que luego han sido devueltas en la casi totalidad a otros países que las reclamaban como propias. Piénsese, ahora, en los numerosos contenciosos abiertos en que se disputa la soberanía de islas, islotes, cayos deshabitados por su efecto llamada sobre extensas áreas marinas bajo la jurisdicción de quien resulte soberano. O en la Antártida, el continente de las pretensiones de soberanía —que invocan siete de los Estados partes en el Tratado Antártico (1959): Argentina, Australia, Chile, Francia, Nueva Zelanda, Noruega y Gran Bretaña— congeladas. Es el síntoma del pulso entre las apetencias exclusivas y excluyentes de soberanía y un interés más elevado que se plasma en su consideración como *terra communis*. En todo caso, en tales latitudes antárticas, si algo puede recibir el calificativo de *terra nullius* es el cuadrante (a disposición, se dice, de los Estados Unidos) situado entre los 90° Oeste y los 150° Oeste sobre el que hasta ahora ningún país se reclama soberano.

3) Tampoco resulta válido el binomio soberanía/*terra nullius* para enjuiciar el régimen jurídico de determinados espacios que han sido caracterizados como *res communis*, como es el caso de la alta mar, de la llamada Zona internacional de los fondos marinos y del espacio ultraterrestre, no susceptibles de apropiación por los Estados.

4) También los fenómenos de integración regional tienen una incidencia colateral sobre el estatuto jurídico del territorio del Estado. Al transferirse competencias derivadas del poder soberano estatal a Organizaciones de corte supranacional, surge la necesidad de delimitar el ámbito espacial en que resulta válido el ejercicio de tales competencias por sus órganos. Tal ámbito no tiene por qué coincidir necesariamente con el de los respectivos territorios de los Estados miembros de la Organización en cuestión. Estaremos en este caso ante una definición *funcional* de territorio, más que ante la agregación de cada uno de los espacios donde ejercen soberanía los Estados miembros.

Así sucede en la CE respecto del *territorio comunitario* (art. 299 TCE), una expresión cómoda utilizada en ocasiones por el mismo TJCE (Walrave, 1974) para calificar la esfera de aplicación de normas materialmente territoriales y que no debe llevar a confusión, porque: 1) una cosa es el territorio del Estado, donde éste ejerce soberanía, o por lo menos jurisdicción, y otra la necesidad de delimitar el espacio físico en que se aplica un determinado sistema jurídico, y 2) en la CE la expresión tiene, no uno, sino varios sentidos. Existe, en efecto, una pluralidad de *territorios comunitarios*: aduanero, fiscal, estadístico...

483. Estado y territorio

En la moderna sociedad internacional el concepto de *territorio* guarda intrínseca relación con el de su sujeto primario, el Estado. Éste, en el proceso político que le ve surgir de entre las cenizas de las formas feudales y renacentistas, ha heredado de la ciudad del Renacimiento una decidida vocación: la de constituirse en una unidad segura, cerrada y estable. Como organismo esencialmente político se asentó sobre una base territorial en la que afirmó su poder, garantizando la seguridad de la población, organizando la explotación de los recursos económicos, articulando las relaciones con los otros centros de poder territoriales. Como

organismo que pretendía fundar la modernidad en la disolución de los vínculos personales que atan a los súbditos con el poder soberano, obtuvo su cohesión, su estructuración política sobre una base territorial. De ahí que la sociedad internacional se constituyera primordialmente por unidades políticas territorialmente definidas según el modelo político relacional instaurado tras la Paz de Westfalia (1648). Tales unidades, no subordinadas formalmente a un poder superior, ejercían —y ejercen— su soberanía sobre un concreto espacio terrestre, con exclusión de las otras. De hecho, el DI, inspirándose en el principio de igualdad —igualdad soberana—, encuentra su primera —y clásica— función en la regulación de las relaciones entre tales sujetos, a los fines de delimitar el ejercicio de la soberanía sobre una base territorial (v. Cap. III).

En tanto que ordenamiento con vocación de regir las relaciones entre entidades soberanas de corte territorial, el DI ha sido, es y, previsiblemente, seguirá siendo (eso sí, en diferentes y, tal vez, decrecientes dosis) tributario del lugar central que ocupa la concepción jurídica del territorio en ese ordenamiento. Si repasamos los principios fundamentales del DI advertiremos con claridad su raíz *territorialista*, comenzando por el principio de soberanía (territorial) y su corolario, el principio de no intervención en los asuntos internos (*ad intra* territorio), o el principio de libre determinación (invocado para que una población se eleve a la estatalidad en el territorio colonial). Incluso allí donde el peso gravitacional del territorio parece retroceder, acaba retornando. Por ej., la libre determinación de los pueblos... que se hace *contra* el territorio del Estado, se hace también para afirmar un territorio propio (el *uti possidetis iuris* va de la mano con la libre determinación). (V. Cap. IV).

Pero la consideración del territorio en la hora actual se debe a la *buena salud* de los Estados. Ningún dato de la práctica internacional ha desmentido, en los albores del siglo XXI, su posición clave, en tanto que sistemas políticos de base territorial, en las relaciones internacionales, a pesar del incremento (en número y calidad) de las OI, a la bulliciosa, desregulada y desordenada presencia de las fuerzas transnacionales y a la vocacional y permanentemente frustrada candidatura a la subjetividad de la persona y de los grupos humanos. Muy al contrario. El proceso descolonizador ha propiciado nuevos y múltiples defensores del acendrado dogma de la soberanía territorial, al acomodar en su mirífico seno las pretensiones de respeto a la integridad de los territorios desgajados de las potencias coloniales. Los nuevos Estados eran y deseaban ser ante todo eso: Estados.

Así que el Estado vive y pervive en su axialidad. Hoy, como ayer, el elemento de la territorialidad se encuentra ínsito en toda definición de la soberanía, como prueba una abundante jurisprudencia arbitral y judicial. Un Estado sin territorio es, pues, inconcebible. Puede haber pueblos nómadas, lo mismo que pueblos desplazados, pero no Estados nómadas. Que el DI no conozca la existencia del *Estado nómada*, no significa que necesariamente la organización política tenga una base territorial completamente delimitada y demarcada (CIJ, *Sahara Occi-*

dental, 1975). Digamos más. Es inconcebible un Estado sin un territorio terrestre a cielo abierto. El país de los *molocs* en las entrañas de la Tierra es, al menos por ahora, tan fantástico como el imperio submarino de Neptuno o del capitán Nemo (aunque algunos Estados, como Tuvalu o Kiribati tienden a *sumergirse* con la elevación, cada vez más inquietante, de las mareas). El Estado *mediterráneo*, sin litoral, y como consecuencia sin espacios marinos, está confirmado por la práctica. El Estado acuático, no. La soberanía tiene una dimensión territorial necesariamente terrestre, eventualmente marítima y complementariamente aérea.

Debe predicarse la *unicidad* —que no la *continuidad*— del territorio del Estado. Siendo uno, las competencias que sobre este ámbito espacial despliega aquel sujeto se reblandecen, sin embargo, de la tierra al mar, de los ámbitos en que el Estado ejerce *soberanía* —territorio terrestre, mar territorial...— a los espacios —fundamentalmente marinos: plataforma continental, ZEE...— en los que meramente ejerce *jurisdicción* y donde se constata una fuerte presencia de los derechos de terceros Estados, como la libertad de navegación de que disfrutaban en la ZEE de un Estado ribereño.

A los efectos que ahora interesan entendemos por *soberanía* la autoridad que ostenta el Estado, la condición que de este sujeto se predica y que deriva de su subjetividad internacional, su autoridad plena y exclusiva desplegada en el territorio (v. Cap. III). El concepto de *jurisdicción* (operativo en determinados espacios marinos del territorio del Estado) es más limitado, refiriéndose a aspectos particulares de la soberanía, especialmente a derechos, libertades, poderes.

484. *El título a la soberanía territorial*

Un Estado está legitimado por el DI para ejercer sus competencias sobre un determinado territorio en tanto que soberano del mismo. En términos jurídicos afirmaremos que ostenta un *título* que le habilita para hacerlo, el *título a la soberanía territorial*. En caso de controversia sobre una misma masa territorial o respecto del trazado por el que debe discurrir una frontera los Estados partes han de justificar la extensión espacial de su soberanía y desmentir la validez de las pretensiones territoriales del adversario. De ahí el *título a la soberanía*.

Genéricamente constituyen *título* aquellos hechos que el ordenamiento jurídico juzga capacitados para conferir un derecho; son la fuente de la que deriva el derecho mismo. Pero no olvidemos la otra acepción del concepto de *título*: el propio documento invocable a los efectos de establecer un derecho. Ambas acepciones tienen acomodo en el DI como ha puesto de manifiesto la CIJ (*Controversia fronteriza*, Burkina Faso/Malí, 1986).

El *título* se distingue conceptualmente de los *modos* de adquirirlo o, en terminología más apropiada, sus *fundamentos*, que son los procesos jurídicos o fácticos que el DI, en tanto que sistema de referencia, reconoce como capaces para la creación de un título a la soberanía territorial (ejercicio efectivo y pacífico de las funciones estatales *in illo tempore*, cesión, ocupación, accesión...).

Ha sido frecuente en la doctrina internacionalista hablar de los *modos de adquisición de territorio*, expresión que induce a la confusión, pues lo que adquiere el Estado es el título a la soberanía sobre un territorio y no el territorio en sí. Sostener lo contrario implica defender inadecuadas y desfasadas concepciones jurídicas (patrimoniales) sobre la vinculación entre el Estado y su territorio.

La adquisición de los títulos de soberanía remite directamente a la historia viva, a la lucha por la ocupación espacial del planeta desde la constitución de la sociedad internacional. El proceso es enormemente esclarecedor acerca de las etapas por las que ésta y, consecuentemente, el DI, han discurrido. El conjunto de normas sobre adquisición del título fue inicialmente pergeñado atendiendo a una serie de condicionantes:

1) A instancias de los Estados europeos, originarios forjadores de la sociedad internacional (eurocéntrica), perennes readaptadores del mapa geopolítico de Europa a la búsqueda de la hegemonía continental, a la vez que ávidos colonizadores de las tierras (y mercados) abiertas por la era de los grandes descubrimientos y las navegaciones de altura (siglos XV-XVIII).

2) Descartándose, por la lógica oposición de los terceros Estados con pretensiones coloniales en el Nuevo Mundo, las tesis de España y Portugal, partidarias de la validez jurídica de las bulas papales como modo de adquisición del título a la soberanía sobre tierras descubiertas por la Cristiandad. Sea cual sea el significado de bulas papales como la *Inter Caetera*, *Eximiae Devotionis* y *Dudum siquidem* (1493), fue la decidida política de colonización de España y Portugal la que permitió *negar* a los demás Estados en el siglo XVI y una parte del XVII el territorio que descubrían y sobre el que periféricamente se iban asentando. Todo lo más, bulas más descubrimiento confirieron un *título incoado*.

3) Siguiendo modelos *iusprivatistas*, romanistas, que servían para explicar las adquisiciones territoriales como si se tratara de intercambios patrimoniales, porque así concebían la relación Estado/territorio.

4) Limitándose a ordenar jurídicamente la adquisición/pérdida de territorios por un Estado ya constituido, excluyendo la juridificación de situaciones de las que emerge un nuevo Estado. En estos casos la respuesta tradicional del DI implicaba concebir el nacimiento del nuevo Estado como cuestión de *facto*, una materia de la competencia doméstica, centrándose entonces la atención en el soberano (susceptible de reconocimiento) más que en uno de sus elementos (el territorio) (v. Cap. II)

5) Concertando previamente entre sí un reparto geográfico de las tierras susceptibles de colonización en determinadas áreas (para África, la Conferencia de Berlín de 1885), mediante la definición de esferas de influencia, que ordenaran la apropiación occidental *more* colonialismo y evitaran la conflictividad entre las potencias coloniales.

6) Justificando dicha apropiación en la concepción de las tierras a ocupar (de nuevo, fundamentalmente en África) como *nullius*, no sometidas a dominio alguno, sin perjuicio de que se encontrasen habitadas o aunque en ellas existieran algunas formas de organización política infraestatales (Cap. VI del Acta de la Conferencia de Berlín); no obstante, la apropiación de territorio se realizó en algunos casos mediante tratados celebrados por la potencia europea y las entidades políticas allí radicadas, sometidas a diversos regímenes de protectorado

485. *Modos de adquisición del título. Su obsolescencia en el Derecho Internacional contemporáneo*

Como una respuesta a las necesidades de ordenación del continente europeo y de la expansión de las potencias coloniales europeas, el DI clásico entendió que la adquisición del título a la soberanía territorial tenía lugar por virtud de cinco *modos* o procesos que, atendiendo a categorías *iusprivatistas*, se ordenaban en *originarios* y *derivativos*.

Los primeros implicaban la adquisición por un Estado de un territorio no sujeto a soberanía de ningún otro Estado, por tanto *terra nullius*, bien mediante la posesión efectiva del mismo, desplegando sobre él de manera pública la autoridad soberana llevado de un *animus occupandi* (ocupación), bien mediante la *accesión* de una porción de territorio que, por obra de la naturaleza o por la mano del hombre, se incorpora al territorio originario.

En cambio, los modos derivativos presuponían una transferencia de territorio de un Estado a otro, en casos de *conquista*, de renuncia en favor de otro (*cesión*), o por la posesión pacífica y continuada a lo largo del tiempo de un territorio *alii*, ejerciendo en él actividad estatal con *animus possidendi* y en calidad de soberano (*prescripción*).

Este conjunto normativo, reflejo de los intereses coloniales, pudo soportar sin excesivo quebranto el primero de los sobresaltos territoriales a gran escala de los dos últimos siglos: la emancipación de las repúblicas latinoamericanas. Y ello por dos órdenes de consideraciones: 1) porque, como hemos dicho, la emergencia de nuevos Estados era una cuestión no regulada por (y que no interesaba a) las reglas internacionales de adquisición de territorio y 2) porque los propios Estados latinoamericanos perfilaron soluciones propias aplicables en el marco de los conflictos de límites (principio del *uti possidetis iuri*, v. *infra*) que contribuían a determinar sus respectivos ámbitos de soberanía, desechando que en el hemisferio pudieran existir *tierras de nadie*. En conclusión, la normativa europea subsistía a condición de su inaplicación en América.

La obsolescencia de los modos de adquisición llegó por varias vías que afectaron a la ordenación en su conjunto y, en particular, a algunos de los modos individualmente apreciados. Por lo pronto, una categorización que responda a una concepción patrimonial del territorio de un Estado no es apta para proveer a una explicación de todos los cambios territoriales, una vez concebida la relación del Estado con su territorio en clave de soberanía.

En segundo lugar, el proceso descolonizador desencadenado con vigor inusitado en la segunda mitad del siglo XX y su articulación jurídica, el principio de libre determinación (v. cap. IV), incidieron:

1) En las relaciones entre las potencias y los territorios coloniales, al adjudicarse a éstos, como una proyección de la soberanía virtual, una condición jurídica separada de la de los territorios metropolitanos. Los cambios territoriales provocados por el proceso descolonizador no encontraban explicación en los modos tradicionales de adquisición del título a la soberanía.

2) En la invalidación de los títulos a la soberanía territorial adquiridos en contravención del principio de libre determinación.

3) En la reubicación teórica de los elementos de la estatalidad, al propulsar necesariamente los intereses de la población del Estado a un primer plano.

Las críticas se acentúan si pasamos revista a cada uno de los modos de adquisición:

1) Uno de ellos, la *conquista*, no puede ser considerado como válido en la actualidad, pues incurre en la prohibición taxativa de recurrir a la fuerza o a la

amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 de la Carta de las UN y norma del DI consuetudinario: CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986). (V. Cap. XXVI).

Es éste el núcleo de la res. 664 (1990) del C. de S. por la que condenó la anexión de Kuwait por Irak. Incluso los usos lícitos de la fuerza —la legítima defensa— no pueden hacerse valer como modo de adquisición de soberanía sobre un territorio sometido a las reglas de la ocupación militar. De ahí la invalidez de la anexión de Jerusalén este y de los Altos del Golán por Israel.

2) Si ya hemos advertido la inexistencia de *terra nullius*, quedan consecuentemente anuladas las posibilidades de la *ocupación* como modo de adquisición de la soberanía, ya que el DI sólo admite la ocupación de tierras sin dueño. Y menos aún si se trata de territorios habitados, por la incidencia del principio de libre determinación. En puridad, sólo si se produjera el abandono (*derelictio*) por un Estado de territorios sometidos a la soberanía (insospechada posibilidad) o la emergencia de una isla en la alta mar como consecuencia de un cataclismo (por ej., una erupción volcánica), la ocupación resurgiría como fundamento de un título de soberanía sobre un territorio *deshabitado*.

3) En cuanto a la *cesión*, la relevancia del principio de libre determinación imposibilita las transferencias territoriales entre dos Estados, cedente y cesionario, sin que sea consultada la población del territorio. Afirmación que limita también el juego de las cláusulas de retracto del territorio que puedan haber sido pactadas en su momento en el tratado de cesión. En cambio, no habría cortapisa para ceder un territorio *deshabitado*.

4) ¿Qué decir de la *prescripción*, cuya admisibilidad ha ido tan discutida? La posesión efectiva no basta para adquirir el título de soberanía sobre un territorio cuando existe ya un soberano.

Todo sumado, y si tuviéramos que atenernos a la clasificación tradicional de los cinco modos de adquisición del título a la soberanía, hoy no habría más modo originario de adquisición de un título de dominio que la *accesión* ni más modo derivado que la *cesión* con la voluntad conforme de la población del territorio, si éste está habitado. Todo lo demás será *adjudicación* (por instancia arbitral o judicial) de territorios *polémicos*, a la que no se dio cancha en el DI como modo de adquisición propiamente dicho a la vista, aparentemente, de los efectos declarativos de las sentencias y laudos arbitrales de los tribunales internacionales.

486. Los fundamentos del título a la soberanía

Hablar de los *fundamentos del título a la soberanía* es más apropiado que hacerlo de los *modos* para adquirirlo por varias razones: una más acabada representación de la forma en que se desencadena en el DI contemporáneo el proceso de atribución del título; su carácter neutro respecto de las relaciones Estado/territorio; su mayor proximidad a la forma en que los operadores (judicia-

les) del DI resuelven las controversias territoriales, reconociendo que la adquisición de un título no obedece al juego singular de un modo sino a la concurrencia de varios fundamentos; la superación de la vieja distinción entre conflictos de atribución (de un territorio) y conflictos de delimitación (de una frontera), (v, por ej., CIJ, *Controversia fronteriza*, Burkina Fasso/Malí, 1986; *Controversia fronteriza, terrestre, insular y marítima*, El Salvador/Honduras, 1992; *Controversia territorial*, Libia/Chad, 1994)..

Sobre esta base parece oportuna una presentación de los más relevantes fundamentos (antes *modos de adquisición*) del título a la soberanía sobre un territorio dado:

1) La *accesión* es un fundamento del título a la soberanía sobre una porción de tierra que, por obra de la naturaleza (*accesión natural*) o por la mano del hombre (*accesión artificial*), se incorpora al territorio de un Estado. Obviamente su concepción lógico-jurídica obedece a la regla *accessorium sequitur principale*, siendo requisitos necesarios para su operatividad los siguientes: *a*) un incremento territorial debido a las causas citadas, *b*) que el territorio acrecido sea *terra nullius*, *c*) que la aquiescencia de terceros Estados, puesto que recae sobre un territorio sin dueño, sea irrelevante, y *d*) que se presuma la posesión efectiva del territorio acrecido sin necesidad de actos formales de apropiación por parte del Estado beneficiado.

La *accesión natural* puede darse cuando el territorio de un Estado acrece: *a*) como consecuencia de la aportación paulatina de tierras en las orillas de los ríos, lagos o mares —aluvión—, como es el caso de la lengua de tierra que une el Peñón de Vélez de la Gomera —español— con el continente africano; *b*) mediante una fuerza súbita de la naturaleza que desgaja una porción de un territorio (*avulsión*), y *c*) mediante la formación de islas en un río, un lago, o en los espacios marinos del territorio de un Estado. El hombre puede ayudar a ello construyendo sobre un bajío o depositando desperdicios sobre él. Así, se ha comentado que las mil ciento noventa y seis islas que componen las Maldivas son ya mil ciento noventa y siete gracias a una isla basurera...

Ahora bien, la accesión debe ser contemplada con prevención porque los fenómenos naturales de ese tipo pueden coexistir con (o dar pie al juego de) otros fundamentos válidos de adquisición del título que serán los que, al fin y al cabo y en el caso concreto, concurren realmente para que se produzca este último efecto. Por lo demás, nada impide que se prevea el juego de la accesión, tanto para aceptarlo como para negar su validez, en cláusulas convencionales, pactadas por ej. por dos Estados ribereños de un río fronterizo.

Así sucede con el Tratado argentino-uruguayo, firmado en Montevideo el 19 de noviembre de 1973. En su art. 44 se contiene una referencia a las islas que emerjan en el futuro en el Río de La Plata, determinándose que pertenecerán a Uruguay o a Argentina según aparezcan a uno u otro lado de la línea pactada en el Tratado. Además, el art. 46 —referido a la isla Martín García— niega la accesión aluvial de la misma en su avance hacia la isla uruguaya de Timoteo Domínguez, para afirmarla en cambio en sus accesos a los canales de Martín García y del Infierno.

En el mismo sentido debe interpretarse el asunto *El Chamizal* (1911), que afectó a la frontera entre Estados Unidos y México; ambos países disputaban un área de terreno entre el viejo lecho del río Grande y el nuevo, formada por la acción del agua sobre los bancos arenosos del río. Este fenómeno supuso que el río se desplazara hacia el sur, dentro de territorio mexicano. La controversia fue inicialmente resuelta mediante sentencia arbitral en favor de México, pero la solución a la que llegó la Comisión arbitral, con la oposición de los comisionados estadounidenses, se basaba en una interpretación de la Convención de límites en los ríos Grande y Colorado, de 12 de noviembre de 1884, que daba validez a la acreción producida por una lenta y gradual erosión y no a la que tuviese lugar de modo violento. Como Estados Unidos no aceptó el fallo, la controversia continuó hasta que ambas partes celebraron la Convención sobre el Chamizal (1963) y, posteriormente, el Tratado de límites de 1970; mediante ambos instrumentos se dividió la zona contestada y se fijaron criterios para las controversias que pudieran surgir con posterioridad por cambios en el curso del río.

2) La *ocupación* consiste en la apropiación por un Estado de un territorio no sujeto a soberanía de otro Estado. La jurisprudencia internacional ha tenido frecuentes ocasiones de analizar supuestos conexos con la ocupación, aun sin mencionarla específicamente en la mayoría de los casos. Y ello porque su preocupación esencial ha sido la de indagar los límites y las condiciones en que debe ejercerse la posesión efectiva de un territorio, como requisito que aflora en el caso de la ocupación, pero también en relación con otros fundamentos, como la prescripción o el ejercicio inmemorial de las funciones estatales.

La posesión efectiva ha tenido vinculación inicial y accesorial con el *descubrimiento* de nuevas tierras. Éste nunca se entendió como modo de adquisición autónomo, válido, de la soberanía, sin que posteriormente el soberano tomara posesión de las tierras descubiertas aunque fuera de manera simbólica. El desempeño de la actividad estatal en un período razonable de tiempo por el Estado descubridor del territorio cumplía la función de completar el título incoado en que consistía el descubrimiento (s. arbitral *Isla de Palmas*, 1928).

Dos son, según una asentada jurisprudencia, los presupuestos necesarios para que tenga lugar la ocupación:

a) Que el territorio sea *terra nullius*, sin dueño, en el momento de la realización del acto constitutivo de la ocupación (CIJ, *Sahara Occidental*, 1975).

Como ya hemos dicho, la *terra nullius* no tiene por qué ser un territorio deshabitado. El requisito que la caracteriza es la ausencia de organización estatal. Dado que en la actualidad los territorios *nullius* son prácticamente inexistentes, sólo cabría que surgiese un territorio de este tipo en dos circunstancias: i) por la emergencia de una isla en el mar como consecuencia de un cataclismo, siempre que tal evento se produzca en alta mar y no en el mar territorial de un Estado, pues en este espacio marino se ejerce ya una soberanía, que se extendería al territorio emergido; ii) cuando un Estado decide abandonar un territorio que se encontraba sometido a su soberanía.

El ámbito natural de la operatividad de esta figura va a ser el de las áreas sobre las que existen controversias de dos o más Estados. El abandono o *derelictio* se configura así como el *negativo* de la ocupación, como un modo de pérdida de la soberanía territorial para el que no basta con que se produzca la mera retirada del Estado del territorio concernido, sino que es preciso que se concite una concreta voluntad, un *animus derelinquendi*. Además, la retirada del Estado no debe ser temporal, sino permanente. En la *bahía de Delagoa* (Mozambique), descubierta y posteriormente ocupada en el siglo XVI por Portugal, Gran Bretaña estableció su autoridad aprovechando un debilitamiento de la ocupación portuguesa. Suscitada la controversia, fue resuelta por la s.

arbitral del Presidente de la República Francesa (1875) que sostuvo que el cese temporal de la autoridad estatal sobre un determinado territorio no supone un caso de *derelictio*.

Similar solución se dio en el asunto de las *islas Carolinas* (1885), descubiertas y anexionadas por España (siglo XVI), sin que desde entonces realizara más que actos intermitentes de posesión efectiva. Una de las islas del archipiélago, en la que ni siquiera había presencia de la administración española, fue ocupada por Alemania en 1885. La mediación del papa León XIII afirmó, sin embargo la soberanía española sobre el archipiélago, adquirida (ejercida la posesión) en las condiciones exigidas en la época.

b) Que se despliegue una posesión efectiva con animus occupandi (s. arbitral *Isla Clipperton*, 1931, que habla al respecto de un uso inmemorial con fuerza vinculante; CPJI, *Estatuto jurídico de la Groenlandia oriental*, 1933).

En el laudo sobre la *isla Clipperton* (1931), disputada por México y Francia, el árbitro (Victor Manuel III, rey de Italia), partiendo del discutible presupuesto de que tal territorio tenía la naturaleza de *terra nullius*, falló en favor de Francia al entender que la ocupación de la isla por este país satisfacía los requisitos exigidos por el DI para que se dé una posesión efectiva, es decir, el acto o la serie de actos por los que el Estado ocupante reduce a su disposición el territorio en cuestión y se sitúa en condiciones para hacer valer su autoridad exclusiva.

Posesión efectiva es, desde luego, sinónimo de actividad estatal. En *Isla de Palmas* (1928) el árbitro M. Huber subrayó que deben considerarse suficientes para que se produzca la adquisición del título actos de autoridad estatal sobre el territorio, aunque sean infrecuentes y con considerables vacíos temporales. Resulta clave la naturaleza del territorio susceptible de ocupación a la hora de enjuiciar el número y la frecuencia de manifestaciones de soberanía necesarios para adquirir el título. Es por eso que, en razón de la inaccesibilidad del territorio, de la escasez de población, de su condición de tierra inhóspita, la CPJI (*Estatuto jurídico de la Groenlandia Oriental*, 1933) no exigió del Estado ocupante (Dinamarca) manifestaciones numerosas de un ejercicio de derechos soberanos. Treinta y cinco después un tribunal arbitral decidió la controversia fronteriza indo-paquistani en *Rann de Kutch* (1968) relativizando nuevamente la exigencia de las manifestaciones continuas de soberanía, tratándose de un territorio anegado por las lluvias la mitad del año, mientras que la otra mitad era una zona desértica. Recientemente la CIJ ha reiterado el planteamiento relativista en un caso en que Indonesia y Malasia litigaban por la soberanía de islas pequeñas y deshabitadas en las que las *efectividades* no suelen ser numerosas (*Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, 2002).

Por el contrario, cuando tuvo que resolver la controversia franco-británica respecto de la soberanía sobre dos grupos de islotes rocosos en el canal de la Mancha, la CIJ (*Minquiers y Ecréhous*, 1953) analizó y sopesó cuidadosamente la fuerza probatoria de numerosas manifestaciones de la autoridad estatal británica a lo largo de los siglos XIX y XX, no contentándose con la prueba de un número restringido de manifestaciones de soberanía, al tratarse de un territorio habitado, próximo y accesible.

Naturalmente, la elasticidad en la interpretación de qué sea la posesión efectiva atendiendo a las circunstancias tiene un límite. No cabe exigirla para a continuación acabar diluyéndola en la mera disponibilidad para ejercer en adelante la autoridad soberana cuando sea necesario.

En este sentido el laudo del Rey de Italia, Víctor Manuel III, al pronunciarse por Francia en su disputa con México por la isla de Clipperton (1931), el único atolón coralino del Pacífico oriental, ofrece serios indicios de, por lo menos, inconsecuencia. Aun admitiendo que Clipperton fuera *terra nullius* en 1858, cuando desde el puente de un barco mercante un oficial de la Armada francesa tomó posesión de la isla o roca en nombre del Emperador Luis Napoleón, ¿cómo pretender que esta manifestación de *animus occupandi* trocó por sí sola en posesión efectiva, cuando es un hecho que hubieron de pasar cuarenta años hasta que un navío de guerra francés merodeara la isla y sus tripulantes ni siquiera desembarcaran ante la presencia ya en tierra de un destacamento mexicano?

Por otro lado, ya en la época del asunto de la *Bahía de Delagoa* la posesión efectiva comenzaba a erigirse en obstáculo a la pretensión de justificar la adquisición, a partir de un núcleo originalmente ocupado, del territorio circundante, sobre todo en el caso de los continentes. Como se sostuvo en el asunto de la *Disputa fronteriza de Alaska* (1903) por el asesor británico "no puede mantenerse que el mero descubrimiento de una costa dé el derecho a la posesión exclusiva de toda la extensión del continente al que aquélla pertenece".

Con posterioridad se dio una nueva vuelta de tuerca en la operatividad de la ocupación, en este caso para sancionar la presencia en las costas africanas de los colonizadores europeos del siglo XIX. Como ésta fue una realización concertada de las potencias coloniales, tras el Acta General de Berlín (1885) al requisito de la posesión efectiva se unió el de su notificación. Inmediatamente todos ellos negociaron tratados para determinar sus respectivas esferas de influencia.

3) La *cesión*, como fundamento del título a la soberanía, se concreta en la renuncia hecha por un Estado en favor de otro Estado de los derechos y títulos que válidamente pudiera tener sobre el territorio en cuestión. Es un modo bilateral de adquisición que se produce normalmente mediante tratado. Históricamente la cesión se vinculó a la derrota (Cuba, Filipinas, Puerto Rico...), trueque (Sacramento, Guinea, Fernando Poo y Río Muni...), venta (Carolinas, Luisiana, Florida...), o retracto (previsto, por ej., para Gibraltar por el tratado de Utrecht, art. X).

Como se ha advertido, la validez del título que se adquiere mediante cesión depende de la validez del título del Estado cedente. En *Isla de Palmas* (1928) Estados Unidos basó parcialmente su reclamación —frente a las posteriormente triunfadoras pretensiones holandesas, que encontraban su fundamento en el ejercicio continuo y pacífico de la autoridad estatal— en el Tratado de París (1898), por el que España le transfirió todos los derechos que hubiera podido poseer sobre la isla, que había descubierto en el siglo XVI, pero el descubrimiento, como afirmó el árbitro M. Huber, “no crea un título definitivo de soberanía, sino sólo un *inchoate title*, (que)... de acuerdo con el punto de vista que ha prevalecido desde el siglo XIX... debe ser completado dentro de un período razonable de tiempo mediante la ocupación efectiva de la región cuyo descubrimiento se reclama”. Por ello, mal podía ceder España a Estados Unidos derechos soberanos sobre la isla de Palmas, si nunca los había adquirido al no haber realizado —o no constar al menos— actos de posesión efectiva. El tratado de París (1898) ha vuelto a proyectarse como una especie fantasmagórica en *Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan* (2002) invocado tanto por Filipinas para justificar su frustrada intervención procesal (v. Cap. XVIII) como por Malasia como parte de la serie carambólica de tratados que podrían justificar su título a la soberanía.

4) La *prescripción* es la adquisición del título de soberanía sobre un territorio mediante una posesión pacífica y continuada a lo largo del tiempo, que suponga el ejercicio de la actividad estatal con *animus possidendi* y en calidad de soberano. A diferencia de la ocupación, en este caso la posesión se realiza sobre territorio perteneciente a la soberanía de otro Estado, sobre una *terra alii*. Si bien sectores doctrinales se han mostrado contrarios a la admisión de la figura de la prescripción adquisitiva en el DI, la práctica internacional viene a demostrar su validez. La prescripción debe cumplir las siguientes condiciones: 1) una posesión ejercida a título de soberano; 2) una posesión pacífica e ininterrumpida, con la aquiescencia del soberano original, y 3) una posesión pública.

En el ya citado asunto de *El Chamizal* (1911) la Comisión arbitral, aún admitiendo el carácter controvertido de la prescripción a la luz del DI, descarta su aplicabilidad al caso en favor de los Estados Unidos, puesto que “la posesión efectuada por ciudadanos de los Estados Unidos y el control político ejercido por los Gobiernos local y federal han sido constantemente desafiados y cuestionados por la República de México, a través de sus agentes diplomáticos acreditados”. También puede aducirse en favor de la prescripción la existencia de disposiciones convencionales que la contemplan, como sucede con el Tratado para someter al arbitraje la controversia fronteriza entre Venezuela y la Guyana británica, celebrado en 1897, en cuyo art. IV se establecía que “la posesión adversa o prescripción durante un período de cincuenta años conferirá un título. Los árbitros

podrán estimar el control político exclusivo de un distrito, así como la efectiva administración del mismo, como suficientes para constituir prescripción o dar lugar al título mediante prescripción".

También en relación con España —de nuevo Gibraltar— puede suscitarse la validez de la prescripción. En pleno proceso de expansión imperialista y colonial, Gran Bretaña se sirvió de su indudable superioridad para, durante el siglo XIX, forzar su jurisdicción sobre un espacio físico mayor al cedido convencionalmente por España en 1713 (tratado de Utrecht), mientras que la debilidad española para mantener con constancia sus derechos hacía que las protestas formales por los abusos británicos se disipasen en actitudes finalmente tolerantes o... resignadas. En tierra, Gran Bretaña ocupó más de la mitad del istmo que unía la plaza de Gibraltar con el resto del territorio español, violentando los límites de la cesión territorial pactada. Habría que juzgar si la intensidad y continuidad de las protestas españolas fueron bastantes para impedir el juego de la prescripción adquisitiva en favor de Gran Bretaña.

La cuestión de la prescripción adquisitiva fue evocada por Namibia y, en el caso concreto, desestimada por la Corte en *Isla de Kasikili/Sedudu* (1999).

5) Recientemente la doctrina ha iniciado el reconocimiento de *la adjudicación* como fundamento del título a la soberanía territorial, rompiendo parcialmente los tradicionales recelos despertados en quienes sólo observan en los pronunciamientos jurisprudenciales efectos declarativos. De ser así, y así es normalmente, ninguna plusvalía añade el juez en su camino hacia la determinación del título a la soberanía sobre un territorio cuando resuelve una específica controversia. Sin ánimo de generalizar, la matización se ha debido a la localización en algunas sentencias de modestos efectos constitutivos derivados de la incapacidad de resolver determinados fragmentos de trazados fronterizos recurriendo a fundamentos de títulos invocados por las partes.

Se trata de la aplicación de la equidad *infra legem*, observada en el asunto de la *Controversia fronteriza* (1986), entre Burkina Faso y Malí, o en el asunto de la *Controversia fronteriza, territorial, insular y marítima* (1992) entre El Salvador y Honduras. En este último caso la Corte no halló evidencia alguna, a la hora de determinar la frontera en el cuarto sector del trazado terrestre sometido a la Corte, de cuál era la línea marcada por el *uti possidetis* en dicha región. No habiendo Derecho aplicable, difícilmente podía declararlo, por lo que acudió a la equidad *infra legem*, con un (reducido, modesto, pero palpable) efecto constitutivo.

6) Los títulos a la soberanía territorial se adquieren también en atención a *otros fundamentos*. Así: a) el *reconocimiento*, la aquiescencia o la renuncia fortifican, como puso de relieve la CIJ (*Templo de Préah Vihear*, 1962), los títulos esgrimidos por otros, caso de ser reconocidos por quienes debían (y podían) rebatirlos; (v. Cap. VII) b) la efectividad del ejercicio de las funciones estatales en tanto que conectada *in illo tempore* con el núcleo originario e histórico de determinados territorios estatales (aplicada por la CIJ para resolver en favor de Gran Bretaña y en detrimento de Francia el asunto de las *islas Minquiers y Ecréhous* (1953), sobre las que ambos países esgrimían títulos históricos); c) también se pueden encontrar fundamentos de títulos a la soberanía territorial, como ha observado I. Brownlie, en determinadas decisiones colectivas (año potencias coloniales o coaliciones vencedoras de conflagraciones bélicas) o institucionales (órganos de la S. de N. o, en la actualidad, de las NU), atributivas de territorios a entidades estatales nuevas o preexistentes.

Los mapas no son nunca por sí mismos fundamento de un título. Su valor jurídico depende, como ha recordado la CIJ (*Controversia fronteriza, Burkina Faso/Malí*, 1986; *Isla de Kasikili/Sedudu*, 1999) de su integración entre los elementos que constituyen la expresión de la voluntad de los Estados concernidos, como acontece cuando figuran en un anexo que forma parte integrante del tratado que formaliza esa voluntad. De no ser así los mapas son elementos de prueba extrínsecos, más o menos fiables, para establecer o reconstruir la materialidad de los hechos.

Son en todo caso el principio del *uti possidetis iuris* y su paralelo, la intangibilidad de los tratados territoriales, los que ha desempeñado una función esencial en la fundamentación de los títulos a la soberanía territorial allí donde han podido ser invocados. De ahí que le dediquemos un parágrafo aparte.

487. El principio del “*uti possidetis iuris*”: lo que es

Tomando como premisa la inexistencia de *terra nullius* en el continente americano (v. s. arbitral del Consejo Federal Suizo, *Cuestiones limítrofes entre Venezuela y Colombia*, 1922), el principio del *uti possidetis iuris* funda la soberanía en los límites territoriales correspondientes a las entidades (Virreinos, Capitanías, Audiencias, provincias...) englobadas en las nuevas Repúblicas en la fecha de su acceso a la independencia por emancipación de un único poder colonial, en este caso la Corona española.

El *uti possidetis* no llama a la emancipación de los virreinos o de las capitanías o de las audiencias, sino que es invocado *a posteriori* por la entidad estatal emancipada, exigiendo el respeto de sus límites coloniales tal y como se encontraban perfilados en el momento concreto de la emancipación. Por ej., en la determinación de la atribución de soberanía y consiguientemente en la delimitación de la frontera común entre Venezuela y Nueva Granada (la actual Colombia) hubo acuerdo desde un principio en que a ésta corresponderían las provincias del Virreinato de Santa Fe y a aquélla las adscritas a la Capitanía General de Venezuela, tal y como se encontraban definidas en 1810.

En origen los nuevos Estados pretendieron afirmar (por la vía del *uti possidetis*) su soberanía sobre todas las tierras que formaban parte del imperio colonial español, con independencia de que hubieran sido efectivamente ocupadas; porque la posesión a la que se refiere el *uti possidetis* no es la posesión efectiva, sino el derecho a poseer de acuerdo con un título válido. Es la preeminencia del título frente a las *efectividades*.

El título de soberanía español del que traían causa las jóvenes Repúblicas de principios del siglo XIX, buscó su fundamento en el concurso de las bulas papales (*Inter cetera*, *Dudum siquidem*, ambas de 1493 y *Ea quae*, de 1506) con un alcance que no dejaba resquicio a la existencia de tierras de nadie, posición que, sin embargo, fue contestada por otras potencias (Francia, Inglaterra...). Así que, al asumir el principio del *uti possidetis* se enviaba un claro mensaje a las potencias europeas: no existía en la América hispana ninguna *terra nullius* de la que se pudieran apropiar mediante su ocupación efectiva.

El *uti possidetis* en su original formulación y tal y como fue entendido por sus practicantes, comportaba dos elementos concernientes, el primero, al título de soberanía sobre el territorio y, el segundo, a la delimitación de la frontera. En cuanto al título, las Repúblicas se consideraban sucesoras de la Corona española y, por lo tanto, de los títulos de soberanía que ésta ostentaba en dichas latitudes. En cuanto a la delimitación fronteriza, el efecto del *uti possidetis* era el de elevar a la condición de límites internacionales las antiguas subdivisiones administrativas que trazó la autoridad colonial mientras pervivió (hasta 1810 en América del Sur y 1821 en América Central).

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la aplicación del *uti possidetis* no ha supuesto una rígida y automática traslación de las subdivisiones administrativas coloniales.

En determinados casos ha sido modulado por la voluntad de los Estados convecinos, movidos por el interés de "hacerse recíprocamente aquellas cesiones de pequeños territorios que contribuyan a fijar la línea divisoria de una manera más natural, exacta y capaz de evitar competencias y disgustos entre las autoridades y habitantes de las fronteras" (Tratado firmado en Guayaquil en 1829 entre Perú y la Gran Colombia, art. V, primer instrumento internacional llamado a regir los límites entre Perú y Ecuador, todavía no existente en aquella fecha, pero sí un año después). Así, la provincia de Jaén, que correspondía en virtud del *uti possidetis* al Virreinato de Nueva Granada, y por tanto a la Gran Colombia, se situó bajo la posesión de Perú, por la voluntad de sus representantes.

En otros casos, los Estados que han convenido un arbitraje han facultado al tribunal arbitral para modificar como le parezca la línea del *uti possidetis* en el caso de que una o ambas partes en la controversia hubieran establecido más allá de esa línea intereses que debieran ser tomados en cuenta (véase, por ej., Tratado de arbitraje hondureño-guatemalteco de 1930).

Siendo un principio claro en su formulación, la aplicación del *uti possidetis* al caso concreto puede llegar a ser extraordinariamente conflictiva, como puede constatarse por el interminable debate sobre los documentos que avalan las posiciones encontradas de las partes en los contenciosos sometidos a árbitros y jueces durante cerca de dos siglos. A ello contribuye la vaguedad de las descripciones contenidas en los documentos coloniales, sus imprecisiones, las inexactitudes y desconocimientos geográficos, su secuencia y eventual inconsecuencia, la aparición de nuevos papeles y la aplicación interesada de exégesis anacrónicas.

Se ha discutido si el *uti possidetis iuris* era algo más que una doctrina cuyo valor normativo dependía de su inclusión en un tratado (S. Durán Bachler, J. Barberis). Digamos que con el tiempo se fue configurando como una norma consuetudinaria de alcance regional en el ámbito iberoamericano, plasmada en: 1) una abundante práctica convencional, desde el remoto Tratado de Unión y Alianza (1811) entre Argentina y Paraguay, que aceptaba los límites del *uti possidetis iuris* de 1810; 2) las propias Constituciones de las Repúblicas latinoamericanas (por ej., el art. 2 de la ley fundamental de la Gran Colombia, de 1819; el art. 2 de la Constitución de los Estados Unidos de México, de 1824...); 3) en los compromisos por los que se someten a arbitraje controversias fronterizas, como el Tratado Arosemena-Guzmán (1881) por el que Colombia y Venezuela sometían

al juicio del Rey de España la determinación de su frontera común, de conformidad con el *uti possidetis* de 1810, y 4) consiguientemente, en la jurisprudencia arbitral, cuyo primer pronunciamiento relativo al citado principio se produce en el laudo de la Reina Regente de España María Cristina, relativo al asunto del conflicto fronterizo entre Colombia y Venezuela (1891). El último se debe, ya en el marco del arreglo judicial, a la CIJ (*Controversia fronteriza, terrestre, insular y marítima*, El Salvador/Honduras, 1992).

Sin embargo el *uti possidetis* ha trascendido a la región que lo mecía en su cuna y, como ha puesto de relieve la CIJ (*Controversia fronteriza*, Burkina Faso/Malí, 1986), constituye hoy un principio bien establecido en el DI con alcance general, aplicable cuando concurren circunstancias similares a las que operan en América Latina, antiguos límites administrativos de una única potencia colonial, Francia en el caso concreto. Una nueva ocasión para la aplicación del principio la ha habido al dilucidarse la *Controversia fronteriza* entre Benin y Níger (2005).

Siendo un principio de orden general, necesariamente vinculado a la descolonización o al fenómeno del acceso a la independencia, el *uti possidetis* ha constituido el expediente estabilizador de fronteras utilizado en otras latitudes. A él recurrió, antes que la misma CIJ, el tribunal arbitral que zanjó el asunto de la *controversia de límites entre Dubai y Sharjah* (1981), territorios sometidos al dominio colonial británico hasta convertirse en dos Estados de los Emiratos Árabes. Nada hay que oponer a la apertura del campo de aplicación del *uti possidetis*, siempre que se cumplan los postulados que rigen su vigencia: entidades que suceden a un único Estado antecesor y que heredan como sus fronteras (devenidas internacionales) los límites administrativos que aquél perfiló para su organización territorial. En ese sentido el *uti possidetis* será utilizable una vez decantados nuevos Estados soberanos como consecuencia de un proceso de desintegración o de separación. Entonces, y no antes, desplegará su virtualidad el *uti possidetis* como principio de alcance general al que los Estados pueden recurrir para delimitar sus fronteras (v. Cap. IV).

La Comisión Badinter lo ha evocado (dictamen núm. 3, de 1992) para hacer referencia a las fronteras entre Croacia y la R. F. de Yugoslavia y entre ésta y Bosnia y Herzegovina, siendo así consentido por los acuerdos celebrados por los Estados citados (1995, 1996). En el caso de la pacífica separación de las Repúblicas Checa y Eslovaca también se respetaron los límites administrativos que las separaban en el Estado matriz, aunque debamos advertir que tal divisorio había sido internacional *in illo tempore*, la que se interponía entre Austria y Hungría en 1918. En cuanto a la antigua URSS, la transformación de las antiguas fronteras administrativas en internacionales no se ha producido sin abundantes conflictos territoriales de muy diversa intensidad, algunos de los cuales siguen sin resolverse.

488. El principio del “*uti possidetis iuris*”: lo que no es

A veces se asocia el *uti possidetis iuris* con otros principios que gozan de identidad propia. Es el caso de: 1) el principio de intangibilidad de los tratados territoriales; y 2) el *uti possidetis de facto*.

1) La intangibilidad de las fronteras pactadas coincide con el *uti possidetis iuris* en sus resultados, pero su fuente está en los tratados celebrados por dos o más Estados soberanos, eventualmente en su condición de potencias coloniales deseadas de evitar conflictos deslindando sus esferas de influencia o los límites de sus posesiones. Detrás del principio de intangibilidad está el *pacta sunt servanda*, un *pacta sunt servanda* acorazado frente a las causas de terminación que afectan a otros tratados e impuesto a los Estados sucesores por consideraciones de seguridad y estabilidad que se imponen a cualesquiera otras, incluida la libre determinación de los pueblos (v. Cap. XII).

En *Controversia fronteriza* (Burkina Faso/Mali, 1986) la Corte, sin cuidar la debida distinción, entendió implícito el *uti possidetis iuris* en la afirmación en la Carta de la OUA y en resoluciones de esta Organización (1964) avaladas por los países africanos (a excepción de Marruecos y Somalia) del principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización, según la Corte con un efecto declarativo de una norma preexistente a la fecha de adopción de dichos actos.

Dar al *uti possidetis iuris* un alcance que abarque el principio de intangibilidad de fronteras sea cual sea su origen desvirtuaría su carácter innecesariamente, pues los supuestos de sucesión de Estados en materia de tratados territoriales está bien asentada. Otra cosa es que se quiera escamotear la índole *coactiva* de las reglas de sucesión para el nuevo Estado, obligado a pasar *per omnia secula seculorum*, salvo negociación, por los pactos de potencias coloniales lo que, por lo menos en su origen, no fue el caso del *uti possidetis iuris*.

Tal vez por eso, buscando adecentar la aplicación de las intangibilidades territoriales coloniales el tribunal arbitral que resolvió sobre la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea Bissau y Senegal* (1989) sugirió que, precisamente, la peculiaridad del *uti possidetis africano* era englobar también los casos de respeto por los nuevos Estados de los límites pactados por sus respectivas potencias coloniales.

2) El *uti possidetis de facto*, a partir del cual se articularon los tratados de límites del Brasil con sus vecinos, responde a una ocupación efectiva consentida por quien ostenta el título a la soberanía territorial. Procediendo Brasil de la Corona de Portugal y sus vecinos (dejemos a un lado las Guyanas) de la española el *uti possidetis iuris* estaba fuera de lugar. No lo estaba, en cambio, el principio de intangibilidad de los tratados territoriales suscritos por España y Portugal, en particular el tratado de San Ildefonso (1777) que había sellado en América del Sur la más larga frontera internacional de la época. Sabiamente, mirando por sus intereses, Brasil entendió que el tratado de San Ildefonso (y con él los tratados anteriores) habían terminado a causa del conflicto hispano-portugués de 1801. Tal posición emboscaba el designio de legitimar y amparar las penetraciones portuguesas llevadas a cabo durante el siglo XVIII, la ocupación efectiva de zonas territoriales más allá de los límites fijados por los mencionados tratados de límites hispano-lusos.

Como argumentación jurídica, Brasil trató de presentar el *uti possidetis de facto* como una variante del *uti possidetis iuris*. La musiquilla sonaba bien, pero del *derecho al hecho había un buen trecho*. Uno y otro no guardan parentesco

alguno: a) Brasil y las Repúblicas emancipadas, como ya hemos indicado, no suceden a una misma potencia colonial, sino a dos, contando éstas con tratados de límites que fijaban fronteras internacionales antes de que se produjeran las respectivas sucesiones, y b) Brasil pretendía incorporar al principio el reconocimiento de las ocupaciones efectivas, rechazando por ello el fundamento original del *uti possidetis iuris*, a saber, el derecho a poseer con base en un título válido, con independencia de si efectivamente se ocupa un territorio. Fue, finalmente, la aceptación mediante tratados del *uti possidetis de facto* y no el *principio* en sí (a la postre una doctrina política) la que confirió a Brasil el título a la soberanía territorial originalmente perteneciente a sus vecinos.

489. El territorio “polémico”: la sumisión de las controversias territoriales a medios jurisdiccionales

El interés de los fundamentos del título a la soberanía territorial es histórico y erudito cuando no se discute al soberano. Es práctico, operativo, cuando el territorio es objeto de pretensiones encontradas, cuando el territorio es *polémico*. Unos y otros pondrán sobre la mesa de negociaciones todos los argumentos y documentos que sirvan a su causa. Ese interés deviene crucial cuando las partes entregan a un tercero, árbitro o juez, la decisión sobre el *mejor derecho* de una de las partes. Esta última expresión subraya que en todo contencioso territorial hay una concurrencia de fundamentos en competencia. ¿Cuál de ellos será el más fuerte? Tomada la decisión, el título del *vencedor* es eficaz *erga omnes*, no por la decisión en sí, un laudo o una sentencia que sólo obliga a las partes, sino porque se presume que ningún otro Estado se adelantará en estrados con una pretensión rival avalada con fundamentos persuasivos.

Por supuesto, las partes en un contencioso sometido a medios jurisdiccionales pueden modular (por acuerdo, normalmente en un *compromiso*) los fundamentos que debe seguir el órgano de decisión y su prelación a fin de declarar a quien corresponde el título de soberanía territorial o, eventualmente, a proceder a la adjudicación del territorio (v. *supra*). Hecha esta salvedad, si reconstruimos, como propone M. Kohen, el camino que sigue habitualmente el árbitro o el juez, tomando en cuenta las pautas de comportamiento de la CIJ, observaremos: 1) la indagación de los títulos de soberanía invocados por las partes, ya sea porque se encuentren plasmados en un tratado o porque, en su defecto, deba recurrirse al DI general, a fin de que éste suministre un fundamento para el título, como podría ser el principio del *uti possidetis* o, en su defecto, la ocupación efectiva; 2) el examen de dichos títulos o de sus fundamentos a la luz del comportamiento ulterior de las partes, por si éste los ha modificado o confirmado; 3) la consideración de las *efectividades* para confirmar el título establecido con otro fundamento, pero no para desbancarlo. Pueden adivinarse las dificultades que plantea la ejecución de una sentencia en que las *efectividades* en un territorio habitado son las de un ocupante sin título...

El *iter* discursivo fue expuesto por la CIJ en *Controversia fronteriza* (Burkina Faso/Malí, 1986) al relacionar título (principio del *uti possidetis*) y efectividad (*efectividades* coloniales), distinguiendo varias eventualidades: *a*) si el hecho corresponde al Derecho (adecuación de una administración efectiva al *uti possidetis*), la efectividad tendrá un valor confirmativo del ejercicio del derecho nacido de un título jurídico; *b*) si el hecho no corresponde al Derecho (el territorio se encuentra administrado efectivamente por un Estado distinto al que posee el título jurídico), tendrá preferencia el ostentador del título; *c*) si la efectividad no coexiste con título jurídico alguno, deberá entonces ser tomada en consideración como fundamento del título de soberanía, y *d*) si el título no precisa con claridad la extensión territorial sobre la que se aplica, la efectividad podrá indicar cómo el título es interpretado en la práctica.

Este discurso ha sido reiterado en las decisiones posteriores de la Corte sobre contenciosos territoriales en que las *efectividades* han tenido que vérselas con el *uti possidetis iuris* o con tratados *territoriales* o de *límites* válidos y pertinentes al caso.

La relación *uti possidetis iuris/efectividades* ha podido apreciarse en las sentencias de las Salas *ad hoc* de la CIJ sobre la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras, 1992) y sobre la *Controversia fronteriza* (Benin/Níger, 2005).

En la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* entre El Salvador/Honduras la Corte se sirvió de las *efectividades* coloniales y postcoloniales para confirmar o descifrar el título fundado en el *uti possidetis iuris* y sólo se separó de él cuando identificarlo fue imposible o el comportamiento de las partes permitía establecer claramente la aquiescencia de una a *efectividades* de la otra.

En la *Controversia fronteriza* entre Benin y Níger la Corte trató de obtener la *instantánea territorial* en la fecha crítica (1960) para, tomando el Derecho colonial francés como elemento de hecho, determinar el título conforme al *uti possidetis iuris*. En la sección concerniente al río Mekrou la Sala *ad hoc* lo consigue, advirtiendo que el *uti possidetis iuris* exige tener en cuenta la manera en que los títulos (documentos) eran interpretados y aplicados por las autoridades competentes, especialmente en el ejercicio de su poder normativo. La Sala recuerda que cuando se aplica el *uti possidetis iuris* las *efectividades* sólo tienen interés "para completar o suplir títulos jurídicos inciertos o inexistentes, pero no pueden prevalecer sobre los títulos a los que serían contrarias". En la sección del Níger, en cambio, una pesquisa infructuosa del *uti possidetis iuris* conduce a la Sala a preguntarse por *efectividades* que le permitan llegar a una conclusión: "en el caso en que la efectividad no coexista con un título jurídico, debe ser tomada en consideración inevitablemente".

La relación tratados/*efectividades* ha podido apreciarse en la *Controversia territorial* (Libia/Chad, 1994) y en los asuntos relativos a la *Isla de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia, 1999), a la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002) y a la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia, 2002).

En la *Controversia territorial* entre Libia y Chad, todo el discurso libio sobre el título de las tribus autóctonas en relación de vasallaje con la Orden Senoussi o los derechos y títulos del Imperio Otomano transmitidos a Italia en 1912 y heredados por Libia al acceder a la independencia en 1951 se vinieron abajo ante la presencia dominante del tratado de amistad y buena vecindad que una Libia ya independiente había suscrito con Francia en 1955 (del que Chad tenía la condición de sucesora). La Corte se fundó en la interpretación de las cláusulas

territoriales de este tratado, que enumeraban los instrumentos internacionales aplicables, concluidos en la época colonial por Francia y Gran Bretaña, para decidir a favor de Chad que, subsidiariamente, había aducido que las líneas delimitando las respectivas esferas de influencia en tales instrumentos habían adquirido carácter de frontera gracias a las *efectividades* francesas. Independientemente de todo tratado, según Chad, estas *efectividades* servirían su pretensión. No fue preciso entrar en ello. La Sala *ad hoc* llega a declarar, invocando el principio de estabilidad de las fronteras, que "cuando una frontera ha sido objeto de un acuerdo su persistencia no depende de la supervivencia del tratado mediante el que ha sido pactada".

El contencioso sobre la *Isla de Kasikili/Sedudu* entre Botswana y Namibia se decidió por interpretación del tratado anglo-alemán (1890) delimitando sus respectivas esferas de influencia, del que Botswana y Namibia se reconocieron sucesoras. Las *efectividades* que Namibia alegó para corroborar su interpretación del tratado y, además, como un fundamento en sí mismo de soberanía por prescripción, aquiescencia y reconocimiento, fueron rechazadas por la Corte.

En el contencioso entre Camerún y Nigeria sobre su *frontera terrestre y marítima*, fueron nuevamente los tratados coloniales (el tratado anglo-alemán de 1913, los acuerdos anglo-franceses de 1919, 1931) los que decidieron la frontera terrestre. En particular, por lo que hace a la península de Bakassi, el título a favor de Camerún se fundó en el tratado anglo-alemán (1913) sin que la ocupación y administración nigerianas ni la invocación los títulos de las tribus del Viejo Calabar que habían suscrito tratados de protección con Gran Bretaña que no la habilitaban —se decía— para disponer de su territorio, prosperaran, amén de que los propios actos de Nigeria no siempre habían sido conformes con estas pretensiones. Un tratado colonial, dice la Corte, puede otorgar al sucesor un título válido de soberanía territorial que prevalece sobre la posesión (la consolidación histórica) a menos que se pruebe la aquiescencia del Estado que dispone del título convencional. Lógico que la Corte, en el propio dispositivo, llame a la cooperación de las partes en la ejecución de la sentencia (Sobre los efectos de la aquiescencia en contenciosos territoriales, v. Cap. VII).

Sólo en el contencioso relativo a la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* entre Indonesia y Malasia encontramos una sentencia en que el título (a favor de Malasia) se decide en virtud de unas modestas *efectividades* malasias y sólo después del denodado y fallido esfuerzo de los jueces por seguir la pista de un posible título convencional a estas diminutas islas en un rimerio de tratados que involucraban a Gran Bretaña, Holanda, España y los Estados Unidos, además de a los sultanes de Bulungán y Joló.

La Corte dio un paso muy discutible cuando en el asunto de la *Delimitación marítima u cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (2001) fundó el título de Bahrein sobre las islas Hawar en una decisión del Gobierno británico de 11 de julio de 1939 que, dice, no es una sentencia arbitral, pero sí una decisión política válida obligatoria para las partes, que consintieron la competencia del Gobierno de SMB para tomar dicha decisión.

Todo apunta a que este Gobierno, mirando por los intereses (petroleros) de SMB, deseaba adjudicar a Bahrein unas islas que estaban pegadas a la península qatari. De ahí que el procedimiento seguido en el expediente administrativo? partiera de la inicua presunción de soberanía bahreinita y se impusiera a Qatar la carga de probar lo contrario; de ahí que la decisión no fuera apoyada en motivación alguna; de ahí que las protestas posteriores del jeque de Qatar fueran desdeñadas... A la Corte todo esto le parece irrelevante y sólo busca limitar las consecuencias admitiendo que una de las Hawar, la isla Janan, no pertenece a dicho grupo y, por lo tanto, quedó fuera de la decisión de 1939. Jueces en minoría critican duramente en sus opiniones la decisión de la Corte, entendiendo que por geografía (principio de proximidad) y por consolidación histórica el título (originario) a las Hawar pertenecía a Qatar. Algunos jueces de la mayoría, fiando en las *efectividades* bahreinitas, hubieran preferido también las *efectividades* bahreinitas como fundamento de su título a estas islas.

No debemos olvidar tampoco el papel que cumple el reconocimiento de terceros Estados para la consolidación de los títulos. Pero el reconocimiento, junto con la aquiescencia, cumple más bien su función como fundamento para la válida adquisición del título.

Finalmente, en el proceso de atribución de los títulos a la soberanía resulta de utilidad, para afrontar las *inclemencias* del factor tiempo y sus efectos sobre aquéllos, la regla del Derecho intertemporal que recibió su formulación canónica en *Isla de Palmas* (1928). En dicha ocasión el árbitro M. Huber sostuvo, al enjuiciar la validez del descubrimiento por España de dicha isla en orden a determinar si había adquirido sobre ella un título a la soberanía (cedido con posterioridad a los Estados Unidos), que las situaciones relativas a la creación del título en una fecha anterior deben regirse por el Derecho en vigor en la época en que acontecen. El pronunciamiento no quedó en lo dicho: M. Huber entendió que los títulos a la soberanía no sólo se crean conforme al Derecho en vigor, sino que deben mantenerse y, por ello, adecuarse a las exigencias evolutivas del Derecho. La precariedad que comunicaría a los títulos a la soberanía una aplicación extensiva de la mencionada regla ha despertado acendradas críticas de algunos sectores doctrinales (C. Jessup), a pesar de haber recibido un apoyo mayoritario en la doctrina, en la que algunos autores (I. Jennings, I. Brownlie) entienden que sus drásticos efectos resultan a la postre mitigados por la operatividad del efecto del reconocimiento, la aquiescencia...

Mientras no se resuelve el contencioso territorial, las partes pueden tratar de evitar las situaciones *críticas* mediante acuerdos (*modus vivendi*) que pueden inspirarse en los siguientes principios, propuestos ya en su día por el brillante jurista chileno, A. Álvarez, para el supuesto de inexistencia de tales acuerdos:

1) Si ninguno de los Estados reclamantes se encuentra en posesión efectiva del territorio polémico, ambos deben abstenerse de todo acto de soberanía, incluso de los actos necesarios si son susceptibles de lesionar los intereses del otro; para los terceros Estados el territorio polémico debe ser neutral, sin soberanía propia, aunque tampoco *terra nullius*.

2) Si los dos Estados se encuentran en posesión de una parte del territorio polémico, ambos deben respetar los actos de soberanía ejecutados antes de que se originase el conflicto y, una vez surgido éste, deben abstenerse de realizar nuevos actos de soberanía en la zona contestada. Los terceros Estados, en este caso, deben considerar la zona ocupada por cada uno de los Estados partes en la controversia como integrante de sus respectivos territorios.

3) Si uno de los Estados se encuentra en posesión del territorio polémico reivindicado por otro, a él corresponde el ejercicio de la soberanía territorial, pudiendo exigir el otro que no ejecute actos que lesionen sus derechos.

Estas medidas también pueden ser solicitadas cautelarmente de árbitros y jueces cuando el contencioso les ha sido sometido (v. Cap. XVIII) así como de OI

(ONU, OEA...) como una forma de diplomacia preventiva o para evitar el deslizamiento a situaciones que podrían suponer una amenaza a la paz y seguridad internacionales (v. Cap. XXVII). Hay que tener en cuenta, en todo caso, que los actos de soberanía y jurisdicción ejecutados después de la *fecha crítica* en que una controversia territorial cristaliza son irrelevantes al efecto de establecer los fundamentos del título de soberanía, el *mejor derecho* al territorio.

CXI. LA FRONTERA TERRESTRE

490. Límites y fronteras

Si toda *frontera* es un límite, no todo *límite* es frontera. Si todos los Estados tienen límites territoriales, no todos tienen fronteras. El perfil, la identidad geográfica y política del Estado decide. Si la *frontera* es la línea divisoria que separa los territorios de dos Estados, debemos convenir que, en el caso de islas oceánicas bajo un solo soberano el Estado tiene *límites*, pero no *fronteras*.

Los Estados archipelágicos e insulares (Filipinas, Cuba, Madagascar o Sri Lanka) carecen de fronteras terrestres, a menos que un territorio insular esté compartido por más de un soberano, como sucede con Indonesia en Borneo (que comparte con Malasia y Brunei) Nueva Guinea (que comparte con Papúa-Nueva Guinea) o Timor (que comparte con Timor Leste), o con la República Dominicana y Haití, asentados en la antigua Hispaniola.

El concepto de *frontera* ha evolucionado históricamente del *limes* romano, que concebía la frontera como un área relativamente fluida, como una *marca*, hasta la concepción lineal del Estado moderno, consagrada a partir de la Revolución francesa, a finales del siglo XVIII, una frontera-separación obligada por el *cuerpo a cuerpo* de los Estados, que fija el alcance de sus competencias territoriales. Esa frontera como línea divisoria es compatible con la de *zona fronteriza*, abierta a la especial cooperación de los vecinos.

La frontera terrestre, la línea divisoria, aparece delimitada y descrita normalmente en un tratado celebrado por los países vecinos, plasmada en mapas, (de)marcada sobre el terreno mediante mojones, hitos o pilares. Pero ésta es una observación empírica. Son aún numerosos los casos de fronteras pendientes de delimitación por el desacuerdo de las partes sobre su trazado y muchos más los pendientes de (de)marcación.

El DI cuenta con escasas normas generales que rijan estos procesos. Si pueden merecer el calificativo de normas, las únicas existentes son aquéllas que establecen: 1) que la determinación de una frontera pertenece a la competencia exclusiva de los Estados que comparten la divisoria y, por consiguiente, 2) que las fronteras se determinan mediante acuerdo entre dichos Estados, directamente o acudiendo a los medios de arreglo pacífico de controversias, especialmente los jurisdiccionales, solicitando de ellos un trazado o directrices para su negociación por las partes.

491. *La delimitación de la frontera*

Determinado el titular de la soberanía sobre un territorio dado, ha de precisarse su volumen y perfil, establecerse sus límites exactos. Ello puede deducirse o no de los fundamentos del título y de ser *no* la respuesta el DI reenvía a la voluntad de los interesados, mediante acuerdo o recurso a un medio jurisdiccional.

Debe rechazarse que el DI dé acogida a conceptos como el de *fronteras naturales* (marcadas por la naturaleza), habida cuenta del carácter de artificio (producto humano) de toda frontera. Una línea que ha marcado la naturaleza no tiene por qué ser *naturalmente* utilizada como (indicativa) línea de separación de pueblos vecinos. Es cierto que los accidentes geográficos dotarán de mayor certidumbre a las divisorias e incluso, según los casos, de intemporalidad. Pero este último dato tampoco debe elevarse a regla general: por ejemplo, un río puede cambiar por efectos naturales de curso, modificándose de esta manera una frontera que por él discurría (*El Chamizal*, 1911, entre México y Estados Unidos). Y en cuanto a la apelación que puede realizar un Estado en favor de contar con *fronteras seguras* (las que garantizan la defensa de un territorio), haciendo abstracción de los usos desviados que de este *desiderátum* han hecho algunos Estados en el pasado y en el presente, no puede ser más que un dato a plantear en una negociación de límites, pero de carácter político. Eso sí, ese derecho puede serle reconocido por la vía convencional, pero tal construcción jurídica no existe con carácter general.

Por eso, en la operación de *delimitación* son los Estados los competentes para acordar los principios, criterios o técnicas de delimitación a los que debe recurrirse (la línea de las crestas más altas, la divisoria de aguas, el cauce de un río, una de sus riberas, su línea mediana o la de navegación de su canal principal, la de mayor profundidad...). Se trata de una operación por la que se determina la ubicación de la divisoria, que generalmente se encuentra en manos de los diplomáticos y se realiza en las Cancillerías, en las mesas de negociación.

Cada frontera es un caso singular, que rompe con cualquier voluntad de aplicar a su trazado soluciones generales, tal es su grado de especificidad. Por eso, incluso antes de que dos Estados inicien negociaciones encaminadas a acordar los criterios o principios delimitadores, es ineludible que ambos posean un adecuado conocimiento geográfico de la zona a delimitar; de lo contrario, el desconocimiento del terreno fronterizo incidirá en la subsiguiente fase demarcadora, transformándola en delimitadora, o será segura fuente de controversias limítrofes.

Así, por ej., el Tratado de límites chileno-argentino de 1881 estableció como principio delimitador de Norte a Sur la Cordillera de los Andes, corriendo en concreto la línea fronteriza por la cumbres más elevadas de dichas cordilleras que dividían las aguas. El drama comenzó cuando se verificó que no siempre las cumbres más altas coincidían con los *divortia aquarum*, decantándose Argentina, en términos generales, por la línea de cumbres y Chile por las divisorias de aguas, que solían quedar más al este... Chile, además, elaboró andando el tiempo una doctrina, que no tuvo fortuna, según la cual las divisorias *locales* de aguas sólo eran concebibles en el contexto de aguas de una sola y misma vertiente oceánica (pacífica o atlántica), sin que fuera posible —contra lo que sostuvo Argentina en el asunto *Laguna del Desierto*, y endosó el Tribunal arbitral (1994)— que una

divisoria de aguas *oceánica* pueda ser *local* en una sección determinada (en el caso en cuestión la que iba del hito 62 al Monte Fitz Roy).

Asimismo, cabe recordar los problemas que planteó la ejecución del Protocolo de Río (1942) en la cordillera del Cóndor cuando a finales de 1950 se descubrió entre los ríos Zamora y Santiago el curso del río Cenepa, lo que desvirtuaba el *divortium aquarum* de aquéllos, adoptado por el Protocolo como criterio de deslinde. Hubo de pasar medio siglo para que Ecuador y Perú superaran esta diferencia sobrevenida. Entretanto Ecuador, cuyas expectativas había frustrado el Protocolo de Río, adujo el error y la inejecutabilidad parcial del Protocolo para solicitar su revisión; más adelante invocó su nulidad, alegando que su consentimiento había sido arrancado bajo la presión de las armas...

Cabe citar, por último, el caso de la *Isla Brasilera*. El tratado de límites entre Brasil y Uruguay (1851) concedió a Brasil las islas que se hallasen en la desembocadura del río Cuareim en el río Uruguay. Sobre esta base Brasil ocupó la *Isla Brasilera*. Posteriormente el avance en los conocimientos y métodos cartográficos y aerofotogramétricos permitió comprobar —según Uruguay— que la isla se localiza ocho kms. aguas abajo, ya en el curso del río Uruguay. De ser así la posesión brasileña no tendría fundamento, debiendo rectificarse el error en la ejecución del tratado mediante la entrega de la isla a la República Oriental.

Como ya hemos indicado la delimitación de la frontera es de la competencia exclusiva conjunta de los Estados limítrofes. Realizada normalmente por vía convencional, los Estados también pueden acordar el recurso a una instancia jurisdiccional para que provea a la delimitación.

Ya hemos citado un buen número de casos recientes decididos por la CIJ en que se discutía el trazado de la frontera (v. *supra*). Abundante y significativa es también la práctica arbitral. Así, no menos de diecinueve laudos arbitrales se pueden computar en el ámbito latinoamericano. Curiosamente todos ellos fueron, de una u otra manera, problemáticos. Citemos, por haber sido dictados por Reyes de España, el laudo arbitral de la Reina Regente María Cristina, de 16 de marzo de 1891, en el asunto de los *límites entre Colombia y Venezuela* y el del Rey Alfonso XIII, de 23 de diciembre de 1906, en el asunto de la *frontera entre Honduras y Nicaragua*; asimismo, y entre los últimos, el laudo de la Reina Isabel II de Inglaterra, de 18 de febrero de 1977, en el asunto del *canal del Beagle*, entre Argentina y Chile y, entre esos mismos Estados, la sentencia del Tribunal arbitral de 21 de octubre de 1994 en el asunto de la *controversia sobre el trazado de la línea fronteriza entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy (Laguna del Desierto)*.

La delimitación fronteriza en cursos fluviales plantea problemas singulares. Lo normal es que los tratados y, en su defecto, árbitros y jueces, opten por la línea mediana entre las riberas cuando se trata de ríos no navegables, y por el centro del canal principal o por el eje de mayor profundidad o *thalweg* cuando el río es navegable (v. CIJ, *Controversia fronteriza*, Benin/Níger, 2005). La interpretación de los tratados que acogen estos criterios y/o su concreción pueden acabar también en los tribunales (v. CIJ, *Isla de Kasikili / Sedudu*, Botswana/Namibia, 1999). Las islas en estos cursos fluviales suelen caer del lado del país al que corresponden las aguas, pero caben también tratamientos individualizados, especialmente cuando son de cierta entidad y están habitadas, en cuyo caso sería impertinente presumir su accesoriadad respecto del cauce (v. CIJ, *Controversia fronteriza...*). Se presume que un cambio de cauce por avulsión no modifica el título de soberanía territorial (v. CIJ, *Isla de Kasikili / Sedudu...*; *Demanda de revisión de la sentencia de 11 de septiembre de 1992 en el asunto de la Controversia fronteriza...*, El Salvador c. Honduras, 2003). En cuanto a los puentes, la divisoria pasa por la proyección

vertical de la frontera, con independencia de los términos en que se haya acometido la obra civil (v. CIJ, *Controversia fronteriza...*).

Localizar la frontera en una de las riberas, esto es, aplicar la doctrina de la *costa seca* a uno de los ribereños es posible si media su consentimiento. Brasil renunció a su derecho de navegación exclusivo en la laguna Merín y en el Yaguarón (fundado en el tratado con Uruguay, de 1851) en 1909 (aceptando una nueva delimitación fronteriza) una vez que se percató del afán argentino por aplicar la misma doctrina en el Río de la Plata. La atribución de todo el cauce del río a uno de los ribereños se encuentra también en el tratado Cañas-Jerez (1858) entre Nicaragua y Costa Rica. El río San Juan de Nicaragua es... de Nicaragua. El consentimiento costarricense se explica por la consolidación en el mismo tratado de su soberanía sobre Nicoya comarca que, de haberse aplicado el *uti possidetis iuris*, hubiera correspondido a Nicaragua. El tratado concedió además a Costa Rica un derecho de navegación con objetos de comercio cuya interpretación divergente por las partes ha dado pie en 2005 a una demanda ante la CIJ (*Controversia relativa a derechos de navegación y derechos conexos*).

La afirmación de la competencia delimitadora exclusiva y conjunta de los Estados adosados adquiere una particular y muy compleja dimensión cuando son más de dos los afectados por el trazado fronterizo. Así ocurre en algunos puntos terminales, también llamados trifinios, *triplex confinium* o puntos triples de delimitación que, aunque parecen ser la *rara avis* en la especie a la que pertenecen las líneas divisorias entre los Estados, son bastante frecuentes: trece en América latina, cerca de sesenta en África, treinta en Asia y veinticuatro en Europa (antes de la emergencia de los Estados resultantes del proceso de descomposición de la URSS y Yugoslavia).

De ahí que sea pertinente revisar la concepción de las fronteras como un problema puramente bilateral, de dos Estados, teniendo en cuenta, además, que la práctica internacional no se encuentra carente de encuentros trilaterales encaminados a determinar la situación del triple confín.

Mencionemos ahora el que, con la participación de representantes guatemaltecos, hondureños y salvadoreños, estableció en 1934 el trifinio del Cerro Montecristo. O el Acuerdo británico-franco-etíope (1935) para la fijación del punto de unión de las fronteras entre el Protectorado de la Somalia británica, el Imperio Etíope y la Colonia de la Costa francesa de los Somalíes, que estableció el trifinio entre Djibuti, Etiopía y Somalia en la cumbre de la colina de Madaha-Djallelo.

Pero la delimitación de los puntos triples mediante acuerdos tripartitos entre los Estados afectados no es corriente. Teniendo en cuenta que tal delimitación sólo será oponible a los tres si la han consentido, nada obsta para que la hagan en virtud de tratados sucesivos, coincidentes en la designación del punto, en virtud de la regla “si A y B quieren X, y si A y C quieren X; B y C también quieren X”. En caso contrario surgirá la controversia (que no tiene por qué ser puntual); el tercero arrinconado por las delimitaciones efectuadas previamente por los otros dos vecinos quedará protegido porque frente a tal pacto será un tercero no perjudicado (aparentemente).

La existencia de un punto triple de delimitación tiene una clara relevancia a los efectos de la solución de controversias de límites sobre trazados fronterizos en los que se encuentra incluido el mencionado punto.

Esta dimensión procesal del triffinio ha sido convenientemente subrayada por la CIJ (*Controversia fronteriza*, Burkina Faso/Mali, 1986) cuando ha afirmado su competencia para llevar a efecto la tarea que le encomendara el compromiso, sin perjuicio de que ello implicara designar un punto terminal que corresponde a la frontera con un tercer Estado (Níger), advirtiendo, eso sí, que para éste su sentencia tendría un efecto relativo de cosa juzgada (art. 59 del Estatuto). Sin embargo, la Corte se retrajo porque en el fallo detuvo su delimitación a tres kilómetros del hipotético punto terminal, quizás porque aunque se juzgara competente para estatuir sobre todo el *petitum*, hacerlo tal vez no fuera *apropiado*. (V. tb. CIJ, *Controversia territorial*, Libia/Chad, 1994).

492. La demarcación de la frontera

Demarcar una frontera es traducir sobre el terreno la delimitación pactada mediante la colocación de los adecuados hitos, mugas, mojones o señales físicas. Si la delimitación corresponde generalmente a diplomáticos situados ante la mesa de negociación, la demarcación suele ser realizada sobre el terreno por una comisión mixta de expertos de ambas partes (ingenieros, geógrafos, topógrafos...), asistida en su caso de prácticos y peritos locales. La demarcación tiene un carácter marcadamente material, de ahí el nombre de amojonamiento; pero en ocasiones puede llevar a la rectificación de la delimitación acordada cuando la aplicación de sus criterios es impracticable o conduce a resultados absurdos. Todo dependerá del ámbito de poderes discrecionales con que las partes hayan revestido a la comisión demarcadora. Ello indica que la labor de demarcar no se traduce en puro automatismo, no es una simple y mecánica traslación al terreno de lo convenido en el previo acuerdo delimitador (CPJI, *Jaworzina*, 1923).

Para demarcar no es preciso esperar a que haya culminado el proceso delimitador de una frontera común. Puede que los Estados vecinos progresen en la delimitación de unos sectores fronterizos, mientras que se empantanar y no llegan al acuerdo (o constatan el desacuerdo) en otros. Venezuela, en el asunto de la *frontera colombo-venezolana* (s. arbitral del Consejo Federal Suizo, 1922), sostuvo la tesis de la indivisibilidad, pero el tribunal consideró que cuando una frontera ha sido establecida mediante arbitraje, la ejecución de la sentencia podía efectuarse parcialmente, en etapas.

Puede incluso darse una inversión de la secuencia lógica como demuestra la tardía delimitación de la frontera entre Guatemala y El Salvador, culminada con un canje de notas en 1935, posterior a la demarcación fronteriza efectuada por una Comisión mixta de expertos de ambos países.

Verificada la demarcación de la frontera, la comisión mixta levanta un acta — acta de amojonamiento — que se incorpora como anejo al tratado de límites con su misma fuerza y valor, generalmente una vez confirmada por los gobiernos. En caso de desacuerdo, se levanta acta de dicha circunstancia y se ponen posteriormente en marcha los mecanismos de arreglo previstos.

Así, los acuerdos chileno-argentinos de 1991 identificaron veinticuatro puntos pendientes de demarcación en la frontera andina, dando instrucciones precisas para efectuarla en veintidós de ellos a la Comisión de

Límites, negociando un tratado para el vigésimo tercero (tratado de los *campos de hielos*, 1994, no ratificado) y sometiendo a arbitraje el restante (la *controversia sobre el trazado de la línea fronteriza entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy*, 1994).

Un supuesto especial de demarcación, desarrollado al margen de la voluntad de uno de los Estados afectados, ha sido el de la frontera entre Irak y Kuwait tras la Guerra del Golfo (1990-91). Cumpliendo una función de adjudicación, que no se condice mucho con las que le confiere la Carta, el C. de S. (res. 687, de 1991), invocando el Capítulo VII, obligó a los dos países a respetar la inviolabilidad de su frontera común, cuya delimitación se consideró concluida (mediante Acuerdo de 1963), mandando a su vez al Secretario General para que asistiera en la demarcación fronteriza. Este creó una Comisión de Demarcación, designó a sus componentes y determinó las instrucciones para que se llevara a cabo dicha tarea. Una vez culminada, el C. de S. (res. 833, de 1993) hizo suyo el informe final de la Comisión de demarcación y conminó a Irak y Kuwait a que también lo aceptaran. Aunque el iraquí se hizo esperar (noviembre de 1994), ambos consentimientos se dieron.

493. *El objetivo: una frontera completa, ininterrumpida, estable y definitiva*

Concluida la delimitación y demarcada la línea divisoria el resultado debe ser una frontera *completa e ininterrumpida, estable y definitiva*. Apuntadas algunas de estas características por la CPJI en el asunto de la *Jaworzina* (1923), todas ellas aparecen de manera expresa en la sentencia relativa a la *Interpretación del art. 3, par. 2, del tratado de Lausana (frontera entre Turquía e Iraq, 1925)*, insistiendo en ello la CIJ años después (*Templo de Préah Vihéar* (1962)).

El carácter estable y definitivo de las fronteras, de los tratados que las establecen, la continuidad de éstos en los supuestos de sucesión de Estados, sea cual sea el proceso histórico y el alcance de la modificación territorial y dé o no lugar a nuevos sujetos estatales, ha sido conveniente y rotundamente subrayado, como ya hemos advertido, por la práctica y la jurisprudencia internacionales hasta el punto de que podemos entender que la citada continuidad constituye una norma consuetudinaria general (v. Caps. II, XII).

Para servir el objetivo de una frontera *completa e ininterrumpida, estable y definitiva* la práctica ha acudido a la *densificación*, esto es, la multiplicación de los hitos fronterizos en un sector de la frontera que no ha sido suficientemente amojonado, de manera que resulte garantizada su intervisibilidad (D. Bardonnet). Una frontera con sus hitos convenientemente densificados y, por lo tanto, visibles, tendrá un eficaz efecto preventivo de los conflictos que podría provocar la existencia de zonas grises (*pendente demarcatione*).

En el proceso demarcador de la frontera argentino-chilena se encuentra un buen ejemplo de densificación, incluso vinculada a la creación de la Comisión mixta de Límites (por el Protocolo de 1941), encargada de reponer los hitos desaparecidos y erigir otros allá donde fuera necesario. Pero esa actividad no tiene por qué ser sólo una prolongación mecánica, automática, de la demarcación. Puede, incluso, contener ciertas dosis de delimitación en los casos en que la Comisión (si tiene reconocidos poderes para ello) deba enfrentarse a la fijación de la frontera sin posibilidad de ampararse en los criterios definidos previamente en el acuerdo de límites.

Pero, como bien puede inducirse de la práctica estatal, la realidad dista mucho de compadecerse a veces con esta presentación. La práctica nos muestra fronteras incompletas, bien en la fase delimitadora, bien en la demarcadora.

Recordemos cómo, por ejemplo, India y China no han llevado a cabo la delimitación de su larga divisoria común. O cómo la frontera entre la Guayana francesa y Brasil, fijada por sentencia arbitral del Consejo Federal Suizo de 1 de diciembre de 1900, ha visto acordada su demarcación por canje de notas de 3 y 18 de julio de 1980!

494. *Las fronteras terrestres de España*

No faltan en la Constitución española las alusiones al “territorio español” (arts. 138.1, 139.2, 158.1, y 161.1), al “territorio de España” (art. 68.5), al “territorio nacional” (art. 19) o al “territorio del Estado” (art. 139.1), pero la Constitución se abstiene, como la gran mayoría de Constituciones estatales, de definir el territorio, fijar sus límites geográficos. Dichos límites han quedado fijados con los países vecinos, Francia y Portugal, gracias a una acción convencional fundamentalmente desarrollada a lo largo del siglo XIX y en virtud de una pluralidad de tratados relativos a tramos fronterizos específicos.

La línea divisoria actual con Portugal, eminentemente fluvial (563 de los 987 km, de frontera discurren por ríos), aun siendo una frontera histórica, no comenzó a delimitarse hasta la celebración del Tratado de Lisboa de 1864. Décadas antes había tenido lugar el episodio de la *Guerra de las Naranjas* (1801), por el que Olivenza pasó a la Corona española, avanzando los límites hasta el Guadiana (Tratado de Badajoz, 1801).

El Tratado de 1864 tenía como objetivo la fijación de los límites desde la desembocadura del río Miño hasta la confluencia del río Caya con el Guadiana cubriendo, pues, del lado español, territorios de tres Comunidades Autónomas (Galicia, Castilla León y Extremadura). Lo más destacable de la delimitación es la adopción del criterio de la mediana de la corriente principal como divisoria cuando la frontera sigue un curso fluvial y la conservación del límite por el cauce antiguo en el caso de que los ríos muden súbita y totalmente de dirección por obra de la naturaleza. La demarcación, una vez realizada, fue aprobada por el Acta General de Lisboa (1906), correspondiendo la conservación de los hitos a los municipios colindantes.

La delimitación del resto de la frontera (su sector meridional) desde la confluencia del río Caya con el Guadiana hasta la desembocadura de éste en el Atlántico, con afectación de los territorios de dos Comunidades Autónomas (Extremadura y Andalucía) fue más laboriosa, resultando en la celebración de diversos acuerdos internacionales que fueron cubriendo distintos tramos fronterizos. El Convenio de Lisboa (1926) delimitó la frontera desde la confluencia del río Cuncos con el Guadiana hasta la desembocadura de éste en el mar, encontrando su regulación la inspiración en el Tratado de 1864 y remitiéndose también a instrumentos convencionales anteriores (Convenio de 1893 para la división de la Contienda de Moura). Quedaba un tramo fronterizo sin delimitar, el situado entre las desembocaduras de los ríos Caya y Cuncos en el Guadiana (la zona de Olivenza y términos municipales colindantes). En 1968, aprovechando la celebración, el 29 de mayo de dicho año, del Tratado de Madrid sobre aprovechamientos hidráulicos fronterizos, se reconoció al Guadiana como la frontera *de iure* entre los ríos Caya y Cuncos. Los principios delimitadores del sector meridional no se separan mucho de los establecidos para el sector anterior, puesto que en los tramos fronterizos fluviales se establece cómo línea divisoria el *thalweg*, esto es, la línea correspondiente al canal principal o la de mayor calado, cuando el río cuenta con un solo canal.

Una Comisión Internacional de Límites, prevista ya en el Tratado de Lisboa (1864) con carácter permanente, se constituyó en 1876, asumiendo las funciones relativas tanto a la delimitación y demarcación de la frontera como a las otras cuestiones propias de las relaciones de vecindad.

La delimitación entre España y Francia también fue abordada a mediados del siglo XIX, dividida la frontera en tres sectores, a cada uno de los cuales corresponde un instrumento delimitador específico. El *primer sector fronterizo*, desde la desembocadura del río Bidasoa hasta Huesca, comprendiendo por tanto del lado español los territorios del País Vasco y de Navarra, fue delimitado mediante el Tratado de Bayona (1856). El discurrir de la línea fronteriza se traza combinando diversos criterios, entre los que destacan la divisoria de las aguas, el curso de los arroyos, las crestas de las montañas. Urgido un amojonamiento o demarcación rápida del sector en cuestión, éste se aprobó por acta levantada en Bayona en 1858, que pasó a formar parte del Tratado de 1856 (Anexo V). En este sector existe una regulación particular, relativa a la isla de los Faisanes, en régimen de condominio fronterizo, según el Tratado de 1856, a saber, el convenio de 27 de marzo de 1901, que no modifica la situación de condominio, pero sí afecta a determinados aspectos jurisdiccionales. (Por lo que se refiere a la bahía de Higer, v. Cap. XXIV). El *segundo sector fronterizo* discurre desde Huesca hasta Andorra, incluyendo por tanto los límites provinciales oscenses y leridanos. Su regulación se encuentra en el Tratado de Bayona (1862), que utiliza con profusión, entre otros, el criterio de la línea divisoria de las aguas. Por su parte, el *tercer sector fronterizo* va desde Andorra hasta la costa mediterránea, correspondiendo su delimitación a un nuevo Tratado de Bayona (1866) y a sus anejos, que recurre a criterios como “el estribo de los Pirineos”, la línea de las crestas, líneas rectas... En 1875 se creó la Comisión Internacional de los Pirineos, que se ocupa en primera instancia de las cuestiones que plantea la delimitación y demarcación de la frontera y las relaciones de vecindad en la zona fronteriza. Cabe recordar que España cuenta con un *enclave*—la villa de Llívia— en territorio francés, con fundamento en la Paz de los Pirineos (1659).

En cuanto a la frontera entre España y Andorra, una Comisión mixta, con asistencia de representantes de las localidades fronterizas, realizó entre 1856 y 1863 el amojonamiento de la misma, operación que quedó plasmada en un Acta Notarial, pero no recogida en ningún tratado de límites. Esta *excentricidad* se explica por la ambigua condición jurídica del Principado en esa época, pero no en ésta, toda vez que Andorra ha sido reconocido como Estado soberano e independiente en 1993, mediante la celebración de un acuerdo tripartito (hispano-franco-andorrano).

La reivindicación que España mantiene sobre el Peñón de Gibraltar ha supuesto la tradicional negación de que la línea que lo separa del resto de la península tenga una condición de *frontera*. Ha de tenerse en cuenta que la cesión que hizo España en 1713 de la plaza excluía la comunicación por tierra y, por añadidura, los límites de la cesión no fueron respetados al ocupar Gran Bretaña una parte del denominado *istmo neutral* y tratar de consolidar la ocupación con la erección de una valla (1908). Aunque Gibraltar es “territorio comunitario” en tanto que dependiente de Gran Bretaña, no forma parte del territorio aduanero común y está excluido de la libre circulación de mercancías. No obstante los acuerdos sobre utilización conjunta del aeropuerto de Gibraltar (2006) abren nuevas perspectivas.

Ceuta y Melilla, ciudades autónomas españolas en el norte de África limitan con el Reino de Marruecos, con el que se suscribieron una larga serie de tratados de límites entre 1767 y 1910. Marruecos reclama la soberanía sobre las plazas y sus dependencias (v. Cap. IV).

CXII. LA COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA

495. Concepto, ámbitos y planos de actuación

Si bien la doble perspectiva de análisis que parte de la imbricación de los conceptos de frontera como línea de separación y frontera como zona de contacto resulta de utilidad para la comprensión del fenómeno de la cooperación transfronteriza, debe advertirse no obstante que la función principal de la frontera, al menos la primigenia, es la de delimitar las soberanías territoriales, esto es, la de determinar y separar aquellos espacios en los que un Estado puede

ejercer su soberanía, a la par que sobre ese territorio se niega al vecino el ejercicio de la que le es propia. Porque, aunque resulte una obviedad, sin fronteras no puede haber cooperación transfronteriza. Es decir, que sin la percepción del propio territorio y del ajeno, dos o más Estados no pueden superar la fase políticamente egoísta, aunque necesaria, de afirmación de su propio territorio para embarcarse en un estadio superior: la solución conjunta de los problemas que para ambos ha deparado el establecimiento de la frontera que, inicialmente, separa a poblaciones que vivían sin solución de continuidad, separa recursos minerales que pueden estar situados a ambos lados de la zona, separa la explotación de ríos fronterizos...

Ahora bien, si la concepción de la frontera como una línea que separa soberanías territoriales resulta de necesidad para hacer prosperar la idea de frontera como ámbito de cooperación, esta evolución hacia la cooperación transfronteriza, desde el momento en que se empieza a delimitar una frontera hasta que culmina la demarcación de la misma, dando como resultado un límite completo, ininterrumpido, estable y definitivo, no es completamente lineal. No lo es porque la cooperación transfronteriza no tiene por qué colocarse indefectiblemente al final de un proceso delimitador que, como el de la frontera entre Argentina y Chile, puede durar casi doscientos años. Ello no obsta para que pueda afirmarse que la cooperación transfronteriza, al menos la de más profundo calado, la más ambiciosa, requiere de límites estables, definitivos y pacíficos.

A pesar de su consanguinidad con el DI de las relaciones de vecindad —conjunto de normas consuetudinarias y convencionales que regulan la cooperación entre Estados vecinos—, la cooperación transfronteriza *stricto sensu* es la que se actúa en las fronteras y en la proximidad de las fronteras, en la denominada zona *fronteriza*, faja territorial adyacente a uno o a ambos lados de la línea divisoria para la que se establece un régimen convencional o legal especial y/o para determinar los participantes o beneficiarios de una relación de cooperación. Su alcance no es unitario. La zona fronteriza es establecida en cada caso por el instrumento jurídico que a ella se refiere y suele estar determinada por la naturaleza de la actividad cooperativa.

Así, por ej., la zona de *amojonamiento*, donde queda prohibida terminantemente toda construcción, tiene diez metros a cada lado de la línea divisoria según el convenio hispano-francés de 8 de febrero de 1973; la pesca en el Bidasoa, río fronterizo, se reserva por el convenio de 14 de julio de 1959, confirmando un derecho inmemorial, a los vecinos de los cinco municipios ribereños; en noviembre de 1986, los Gobiernos de Guatemala, Honduras y el Salvador, conjuntamente con la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA) firmaron el Acuerdo de Cooperación Técnica para la elaboración del *Plan Trifinio*. Éste debía aplicarse a un área geográfica de más de siete mil km², que alberga a más de medio millón de personas en cuarenta y cinco municipios, de los cuales ocho corresponden a El Salvador, quince a Guatemala y veintidós a Honduras. No hay, pues, una, sino muchas zonas fronterizas. Un ejemplo extremo, rayano con el ámbito de las relaciones de vecindad y los fenómenos de integración es el Tratado de Cooperación Amazónica (1978) —cooperación transfronteriza *lato sensu*— que tiene como ámbito espacial de aplicación la cuenca amazónica. Si no puede calificarse exclusivamente dentro de la categoría de la cooperación transfronteriza, al menos sí la posibilita y la fomenta.

Pero la cooperación transfronteriza no es en sí misma un fenómeno nuevo. Ocurre, sin embargo, que actualmente se ha expandido, se ha hecho más intensa y más compleja, discurriendo por todos los ámbitos materiales imaginables (la circulación de las personas y los bienes, la mejora de las vías de comunicación, la ordenación del territorio y la lucha contra la contaminación, la explotación en común de los recursos hidroeléctricos y minerales, la asistencia hospitalaria y en calamidades públicas, la cooperación turística y agrícola...), con un papel acrecido de entes territoriales regionales y locales, con un interés añadido de las OI de integración regional (CE...) y de cooperación para el desarrollo, que han irrumpido en este terreno de la mano de sus capacidades financieras y técnicas.

La cooperación transfronteriza puede, por tanto, situarse a *diferentes niveles*: el interestatal, el interregional, el intermunicipal, el de las instituciones públicas y privadas —Cámaras de Comercio, asociaciones culturales...— y, como aportación de las OI de integración, el *comunitario*. Los diferentes niveles son y pueden ser complementarios, pero la práctica exhibe con demasiada frecuencia esfuerzos en dispersión. Ciertos temas pueden prestarse, en principio más a una cooperación intergubernamental, otros a una cooperación interregional o municipal. Pero este criterio inicial se verá alterado sensiblemente cuando los entes regionales y locales carezcan de las competencias que se presumen o de los recursos financieros necesarios.

496. La cooperación interestatal

Es el Estado, sus órganos centrales, quien posee la llave de la cooperación transfronteriza. La fuente normativa fundamental, aunque no la única, de la cooperación interestatal es el tratado. Cabe también una armonización legislativa y reglamentaria, unilateralmente adoptada o comprometida internacionalmente. El contenido de los acuerdos internacionales puede ir de lo más amplio a lo concreto, de regular las relaciones de vecindad con carácter general a resolver un problema local.

El Estado puede actuar la cooperación directa o indirectamente, reconociendo en este caso a los entes territoriales —regionales y locales— las competencias para, en un marco convencional, constitucional o administrativo determinado, llevarlas a cabo. Por vía convencional cabe dar cobertura jurídica a la cooperación gestionada por entes territoriales menores.

A fin de estimular y dar continuidad a la cooperación transfronteriza los Estados suelen crear *Comisiones intergubernamentales*, generalmente de carácter consultivo, compuestas por representantes designados por los respectivos gobiernos, cuyas funciones pueden abarcar toda o una parte de la frontera, pudiendo ser permanentes o temporales y estar interesadas por un ámbito general o particular de competencias.

Un ejemplo en la práctica latinoamericana: el tratado colombiano-brasileño de 1981 de cooperación amazónica ha creado además una Comisión mixta para el desarrollo integrado de las comunidades vecinas del eje fronterizo Tabatinga-Apoporis. Se trata de una amplia área de más de veintiocho mil km², una zona binacional de actuación conjunta en suma, en la que se aplica un plan de cooperación fronteriza pergeñado por la citada Comisión mixta que tiene como objetivo la mejora del nivel de vida de las poblaciones de la zona, el uso adecuado de los recursos naturales, el incremento de los servicios sociales, la integración física y cultural de los grupos indígenas y el respeto del equilibrio ecológico. Otro ejemplo en el que se revela que las Comisiones intergubernamentales pueden nutrirse también de representantes de extracción multisectorial y de procedencia central y periférica lo aportan las Comisiones Nacionales de Asuntos Fronterizos creadas por Colombia y Venezuela (en virtud de las Declaraciones conjuntas de los Presidentes de 1988), cuya función es amplísima, pues se trata de preparar la cooperación fronteriza en aspectos como los siguientes: la generación de energía eléctrica y la navegación en el Orinoco, la exploración del escudo de Guyana, la interconexión de los sistemas eléctricos, la conformación de un área metropolitana binacional para el desarrollo comercial e industrial en Cúcuta y Villa del Rosario (Colombia) y San Antonio y Ureña (Venezuela), la ejecución del dragado del río Arauca, para lo que ya en 1976 se había constituido una empresa binacional. La importancia que las partes conceden a esta cooperación se refleja en la creación de Ministerios de Asuntos Fronterizos.

Uno de los modelos más significativos de comisiones intergubernamentales lo aportan las Comisiones Internacionales de Límites. En efecto, así sucede con la Comisión Internacional de Límites y Aguas mexicano-guatemalteca (establecida por el canje de notas de 1961), que no sólo ostenta competencias para aconsejar y asesorar a los gobiernos en los problemas de límites, pudiendo constituirse también en el marco apropiado para impulsar la cooperación transfronteriza, dado que cuenta con facultades de estudio e investigación.

Por lo que se refiere a España, ante en la frontera con Francia como en la divisoria común con Portugal las manifestaciones de cooperación transfronteriza son múltiples, diversas y de difícil sistematización. En relación con *Portugal* el Tratado de Amistad y Cooperación (1977) estableció, por fin, el marco de una cooperación múltiple y revitalizó la centenaria Comisión Internacional de Límites. La cooperación transfronteriza entre España y *Francia* toma cuerpo a nivel interestatal en un amplio catálogo de convenios internacionales, a partir sobre todo de los tratados de límites.

497. La cooperación de los entes regionales y locales

No faltan ejemplos de instrumentos de cooperación transfronteriza concluidos por entes territoriales menores y regidos por el DI (v. Cap. VIII), pero la regla general consistirá en que la cooperación infraestatal se concrete normalmente en instrumentos cuya naturaleza y alcance obligacional deberán ser apreciados conforme a los Derechos respectivos de los Estados a que pertenecen los participantes.

Los ordenamientos jurídicos internos no suelen prohibir a las autoridades regionales y locales el establecimiento de contactos y la celebración de reuniones con autoridades extranjeras del mismo nivel cuyo objeto sea el conocimiento mutuo, la información y la consulta. Incluso la mayoría de los Derechos estatales permiten a sus entes territoriales menores la conclusión de contratos de Derecho privado y sobre esa base existen numerosas relaciones de cooperación de vecindad, local sobre todo, en materia de servicios, suministros y ejecución de obras públicas. Son instrumentos útiles, pero limitados.

La soberanía y la territorialidad impiden el establecimiento de mecanismos de cooperación de Derecho Público, salvo que se celebren tratados —normalmente bilaterales— de cobertura o tratados-marco donde los Estados, en relación con concretas manifestaciones de la cooperación transfronteriza, conceden facultades

a las autoridades locales o crean establecimientos públicos internacionales gestionados por dichas autoridades.

Un ejemplo de tratado de cobertura es el tratado de límites hispano-francés de 1856, que dispuso que los reglamentos de pesca en el río Bidasoa serían establecidos por delegados de los municipios de las dos riberas. En realidad, la cooperación transfronteriza de carácter local en la frontera pirenaica se ha venido llevando a cabo tradicionalmente al amparo de los tratados de límites hispano-franceses, quedando habilitados los municipios fronterizos a celebrar convenios de carácter contractual y contenido fundamentalmente agropecuario.

El Consejo de Europa, desde antiguo interesado en fomentar la cooperación transfronteriza con participación de órganos regionales y locales, auspició el Convenio-marco europeo sobre la cooperación transfronteriza de las colectividades o autoridades territoriales (1980), cuyo objetivo es trazar bases jurídicas generales comunes sobre las que cimentar, en el marco de la soberanía nacional de cada Estado, una cooperación bilateral adaptada a las circunstancias concretas de cada país y de cada región.

España, que ratificó el Convenio-marco en 1990, lo hizo declarando que para que los entes territoriales y locales pudiesen formalizar la cooperación transfronteriza mediante convenios con las entidades subestatales vecinas sería necesaria la previa celebración de acuerdos bilaterales entre España y los Estados vecinos. España suscribió los acuerdos habilitadores con Francia (1995) y con Portugal (2002), bajo cuya cobertura se han celebrado ya más de cuarenta convenios entre entidades regionales y locales de uno y otro lado de la frontera.

Por supuesto, siempre queda franco el camino de los acuerdos *no normativos*, excelente vía para prever comportamientos convergentes o paralelos con otros sujetos, movidos por el interés común de la cooperación transfronteriza, en el campo de las propias competencias.

CXIII. VIAS DE AGUA INTERNACIONALES

498. *Planteamiento*

Bajo este enunciado quedan englobadas dos cuestiones distintas: de un lado, la relativa a los *ríos internacionales* en tanto que columna vertebral del Derecho fluvial internacional, cuyo ámbito de aplicación hoy dimensiona la noción de *curso de agua internacional*; y, de otro, la cuestión de los *canales internacionales*. Siendo en efecto diferentes, por el mismo carácter de su cauce (natural/artificial) y naturaleza física de sus aguas (dulces/saladas), ríos y canales internacionales se hallan sujetos a un régimen jurídico especial, esencialmente de origen y naturaleza convencional, que en definitiva supone limitaciones a la competencia territorial de los Estados ribereños en virtud de su común utilización por distintos soberanos, ribereños o no, sea a los tradicionales fines de navegación (por ríos internacionales navegables y canales internacionales) y/o para otros usos

de los cursos de agua internacionales, en la actualidad de mayor y creciente interés debido a sus múltiples y diversificadas utilizaciones, a cuya regulación pretende contribuir la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (1997).

La elemental constatación, por otro lado, de que el agua dulce —en general— es un recurso finito, imperativo para el desarrollo sostenible, el crecimiento económico, la estabilidad política y social, la salud y la erradicación de la pobreza, ha activado e intensificado la agenda internacional de los últimos años con programas y actividades dirigidas al aprovechamiento, conservación y ordenación de los recursos hídricos.

499. Los ríos como vías de agua de interés internacional para la navegación

Un río internacional es un curso de agua corriente que fluye por territorio de distintos Estados, bien separándolos —*ríos fronterizos o contiguos*—, bien atravesándolos —*ríos sucesivos o internacionales* en sentido estricto—; y los hay que son tanto fronterizos como sucesivos.

Es el caso del Danubio, que nace en la Selva Negra alemana y cruza Europa de Oeste a Este, fluyendo a lo largo de su curso (2.860 km) por Austria, Eslovaquia, Hungría, Croacia, Serbia, Bulgaria y Rumania, convirtiéndose en río fronterizo en distintos tramos del mismo (Eslovaquia/Hungría; Serbia/Rumania; Rumania/Bulgaria); en América el río Paraná, que nace en Brasil, sirve de límite entre este Estado, Paraguay y Argentina, penetrando posteriormente en territorio argentino hasta llegar al Río de la Plata, donde confluye con el río Uruguay que recorre y, a su vez, se hace fronterizo entre Brasil y Argentina y, en su último tramo, entre Argentina y Uruguay.

El origen del *Derecho fluvial internacional* se encuentra en la necesidad de asegurar —mediante su regulación jurídica internacional— la libertad de navegación por dichos ríos. En sus inicios, por tanto, el Derecho fluvial internacional se confunde con el *Derecho de la navegación fluvial* y, como consecuencia, el concepto de río internacional aparece definido por dos elementos, uno, ya mencionado, de carácter político/geográfico: formar frontera entre dos o más países y/o atravesar su territorio, el otro, de carácter económico: ser una vía apta para la navegación.

Impulsado por el triunfo del liberalismo económico de principios del siglo XIX, el Derecho fluvial internacional hunde sus raíces en el continente europeo, evolucionando conforme a unas características esenciales: 1) desde un punto de vista procesal surge de la acción colectiva de las Grandes potencias de la época —fundamentalmente de Gran Bretaña—, interesadas en lograr la penetración de su comercio en todas las áreas del continente; 2) desde un punto de vista sustantivo implica los esfuerzos por afirmar el principio de libertad de navegación por los ríos internacionales y, como corolario, el de igualdad de trato para los nacionales de los diferentes países; y 3) desde un punto de vista organizativo intenta vincular la internacionalización del río con su administración por Comisiones fluviales, compuestas, bien por representantes de Estados ribereños y no

ribereños (así la Comisión Central para la navegación del Rhin), o de ribereños en exclusiva (como hoy es el caso de la Comisión del Danubio de conformidad con la Convención de Belgrado de 1948, que reemplazó al Tratado de París de 1856)

Las Comisiones fluviales han sido eficaces cuando han logrado —dentro de una perfecta igualdad— la colaboración de los Estados ribereños, mientras que, cuando no ha sido así, las susceptibilidades nacionales de éstos han predominado sobre las condiciones económicas o técnicas invocadas a favor del sistema. Tales susceptibilidades se han originado, por tanto, cuando la constitución y, más aún, el reforzamiento de los poderes de la Comisión, se producen en momentos en que el Estado ribereño se encuentra en una posición de inferioridad frente a las Grandes Potencias no ribereñas (v. *infra*).

Hito fundamental para la evolución del Derecho fluvial europeo fue el Congreso de Viena de 1815, cuya Acta Final (arts. 108-117) previó para los ríos internacionales un régimen jurídico susceptible de general aplicación basado en el principio de libertad de navegación para todos los Estados, ribereños o no, principio de *comunidad abierta* que, no obstante, debía concretarse mediante la concertación de convenios particulares en los que los Estados ribereños reglamentasen la navegación mediante un régimen que apostara por la igualdad de trato —poniendo fin a abusos impositivos y obstáculos aduaneros— y por la gestión del río mediante un organismo internacional.

El Acta Final de Viena (1815, art. 109) dispuso la Comisión fluvial para el Rhin, regulada por la Convención de Maguncia (1831), revisada por la Convención de Mannheim (1868). A estas señas de identidad —libertad de navegación, igualdad de trato y Comisión fluvial— responden, además, el Acta de Desde de 1821 para el río Elba; el Tratado de Londres de 1839 para el Mosa y el Escalda; el Tratado de París de 1851 para el Danubio... En África, el Acta General de Berlín (1885) internacionalizó el río Congo.

Tras la *Gran Guerra*, la Conferencia de Paz de 1919 determinó el régimen particular de los ríos internacionales cuya organización afectaba a los Estados vencidos —Elba, Rhin, Danubio, Oder, Nieven— mediante la incorporación de cláusulas a los Tratados de Paz cuyo sentido era el incremento de la internacionalización de tales regímenes, reforzando los principios de libertad de navegación e igualdad de trato y la consolidación de la posición de los Estados no ribereños vencedores de la contienda bélica en el seno de las Comisiones fluviales a expensas de los ribereños, que se resistieron cuanto pudieron.

Así, por ej., Polonia siempre se opuso a la extensión territorial de las competencias de la Comisión Internacional del Oder —del que es ribereña— conforme al art. 338 del Tratado de Versalles (1919). La controversia sobre la sumisión de los afluentes del Oder a la citada Comisión hubo de someterse a la CPJI (*Jurisdicción territorial de la Comisión Internacional del río Oder*, 1929).

La Conferencia de Paz también se planteó elaborar un régimen general determinando la libertad de tránsito para todos los ríos internacionales (navegables), pero el art. 338 del Tratado de Versalles no pasó de programarlo. Para su establecimiento, la S. de N. convocó una Conferencia —General de Comunicaciones y Tránsito—, que se reunió en Barcelona con asistencia de 42 Estados, en pos de un sistema de internacionalización general o estatutaria para las denomina-

das *vías fluviales de interés internacional* que, en sustitución de la tradicional de *río internacional*, abarcaba los lagos internacionales. Los textos adoptados (Convenio, Estatuto y Protocolo de Barcelona, 1921) garantizan y reafirman respecto de los navíos privados —no los buques de guerra— los principios de libertad de navegación e igualdad de trato, prohibiéndose totalmente la discriminación entre Estados contratantes. El esfuerzo resultó, sin embargo, fallido debido al escaso número de ratificaciones.

La fallida internacionalización del principio de libertad de navegación —y sus corolarios— a escala multilateral impide afirmar que tenga —o haya tenido, ni siquiera durante el período entre guerras en que alcanzó su punto culminante— carácter normativo general. Ello ha contribuido a la consolidación del *Derecho de la navegación— fluvial internacional* como un Derecho primordialmente particular, formado por un número plural de convenciones internacionales aplicables a cada río —o cuenca— en concreto, como particularmente sucede en el continente americano, donde la libertad de navegación sólo resulta consagrada por vía convencional o mediante acto unilateral del Estado ribereño.

Los ríos internacionales americanos, debido a las diferentes condiciones geográficas, demográficas y socio-económicas —poca densidad de población, vasta extensión territorial y escaso desarrollo industrial— han sido regulados por una diversidad de regímenes jurídicos cuyas notas características son el predominio del interés de los Estados ribereños, la administración de la vía fluvial sólo por ellos y la afirmación de la libertad de navegación por las principales vías fluviales —Orinoco, Amazonas y Río de la Plata— como consecuencia exclusiva de los tratados celebrados entre los ribereños o de los actos y disposiciones legislativas de éstos.

Así, una ley venezolana de 14 de mayo de 1869 abrió a la navegación de todos los pabellones la red fluvial del Orinoco y sus afluentes; Brasil y Venezuela se reconocieron tal libertad en régimen de reciprocidad en virtud del tratado de 5 de mayo de 1859; y en cuanto a colombianos y venezolanos, los problemas arrastrados desde la concesión mutua de la libertad de navegación por el tratado de amistad, comercio y navegación concluido el 23 de julio de 1848, encontraron acomodo, relativo al menos, en el tratado de 5 de abril de 1941.

En cuanto al sistema fluvial del Río de la Plata —ríos Paraná, Uruguay y su llave marítima: el Río de la Plata— la libertad de navegación ha sido objeto de una abundante práctica convencional debido a las numerosas controversias suscitadas entre los ribereños. No en vano las fallidas pretensiones brasileñas sobre la provincia cisplatina, entonces parte de la Confederación Argentina —que desembocaría en una guerra y traerían como resultado la independencia del Uruguay en 1828— tenían por objeto el acceso a las riberas del Río de la Plata. Respecto a Paraguay, su mediterraneidad sólo podía ser mitigada si se le garantizaba la libertad de navegación por la citada vía fluvial, única salida al mar en su caso. Sirva de ejemplo, el Tratado paraguayo-argentino de 23 de enero de 1967 o el uruguayo-argentino de 19 de noviembre de 1973, caso este en el que los Estados partes conceden la libertad de navegación a los mercantes de todos los países y a los navíos de guerra de los otros Estados integrantes de la cuenca.

Las controversias han salpicado también la cuenca amazónica por las apetencias de las potencias occidentales —Estados Unidos y Gran Bretaña— en el transporte de mercancías hasta la Amazonia profunda, lo que ha despertado a su vez el interés de otros Estados de la cuenca —Perú, Bolivia y Ecuador— en obtener de Brasil la garantía de la libertad de navegación por los tramos del Amazonas que discurren exclusivamente por territorio brasileño. Ésta se ha afirmado por la vía de disposiciones de Derecho interno de los países afectados —decretos boliviano y peruano (1853) y brasileño (1866). La reglamentación de la libertad de

navegación en este ámbito geográfico ha refluído hacia usos más ambiciosos, como demuestra el Tratado de Cooperación Amazónica (1978), del que son Estados partes Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela, cuyas miras no sólo se dirigen a garantizar la libertad de navegación por el Amazonas y sus tributarios, sino también a establecer una base para el desarrollo y la utilización de los recursos de la cuenca, manteniendo un equilibrio entre dicho desarrollo y el respeto del ecosistema de la zona y propiciando una eventual integración económica de la misma.

500. *Usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación*

Hoy el Derecho fluvial internacional no puede ser sólo un Derecho de navegación con fines de transporte. La técnica ha descubierto utilidades del agua dulce que hacen de ríos y lagos una fuente de recursos susceptible de múltiples aprovechamientos —suministro agua, producción de energía eléctrica, irrigación, pesca, ocio y turismo... que arriesgan convertir los cursos de agua internacionales no sólo en un bien escaso sino en cauces de contaminación, llamando la atención sobre la necesidad de establecer un marco jurídico que asegure el aprovechamiento, conservación, ordenación y protección de las aguas de manera óptima y sostenible.

Ello explica que la AGNU adoptará en 1997, sobre la base de los trabajos de la CDI, la *Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación*, clasificada entre los tratados relativos al medio ambiente de los que es depositario el Secretario General. Como punto y seguido la misma CDI decidió aplicarse ahora (2002) a la codificación de los “Recursos naturales compartidos”, comprendiendo las aguas subterráneas, el petróleo y el gas natural. Como resultado del enfoque gradual adoptado, la Comisión ha aprobado en primera lectura (2006) un Proyecto de arts. sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, que ha sido transmitido a los gobiernos para que hagan comentarios y observaciones antes del 1º de enero de 2008.

La Convención de 1997 (art. 1) se aplica a los usos de los cursos de agua internacionales y de sus aguas —en la medida en que pueda haber alguna diferencia entre ambos— para fines distintos de la navegación y a las medidas de protección, preservación y ordenación relacionadas con los mismos. A tal efecto entiende por *cursos de agua* un “sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común” (art. 2.a); su carácter internacional vendrá dado (art. 2.b) por encontrarse algunas de sus partes en Estados distintos (*Estado del curso de agua*, art. 2.c).

Durante la gestación del proyecto de Convención la CDI consideró conceptos más ambiciosos, como el de *cuenca hidrográfica* —internacional— en tanto que “unidad receptora de la naturaleza en el complejo proceso de devolver al mar lo que cae en la tierra” (primer informe del Relator Schwebel), noción que recoge todos los elementos que constituyen un sistema hidrográfico y que no es nueva, pues sus ecos pudieron ya advertirse en el asunto del *Lago Lanós* (1957) entre España y Francia (cuando el tribunal arbitral reconoce que “la unidad

de la cuenca —fluvial— sólo puede ser sancionada en el plano jurídico en la medida en que responde a realidades humanas”) o en las resoluciones del IDI sobre los “Usos de las aguas internacionales no marítimas diferentes a la navegación” (sesión de Salzburgo, 1961) y sobre “La contaminación de ríos y lagos y el DI” (sesión de Atenas, 1979). Este concepto está en la base de los tratados sobre la Cuenca del río Níger (1964), la Cuenca del río Senegal (1975) o, en el ámbito iberoamericano, la Cuenca del Río de la Plata (1969).

Sin embargo, las críticas que el concepto de *cuenca hidrográfica* generó, tanto en el seno de la CDI como en las observaciones de los Estados —riberños en particular, cuya soberanía quedaría limitada en mayor medida— condujo a la formulación (propuesta asimismo por el Relator Schwebel) de *sistema de un curso de agua internacional*, por el que se entiende “aquel que está formado por componentes hidrográficos, como ríos, lagos, canales, glaciares y aguas subterráneas, que constituyen un conjunto unitario”, situado en dos o más Estados. Aunque la explícita noción de sistema tampoco prosperó como tal, no es ignorada en la definición de “cursos de agua internacionales” del artículo 2.a de la Convención de 1997, y es aludida por la CDI en los comentarios a dicho precepto.

Es cierto que la Convención de 1997 todavía no ha entrado en vigor (en octubre de 2006 contaba sólo con catorce de los treinta y cinco Estados contratantes requeridos para ello, art. 36.1); sin embargo, se trata de un convenio marco que enuncia principios generales y medidas dirigidas a la protección, preservación y gestión de los cursos de agua internacionales y de sus aguas que en su mayoría gozan de carácter consuetudinario y están destinadas (art. 3) a inspirar y armonizar los acuerdos particulares, bilaterales o multilaterales, relativos a un curso de agua internacional o de una parte de él (v. *infra*).

La autoridad de la Convención fue reconocida, apenas unos meses después de su adopción, por la CIJ (*Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997), y por la misma CDI al sustentar en sus disposiciones la codificación de las aguas subterráneas transfronterizas.

El Proyecto de arts. sobre los derechos de los acuíferos transfronterizos ha dejado, no obstante, por el momento pendiente la cuestión de su relación con la Convención, aplicable (art. 2.a) a los acuíferos transfronterizos que estén hidráulicamente conectados con cursos de agua internacionales.

Punto de partida de los principios generales enunciados en la Convención es la existencia de una *comunidad de intereses* entre los Estados ribereños de un curso de agua internacional, afirmada ya por la CPJI (*Jurisdicción territorial de la Comisión internacional del Oder*, 1929) y reiterada por la CIJ (*Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997).

Un tratado de alcance general gestado en la época ginebrina, el Convenio relativo al aprovechamiento de fuerzas hidráulicas (1923), también reconocía la existencia de una *comunidad de intereses* de los países ribereños en materia de producción de energía eléctrica y establecía algunas reglas de fondo y procedimiento relativas a la realización, cuando fuese necesario, de estudios internacionales sobre el uso racional de las fuerzas hidráulicas, a la elaboración de programas de aprovechamiento común que tuviesen en cuenta los intereses de todos los ribereños; a la necesidad de contar con su consentimiento para efectuar trabajos que pudiesen causarles perjuicios graves... El intento resultó fallido por el mismo motivo que el Convenio de Barcelona (1921), el reducido número de Estados partes.

¿Cuáles son esos principios, de los que derivan derechos y obligaciones para los Estados del curso de agua?:

1) *Utilización y participación equitativa y razonable* del curso de agua internacional en sus territorios respectivos, esto es, “el disfrute máximo compatible con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate” (art. 5);

La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes entre los que, a modo indicativo y a fin de que se evalúen conjuntamente, la Convención de 1997 (art. 6) apunta factores naturales (geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos), necesidades económicas, sociales y de población dependiente del curso de agua en cada Estado, los efectos que el uso o usos, actuales y potenciales, produzcan en otros Estados del curso de agua, las alternativas a los mismos, así como las medidas —y su costo— adoptadas en pro de la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua.

En el asunto relativo a las *Fábricas de pasta de papel sobre el río Uruguay*, incoado ante la CIJ por Argentina (2006), el demandante denuncia el atentado que la construcción —autorizada por el Gobierno uruguayo— de plantas de pasta de celulosa ocasionaría al medio ambiente del río Uruguay y de su zona de influencia en aspectos tales como la naturaleza, envergadura y localización elegidas para las plantas, la dimensión de la producción prevista y el consiguiente volumen de efluentes que estas plantas proyectan verter sobre el río, la proximidad de aglomeraciones urbanas, zonas de producción agrícola, ganadera y pesquera en el tramo del río argentino-uruguayo elegido para las obras, la insuficiencia de medidas previstas para la prevención y a reducción de los impactos que todo ello puede ocasionar sobre el medio ambiente...

Sustentado en la noción de *recursos naturales compartidos*, el *principio de utilización equitativa* —que no es sinónimo de igual— y *razonable* —que evoca la idea de sostenibilidad— es hoy un principio fundamental que forma parte del DI general y que, en este ámbito, implica tanto el derecho de cada Estado ribereño a participar en la utilización del curso de agua internacional como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento teniendo en cuenta los intereses de los demás Estados del curso, cuya situación aguas arriba/aguas abajo ineluctablemente condicionará su posición en el eventual conflicto que tales usos puedan generar.

En el asunto del *Lago Lanós* (1957) el tribunal arbitral sostuvo que recae en el Estado del curso superior “la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto no sea compatible con la defensa de sus intereses y de demostrar que, a este respecto, hay una preocupación auténtica de conciliar los intereses de los otros ribereños con los suyos propios”.

Pensemos, por ej., en los efectos del represamiento, de la desviación de caudal para regadío o del aprovechamiento hidráulico, realizados por el Estado situado aguas arriba sobre pretensiones similares del Estado situado aguas abajo. Así sucedió entre Argentina y Brasil a propósito de la explotación hidroeléctrica del río Paraná. Brasil, situado aguas arriba, defendía una concepción clásica del río internacional, negando la existencia de normas consuetudinarias que menoscabaran y limitaran los aprovechamientos hidroeléctricos decididos por los Estados ribereños en un tramo fluvial sin contar con los intereses de los ribereños sucesivos (así, la construcción con Paraguay de la faraónica presa de Itaipu); mientras que Argentina (que proyectaba también con Paraguay la construcción de otra presa aguas abajo del Paraná, la del Corpus Christi, afectada por el proyecto paraguayo-brasileño) defendía la existencia de normas consuetudinarias que afirmaban la utilización equitativa y razonable del río internacional por los ribereños. La controversia culminó con el acuerdo tripartito de 1979.

En *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) la CIJ declaró que Eslovaquia había cometido un hecho internacionalmente ilícito, la denominada variante C (o solución provisional), que implicaba la desviación del Danubio y la apropiación, para su exclusivo uso y beneficio, de entre un ochenta y un noventa por ciento de sus aguas antes de restituirlas al canal principal del río, a pesar de que el Danubio —dijo la Corte— no sólo es un *curso de agua internacional compartido* sino también *río fronterizo*.

b) De lo anterior resulta la obligación de los Estados ribereños de utilizar el curso de agua —y sus aguas— con la *debida diligencia* mediante la adopción de “todas las medidas apropiadas para impedir que se causen *daños sensibles* a otros Estados del curso de agua” (art. 7.1), so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

Concretada en la máxima latina *sic utere tuo ut non laedas* (usa de lo tuyo sin causar daño en lo ajeno), ha de advertirse —y así lo hace la CDI en sus comentarios— que este precepto enuncia una *obligación de comportamiento* y no de resultado, que un Estado del curso de agua sólo incumplirá cuando cause de modo intencional o por negligencia el daño que deba prevenirse.

De ahí la prudencia de la Convención a la hora de sacar las oportunas consecuencias, al admitir que la causación de un *daño sensible* a otro Estado del curso de agua, resultante de una utilización equitativa y razonable en la que supuestamente se han adoptado todas las medidas apropiadas, no tiene por qué implicar la prohibición de tal actividad; en un caso así, a falta de acuerdo entre los ribereños implicados, la Convención dispone “la consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización” (art. 7.2).

En el asunto de las *Fábricas de pasta de papel sobre el río Uruguay* Argentina sostiene que la República Oriental ha comprometido su responsabilidad internacional con respecto a la Argentina por faltar a las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto de 1975 (cuyo objeto consiste en establecer el mecanismo conjunto necesario para la utilización racional y óptima del río Uruguay; v. *infra*) y señala que la puesta en funcionamiento de las plantas proyectadas ocasionaría un “perjuicio sensible” tanto a la calidad de las aguas del río Uruguay como transfronterizo a la Argentina.

c) Se impone, en fin, a los Estados del curso de agua internacional la *obligación general de cooperar* —“sobre la base de los principios de igualdad soberana, la integridad territorial, el aprovechamiento mutuo y la buena fe”— con el objetivo de lograr una utilización óptima compatible con la adecuada protección del mismo (art. 8.1).

Reconocido su carácter de principio de DI general (*Declaración sobre los principios*, res. 2625-XXV), la obligación de cooperar que en este contexto tienen los Estados ribereños de un curso de agua internacional ha sido estimada por la CDI imprescindible para la consecución de los objetivos y el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el Convenio.

El intercambio regular de datos e información sobre el estado del curso de agua y las previsiones correspondientes (art. 9) se estipula como el primer paso hacia la cooperación entre los Estados ribereños a fin de garantizar una utilización equitativa y razonable, sin que ello implique un derecho de veto obstaculizador de los aprovechamientos que cada uno de ellos quiera llevar a cabo en sus territorios respectivos. De ahí que se considere que, salvo acuerdo o costumbre en contrario, “ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos” (art. 10.1), debiendo el eventual conflicto que los mismos generen solventarse

sobre la base de los principios ya mencionados “teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales” (art. 10.2).

El deber de notificación y consulta previa de las medidas proyectadas —característico de las medidas de protección medioambiental— ha sido previsto como un proceso continuado y sistemático a verificar directamente entre los Estados del curso de agua o por conducto de las comisiones o mecanismos conjuntos que se consideren útiles, cuyo establecimiento se insta para facilitar la cooperación (arts. 8.2, 11-19). En la práctica, ello conduce a los Estados ribereños interesados a concertar acuerdos adaptados a sus características que extienden hoy mayoritariamente su regulación —y/o se aplican en exclusiva— a otras utilidades y aprovechamientos fluviales distintos de la navegación.

La *comunidad de intereses* entre los Estados ribereños de un curso de agua internacional, base de la Convención, lleva a proclamar (art. 4) el derecho de *todos* a participar en la negociación y llegar a ser parte de cualquier acuerdo que se aplique a la totalidad de ese curso de agua.

En Europa el Convenio de Helsinki sobre la protección y uso de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales (1992) establece un marco de cooperación entre los países miembros de la Comisión Económica para Europa de las NU con el fin de prevenir y controlar la contaminación de los cursos de agua transfronterizos y garantizar el uso racional de los recursos acuáticos. En vigor desde 1996, cuenta en la actualidad con treinta y cinco partes, la CE y sus países miembros entre ellos.

España, al contar con ríos internacionales en sus fronteras con Francia y, en especial, con Portugal, ha celebrado tratados con ambos países para reglamentar los usos de dichos cursos de agua (navegación, pesca, aprovechamiento hidroeléctrico...). En relación con Francia, el Convenio de 1959 dedica parte de su regulación a la pesca en el Bidasoa, mientras el Convenio de 1963 reglamenta el aprovechamiento común del río Garona.

La práctica convencional hispano-portuguesa ha sido más profusa y compleja por la abundancia de vías internacionales (Miño, Limia, Chanza, Duero, Tajo, Guadiana), subsistiendo incluso la vigencia de tratados celebrados en el siglo XIX, como el Convenio de 1829 por el que se establece la libertad de navegación por el río Tajo. Especial atención merece el régimen de aprovechamiento hidroeléctrico. El del río Duero se remonta al Convenio de 1927 (que escindía en dos zonas el tramo internacional del Duero a los efectos de su aprovechamiento por cada uno de los ribereños). El Convenio de 1964 optó por un régimen de aprovechamiento común cuya aplicación encomendó a una Comisión mixta. Cuatro años después el Convenio de 1968 extendió este régimen a los tramos internacionales de los ríos Miño, Limia, Tajo Guadiana y Chanza, objeto de sucesivos protocolos adicionales. Dando un paso más en 1998 España y Portugal suscribieron un Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas, según las pautas de la *Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación* (1997).

Los Estados partes en acuerdos de curso de agua vendrán, como es natural, obligados a observar —y, de ser el caso, a negociar— de buena fe lo (com)prometido en el tratado (CIJ *Proyecto Gabčicovo-Nagymaros*, 1997).

He ahí los términos de la demanda de Argentina contra Uruguay (CIJ, *Fábricas de pasta de papel en el río Uruguay*, 2006) en la que denuncia la violación por la República Oriental de las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto del río (1975), entre otras, la de tomar todas las medidas necesarias para su utilización racional y óptima, la de informar previamente a la Comisión Administrativa del Río Uruguay (CARU) y a la Argentina, así como la de sujetarse a los procedimientos previstos en el capítulo II de dicho Estatuto.

En una decisión que no prejuzga el fondo de la controversia (O. de 13 de julio de 2006), la Corte no consideró que las circunstancias alegadas por Argentina —daños graves e irreversibles al río Uruguay y a todo el ecosistema asociado al mismo— exigieran indicar las medidas cautelares solicitadas —destinadas a la suspensión de los trabajos de construcción de las plantas y a asegurar la cooperación entre las partes—, si bien insistió en la obligación que incumbe a las partes de aplicar de buena fe los procedimientos de consulta y de cooperación previstos en el Estatuto de 1975 y, en particular, el mecanismo de orden procesal en él instituido (CARU) como parte importante del régimen establecido a fin de asegurar “la utilización óptima y racional” del río Uruguay, para lo que tuvo debidamente en cuenta el compromiso asumido ante la Corte por el agente de Uruguay acerca de la voluntad de su país de respetar plenamente tales procedimientos.

La Convención incorpora un mecanismo de arreglo de controversias modesto (art. 33), pues se limita a imponer a las partes, una vez fracasados los medios de su elección, un *procedimiento imparcial de determinación de los hechos*, dejando a voluntad de los Estados partes la posibilidad de declarar —mediante la conocida fórmula *opting in*— que aceptan con carácter obligatorio *ipso facto* y sin un acuerdo especial, en relación con cualquiera de las partes que acepte la misma obligación, la sumisión de la controversia a la CIJ o a un tribunal arbitral ya constituido. Cabe suponer, teniendo en cuenta los conflictos de intereses que mueven la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados y flexibles que anidan en la Convención, que la litigiosidad será elevada. De ahí que el déficit de medios de arreglo sea más llamativo.

501. Los canales internacionales

Los canales internacionales son vías de agua, creadas artificialmente, que ponen en comunicación dos mares con el fin de facilitar la navegación y, aun atravesando el territorio de un Estado y sometidos por eso a su soberanía, son objeto de regulación internacional por virtud de tratado, del que se derivan obligaciones para el ribereño. Tal es el caso de los canales de Suez (Convenio de Constantinopla, 1888), Panamá (Tratados Hay-Bunau-Varilla, de 1903, y Carter-Torrijos de 1977) y Kiel (Tratado de Versalles, 1919).

Su carácter artificial los distingue de otras vías naturales destinadas a la navegación internacional, como los estrechos internacionales, regulados por el Derecho del Mar (caso del mal llamado canal de Beagle, al sur de Tierra de Fuego). A su vez, que se trate de vías marítimas los diferencia de los canales que tienen por objeto comunicar ríos internacionales entre sí o con un espacio marino, regulados por el Derecho fluvial internacional (por ej., el canal de San Lorenzo, que conecta los Grandes Lagos en la frontera entre Estados Unidos y Canadá con el Atlántico). Finalmente, su regulación internacional los diferencia de las vías canaleras sometidas a regulación estrictamente nacional (como, por ej., el canal de Corinto, en Grecia).

El régimen de los canales internacionales, tal y como se ha manifestado históricamente, ha sido el resultado de la combinación de una serie de presupuestos, que son los siguientes: 1) Tratándose de una vía de comunicación artificial, su construcción implica el consentimiento del Estado en cuyo territorio ha de asentarse materializado en un tratado; a falta de tratado el soberano local decide quiénes y cómo pueden utilizarlo; 2) La construcción exige la confluencia de dos factores: condiciones geográficas idóneas y medios económicos de gran entidad para enristrarla, que no todos los Estados geográficamente aptos pueden asumir; 3) Por ello entra en escena un nuevo factor: el capital extranjero en pos de una inversión rentable, con la consecuente aparición de poderosas compañías que llevan tras de sí todos los intereses de la navegación comercial para simplificar

las rutas y reducir costes; 4) Por último, aflora el interés de las Grandes Potencias por dominar tan esenciales vías de comunicación, sobre todo cuando se encuentran en el perímetro de su esfera de influencia. La vida política de Nicaragua, y hasta su integridad territorial, estuvo condicionada por más de medio siglo por la ruta canalera que en un principio se pensó abrir por su territorio—de la que hoy se vuelve a hablar—, aprovechando el curso del río San Juan y el lago de Nicaragua. Panamá, donde finalmente se hizo el canal que une Atlántico y Pacífico, debe su existencia como Estado independiente al apoyo que Estados Unidos y los grandes consorcios interesados en su construcción dieron al separatismo de esta región periférica de Colombia.

El tratado —de comunicaciones— que traduce en el plano jurídico el régimen internacional del canal impone al ribereño una serie de obligaciones. Estos tratados tienen interés desde el punto de vista de su naturaleza, ya que han sido puestos como ejemplos pioneros de instrumentos creadores de situaciones objetivas.

El Convenio de Constantinopla (1888), relativo al canal de Suez, fue suscrito por nueve países (Turquía, de quién formalmente Egipto era vasallo, Gran Bretaña, Alemania, Francia, Austria-Hungría, Italia, Rusia, España y Holanda), pero se estimaba que la reglamentación que establecía era válida *erga omnes*. Los Estados terceros debían respetarla, teniendo además derecho —se decía— a su aplicación. El régimen del canal de Panamá podría entenderse que constituye un supuesto extremo por estar basado en un tratado bilateral (Tratado Hay-Bunau-Varilla, 1903); no obstante, la aceptación del tercero se encuentra facilitada por la facultad de adhesión al régimen convencional pactado por Estados Unidos y Panamá, hoy contemplada en el Protocolo del tratado relativo a la neutralidad permanente y al funcionamiento del canal (1977). La internacionalización del Canal de Kiel se produce en virtud del Tratado de Versalles (1919), impuesto por los vencedores de la Primera Guerra Mundial a la Alemania derrotada.

Ha de puntualizarse, sin embargo, que los tratados que establecen regímenes o situaciones objetivas no han acabado por constituir una categoría jurídicamente relevante (no la endosó la CDI en su momento, ni triunfó en la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados). En estos casos, o bien se verifica la aceptación del tercero, previendo su adhesión al tratado, o bien su vinculación se produce al margen de los mecanismos propiamente convencionales, sea por aquiescencia o reconocimiento.

Atendiendo a su contenido, estos tratados establecen, en primer lugar, la *libertad de navegación comercial sin discriminación* en virtud del pabellón y en todo tiempo, inclusive durante conflicto armado, consagrándose, no obstante, la neutralización del canal, que no puede ser atacado ni bloqueado en tiempo de guerra. Establecen, además, la *libertad de paso* para buques de guerra, a condición de que no efectúen parada alguna ni desembarco de tropas ni material

Por lo que respecta al canal de Kiel, la CPJI se interesó por su régimen jurídico con ocasión de la negativa alemana a permitir el paso del *Wimbledon*, buque mercante británico que transportaba material de guerra a Polonia, país en guerra con la URSS. Alemania invocaba su neutralidad respecto de los dos contendientes para justificar su negativa, pero la CPJI (1923) reconoció el derecho de paso de todos los buques extranjeros, inclusive en tiempo de guerra. No obstante, desde 1937, el paso de buques de guerra se encuentra sometido a autorización previa.

Para defender la neutralización de los canales internacionales los tratados han seguido criterios contradictorios. Así, mientras el Tratado de Versalles imponía a Alemania la obligación de no fortificar las zonas próximas al Canal de Kiel (art. 195), el Tratado Hay-Bunau-Varilla (art. 23) permitió a Estados Unidos —que disponía de la zona— fortificar el Canal de Panamá, lo que efectivamente hizo.

Si en otro tiempo las soluciones relativas a la administración de cada uno de los canales diferían, hoy corresponde al Estado territorial.

En manos de Alemania se encuentra desde sus orígenes la del canal de Kiel; asimismo la administración del canal de Suez corresponde a Egipto —que la ejerce a través de una entidad denominada Autoridad del Canal de Suez— después de la conflictiva nacionalización (1956) de la Compañía Universal del Canal de Suez.

Los cambios en el régimen de administración del canal de Panamá fue más azarosa hasta la celebración de los Tratados Carter-Torrijos (1977) que la entregan a la Comisión del Canal de Panamá, entidad pública estadounidense que estuvo encargada de su gestión hasta el 31 de diciembre de 1999, fecha en la que cesó la concesión otorgada a Estados Unidos para pasar a responsabilidad panameña la administración del canal, ejercida a través de una entidad gubernamental (Autoridad del Canal de Panamá), creada por la Constitución Política de la República de Panamá. En octubre de 2006 la ciudadanía panameña autorizó, mediante referéndum, la ampliación del cauce de navegación del Canal mediante un tercer juego de esclusas, propuesta por el Presidente Omar Torrijos Espino.

CXIV. EL ESPACIO AÉREO

502. *Noción y régimen jurídico*

El espacio aéreo sigue la condición del espacio terrestre y marítimo que es su base; por consiguiente forma parte del territorio del Estado y se encuentra sometido a su soberanía el espacio aéreo suprayacente al territorio terrestre, a las aguas interiores y al mar territorial del Estado (v. Cap. XXIV). Este principio de carácter consuetudinario, en la actualidad universalmente admitido (CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986), tuvo que asentarse frente a las tesis que, en los inicios de la navegación aeronáutica, pretendían afirmar la libertad del aire y, por lo tanto, de la circulación aérea. La contraposición dialéctica del binomio *libertad versus soberanía* del Estado subyacente se zanjó en favor de este último, cuya dependencia del aire se sustentaba en el temor a sufrir ataques aéreos, a ser observado desde ese medio... Razones cifradas en la seguridad del Estado inclinaron la balanza en su favor frente a los intereses de quienes, por haber desarrollado con prontitud una poderosa industria aeronáutica, eran partidarios de una política de cielos abiertos (los suyos y los de los demás) al tráfico aéreo.

La Convención de Aviación Civil Internacional o Convención de Chicago (1944), que constituye hoy básicamente el núcleo esencial del Derecho aéreo, determina que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio (art. 1), en una formulación que recoge las características que tradicionalmente se predicaban respecto de la soberanía territorial. La misma norma tiene también su plasmación en la CONVEMAR (1982, art. 2.2). En lo que hace al espacio aéreo suprayacente al mar territorial, no se ha afirmado en la Convención de 1982 un derecho de paso inocente aplicable al sobrevuelo de aeronaves de terceros Estados, similar al consagrado para la navegación de buques. En cambio, el derecho de paso en *tránsito* que regula el régimen de navegación por determinados estrechos (art. 37), sí comprende la libertad de sobrevuelo por los mismos (art. 38.2). (V. Cap. XXIV).

Si la anchura del espacio aéreo sometido a la soberanía estatal aparece claramente determinada, puesto que sus límites laterales son una proyección de las fronteras terrestres y marítimas, no ocurre lo mismo con su límite superior. ¿Hasta donde se eleva la soberanía del Estado? La cuestión no es baladí, puesto que donde termina el espacio aéreo del Estado se inicia el espacio ultraterrestre, siendo distintos los regímenes jurídicos que se aplican en cada una de las zonas: la soberanía territorial en el primer caso, el régimen aplicable a la *res communis*, no sujeta a apropiación estatal en el segundo, considerado como patrimonio común de la Humanidad. Pero la cuestión aún no se ha resuelto. Ninguno de los textos convencionales lo hace. Ni los que regulan el espacio aéreo (Convención de Chicago, 1944), ni los que hacen lo propio con el ultraterrestre (Tratado del Espacio, 1967).

En el ámbito de la Comisión del Espacio Ultraterrestre no se ha llegado a ningún acuerdo al respecto, manejándose en las discusiones tanto criterios fundados en un enfoque zonal (altura determinada fijada por acuerdo o en virtud de datos científicos) o funcional (en virtud de la naturaleza de las actividades). Desde el punto de vista estricto del Derecho del espacio aéreo, tal vez pudiera construirse la línea de separación entendiendo que el espacio aéreo es la zona en la que es posible sustentar aparatos merced a las reacciones del aire y ello con base en la definición de aeronave del Convenio de Chicago (v. *infra*).

La Convención de Chicago (1944) constituye, como hemos dicho, la normativa internacional reguladora de la *aviación civil* internacional. Con su entrada en vigor (1947) derogó el *Convenio internacional de navegación aérea* (París, 1919), que había sentado las bases de dicha normativa reconociendo la soberanía del Estado sobre su espacio aéreo y el derecho de paso inofensivo sobre el mismo de las aeronaves de otros Estados, estableció además la necesidad de matriculación de las aeronaves, como criterio para determinar su nacionalidad, tras realizar la pertinente inscripción en los registros estatales, y creó la Comisión Internacional de Navegación Aérea (CINA), con funciones de control y ordenación del tráfico aéreo.

La Convención de Chicago de 1944, cuyo ámbito de aplicación se limita a las aeronaves civiles y no se extiende a las aeronaves de Estado (art. 3), retoma algunos de los pilares esenciales del Convenio de París de 1919: la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo suprayacente a su territorio (art. 1), la matriculación de la aeronave como criterio atributivo de nacionalidad (art. 17). Siguiendo el modelo CINA y expandiendo sobremanera su diseño institucional crea una Organización, la *Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)*, con amplísimas funciones relativas a todos los aspectos de la aviación civil internacional, de la que en la actualidad son miembros prácticamente todos los Estados. Además, establece las condiciones que deben cumplir las aeronaves, como las relativas a documentos, equipos de radio, certificados de aeronavegabilidad... (arts. 29 a 36); concede a la OACI un poder cuasi-legislativo encaminado a la adopción de reglas tendentes a lograr la estandarización internacional en ámbitos relativos a la navegación aérea, como los sistemas de comunicaciones y ayuda a la navegación aérea, las características de los aeropuertos, las reglas que deben regir en el aire... (art. 37).

503. La navegación aérea

Partiendo del principio de la soberanía del Estado sobre su espacio aéreo, la Conferencia de Chicago contempló el enfrentamiento entre los partidarios de las llamadas *libertades del aire* (Estados Unidos fundamentalmente, fruto del mayor desarrollo de sus compañías e industria de aeronavegación) y quienes se pronunciaban por una *libertad controlada* (Gran Bretaña y Canadá).

Quienes pretendían tales libertades entendían que éstas permitirían a las aeronaves de un Estado en el territorio de otro Estado: 1) el sobrevuelo a los efectos de transitar por él sin aterrizar, 2) el derecho de aterrizaje por causas no comerciales sino técnicas, como la necesidad de repostar combustible o efectuar reparaciones, 3) el derecho a desembarcar pasajeros, correo y mercancías, 4) el derecho a embarcar pasajeros, correo y mercancías con destino al territorio del propio Estado de la aeronave y 5) el derecho a embarcar pasajeros, correo y mercancías con destino al territorio de un tercer Estado. Podemos categorizar las dos primeras como libertades de tránsito o técnicas y las tres últimas como libertades comerciales. Se han llegado a postular otras tres libertades comerciales más que cubrirían el transporte de pasajeros, carga y correo: a) entre dos países distintos al de la aeronave, sea utilizando su propio territorio sólo a efectos de escala técnica intermedia (6a. libertad), sea sin la menor relación con el territorio propio (7a. libertad), y b) entre dos aeropuertos del territorio de un mismo Estado —el llamado cabotaje— (8a. libertad).

En la Convención de Chicago, las libertades aéreas reconocidas han debido pasar por el tamiz del principio básico regulador: la soberanía del Estado territorial. Ello sucede con las aeronaves de Estado, pues quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Convención, entendiéndose que ninguna podrá volar sobre el territorio de otro Estado o aterrizar en él sin haber obtenido autorización para ello (art. 3.c).

En cuanto a las aeronaves civiles, su regulación no es homogénea, distinguiéndose a los efectos de determinar las libertades de que gozarán entre las que prestan servicios aéreos regulares y no regulares.

En el primer caso la llave del acceso al espacio aéreo de un Estado se encuentra en las manos de éste, supeditado a su autorización, cuyo cauce regular suele ser el de los tratados bilaterales (art. 6).

El bilateralismo ha sido una opción políticamente consciente, debido al fracaso cosechado por el Acuerdo Internacional sobre Transporte Aéreo (1944), que pretendió multilateralizar el intercambio de derechos de tráfico aéreo, pero que nunca llegó a ser aplicado por la inapetencia de los Estados de mayor potencial aéreo, gustosos de hacer sentir su peso negociador *vis-à-vis*. La vía bilateral fue inaugurada por el Acuerdo de las Bermudas (1946) entre Estados Unidos y Gran Bretaña, que sirvió de modelo a la mayoría de los acuerdos posteriormente celebrados. Tampoco han faltado, sin embargo, acuerdos multilaterales o ámbitos en los que imperen soluciones regionales (por ej., en la CE).

En cambio, los servicios aéreos no regulares no quedaron supeditados a la autorización del Estado para ejercer las libertades de tránsito, gozando incluso del privilegio de embarcar o desembarcar pasajeros, carga o correo, sin perjuicio del derecho del Estado donde tenga lugar el embarque o desembarque a imponer las reglamentaciones que considere oportunas (art. 5). En cuanto al cabotaje, la Convención determina que cada Estado tiene el derecho de negarlo a las aeronaves

de los demás Estados contratantes y que, caso de concederlo mediante acuerdo, no lo podrá hacer en condiciones de exclusividad (art. 7).

La LNA establece que el Estado español, por Tratados o Convenios con otros Estados o mediante permiso especial, podrá autorizar el tránsito inocuo sobre su territorio de las aeronaves extranjeras (art. 2) y determina que "para que una aeronave pueda volar dentro del espacio aéreo español deberá ser debidamente autorizada, previa presentación de su plan de vuelo, ostentar las marcas de nacionalidad, matrícula o número y llevar la documentación exigida por esta Ley, sus reglamentos o los Convenios o Tratados internacionales" (art. 145).

Como reflejo de la soberanía estatal, el Estado que se encuentre inmerso en una situación de guerra recupera la total libertad de acción sobre su espacio aéreo (art. 89 Convención de Chicago). Además puede (art. 9.a), por razones de necesidad o de seguridad pública, restringir o prohibir uniformemente los vuelos sobre ciertas zonas de su territorio a condición de que la medida se aplique sin discriminación alguna entre los Estados extranjeros. Tanto la extensión como la situación de las *zonas de exclusión aérea* deben razonablemente permitir la navegación aérea fuera de ellas. Será necesaria la comunicación de tales medidas a la OACI y demás Estados contratantes. De infringirse la zona prohibida o de seguridad el Estado podrá exigir un cambio de ruta o el inmediato aterrizaje de la aeronave en el aeropuerto señalado al efecto (art. 9.c). Asimismo, el Estado está facultado para suspender temporalmente y con efecto inmediato los vuelos sobre la totalidad o parte de su territorio, siempre que concurren circunstancias excepcionales, durante un período de emergencia o en interés de la seguridad pública (art. 9.b de la Convención de Chicago).

La práctica internacional ha contemplado también la creación de *zonas de exclusión aérea en territorios de terceros Estados* y sin contar con el consentimiento de los mismos. En un caso se ha debido a la decisión unilateral de Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña de promover zonas de exclusión aérea al Norte del paralelo 36 y al Sur del paralelo 32 (y, luego, del paralelo 33) en el territorio de Irak, con la finalidad —se dijo— de proteger a las minorías kurda y chiíta, levantadas en armas (y animadas a la rebelión por los propios países occidentales) contra el régimen de Sadam Hussein. Pretendidamente fundada en la res. 688 (1991) del C. de S., tal medida constituyó una clara infracción de la soberanía del Estado subyacente. En cambio, la prohibición de los vuelos militares en el espacio aéreo de Bosnia y Herzegovina fue establecida, sin ningún género de dudas acerca de su legalidad, por la res. 781 (1992) del C. de S., en aplicación del Capítulo VII de la Carta; con posterioridad la resolución 816 (1993) extendió la prohibición a cualquier tipo de vuelo, salvo los autorizados por UNPROFOR (v. Cap. XXVII).

En el ejercicio de los poderes coactivos que la Convención de Chicago reconoce al Estado, éste puede obligar a las aeronaves que sobrevuelan su territorio internándose en zonas excluidas a la navegación aérea, bien a cambiar de ruta, bien a aterrizar en un aeropuerto (art. 9.c.). Sin embargo, en la defensa del espacio aéreo y fundamentalmente en lo que hace a la interceptación de las aeronaves civiles, está precluido el recurso a la fuerza armada. En tal sentido se modificó la Convención de Chicago, añadiéndose el artículo 3 *bis* (Protocolo de Montreal, 1984). Dicha disposición establece que los Estados deben de abstenerse de recurrir al uso de la fuerza contra aeronaves civiles en vuelo y que, en caso de interceptación, la vida de las personas que se encuentran a bordo y la seguridad de la aeronave no deben ser puestas en peligro.

La modificación se originó a raíz del incidente causado por el derribo (1983) por cazas soviéticos de un *Boeing* de la *Korean Airlines*, que se había desviado considerablemente de su ruta de Nueva York a Seúl, penetrando en territorio de la URSS; de dicha acción resultaron muertos los doscientos sesenta y nueve ocupantes del avión surcoreano.

Cinco años después (1988) un *Airbus* de las líneas aéreas de Irán era destruido (perdiendo la vida sus doscientos noventa ocupantes) por dos misiles lanzados desde el crucero estadounidense *Vincennes*, que se encontraba en aguas del golfo Pérsico. Aunque Estados Unidos adujo inicialmente que se había tratado de una acción defensiva (?), con posterioridad reconoció el error, puesto que el avión civil había seguido en todo momento una trayectoria regular. Aunque de naturaleza distinta al caso anterior, incidentes de este tipo, como el derribo de un avión civil libio en 1973 por Israel cuando sobrevolaba la península del Sinaí, o de otro avión de la *Korean Airlines* por la URSS en 1978 cuando sobrevolaba su territorio, se producen en situaciones de grave tensión internacional y comprometen la responsabilidad internacional del Estado que haya usado la fuerza, aunque usualmente no llegue a reconocerla y, en determinadas ocasiones, se limite a entregar compensaciones *ex gratia* por las pérdidas humanas. En el incidente de 1983 la URSS adujo que el sobrevuelo y, por tanto, el desvío había sido deliberado, a efectos de cumplir misiones de espionaje. Pero incluso esta circunstancia (que no ha podido ser posteriormente comprobada) no habilita al Estado territorial para reaccionar violentamente. En ese sentido, la Convención de Chicago exige que las aeronaves civiles no sean utilizadas para propósitos incompatibles con los fines del Convenio (art. 4).

Las obligaciones emanadas de los arts. 3 *bis* y 4 del Convenio de Chicago constituyen el prisma con el que abordar la *crisis de las avionetas* (1996) entre Cuba y los Estados Unidos, a causa del derribo por aviones de la Fuerza Aérea cubana de dos avionetas pertenecientes a una organización anticastrista radicada en Florida cuando se encontraban sobrevolando el mar territorial cubano. Sin embargo, el uso de aviones civiles por los Estados Unidos con misiones encubiertas ilegales, tenía antecedentes por aquellas latitudes (Guatemala en 1954, Cuba en 1961), fundamentalmente en relación con Nicaragua (CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986)).

504. La aeronave

Se entiende por aeronave, desde la perspectiva de la OACI, “todo aparato susceptible de mantenerse en la atmósfera merced a las reacciones del aire distintas de las reacciones del aire contra la superficie terrestre” (Anexo 7 del Convenio de Chicago).

En España la LNA (art. 11) ofrece una definición más precisa en un doble sentido: 1) al identificar la aeronave con una construcción apta para el transporte de personas o cosas y 2) al indicar la irrelevancia de que dicha construcción sea o no más ligera que el aire y tenga o no órganos motopropulsores.

A efectos de su régimen jurídico, la clasificación relevante relativa a las aeronaves es la que distingue entre *aeronaves de Estado* y *aeronaves civiles*. En cuanto a las primeras, el Convenio de Chicago (que no se les aplica) considera que se trata de las aeronaves militares, de aduana y policía (art. 3.b).

La legislación española se muestra aquí también omnicomprendiva, al considerar aeronaves de Estado tanto las militares como las no militares destinadas exclusivamente a servicios estatales no comerciales (LNA, art. 14).

Recordemos que las aeronaves tienen la *nacionalidad* del Estado en el que estén matriculadas, prohibiéndose las matriculaciones dobles (Convenio de Chicago, arts. 17 y 18). La matriculación se hará, obviamente, de conformidad con

la legislación interna de cada Estado. Así lo hace, en España, la LNA, al referirse al registro de matrícula de las aeronaves (arts. 18 y 28 a 33).

En cuanto al ejercicio de la *jurisdicción* sobre las aeronaves, la Convención de Chicago no es particularmente explícita al respecto, salvo para afirmar la soberanía del Estado sobre su espacio aéreo (art. 1). De ahí que, a salvo la cooperación internacional en relación con los actos ilícitos que afectan a la aviación civil, sea la normativa interna la que regule las cuestiones relativas a la jurisdicción sobre las aeronaves.

Un análisis de Derecho comparado nos llevará a las siguientes conclusiones: en cuanto a la jurisdicción sobre la *aeronave civil*, corresponde al Estado de la nacionalidad, esto es, al del registro de la matrícula, en el caso de que se encuentre sobrevolando su territorio o espacios internacionales. Si estuviera, en cambio, sobrevolando el territorio de otro Estado el principio de soberanía de éste sobre su espacio aéreo determinará la sujeción de la aeronave a su jurisdicción, sin perjuicio de que el Estado de la nacionalidad de la misma conserve jurisdicción en lo que no contradiga las leyes del país subyacente. En el caso de las *aeronaves de Estado*, la jurisdicción es en todo caso ejercida por el de matrícula.

La LNA es lógicamente congruente con lo anterior, por lo que sostiene al respecto, en cuanto a las aeronaves de Estado, que "la aeronave de Estado española se considerará territorio español, cualquiera que sea el lugar o espacio donde se encuentre" (art. 6 primer párrafo). Esta última disposición no es sino un fruto trasnochado de la confusión de los conceptos de *jurisdicción* y *territorio*. En relación con las demás aeronaves españolas, la jurisdicción corresponderá a España cuando se encuentren en territorio nacional. Cuando vuelen por espacio libre o se hallen en territorio extranjero, o lo sobrevuelen, la LNA también defiende la jurisdicción española sobre las mismas en la medida en que no contradiga las leyes de Policía y Seguridad del Estado subyacente. La LNA también afirma, naturalmente, la jurisdicción española sobre las aeronaves extranjeras que se encuentren en territorio de soberanía española, o sobrevolándolo (art. 7).

La proliferación de actos ilícitos que afectan a la aviación civil internacional condujo a la celebración, auspiciada por la OACI, de varios tratados multilaterales destinados a combatirlos, como el *Convenio de Tokyo sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves* (1963), el *Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves* (1970) y, sobre todo, el *Convenio de Montreal sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación* (1971), que se centra en los actos, como la destrucción de la aeronave en servicio o contra personas, bienes a bordo o instalaciones de los aeropuertos, que no estaban recogidos en los anteriores Convenios.

El Convenio de Montreal contiene disposiciones sobre la jurisdicción, persecución de tales actos y extradición de los implicados similares a las establecidas en el Convenio de La Haya, fundamentalmente en lo que hace a la opción del Estado entre ejercer la jurisdicción sobre los imputados cuando se encuentran en su territorio o extraditarlo al Estado parte que lo solicite (arts. 5 y 7).

Libia se acogió a esta posibilidad frente a la solicitud —o, mejor, exigencia— de extradición planteada (1992) por Estados Unidos y Gran Bretaña de los dos nacionales libios presuntamente implicados en la destrucción

del *Jumbo de la Pan-Am* sobre suelo escocés (1988), que causó cerca de trescientas víctimas mortales. El C. de S., hizo suyas las pretensiones de dos de sus miembros permanentes y, pasando por alto el Convenio, ordenó a Libia la entrega de sus nacionales so pena de sanciones que, finalmente, le fueron impuestas. La demanda que Libia planteó contra Estados Unidos y Gran Bretaña ante la CIJ, con base en el Convenio de Montreal (*Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultantes del incidente aéreo de Lockerbie*, 1992) dio lugar a una compleja situación jurídica (v. Caps. XVI, XXVIII).

Finalmente, en el contexto de las medidas de confianza para rebajar la tensión internacional, cabe mencionar el régimen de observación aérea controlada y previo aviso que han aceptado los Estados partes en el *Tratado de cielos abiertos* (1992), vigente desde el año 2002. En virtud de dicho tratado los Estados partes se obligan a aceptar en su territorio una cantidad determinada de vuelos de observación realizados por otros Estados, a la vez que se les atribuye una cuota de vuelos de observación sobre el territorio de los demás. Sus disposiciones regulan el ámbito territorial de aplicación, la adjudicación de cuotas, la conducta de los vuelos de observación, la responsabilidad en caso de daños causados a terceros y el establecimiento de una Comisión Consultiva, entre otras cuestiones. Su aplicación provisional permitió la realización de vuelos de ensayo que demostraron la operatividad del sistema establecido por el Tratado, sin causar impacto perjudicial en la seguridad aérea.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. En cuanto al territorio, en lengua española: R. Quintero, *El territorio del Estado*, México, 1971; M.R. Ortega, *Título de adquisición de soberanía en la doctrina y la jurisprudencia internacional*, Tegucigalpa, 1977; A. Remiro, *Territorio nacional y Constitución* 1978, Madrid, 1978; K.G. Nweihed, *Frontera y límite en su marco mundial*, Caracas, 1992 (2ª ed.); L. Pérez-Prat, *La frontera triangular*, Madrid, 1999; C. Jiménez Piernas, "Competencia territorial del Estado, en especial problemas de aplicación del Derecho del Mar", *Cuad. Derecho Judicial*, 1994, 225; J. A. Barberis "En torno a la noción de 'territorio de Estado'", *Liber amic. J.M. Ruda*, La Haya, 2000, 69; *id.*, "El territorio del Estado", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, 2000, v. 4, 223; *id.*, "El condominio internacional", *Hom. J.D. González Campos*, v.1, Madrid, 2005, 161; L.I. Sánchez Rodríguez, "Viejos problemas y nuevos elementos: la discusión sobre el territorio en América", *Hom. E. Rey Caro*, Córdoba, 2002, 221; A.G. López, "Clásico pero actual: el territorio estatal", *AHLADI*, 2005, 173. **En otras lenguas:** A. Coret, *Le condominium*, París, 1960; R.Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in IL*, Manchester, 1963; M. Bedjaoui, *Terra nullius, droits historiques et autodétermination*, La Haya, 1975; M.N. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986; S.P. Sharma, *Territorial Acquisition, Disputes and IL*, Londres, 1997; M.G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, París, 1997 y biblio. allí indicada; M.N. Shaw (ed.), *Title to Territory*, Dartmouth, 2006; S. Bastid, "Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la CIJ", *R. des C.*, 1962, t. 107, 363; S. Torres, "Territorial Sovereignty" y "Territory. Acquisition", *EPIL*, v. 10, 487 y 496; M. Bedjaoui, "Le Statut de la Glace en DI", *Hom. E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 713; G. Distefano, "La notion de titre juridique et les différends territoriaux dans l'ordre international", *RGDIP*, 1995, 335 ; M. Kohen, "La relation titres/effectivités dans le contentieux territorial à la lumière de la jurisprudence récente", *RGDIP*, 2004, 561 ; R. Lesaffer, "Argument from Roman Law in Current IL: Occupation and Acquisitive Prescription", *EJIL*, 2005, v.16-1, 25; S.E. Goddard, "Uncommon Ground: Indivisible Territory and the Politics of Legitimacy", *IO*, 2006, v. 60-1, 35. *Sobre los territorios ocupados y, más concretamente, la ocupación de Iraq* : F. Nguyen-Rouault, *RGDIP*, 2003, t.107-4, 835 ; H. Tigroudja, *AFDI*, 2004, 77; M. Starita, *RGDIP*, 2004, t.108-4, 883; en *EJIL*, 2005, v. 16-4 se publica el Symposium: Foreign

Occupation and IL, en el que analizan esta cuestión desde diferentes perspectivas M. Sassóli, 661; S.S Ratner, 695; N. Bhuta, 721 y W. Abresh, 741. También R. Wolfrum, *Max Planck Yearbook of UN Law*, 2005, v. 9, 1.

Después de publicar en 1990 los Proceedings de la Conferencia sobre *International Boundaries and Boundary Conflict Resolution* (1989), el *International Boundaries Research Unit* (IBRU) de la U. de Durham, G.B., inició la publicación del *Boundary and Security Bulletin* (desde 1993) y de los muy útiles los *Boundary & Territory Briefings* (1992 y 1994).

2. En relación con el uti possidetis iuris, en lengua española: J.L. Suárez, *El "uti possidetis y los límites americanos*, Buenos Aires, 1909; B. Checa, *La doctrina americana del uti possidetis de 1810*, Lima, 1936; J.M. Urquidí, *El uti possidetis iuris y el de facto*, Cochabamba, 1946; S. Durán, *La doctrina latinoamericana del uti possidetis*, Concepción, 1977; A. Molina, "El principio latinoamericano de *Uti Possidetis*", *R. Fac. Ciencias Sociales y Jurídicas de Guatemala*, 1961, 38; S. Durán, "Resurrección del *uti possidetis*", *R. Chilena de Derecho*, 1989, 489; J. Barberis, "La regla del *uti possidetis* en las controversias limítrofes entre Estados hispanoamericanos", *Hom. J. Pérez Montero*, 126; *id.*, "Un precedente poco conocido sobre la aplicación del *uti possidetis* a un río limítrofe que cambia de curso", *ADI*, 1994, 61 (también *Hom. E. Jiménez de Aréchaga*, 583); L. I. Sánchez Rodríguez, "L'uti possidetis et les effectivités dans le contentieux internationaux territoriaux et frontaliers", *R. des C.*, 1997, t. 263, 149; *id.*, "Uti possidetis: la reactivación jurisprudencial de un viejo principio", *REDI*, 1988, 120. **En otras lenguas:** S. Sampaio, *Navegantes, Bandeirantes, Diplomatas*, Brasilia, 1991; G. Nesi, *L'Uti possidetis iuris nel DI*, Padua, 1996; S. Lalonde, *Determining Boundaries in a Conflicted World: The Role of Uti Possidetis*, Montreal, 2002; M.G. Kohen, *Possession contestée et...*, cit. y biblio. allí indicada; E. Ayala, "Le principe de l'*uti possidetis* et le règlement des questions territoriales en Amérique", *RDI*, 1931, 441; E. Jiménez de Aréchaga, "Boundaries in Latin America: *Uti possidetis* Doctrine", *EPIL*, 6, 45; S. Torres, "The *Uti Possidetis Juris* Principle in Historical Perspective", *Festschrift K. Zemanek*, Berlín, 1994, 417; G. Nesi "L'uti possidetis hors du contexte de la décolonisation: le cas de l'Europe", *AFDI*, 1998, 1; J. Castellino y S. Allen, "The Doctrine of *Uti Possidetis*: Crystallization of Modern Post-Colonial Identity", *GYIL*, 2000, v. 43, 205; S.R. Ratner, "Drawing a Better Line: 'Uti Possidetis' and the Borders of New States", R.J. Beck y T. Ambrosio (eds.) *International Law and the Rise of Nations: The State System and the Challenge of Ethnic Groups*, Nueva York, 2002, 250; L. Lombart, "L'adaptabilité de l'*Uti possidetis juris* hors du contexte de décolonisation: l'exemple européen", *L'observateur de Nations Unies*, 2005, v. 15, 129; F. Spadi, "The ICJ Judgement in the Benin-Niger Border Dispute: The Interplay of Titles and 'Effectivités' under the *Uti Possidetis Juris* Principle", *Leiden JIL*, 2005, v. 18-4, 777.

3. Sobre la frontera terrestre, en lengua española: L. Pérez-Prat, *La frontera triangular*, Madrid, 1999; A. Truyol, "Las fronteras y las marcas", *REDI*, 1957, 105; R. Mesa, "Las fronteras de la descolonización", *REDI*, 1966, 51; L.I. Sánchez Rodríguez, "El problema de la fecha crítica en los litigios relativos a la atribución de la soberanía territorial del Estado", *ADI*, 1977-78, 53; *id.*, "Fecha crítica, contenciosos territoriales y jurisprudencia internacional", *Hom. M. Díez de Velasco*, 661; *id.*, "Problemas de fronteras en América: Las fronteras terrestres entre países iberoamericanos", en *La Escuela de Salamanca y el DI en América*, Salamanca, 1993, 93; I. Morales, "Las nuevas tendencias del DI para la solución de controversias relativas a zonas fronterizas", *AHLADI*, 1984, 173. **En otras lenguas:** A.O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in IL*, Manchester, 1967; Ch. de Visscher, *Problèmes de confins en DIP*, París, 1969; SFDI, *La Frontière*, París, 1980; G. Röss (ed.), *The Delimitation and Demarcation of Frontiers in International Mentions and Maps*, Tesalónica, 1985; M. Foucher, *Fronts et frontières*, París, 1991 (2ª ed.); y biblio. mencionada en M.G. Kohen, *Possession contestée...*, cit. Además, en el ámbito de las publicaciones periódicas, v. las aportaciones de D. Bardonnet, "Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé", *R. des C.*, 1976, t. 153, 9; *id.* "Équité et frontières terrestres", *Mélanges, P. Reuter*, París, 1981, 35; *id.*, "Frontières et cultures", R.J. Dupuy (ed.) *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, La Haya, 1983, 299; *id.*, "De la densification des frontières terrestres en Amérique Latine", *Études C.A. Colliard*, París, 1984, 3; *id.*, "Les faits postérieurs à la date critique dans les différends territoriaux et frontaliers", *Mélanges M. Virally*, París, 1991, 53; *id.*, "Frontières terrestres et frontières maritimes", *AFDI*, 1989, 59; K.T. Chao,

"Legal Nature of International Boundaries", *Chinese YIL&A*, 1985, v. 5, 29; I. Sinclair, 'Boundaries', D. Bardonnet (ed.) *Le Règlement pacifique des différends internationaux en Europe: perspectives d'avenir*, La Haya, 1991, 25. En *Relations Internationales*, 1990, v. 63 se publican los siguientes estudios: L. Caflisch, "Essai d'une typologie des frontières", 265; J. de La Ferrière, "La frontière dans la théorie et la stratégie militaires", 247; C. Raffestin, "La frontière cinne représentation: discontinuité géographique et discontinuité idéologique", 295.

4. En cuanto a las fronteras terrestres uti singuli, en lengua española: H. Gros, *España y la solución pacífica de los conflictos limítrofes en Hispano-América*, Madrid, 1984. Un estudio exhaustivo de las fronteras latinoamericanas, que incorpora completas referencias bibliográficas, se debe a A. Remiro y L.I. Sánchez Rodríguez, *Las Fronteras en Iberoamérica*, Madrid, s.f.; además, A. Zamora, *Intereses territoriales de Nicaragua*, Managua, 1995. **En otras lenguas**, consúltese la serie *International Boundary Study*, publicación oficial elaborada por el Geógrafo de los Estados Unidos. Asimismo, G.H. Blake (ed.), *World Boundaries Series*, 5 vls., Londres, 1994. *Las fronteras americanas*, fueron objeto del estudio de G. Ireland, *Boundaries, Possessions and Conflicts in South America*, Cambridge (Ma.), 1938, y *Boundaries, Possessions and Conflicts in Central and North America and the Caribbean*, Cambridge (Ma.), 1941; A. Marchant, de la Oficina del Geógrafo del Departamento de Estado de los EE.UU, preparó un listado anotado de documentos (1493-1943), *Boundaries of the Latin American Republics, An Annotated List of Documents 1493-1943*, Washington, 1944. Las fronteras africanas han sido tratadas por I. Brownlie, *African Boundaries*, Londres, 1979. En cuanto a las asiáticas, la obra de referencia sigue siendo la de J.R.V. Prescott, *Map of Mainland Asia by Treaty*, Melbourne, 1975. V. también D.H. Finnie, *Shifting Lines in the Sand: Kuwait's Elusive Frontier with Iraq*, Cambridge, 1992; E. Suy, "Le C.de S. et la frontière entre l'Iraq et le Koweït", *Hom. E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 441. Los contenciosos sobre fronteras terrestres planteados ante la CIJ han generado una abundante bibliografía, de la que citaremos entre los estudios generales P. Tavernier "Les différends frontaliers terrestres dans la jurisprudence de la C.I.J.", *AFDI*, 2001, 137; M.G. Kohen, "La relation titres/effectivités dans le contentieux territorial à la lumière de la jurisprudence récente", *RGDIP*, 2004, t. 108-3, 561. A propósito de la frontera entre Camerún y Nigeria, v. P. D'Argent, *AFDI*, 2003, 281 y B. Kwiatkowska, *IJYIL*, 2005, v.17, 95.

5. Respecto de las fronteras españolas, en lengua española: J.M. Cordero, *Fronteras Hispánicas*, Madrid, 1960; J.R. Remacha, "La frontera pirenaica", *ADI*, 1975, 251; C. Fernández Casadevante, *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad*, San Sebastián, 1986; A. Ballesteros, *Estudio diplomático sobre Ceuta y Melilla*, Córdoba (Argentina), 1989; C.R. Fernández Liesa, *La cuestión de Olivenza*, Valencia, 2005; J. Sermet, "Problemas de la frontera hispano-francesa en los Pirineos", en *Cur. DI Vitoria* 1985, 257; J.R. Remacha, "Las fronteras de Ceuta y Melilla", *ADI*, 1994, 195. **En otras lenguas:** Ch. Rousseau, *Les frontières de la France*, París, 1954; J. Sermet, *La frontière hispano-française des Pyrénées et les conditions de sa délimitation*, Lourdes, 1983; P. Sahlin, *Boundaries. The Making of France and Spain in the Pyrenées*, Berkeley, 1989 y biblio. allí indicada; H. Driesen, *On the Spanish-Moroccan Frontier*, Oxford, 1992.

6. Sobre la cooperación transfronteriza, en lengua española: C. Fernández Casadevante, *La frontera hispano-francesa...*, cit.; *id.*, *La cooperación transfronteriza en el Pirineo*, Oñati, 1990; AAVV, *La integración fronteriza en el Grupo Andino y en la UE: experiencias, opciones y estrategias*, CEFIR, Montevideo, 1994; AAVV, *La integración fronteriza y el papel de las regiones en la UE y en el Cono Sur: experiencias, opciones y estrategias*, CEFIR, Montevideo, 1995; F.J. Carrera Hernández (comp.), *Cooperación transfronteriza: Castilla y León y Portugal*, Madrid, 2000; A. Herrero, *La cooperación transfronteriza hispano-portuguesa en 2001*, Madrid, 2002; Ministerio de las Administraciones Públicas, *El régimen jurídico de la cooperación transfronteriza entre entidades territoriales: del Convenio marco del Consejo de Europa a los Tratados de Bayona y Valencia*, Madrid, 2004; G. Albiol, "Cooperación transfronteriza y unificación europea en el Convenio de Madrid de 21 de mayo de 1980", *RJE*, 1983, 455; A. Remiro, "El territorio, la frontera y las comunidades fronterizas: reflexiones sobre la cooperación transfronteriza", *I Semana de cuestiones internacionales (Jaca)*, Zaragoza, 1983, 103; M. Bernad, "La Comunidad de Trabajo de los Pirineos en el contexto europeo

de cooperación transfronteriza", *REDI*, 1984, 469; *id.*, "Los Acuerdos de cooperación transfronteriza", en MAE, *La celebración de tratados internacionales por España; problemas actuales*, Madrid, 1990 166; M. Pérez González, J. Pueyo y A. Martínez Puñal, "Cooperación transfronteriza y relaciones luso-galaicas, con especial referencia a la política cultural ...", *Bol. Fac. Direito da U. de Coimbra*, 1986, 3; A. Blanco, "La cooperación transfronteriza en Europa: especial referencia al marco pirenaico", *Afers*, 1989, num.17, 39; A. Herrero, "La cooperación transfronteriza a nivel regional en Europa", *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales*, Cortes de Castilla y León, 1991, 61; F. Urioste, "Integración fronteriza", *Rev. Fac. Der.*, Montevideo, 1992-3, 141; M. Pérez González, "Algunas observaciones sobre el empleo de la técnica convencional en la cooperación transfronteriza entre colectividades territoriales", *Hom. M. Díez de Velasco*, 545; N. Fernández Sola y E. Peralta, "El papel de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos y su evolución en el contexto europeo de cooperación transfronteriza territorial", *RIE*, 1994, 499; E. Peralta, "La cooperación transfronteriza territorial en una Europa de Estados", en *Academia Europea de Jaca*, 1995, 283; C. Fernández de Casadevante, "El Tratado de Bayona de 10 de marzo de 1995 sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales: un marco jurídico completo", *REDI*, 1997-2, 9; J.A. González Vega, "El Real Decreto 1317/1997, de 1 de agosto sobre comunicación previa y publicación oficial de los convenios de cooperación transfronteriza ¿vía libre por fin a la cooperación transfronteriza?", *REDI*, 1997-2, 349; M^a. T. Ponte Iglesias, "MERCOSUR: Una nueva dimensión para la cooperación transfronteriza", J. Pueyo Losa y E.J. Rey Caro (coords.), *MERCOSUR: Nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Buenos Aires, 2000, 267; I. Rodríguez, "La cooperación transfronteriza: Características y potencialidades para el desarrollo y la integración centroamericana", *Araucaria*, 2001, 77; I. González, "El marco estatal y subestatal de la cooperación transfronteriza entre Gibraltar y el Campo de Gibraltar", J.A. del Valle e I. González (coords.), *Gibraltar, 300 años*, Cádiz, 2004; *id.* "Gibraltar: cooperación transfronteriza y el nuevo foro tripartito de diálogo", *REFI*, 2005, n. 9. **En otras lenguas:** I. Pop, *Voisinage et bon voisinage en DI*, París, 1972; M. Bernad, *La coopération transfrontalière dans les régions pyrénéennes et la Convention-cadre sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales*, Estrasburgo, 1982; *id.*, "La coopération transfrontalière régionale et locale", *R. des C.*, 1993, t. 243, 297. V. también M.T. Ponte, "Les accords conclus par les autorités locales de différents Etats sur l'utilisation des eaux frontalières dans le cadre de la coopération transfrontalière", *ScieR*, 1995, 103; C. Fernández de Casadevante, "Le traité de Bayonne du 10 mars 1995, relatif à la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales: un cadre juridique complet", *RGDIP*, 1998-2, 305.

7. En cuanto a los ríos y canales internacionales, en lengua española: J.A. Barberis, *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el DI*, Madrid, 1979; A. Pigrau, *Generalidad y particularismo en el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales*, Barcelona, 1994; L. Martínez-Agulló, "Los Tratados y la costumbre en el Derecho fluvial internacional", *REDI*, 1962, 35; J.E. Greño, "La Comunidad fluvial del Río de la Plata", *REDI*, 1973-74, 39; E.J. Rey Caro, "El derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación en los trabajos de la CDI", *REDI*, 1978-79, 39; *id.*, "La codificación del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación", *Hom. E. Jiménez de Aréchaga*, 677; J.M. Gamio, "Hidrografía Paraguay-Paraná, entrada en vigor del Acuerdo y solución de controversias", *Rev. Fac. Der.*, Montevideo, 1992-3, 47; M.I. Torres Cazorla, "Otra vuelta de tuerca del Derecho Internacional para regular los cursos de agua internacionales: el Convenio de Helsinki de 17 de marzo de 1992", *ADI*, 2000, 225. **En otras lenguas:** R.R. Baxter, *The Law of International Waterways. Interoceanic Canals*, Harvard, 1964; B. Vitányi, *The International Regime of River Navigation*, Alphen aan den Rijn, 1979; R. Zacklin y L. Caflish (eds.), *The Legal Regime of International Rivers and Lakes*, La Haya, 1981; J. Barberis y R.D. Hayton, *Droits et obligations des pays riverains des fleuves internationaux*, Dordrecht, 1990; J.A. Barberis y R.D. Hayton (eds.), *Rights and Duties of Riparian States of International Rivers*, Dordrecht, 1995; S.C. McCaffrey, *The law of international watercourses: non-navigational uses*, Oxford, 2001; A. Tanzi y M. Arcari, *The United Nations Convention on the Law of international Watercourse: A framework for sharing*, La Haya, 2001; S. Bogdanovic, *International law of water resources: contributions of the International Law Association (1954-2000)*, Londres, 2001; I. Kayaher, *Equitable Utilization. The Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses*, Dordrecht,

2002; L. Boisson de Chazournes y S.M.A. Salman (eds.), *Water Resources and International Law*, La Haya, 2005; C.A. Colliard, "Evolution et aspects actuels du régime juridique des fleuves internationaux", *R. des C.*, 1968, t. 125, 337; R.D. Hayton, "Non-Maritime International Water Resources: Development and Conservation in the Americas", *IL in the Western Hemisphere*, La Haya, 1974, 3; (en especial, la contribución de J.C. Fernández Rozas, "La sucesión de Estados en materia de convenciones fluviales", 127); L. Caflish, "Règles générales du droit des cours d'eau internationaux", *R. des C.*, 1989, t. 219, 227. Y en cuanto a las contribuciones más significativas aparecidas en las revistas especializadas, H. Dipla, "Les règles de DI en matière de délimitation fluviale: remise en question?", *RGDIP*, 1985, 589; P. Buirette, "Genèse d'un droit fluvial international", *RGDIP*, 1991, 5; F. Schroeter, "Les systèmes de délimitation dans les fleuves internationaux", *AFDI*, 1992, 948. Sobre la incidencia de conflictos en esta materia, J. Baldtschun, "La 'Guerre' du Kosovo et la liberté de navigation sur le Danube", *RDISP-P*, 2004, t. 82, 135. **En relación con los aspectos históricos del Canal de Panamá:** E. Castillero *Panamá y los Estados Unidos 1903-1953. Significado y alcance de la neutralización de Panamá*, Panamá, 1988. L. Navas y T.E. Alessandria han compilado asimismo los convenios, contratos, tratados y otros documentos del s.XIX sobre "La experiencia transítmica" en un núm. especial de la *Revista Cultural Lotería*, agosto 1996. **Sobre el Río de la Plata:** v. J. Peirano, *El Tratado del Río de la Plata*, Montevideo, 1985; E. González Lapcyre, *Los límites de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1992 (2ª ed.).

8. En relación con el Derecho aéreo, además de los estudios especializados producidos en las *Jornadas del Inst. Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial - INIDAE-* o los publicados en *Annals of Air and Space Law*, *Journal of Air Law and Commerce*, *R. Brasileira de Direito aeronáutico* o *R. Française de Droit Aérien*, existen obras que se refieren al Derecho aéreo en toda su amplitud; así, **en lengua española:** F. Videla, *Derecho Aeronáutico*, Buenos Aires, 1969-76 (5 t.); E. Mapelli, *Regulación legal de la navegación aérea*, Madrid, 1975; *id.*, *Trabajos de derecho aeronáutico y del espacio*, Madrid, 1978; A. Bauzá, *Tratado de derecho aeronáutico*, Montevideo, 1976-81; L. Tapia, *Derecho Aeronáutico*, Barcelona, 1980 (2ª ed. 1993); A. Rodríguez Jurado, *Teoría y práctica del derecho aeronáutico*, Buenos Aires, 1986; J. Poyo-Guerrero y L. Conde, *Derecho Aéreo*, Sabadell, 1991 (2ª ed. 1994); E. Peralta, *La Política Jurídica exterior de España en materia aeronáutica*, Madrid, 1996; J.D. Parada, *Derecho Aeronáutico*, Madrid, 2000; I. Arroyo, *Curso de Derecho Aéreo*, Madrid, 2006; C. Gutiérrez Espada, "La crisis del derecho del espacio, un desafío para el derecho internacional del nuevo siglo", *ADI*, 1999, 235. **En otras lenguas:** N. Matté Mateesco, *Traité de Droit Aérien-Aéronautique*, Paris, 1954 (3ª ed. 1980); A. Kean, *Essays in Air Law*, Dordrecht, 1984; P. Mendes, *Air Transport and Policy in the 1990s*, Dordrecht, 1991; J. Naveau, *Droit Aérien européen*, Paris, 1992; M. Zylitz, *International Air Transport Law*, Dordrecht, 1992; W. Guldemann y S. Kaiser, *Future Air Navigation Systems: Legal and Institutional Aspects*, Dordrecht, 1993; N. Grief, *Public IL in the Airspace of High Seas*, Dordrecht, 1994; C.-J. Cheng y D. Hwang Kim, *The utilization of the world's air space and free outer space in the 21st century: proceedings of the International Conference on Air and Space Policy, Law and Industry for the 21st Century held in Seoul from 23-25 June 1997*, La Haya, 2000.

Recopilaciones de textos: G. Fouilloux y G. Weishaupt, *Recueil de textes relatifs au DI de l'air et de l'espace*, Aix-en-Provence, 1989.

Capítulo XXIV

Los espacios marinos

CXV. CONSIDERACIONES GENERALES

505. El espacio marino: “*a liberum, mare clausum*”

Tradicionalmente los Estados tenían de la mar una *visión en superficie* considerándola primordialmente como medio de comunicación. De ahí que, reservada para el ribereño por razones de seguridad terrestre una estrecha franja de aguas adyacentes a la costa, a la que acabó llamándose *mar territorial*, se considerara el resto *alta mar* regida por el principio de la libertad.

Hubo, sin embargo, intentos de las grandes potencias a lo largo de la Historia por apropiarse de espacios marinos más amplios, lo que a nivel doctrinal provocó la contradicción entre las posturas expansionistas, representadas emblemáticamente en la hora fundacional del DI moderno por el *De Mare Clausum* de J. Selden y las reduccionistas, representadas por el *De Mare Liberum* de H. Grocio. Opiniones y políticas sobre la libertad de los mares guardaban estrecha relación con la libertad de comercio. La pretensión de ejercer una jurisdicción exclusiva sobre amplios espacios oceánicos pretendía servir el monopolio del tráfico mercantil al que aspiraban las potencias navales con posesiones ultramarinas. La libertad era reivindicada, como puede suponerse, por quienes trataban de desarticular ese monopolio.

Sin embargo durante el siglo XX los avances tecnológicos desafiaron la suficiencia de la simple clasificación *mar territorial-alta mar* para agotar legalmente todo el océano. Junto a la dimensión estratégica, emerge para los ribereños una dimensión económica, centrada en el control y aprovechamiento de los recursos, vivos y no vivos, de los espacios marinos, explotables en términos antes no imaginados. El resultado es una multiplicación de regímenes jurídicos, eventualmente superpuestos, con un sentido expansivo, en términos generales, de la soberanía y jurisdicción de los Estados ribereños y, por tanto, una reducción del espacio marino abierto al principio de libertad de los mares. Un proceso de cambio que amagaba múltiples conflictos y que llamaba a la clarificación, positivación y desarrollo del DI del Mar.

506. Codificación y desarrollo progresivo del Derecho del Mar

La codificación del DI del Mar se consideró el método adecuado para poner orden y certidumbre en este proceso de cambio. Intentada sin éxito por la S. de N. en la Conferencia de 1930, las NU volvieron sobre ella convocando la I Conferencia de las NU sobre Derecho del Mar celebrada en Ginebra en 1958, en la que se

adoptaron cuatro Convenios sobre: 1) mar territorial y zona contigua, 2) plataforma continental, 3) alta mar y 4) pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar; pero quedaron sin resolver dos cuestiones: la anchura del mar territorial y el establecimiento de una zona exclusiva de pesca. Una II Conferencia celebrada en 1960 para resolver los puntos pendientes terminó sin éxito, y aunque los cuatro Convenios de Ginebra lograron entrar en vigor entre 1962 y 1966, su aplicación no satisfacía, por diversos motivos, los intereses de un buen número de países. Se hacía, pues, imprescindible la revisión del DI del Mar y los debates de la Comisión creada por la AGNU en 1967 para estudiar la utilización con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos situados más allá de la jurisdicción nacional fueron madurando esta convicción.

La III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar se abrió en 1973 y se cerró casi diez años después con la adopción el 30 de abril de 1982, en Montego Bay (Jamaica), de una Convención llamada a prevalecer sobre los Convenios de Ginebra (art. 311.1).

La Convención, adoptada por ciento treinta votos a favor (entre ellos, salvo una excepción, los de los países latinoamericanos), cuatro en contra (Estados Unidos, Israel, Turquía y Venezuela) y diecisiete abstenciones (principalmente europeas, tanto de los Estados miembros de la CE como del bloque socialista todavía existente), entró en vigor el 16 de noviembre de 1994, doce meses después del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación o adhesión (art. 308.1). En octubre de 2006 contaba con ciento cincuenta partes, entre ellas la CE y todos sus Estados miembros.

Ahora bien, la entrada en vigor de la CONVEMAR vino acompañada de un Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI que enmienda, a conveniencia de las grandes potencias industriales, el sistema de exploración y explotación de la *Zona internacional de fondos marinos y oceánicos* (ZIFMO) y que desmonta alguno de los principales mecanismos que articularon la enfática afirmación de los fondos marinos como *patrimonio común de la Humanidad*.

Este Acuerdo, aunque se presente formalmente como interpretativo de la Parte XI de la Convención, hace cuerpo con ella de forma tan estrecha que no puede concebirse de forma independiente. No en vano su texto prevé que quienes manifiesten el consentimiento a la Convención después de su adopción consienten también en quedar obligados por este acuerdo (art. 4.1) y evita la posibilidad de participar exclusivamente en el acuerdo interpretativo (art. 4.2). El deseo de unificar participaciones e incluso aplicaciones es tal que el acuerdo de 1994 estableció para los contratantes en la Convención y firmantes del acuerdo una presunción de consentimiento a este último salvo que manifestaran su opinión en contrario dentro de los doce meses siguientes a su adopción y previó su aplicación provisional en caso de que su entrada en vigor no se produjera antes del 16 de noviembre de 1994 (art. 7.1).

Ya vigente la Convención, y con la finalidad de abordar un problema que la práctica seguida por algunos Estados hacía cada vez más apremiante, una Conferencia de las NU adoptó en 1995 un acuerdo, vigente desde 2001, tendente a facilitar la aplicación de las disposiciones de la Convención relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces *transzonales* (es decir, que se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas) y *altamente migratorios*, así como a fortalecer la cooperación de los Estados en esta materia.

507. Soberanía y jurisdicción en los espacios marinos

A la unidad física del medio marino el Derecho responde con una pluralidad de espacios y regímenes. En una aproximación general es posible distinguir entre *espacios sometidos a la soberanía y jurisdicción del Estado ribereño* —aguas interiores, mar territorial, zona contigua, ZEE, plataforma continental y aguas archipelágicas— que son los relevantes a efectos del análisis del espacio marino como componente del territorio del Estado, y *espacios situados más allá de la jurisdicción nacional* —alta mar y ZIFMO).

Las *aguas interiores*, situadas del lado de tierra de las *líneas de base* (v. *infra*) quedan configuradas como un espacio marino sometido a la soberanía plena del Estado ribereño, como si se tratara de un territorio terrestre. Más allá de las líneas de base, del lado de la mar y hasta las doce millas se encuentra el *mar territorial*, sometido también, tanto por lo que respecta a la columna de agua como al suelo y subsuelo, a la soberanía del Estado ribereño, con la única limitación del llamado *derecho de paso inocente*. Sigue a este espacio la *zona contigua*, de doce millas de anchura, sobre la que el ribereño ostenta competencias muy concretas en conexión con la finalidad que tenía en sus orígenes este espacio marino. Desde las doce hasta las doscientas millas contadas desde las líneas de base —solapándose pues en su extremo con la zona contigua— se extiende la ZEE, donde el Estado ribereño tiene derechos económicos exclusivos y la jurisdicción que corresponde a los mismos. La ZEE se superpone —en el suelo y subsuelo marinos— con la *plataforma continental*, institución cronológicamente anterior que ahora, desde un punto de vista territorial, se justifica por el carácter innato de los derechos que origina, la posibilidad de líneas de delimitación con Estados vecinos no coincidentes con las de la ZEE y la aceptación, bajo ciertas condiciones, de su prolongación más allá de las doscientas millas cuando el ribereño cuenta con una plataforma geológica más amplia (*plataforma continental residual*).

Los espacios marinos situados más allá de la jurisdicción nacional son el *alta mar*, un espacio común regido por el principio de la libertad de los mares, que comienza a partir de las doscientas millas marinas, a salvo el régimen particular de la plataforma continental residual, y la ZIFMO, *patrimonio común de la humanidad*, que comienza donde acabó la ZEE y la plataforma continental (en su caso *residual*) de los Estados.

508. Las islas como factor de atribución de espacios marinos

Tanto el Convenio de 1958 sobre mar territorial (art. 10.1) como la Convención de 1982 (art. 121.1) definen las islas como “una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”.

De la noción jurídica de *isla* quedan, pues, excluidas: 1) Las instalaciones o construcciones creadas por la mano del hombre, denominadas por comodidad del lenguaje “islas artificiales” (art. 60 C. de 1982); y 2) Los

bajios, elevaciones naturales del fondo del mar que sólo emergen sobre el nivel de éste en bajamar y que son relevantes únicamente como puntos de apoyo de las líneas de base rectas (v. *infra*).

Ahora bien, los Convenios de Ginebra y la Convención de 1982 extraen consecuencias diferentes en cuanto a los espacios marinos que han de atribuirse a las islas.

Amparados en la práctica anterior, los Convenios ginebrinos equiparan territorio insular y territorio continental por lo que se refiere a la proyección sobre el mar de la soberanía del Estado; cualesquiera que fuesen su tamaño y características, habitada o inhabitable, a la isla se le reconocía un mar territorial propio (C. sobre mar territorial..., art. 10.2) y una plataforma continental análoga a la del continente (C. sobre plataforma continental, art. 1, *b*). Pero cuando en la Comisión de Fondos Marinos se inició la negociación de la nueva Convención, la afirmación de nuevos espacios bajo soberanía o jurisdicción nacional (la ZEE) y el aumento de la anchura de los ya existentes (el mar territorial y la plataforma continental) motivaron que el tema de su atribución a las islas se planteara desde una perspectiva restrictiva.

Se formularon así propuestas que, con base en una aparente *equidad*, limitaban los espacios marinos de las islas, atendiendo a la ponderación de sus concretas circunstancias: superficie, condiciones de vida, estructura geológica, contigüidad al territorio de otro Estado.... En realidad tales propuestas no eran, en la mayoría de las ocasiones, más que el reflejo del interés nacional de sus patrocinadores, fundamentalmente Estados cuya expansión sobre la mar se veía truncada por la presencia de islas extranjeras en la proximidad de sus costas. Como era de esperar, a las propuestas aludidas se opusieron los Estados que hubieran sufrido sus consecuencias.

No obstante, en la Conferencia, se llegó pronto a una fórmula de compromiso que hoy refleja el art. 121 de la CONVEMAR (1982) en virtud del cual se distingue entre *islas* y *rocas* a los efectos de la atribución de espacios marinos. Las *islas*, definidas en los términos ya examinados (art. 121.1), son equiparadas al territorio continental (art. 121.2), mientras que las *rocas* no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán ZEE ni plataforma continental (art. 121.3), pero sí mar territorial y, cabe pensar, zona contigua.

La fórmula del art. 121 es, a primera vista, sencilla, pero su aplicación no está exenta de dificultades. Parece fácil llegar a la conclusión de que con el término genérico de *roca* se está haciendo referencia, desde luego, a una isla de reducido tamaño que, además o por la misma razón, es incapaz de albergar vida humana y económica propia. Pero, ¿de qué dimensiones se trata? ¿Cuál es el grado de habitabilidad o vida económica mínima exigida para trocar de régimen? ¿Es suficiente la presencia de un destacamento militar? ¿Qué hacer con las rocas particularmente inhóspitas pero que guardan en sus entrañas grandes recursos? Los requisitos de habitabilidad y vida económica, ¿son alternativos o acumulativos? Obsérvese, además, que las condiciones socio-económicas no son inmutables y una *roca* hoy deshabitada podría convertirse en una *isla* habitable, lo que propicia este precepto cuando convierte el palo en zanahoria.

La distinción entre *islas* y *rocas* no aptas para la habitación humana o la vida económica propia, adoptada por la Convención de 1982, tiene un carácter innovador, por lo que sólo ha de obligar en principio a los Estados partes en ella.

Aunque no fuera así, la distinción, lejos de ser directamente operativa, es campo abonado para la controversia, pues la calificación de un territorio insular como *isla* o como *roca* no es una operación científica hecha desde el guindo de la inocencia; por el contrario, está transida de intereses geoestratégicos y económicos.

Baste con recordar las numerosas demandas que desde 1982 se han hecho respecto de la atribución de espacios de doscientas millas alrededor de pequeños islotes que merecerían el calificativo de *rocas* y las protestas que en algunos casos se han presentado ante tales pretensiones (por ej., la de España en relación con la atribución de ZEE a las islas Salvajes, bajo soberanía portuguesa, entre Madeira y Canarias). Cuando no, se litiga por la soberanía de reducidos promontorios, cayos o atolones cornucopia de espacios marinos para su titular (v. por ej. CIJ, *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, 2002).

Por lo demás, aunque no falten supuestos de *atribución* pura en que puedan debatirse los espacios marinos de un territorio insular estrictamente oceánico (por ej., la isla-roca de Clipperton, en el Pacífico nororiental), es frecuente que dicha atribución se contemple en el marco de un problema de delimitación de espacios marinos entre ribereños, vecinos o con costas enrostradas. Los Estados cuya proyección marina se ve perturbada por territorios insulares bajo soberanía ajena harán lo posible por disminuir los efectos sustractivos de este hecho y, dentro de su planteamiento, la nueva noción jurídica de *roca* es un activo dialécticamente apreciable (v. *infra*).

509. *Mensuración de los espacios marinos: las líneas de base*

La caracterización jurídica de los distintos espacios marinos pone de relieve que su mensuración cuenta con un punto de referencia común: las *líneas de base*.

Para el trazado de las líneas de base el ribereño puede acudir, en principio, a dos métodos: 1) el *normal*, de la línea de *bajamar* a lo largo de la costa (C. de Ginebra sobre mar territorial..., art. 3; C. de 1982, art. 5); y 2) en determinados supuestos, el de las llamadas *líneas de base rectas*, aceptado por la CIJ (*Pesquerías*, 1951) y endosado por el C. de Ginebra (art. 4) y la C. de 1982 (art. 7).

Con la aplicación de este último método —que puede combinarse con el anterior— el Estado ribereño intenta salvar determinados accidentes de su litoral —profundas aberturas o escotaduras o la presencia de islas en zonas próximas a la costa— que dificultan el trazado de las líneas y, también, extender un poco más allá su imperio sobre la mar. Ahora bien, aunque la práctica revela un recurso generalizado (España, RD. 2510/77) y no demasiado escrupuloso a las líneas de base rectas, conviene recordar, con la CIJ (v. recientemente, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001) que, tal como ha sido regulado por los sucesivos instrumentos auspiciados por las NU, su empleo está condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos:

1) En primer lugar, deben trazarse en aquellos lugares en los que la costa tenga *profundas aberturas o escotaduras* o en las que haya una *franja de islas* situada en su proximidad inmediata.

La aplicación de las líneas de base rectas en el caso de las islas costeras merece una consideración adicional; en efecto, aunque se habla de la presencia de una franja de islas, la posibilidad de utilizar una única isla como punto de apoyo de tales líneas se encuentra avalada por la práctica de los Estados.

2) En segundo lugar, es preciso que el trazado de las líneas *no se aparte de manera apreciable de la dirección general de la costa*. Con este requisito se pretende, sin duda, impedir la incorporación desproporcionada de zonas de mar que, aun alejadas de la costa, quedarían sometidas al régimen de aguas interiores; pero estamos ante un concepto jurídico indeterminado cuya interpretación se ofrece como fuente de controversia.

3) En tercer lugar, las *zonas de mar* situadas del *lado de tierra* han de estar suficientemente *vinculadas al dominio terrestre* para someterse al régimen de las aguas interiores o, en otras palabras, la soberanía del Estado ha de ser capaz de proyectarse de manera efectiva sobre la zona. Este requisito, junto con el anterior, se presenta como una consecuencia inmediata de la inexistencia de un límite máximo de longitud de las líneas de base rectas que, como puso de manifiesto la CIJ (*Pesquerías*, 1951), deben ser razonables y moderadas, lo que sólo puede ser sopesado caso por caso.

La práctica internacional ofrece ejemplos de cumplimiento más que dudoso de este requisito, como ocurre con la línea trazada por Colombia entre la isla Farallón y el cabo Aguja, que supera las ciento treinta millas, convirtiendo en aguas interiores una superficie acuática de dos mil cien millas cuadradas

4) En cuarto lugar, es necesario que los *puntos de apoyo terrestres* de estas líneas —que se presumen bajo la soberanía de quien los aprovecha— emerjan siempre y, si sólo lo hacen en situación de bajamar, que existan sobre ellos *construcciones que se encuentren permanentemente sobre el nivel del agua*, o que dichos puntos de apoyo hayan sido objeto de un *reconocimiento internacional*.

¿Qué significa que los puntos de apoyo sobre bajíos hayan sido objeto de reconocimiento internacional? ¿Es necesario el reconocimiento individualizado de cada Estado para que le sea oponible? En ese caso ¿ha de presumirse la aquiescencia por omisión de protesta? Quizá parte de la respuesta la encontremos en los arts. 11.1 C. de Ginebra y 13.1 C. de 1982, conforme a los cuales los bajíos a una distancia del continente o de una isla que no exceda de la anchura del mar territorial pueden ser aprovechados para medir éste desde su línea de bajamar; si ello es así, con mayor motivo podrán ser utilizados como punto de apoyo de una línea de base recta sin que sea necesario su reconocimiento internacional.

Por otra parte, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que en el asunto de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras, 1992) la CIJ admitió implícitamente líneas de base cuyos puntos de apoyo no son terrestres. Asimismo, la práctica internacional ofrece ejemplos, como el de Ecuador, en que también se ha acudido a puntos de apoyo acuáticos (en concreto sus divisorias marítimas laterales con sus vecinos Colombia y Perú).

5) En quinto y último lugar, el método de líneas de base rectas no puede ser aplicado por un Estado de forma que *aísle el mar territorial de otro Estado del alta mar o de una ZEE*.

Este requisito es, por ej., conculcado por Marruecos en la línea de base trazada entre la Punta de Pescadores y el cabo Baba, que deja enclavado en las aguas interiores marroquíes el Peñón de Vélez de la Gomera, de soberanía española.

Amén de estos requisitos, los Convenios sobre Derecho del Mar precisan que es posible, en el trazado de líneas de base rectas, tener en cuenta los *intereses*

económicos propios de la región de que se trate cuya realidad e importancia estén claramente demostradas por un uso prolongado. Este elemento corrector —que no circunstancia habilitante del método— llama desde la equidad a la controversia.

Los Convenios sobre Derecho del Mar contienen reglas particulares sobre *bahías, desembocaduras de ríos e instalaciones portuarias* en la costa del ribereño:

1) *Bahía* (C. de Ginebra, art. 7.2; C. de 1982, art. 10.2) es “toda escotadura bien determinada cuya penetración tierra adentro, en relación con la anchura de su boca, es tal que contiene aguas cercadas por la costa y constituye algo más que una simple inflexión de ésta. Sin embargo, la escotadura no se considerará una bahía si su superficie no es igual o superior a la de un semicírculo que tenga por diámetro la boca de dicha escotadura”. De darse una bahía, el Estado ribereño puede trazar una línea de *longitud máxima de veinticuatro millas* que una los puntos naturales de la entrada y considerar las aguas así encerradas como aguas interiores. Si la anchura de la boca fuese superior a veinticuatro millas, podrá trazar dentro de la bahía una línea recta de tales dimensiones, de forma que encierre la mayor superficie de agua que sea posible (C. de Ginebra, art. 7.5; C. de 1982, art. 10.5). Nada impide, por otro lado, el trazado de dos o más líneas de cierre cuando la bahía presente varias entradas, siempre y cuando la suma de la longitud de aquéllas no exceda del límite máximo señalado que viene impuesto por el concepto de bahía.

Esta regulación es criticable por incongruencia con la admisión general del trazado de líneas de base rectas de longitud ilimitada y sólo cabe reconocerle una utilidad marginal en los supuestos en que el ribereño no satisfaga alguno de los requisitos exigidos para el trazado de las líneas de base rectas.

De la regulación sobre *bahías* han quedado tradicionalmente excluidas las *bahías cuyas costas pertenecen a dos o más Estados* (C. de Ginebra, art. 7.1; C. de 1982, art. 10.1) y las llamadas *bahías históricas* (arts. 7.6 y 10.6).

En el primer caso, ni siquiera la necesidad de garantizar la libre navegación al Estado cuya costa se localiza en el fondo de la bahía —si lo hay— parece razón suficiente para negar al Estado o Estados que dominan la boca los derechos que derivan de su privilegiada situación, siempre y cuando garanticen aquélla —y cualesquiera otros derechos que pudieran corresponder al Estado *encerrado*— al establecer —en su caso, de mutuo acuerdo— las líneas de cierre. El silencio de la Convención no puede entenderse como prohibitivo.

Son *bahías históricas*, en palabras de R. Lapidoth, aquéllas sobre las que el Estado costero ejerce derechos soberanos de forma clara, efectiva y continuada durante un período de tiempo sustancial, con la aquiescencia de la comunidad de Estados y contra las previsiones del DI normalmente aplicables (lo que pretende, por ej., Panamá respecto del golfo homónimo, o Libia respecto del golfo de Sidra). La bahía histórica puede pertenecer a más de un Estado (por ej., golfo de Fonseca, del que son ribereños El Salvador, Honduras y Nicaragua; v. CIJ, *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima*, 1992).

2) *Desembocaduras de ríos*: el Estado ribereño está facultado, si el río desemboca directamente en la mar, para trazar una línea recta a través de la desembocadura entre los puntos de la línea de bajamar de sus orillas (C. de Ginebra, art. 13; C. de 1982, art. 9). Resulta indiferente que las orillas del río pertenezcan a Estados distintos: ambos, de común acuerdo, podrán proceder al cierre de la desembocadura con independencia del problema de delimitación de aguas interiores que ello comportaría. Así, por ej., lo han hecho Argentina y Uruguay en el Río de la Plata (Tratado de Río de la Plata y su frente marítimo, 1973).

3) *Instalaciones portuarias*: todas las permanentes que se integran en el sistema portuario se consideran parte de la costa, por alejadas que estén (C. de Ginebra, art. 8; C. de 1982, art. 11), pudiendo ser utilizadas para el trazado de líneas de base rectas.

CXVI. ESPACIOS BAJO SOBERANÍA DEL ESTADO RIBEREÑO

510. Las aguas interiores

Por *aguas interiores* se entienden las situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial (C. de Ginebra, art. 5.1; C. de 1982, art. 8.1).

La extensión de este espacio marino, que excluye como tal otras aguas situadas detrás de las líneas de base, las aguas *dulces* (ríos, lagos, canales), se encuentra en íntima relación con el método de líneas de base utilizado para medir el resto de los espacios marinos.

Las aguas interiores quedan bajo la soberanía del Estado ribereño (C. de Ginebra, art. 1.1; C. de 1982, art. 2.1), soberanía más acusada que la que se tiene sobre el *mar territorial*, ya que no existe en este espacio derecho de paso de los buques extranjeros salvo en el caso de que, por la utilización de líneas de base rectas, se encierren como interiores aguas que anteriormente no lo eran (C. de Ginebra, art. 5.2; C. de 1982, art. 8.2).

El disfrute de soberanía comporta, *inter alia*, que la explotación y aprovechamiento de los recursos existentes en las aguas, suelo y subsuelo queda reservado en principio a los nacionales del ribereño, o para ser más exactos, a expensas de su legislación, que es también aplicable a los hechos allí acaecidos como si se tratara de territorio terrestre.

La navegación por este espacio marino se caracteriza por el paso hacia o desde los puertos del Estado ribereño. Salvo situaciones de peligro grave, arribada forzosa o fuerza mayor, los Estados deciden qué puertos y bajo qué condiciones quedan abiertos al tráfico internacional (C. de Ginebra; C. de 1982, art. 25.2; CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986); por tanto, la obligación de admitir buques extranjeros en los puertos sólo puede derivarse de la existencia de una regla convencional, bilateral o multilateral. Hoy son comunes las restricciones que afectan a determinados buques, como los propulsados por energía nuclear, los que transportan sustancias altamente contaminantes o los dedicados a la investigación científica marina.

Durante la estancia en puerto y la navegación por las aguas interiores el buque se encuentra sometido a la legislación y jurisdicción del ribereño en los términos que éste determine. No obstante, tratándose de delitos cometidos a bordo las autoridades locales no suelen intervenir, a menos que lo reclame el capitán del buque o se trate de actos que puedan alterar el orden público o afectar a la seguridad del Estado.

En el caso de *buques de guerra extranjeros* —pertenecientes a las fuerzas armadas o destinados a un servicio público no comercial (C. de Ginebra sobre alta mar, arts. 8-9; C. de 1982, arts. 25 y 96)— se entiende que la autorización concedida por el Estado ribereño para la entrada en sus aguas interiores implica renuncia a ejercer jurisdicción sobre los actos delictivos cometidos a bordo, dada las inmunidades de que gozan tales buques (v. Cap. XXV).

511. *El mar territorial*

La soberanía del Estado ribereño se extiende, más allá de su territorio y de sus aguas interiores (y en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, v. *infra*), a la franja de mar adyacente designada con el nombre de *mar territorial*,

que abarca no sólo la superficie marina sino también su suelo y subsuelo (C. Ginebra, arts. 1 y 2; C. de 1982, art. 2).

Olvidadas ya las viejas teorías que condicionaban la anchura de este espacio marino al alcance de la vista o al de la bala del cañón, la cuestión ha sido largo tiempo debatida. Ni en la Conferencia de Codificación de la Haya (1930) ni en la I y II Conferencias de las NU sobre el Derecho del Mar (1958 y 1960) pudo lograrse el acuerdo, salvo para constatar que la *regla de las tres millas*, auspiciada por Gran Bretaña y otras potencias marítimas, no era una norma consuetudinaria general. Iniciada la III Conferencia, la mayoría de los Estados se decantó desde un principio por el establecimiento de una anchura máxima de doce millas y así se consagró en la CONVEMAR (art. 3) La *regla de las doce millas* es hoy admitida como expresión de una norma de Derecho consuetudinario.

Ya hemos expuesto como se traza el límite interior (la línea de base) del mar territorial. El límite exterior vendrá representado, en principio, por una línea paralela al límite interior situada a una distancia igual a la anchura del mar territorial, siempre y cuando esta extensión no interfiera el legítimo derecho de otro Estado a dotarse de este mismo espacio, supuesto en el que nos encontraríamos con un problema de delimitación entre Estados con costas enrostradas (v. *infra*).

Situaciones especiales pueden dar lugar a reglas especiales por vía convencional. Así, por ej., Argentina y Chile (Tratado de Paz y Amistad, 1984, art. 8) acordaron la reducción *inter partes* de los efectos jurídicos del mar territorial a las tres millas en la zona situada entre el cabo de Hornos y la parte más oriental de la isla de los Estados, mientras se reconocía el derecho de cada uno a invocar la anchura máxima permitida por el DI respecto de terceros.

La soberanía del Estado sobre el mar territorial es idéntica a la que disfruta en las aguas interiores, con una salvedad: el derecho de paso inocente de los buques extranjeros (CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986), derecho que es resultado de un compromiso entre el interés del Estado ribereño por garantizar su seguridad y el de la sociedad internacional en orden a la navegación.

España tiene establecido un mar territorial de doce millas de anchura, a contar desde la línea de la bajamar escorada, salvo en aquellas zonas en las que se hayan trazado líneas de base rectas (Ley 10/1977 y Decreto 2510/77). Sobre la columna de agua, el lecho, el subsuelo, los recursos de ese mar y el espacio aéreo suprayacente se extiende esa soberanía que el DI reconoce al ribereño (art. 1 Ley), lo que permite reservar a los nacionales la explotación de los recursos marinos existentes en esas doce millas o someter determinadas actividades, como la investigación científica marina, a su previa autorización. No obstante, en relación con la actividad pesquera, tras la adhesión de España a la CE, resultan de aplicación en su mar territorial los reglamentos comunitarios adoptados en el marco de la Política Común de Pesca (v. *infra*). Las actividades de investigación científica que pretendan realizar Estados extranjeros, directamente o bajo sus auspicios, requieren autorización expresa, previa solicitud ante el Ministerio de Asuntos Exteriores (RD 799/1981).

512. El derecho de paso inocente por el mar territorial

Para que el paso de los buques extranjeros por el mar territorial sea *inocente* se requiere (C. de Ginebra, art. 14; C. 1982, arts. 18-20):

1) Que se navegue con el fin de atravesar el mar territorial sin penetrar en las aguas interiores (paso lateral), dirigirse a dichas aguas (paso de entrada) o salir de ellas (paso de salida).

2) Que sea *rápido e ininterrumpido*—aunque se admite la detención y el fondeo cuando constituyen un incidente normal de la navegación o son impuestos por fuerza mayor, dificultad grave o prestación de auxilio a personas, buques y aeronaves— y se realice *en superficie y enarbolando el pabellón*.

3) Que no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño.

La Convención de 1982 enumera, sin que pueda considerarse una lista cerrada, determinadas actuaciones prohibidas (art. 19.2). La mayoría resulta obvia y su inclusión podría considerarse innecesaria, pues suponen violaciones de principios fundamentales del DI, como el que prohíbe el uso o la amenaza de la fuerza o, incluso, el de la protección del medio ambiente (v. *infra*); se trata de actos que, no sólo desvirtúan el paso, sino que pueden constituir hechos internacionalmente ilícitos o, cuando menos, infracciones de la legislación del Estado dictada en virtud de su soberanía o en ejecución de compromisos internacionales.

Por otro lado, si el ribereño puede reservarse la explotación de los recursos vivos y no vivos del mar territorial, es lógico que no sea inocente el paso acompañado de actividades de pesca; si el ribereño tiene derecho exclusivo de regular, autorizar y realizar levantamientos hidrográficos o actividades de investigación científica marina en su mar territorial (C. de 1982, art. 245), la que lleven a cabo los buques extranjeros habrá de contar con el consentimiento expreso del ribereño y realizarse bajo sus condiciones: no se puede investigar *de paso*, tampoco puede calificarse de inocente el paso del buque que infringe las leyes aduaneras, fiscales, sanitarias o de inmigración del ribereño.

En definitiva, no puede considerarse inocente el paso de un buque que, además de navegar, realiza actividades contrarias a las leyes del ribereño o que requieren su autorización, y el ribereño tiene derecho a tomar las medidas necesarias para impedir la actividad de todo buque extranjero cuyo paso no se considere inocente. Ha de abstenerse, sin embargo, de imponer: a) requisitos que produzcan el efecto práctico de denegar u obstaculizar el derecho de paso o discriminar de hecho o de derecho a determinados buques por su pabellón o los puertos de origen o destino; y b) gravamen alguno por el sólo hecho del paso por el mar territorial (C. de 1982, arts. 24 y 26).

Estas limitaciones no obstan para que el ribereño emane, cuando sea necesario, leyes y reglamentos sobre determinadas materias, especificadas en la Convención, que son el reflejo de su soberanía sobre el mar territorial. Así, siendo la seguridad de la navegación una de ellas, el ribereño puede designar vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico, a los que dará la debida publicidad, y exigir a los buques cisterna, a los de propulsión nuclear y a los que transporten sustancias o materiales nucleares u otros intrínsecamente peligrosos o nocivos, que limiten su paso a esas vías marítimas (C. de Ginebra, art. 17; C. de 1982, arts. 21-22). El ribereño puede, además, suspender temporalmente el paso inocente de buques extranjeros en determinadas áreas, sobre bases no discriminatorias y con la debida publicidad, si la suspensión es indispensable para la protección de su seguridad (C. de Ginebra, art. 16; C. de 1982, art. 25).

Nunca ha ofrecido la menor duda que los *buques mercantes* son beneficiarios del derecho de paso inocente, hasta que ciertas formas de propulsión, como la nuclear, y el transporte de sustancias presuntamente peligrosas movilizaron políticas restrictivas, o incluso prohibitivas. La Convención de 1982 (art. 23) creyó encontrar un punto de equilibrio entre los intereses en conflicto, vinculando el derecho de paso de estos buques —que el ribereño puede circunscribir a vías marítimas por él designadas— a la obligación de tener a bordo los documentos y observar las medidas especiales de prevención dispuestas para ellos en acuerdos internacionales. En todo caso, la cuestión ha de entenderse abierta en el DI general. Algunos Estados (por ej., Irán) mantienen en sus legislaciones la necesidad de que los buques nucleares y los que transporten mercancías peligrosas cuenten con la autorización previa del ribereño o que procedan a la previa notificación del paso, y no puede afirmarse categóricamente que esa legislación sea internacionalmente legal.

Tanto el Convenio de Ginebra (arts. 19-20) como la Convención de 1982 (arts. 27-28) señalan que en principio el Estado ribereño *no debería ejercer jurisdicción* sobre los buques mercantes extranjeros en paso inocente por el mar territorial, *a menos que procedan de sus aguas interiores*.

Las excepciones al principio de abstención del ejercicio de la *jurisdicción penal* sobre un delito cometido a bordo durante el paso serían: a) que tenga consecuencias en el Estado ribereño (en relación con la violación de las leyes y reglamentos del ribereño en materia de contaminación, v. *infra*); b) que sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial; c) que el capitán del buque o un agente diplomático o funcionario consular del Estado del pabellón hayan solicitado la asistencia de las autoridades locales; o d) que sea necesario para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas.

Tratándose de delitos cometidos antes de que el buque haya entrado en el mar territorial el Estado ribereño no puede tomar medida alguna, a salvo lo dispuesto por la CONVEMAR en la parte relativa a la protección del medio ambiente (v. *infra*) o en caso de violación de leyes y reglamentos sobre ZEE.

En cuanto al ejercicio de *jurisdicción civil* el art. 28 de la CONVEMAR (art. 20 C. de Ginebra) advierte que “el Estado ribereño *no debería* detener ni desviar buques extranjeros que pasen por el mar territorial, para ejercer su jurisdicción civil sobre personas que se encuentren a bordo”, a salvo la adopción de medidas de ejecución o de medidas cautelares que sean “consecuencia de obligaciones contraídas por dichos buques o de responsabilidades en que éstos hayan incurrido durante su paso por las aguas del Estado ribereño o con motivo de ese paso”.

El derecho de paso inocente de los *buques de guerra* se desprende implícitamente del art. 30 de la CONVEMAR (art. 23 del C. de Ginebra), al disponerse que cuando un buque de guerra no cumpla las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso y no acate la invitación para que los cumpla, el Estado ribereño podrá exigirle que salga inmediatamente del mar territorial, incurriendo el del pabellón en responsabilidad internacional por las pérdidas o daños que sufra aquél a consecuencia del incumplimiento. Pero esta disposición no cierra el debate, en la medida en que su carácter declarativo de una norma consuetudinaria es discutido y su cristalización como tal encuentra aún serias resistencias.

Hay, en efecto, Estados que mantienen en sus legislaciones la necesidad de la previa *notificación* o *autorización* (como es el caso de la Ley iraní de 1993, protestada por la UE en 1994) y que de una manera u otra lo han hecho valer con declaraciones al firmar la Convención. En dirección contraria, el 23 de septiembre de 1989 Estados Unidos y la —entonces— URSS suscribieron una *Declaración conjunta relativa a la interpretación uniforme de las normas del DI que regulan el paso inocente* en la que se reconoce la necesidad de animar a todas las naciones a armonizar sus legislaciones internas con la Convención de 1982, afirmándose que todos los buques, incluidos los de guerra, con independencia de su carga, armamento o modo de propulsión, gozan del derecho de paso inocente por el mar territorial de conformidad con el DI, sin que ningún Estado pueda exigir previa notificación o autorización.

En todo caso, no ha de olvidarse que el paso de submarinos ha de efectuarse en superficie —lo que no parece ser la práctica habitual— y no cabe hablar, respecto de las aeronaves, de un derecho de paso por el espacio aéreo del mar territorial, pues no existe norma alguna que lo avale (v. Cap. XXIII)

Los buques de guerra y los buques de Estado destinados a fines no comerciales gozan de inmunidad de jurisdicción y de ejecución (C. de 1982, art. 32; v. Cap. XXV).

513. Los estrechos internacionales

Desde un punto de vista geográfico un estrecho es una contracción natural del medio marino entre dos espacios terrestres —continentales, insulares o mixtos— que comunica dos partes de mar.

Ahora bien, no todo estrecho geográfico es un estrecho internacional desde el punto de vista jurídico. Para ello es necesario que: 1) las aguas que lo forman tengan la naturaleza de mar territorial; y 2) que sea utilizado para la navegación internacional.

El primer requisito descubre la relación directa entre la extensión del mar territorial y el número de estrechos geográficos que lo son también jurídicos. En un mar territorial de tres millas el estrecho de Gibraltar, por ej., no pasaría el corte.

El segundo requisito ya fue advertido tempranamente por la CIJ (*Estrecho de Corfú*, 1949). No obstante, la Corte parece conformarse con un *mínimo de utilidad*, pues rechaza como decisivo, a tales efectos, el volumen de tráfico, su importancia para la navegación internacional, o la consideración de que el estrecho “no constituya una ruta necesaria entre dos partes de alta mar sino tan sólo un itinerario facultativo”.

Coherente con la naturaleza jurídica de las aguas del estrecho, el sistema codificado en Ginebra en 1958 (C. sobre Mar Territorial... art. 16) aplica el mismo *derecho de paso inocente* a todos los estrechos utilizados por la navegación internacional, con la única peculiaridad de que en ellos, a diferencia de lo que se dispone para el mar territorial en general, no es posible la suspensión de su ejercicio.

La CONVEMAR (1982) rompe con esa unidad al regular los estrechos a través de un régimen autónomo y diversificado. En efecto, la Convención separa de la

parte dedicada al mar territorial (Parte II) la relativa a los “Estrechos utilizados para la navegación internacional” (Parte III), estableciendo tres regímenes de paso aplicables a otras tantas categorías de estrechos: 1) los estrechos en los que rige el derecho de *paso en tránsito*; 2) los estrechos en los que se mantiene el derecho de paso inocente; y 3) los estrechos regidos por tratados de *larga data*. La razón primordial de que el paso por determinados estrechos se beneficie ahora de una mayor libertad (derecho de *paso en tránsito*) no fue su especial importancia —que la tienen— para la navegación comercial internacional, sino su interés estratégico para el despliegue naval y aéreo de las grandes potencias.

1) El *régimen de paso en tránsito* se configura como el régimen general de navegación por los estrechos, siendo de aplicación a los estrechos, que denominaremos *principales* o *estratégicos*, utilizados para la navegación internacional que comuniquen dos partes de alta mar o ZEE (art. 37).

La Convención extiende el mismo régimen al mar territorial de un Estado cuando la ruta de alta mar (o ZEE) próxima a su costa no es idónea para la navegación internacional (art. 36).

El derecho de paso en tránsito, reconocido a favor de todos los buques y aeronaves, es definido como el ejercicio, de conformidad con la Parte III, de la libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho (arts. 38-39). Tres elementos, pues, caracterizan este paso:

a) Su ejercicio implica la libertad de navegación y sobrevuelo para todos los buques, mercantes o de guerra, y aeronaves, civiles o de Estado. La Convención no dice expresamente si el paso en tránsito incluye el derecho de paso sumergido de buques submarinos. No obstante, la misma expresión *libertad de navegación*, la ausencia de una norma que prohíba la navegación en inmersión y, en fin, la afirmación de que el paso de buques se ajustará a sus *modalidades normales de tránsito*, contribuyen al reconocimiento de aquel derecho. La libertad de paso sumergido y de sobrevuelo son los dos aspectos que más claramente lo distinguen del derecho de paso inocente.

b) Se trata de un paso sólo a los fines del *tránsito rápido e ininterrumpido* por el estrecho, entre dos partes de alta mar o ZEE, no disfrutando, por tanto, los buques y aeronaves de otras libertades inherentes a la alta mar.

c) El paso ha de hacerse *de conformidad con la Parte III*, ya que “toda actividad que no constituya un ejercicio del derecho de paso en tránsito por un estrecho quedará sujeta a las demás disposiciones aplicables de esta Convención” y, por supuesto, cabe añadir, del DI general.

El art. 39 de la Convención enumera las *obligaciones que deberán observar los buques y aeronaves durante el ejercicio de su derecho de paso en tránsito*:

a) Los buques y aeronaves se abstendrán: (i) de toda actividad que no esté relacionada con sus modalidades normales de tránsito rápido e ininterrumpido,

salvo que resulte necesaria por fuerza mayor o dificultad grave; y (ii) de toda amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o independencia de los Estados ribereños del estrecho o en cualquier otra forma incompatible con los principios de DI incorporados en la Carta.

b) Además, los buques cumplirán los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptados en materia de seguridad en el mar y de prevención, reducción y control de la contaminación.

La expresión *generalmente aceptadas* nos remite a las reglamentaciones que hubiesen alcanzado la consideración de costumbre internacional, condición que cumplen determinadas convenciones adoptadas en el seno de la OMI (v. *infra*).

c) Las aeronaves observarán, por su parte, las medidas técnicas y de seguridad previstas en el Reglamento del Aire establecido por la OACI aplicable a las aeronaves civiles; las aeronaves de Estado cumplirán *normalmente* tales medidas de seguridad.

Este último requisito evidencia cómo, en la regulación de los estrechos, primaron los intereses estratégicos de las grandes potencias sobre los de soberanía y seguridad de los ribereños, y aun de la propia navegación aérea. En primer lugar, porque el señalado *Reglamento del Aire* es el aplicable a la alta mar (Convenio de Chicago, 1944, Anexo II), lo que implica la equiparación, a los efectos del sobrevuelo, de las aguas de los estrechos a la alta mar. Y, en segundo lugar, porque estas medidas de seguridad sólo *normalmente* obligarán a las aeronaves de Estado, incluidas las militares, sin que se aclare qué es y a quién corresponde calificar una situación de *anormal o excepcional*. Una declaración formulada por España al ratificar la Convención interpreta que la palabra *normalmente* significa "salvo fuerza mayor o dificultad grave"

En cuanto a la *posición de los Estados ribereños*, la lista de derechos que les reconoce la Convención en la reglamentación del paso en tránsito es restrictiva y corta. *Restrictiva*, porque no les confiere competencias para regular el tráfico aéreo ni el paso en inmersión. *Corta*, porque sus competencias sobre el tráfico marítimo, que no pueden impedir, obstaculizar o suspender (arts. 44 y 38.1), se limita (arts 41 y 42) a dictar leyes y reglamentos: a) aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios; b) sobre prohibición de la pesca; c) en materia de seguridad de la navegación y reglamentación del tráfico marítimo, lo que implica la posibilidad de establecer vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico, eso sí, ajustándose a las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas y previo sometimiento a la OI competente, la OMI; y 4) sobre prevención, reducción y control de la contaminación, si bien las normas internas han de limitarse a dar efecto a las reglamentaciones internacionales aplicables relativas a la descarga en el estrecho de hidrocarburos y otras sustancias nocivas (v. *infra*).

Las leyes y reglamentos de los Estados ribereños no harán discriminaciones de hecho o de derecho entre los buques extranjeros, ni se aplicarán de manera que surtan el efecto de negar, obstaculizar o menoscabar el derecho de paso en tránsito (art. 42.2). Con carácter adicional, los Estados ribereños tienen el deber de dar la publicidad debida a todas las leyes y reglamentos adoptados y a cualquier peligro que amenace la navegación o el sobrevuelo del estrecho (arts. 42.3 y 44).

No obstante, el art. 233 de la Convención reconoce una excepción a la obligación de no impedir el paso en tránsito: se trata del caso de un buque mercante extranjero, no protegido por la inmunidad soberana del Estado, que al infringir las leyes y reglamentos sobre seguridad de la navegación y prevención de la contaminación cause o amenace causar daños graves al medio marino. De ser así, los Estados ribereños del estrecho podrán tomar las medidas previstas por el art. 220 para la prevención de la contaminación del mar territorial, en concreto la inspección física del buque en relación con la infracción y, cuando las pruebas lo justifiquen, el inicio de un procedimiento, incluida la retención del buque (v. *infra*).

Salvo las previsiones del art. 233, los Estados ribereños de estrechos principales o estratégicos no han sido expresamente facultados para impedir todo paso que no sea en tránsito, como en cambio sí lo están en su mar territorial para suspender todo paso que no sea inocente (art. 25). Ahora bien, la eventual y excepcional limitación del paso en tránsito podría venir implícita en el ejercicio de su soberanía sobre los estrechos, especialmente cuando las actividades de buques y aeronaves tuvieran el efecto de poner en peligro la paz o seguridad del ribereño.

Cabe preguntarse si y en qué medida el régimen de paso en tránsito puede ser considerado como una norma de DI consuetudinario. La cuestión, sin embargo, ha perdido en parte relevancia al contar hoy la Convención con ciento cincuenta partes, entre ellas España, uno de los principales opositores al nuevo régimen durante la III Conferencia.

2) El régimen de *paso inocente* se aplica (art. 45) a dos tipos de estrechos que han sido implícitamente considerados como rutas de comunicación secundarias por estar: a) situados entre una parte de la alta mar o ZEE y el mar territorial de otro Estado; o b) formados por una isla de un Estado ribereño y su territorio continental, si del otro lado de la isla existe una ruta de alta mar o ZEE igualmente conveniente en lo que respecta a características hidrográficas y de navegación (por ej., el estrecho de Mesina, entre la península italiana y Sicilia).

La interpretación literal de este segundo tipo de estrechos acuñado por la Convención deja fuera: a) los estrechos formados por isla y continente cuando sean dos los Estados ribereños (por ej., estrecho de Corfú, entre Albania y Grecia); y b) los estrechos formados por dos islas (por ej., estrecho de Menorca, entre esta isla y Mallorca). Nos inclinamos, sin embargo, por una interpretación inclusiva de estos supuestos, sobre todo en atención a que del otro lado de la isla existe una ruta alternativa de paso libre.

3) El régimen de navegación de un reducido número de estrechos se articula en tratados de *larga data* aún vigentes cuya aplicación confirma la Convención (art. 35.c). Cabe preguntarse si, al hacerlo, la Convención ha consolidado definitivamente un estatuto que las partes no podrían enmendar ya incondicionalmente.

- Los tratados a las que implícitamente se refiere el precepto son los concernientes a: los Estrechos Turcos (Bósforo y Dardanelos, que unen el mar Negro con el Mediterráneo, al que los turcos llaman mar Blanco), regulados en la Convención de Montreux (1936); los Estrechos Daneses (Gran-Belt y Pequeño-Belt, entre el mar Báltico, Kattegat y el mar del Norte), cuyo paso se rige por la Convención de Copenhague (1857); y el Estrecho de Magallanes (entre el Atlántico y el Pacífico), del que se ocupa el Tratado de límites entre Argentina y Chile (1881).

En líneas generales estos tratados aseguran la libre *navegación* por tales estrechos en términos similares a lo que hoy conocemos como *paso en tránsito*, si bien no se reconoce el derecho de *sobrevuelo*, insólito por lo demás en las fechas de su conclusión.

Así, por ej., el Tratado de límites entre Argentina y Chile (1881) prevé que el paso por el estrecho de Magallanes queda neutralizado a perpetuidad y asegura su libre navegación para las banderas de todas las naciones (art. V); régimen confirmado en el Tratado de paz y amistad entre Chile y Argentina (1984), que hace expresa la obligación argentina de "mantener en cualquier tiempo y circunstancia, el derecho de los buques de todas las banderas a navegar en forma expedita y sin obstáculos a través de sus aguas jurisdiccionales hacia y desde el estrecho de Magallanes» (art. 10).

Controvertida ha sido la reglamentación adoptada por Turquía para la navegación por el Bósforo (1994), que con el *pretendido fin* de limitar los peligros de accidente exige a los buques que transporten material tóxico que notifiquen a las autoridades turcas su travesía del estrecho y que ésta se realice de día, recomendándose asimismo la asistencia durante la misma de un piloto profesional, lo que generó las protestas de los usuarios (particularmente de Rusia) por entender que tal reglamentación viola la Convención de Montreux y las reglas y recomendaciones adoptadas por la OMI.

La exigencia de que el régimen convencional especial sea de *larga data* descarta del ámbito del artículo 35.c) las disposiciones del Tratado de paz entre Egipto e Israel (1979) para el *Estrecho de Tirán*, por el que las partes se comprometen a respetar la libertad de *navegación* y *sobrevuelo* de todas las naciones (art. 5.2).

Como se trata de un estrecho situado entre una parte de alta mar o ZEE (el mar Rojo) y el mar territorial de otros Estados (los ribereños del golfo de Aqaba, Egipto y Arabia Saudí), el régimen de paso establecido en el Tratado de 1979 es más permisivo que el previsto en la Convención de 1982, que para este tipo de estrechos es el de *paso inocente* (art. 45.1.b), lo que genera derechos para terceros oponibles a las partes. Pero Arabia Saudí no es parte en el Tratado de 1979 y dado que aceptarlo limitaría sus derechos al convenir para el estrecho de Tirán y el Golfo de Aqaba un régimen similar al *paso en tránsito*, sólo cabe una aceptación expresa. Un buen caso para apreciar la regla de la Convención sobre concurrencia de tratados (art. 311; v. Cap. XVI).

CXVII. ESPACIOS BAJO JURISDICCIÓN DEL ESTADO RIBEREÑO

514. La zona contigua

Según G. Gidel por *zona contigua* se entiende "el espacio marítimo que se extiende más allá del límite exterior del mar territorial hasta una distancia determinada y en el cual el Estado ribereño posee con respecto a los buques extranjeros unas competencias rigurosamente limitadas a determinados aspectos".

La doctrina ha hecho coincidir el origen histórico de este espacio marino con las *Hovering Acts* británicas de principios del siglo XVIII por las que Gran Bretaña intentaba evitar las infracciones de su legislación aduanera y fiscal. Este precedente fue seguido por Estados Unidos, al establecer en 1799 una zona de protección aduanera y fiscal, fortalecida a principios del siglo XX para evitar el contrabando de bebidas alcohólicas, así como por otros Estados.

El fundamento de esta extensión, que es facultativa, de la jurisdicción del Estado ribereño sobre la zona contigua al mar territorial se encuentra en sus dificultades para prevenir y sancionar determinadas actuaciones lesivas para sus intereses, dada la reducida anchura del mar territorial de la época, según lo concebían los impulsores de estas extralimitaciones funcionales.

La consolidación y regulación de la zona contigua, que hoy tienen declarada más de setenta Estados, no se produjo hasta 1958 (C. de Ginebra sobre mar territorial..., art. 24). Ya tenía carácter consuetudinario cuando la CONVEMAR (1982, art. 33) la reprodujo en lo esencial. No obstante, bajo la aparente similitud bullen las diferencias, pues la Convención de 1982: 1) confunde su naturaleza jurídica; 2) extiende la anchura de la zona y las competencias del ribereño; y 3) suprime toda previsión sobre la delimitación de este espacio entre Estados situados frente a frente y con costas adyacentes (v. *infra*).

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de este espacio marino, la zona contigua fue definida por el art. 24 del C. de Ginebra como una zona de alta mar. La Convención de 1982, en cambio, ha omitido una referencia que sería incongruente con la creación de la ZEE, que no es alta mar y se superpone espacialmente a la zona contigua. No obstante, el problema queda planteado allí donde —como ocurre con la mayoría de los ribereños del Mediterráneo— los Estados no se han dotado de una ZEE.

La zona contigua no ha contado nunca con una disposición que determinara su anchura. En el C. de Ginebra dependía de la que los Estados atribuyeran a su mar territorial; lo único que quedaba claro era que nunca podrían sobrepasar entre ambos las doce millas contadas desde las líneas de base (art. 24.2). La Convención de 1982 (art. 33.2) ha seguido en parte el mismo camino salvo en lo referente al número de millas, que ha pasado a ser de veinticuatro.

A tenor de lo establecido, el Estado ribereño podrá adoptar en una zona contigua a su mar territorial las *medidas de fiscalización* necesarias para: 1) Prevenir las infracciones a sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que pudieren cometerse en su territorio o en su mar territorial; y 2) sancionar las infracciones de estas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o mar territorial (C. de Ginebra, art. 24; C. de 1982, art. 33.1).

Estas competencias son, sin embargo, ampliadas por la CONVEMAR (art. 303) al considerar como una infracción de las leyes y reglamentos citados la extracción de objetos arqueológicos y de origen histórico del fondo del mar de esta zona sin autorización del Estado ribereño.

La disposición, cuya finalidad última —obstaculizar el tráfico ilícito de estos objetos— es irreproachable, reposa en un malentendido del concepto y régimen jurídico de los espacios marinos que la propia Convención ha establecido. Si la zona contigua se configura básicamente como espacio acuático adyacente al mar territorial en el que se atribuyen al ribereño ciertos derechos funcionales, ¿cómo considerar amparados por ellos acciones sobre objetos o recursos del suelo y subsuelo? ¿No es, acaso, el suelo y subsuelo, más allá del mar territorial, plataforma continental (art. 76 de la Convención)?

Las competencias del ribereño sobre lo que la doctrina viene denominando *zona arqueológica* se han ido introduciendo en la práctica internacional y tienden a ensanchar su ámbito espacial. Los Estados que las reconocen en sus legislaciones internas van en aumento; en 2001 se adoptó bajo los auspicios de la UNESCO la Convención de París sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, pendiente (en octubre de 2006) de su entrada en vigor.

Por otro lado, aunque las competencias del ribereño en la zona contigua son *numerus clausus*, la práctica revela que algunos Estados están procediendo unilateralmente a su ampliación, arrogándose competencias en materia de seguridad. Estas actuaciones, protestadas por otros miembros de la sociedad internacional, son —hoy por hoy— contrarias a Derecho, teniendo en cuenta que ya la noción de zona contigua supone una evolución restrictiva del principio consuetudinario de libertad de los mares. Lo que pueda deparar el futuro dependerá del peso, número y obstinación de quienes sustentan las prácticas expansivas y de quienes se oponen a ellas.

En España la Ley 27/1992, de puertos y de la marina mercante, ha incluido entre los espacios en los que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, la zona contigua a la que define como “la que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta las 24 millas náuticas contadas desde las líneas de base” (art. 7.1).

Por otra parte, la Ley 16/1985, sobre patrimonio histórico español, considera como parte del mismo los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental, sometiendo cualquier excavación o prospección de los mismos a la autorización del Estado (arts. 40 y 42). Este desajuste entre el Derecho interno y la Convención de 1982 se encuentra atenuado por la supeditación de la aplicación de la ley a los acuerdos internacionales válidamente celebrados por España y al cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones que, para la protección del patrimonio histórico, adopten los Organismos internacionales de los que España sea miembro (disp. ad. 7.a). La Ley se adscribe, en todo caso, a la corriente maximalista favorable a la extensión de la *zona arqueológica* a toda la plataforma continental

515. La plataforma continental

El DI clásico no reconocía a los Estados ribereños derechos sobre las aguas, el suelo y subsuelo marinos más allá del mar territorial. La práctica de los Estados, sin embargo, alteró esta situación a partir de los años cuarenta. El Tratado entre Gran Bretaña y Venezuela relativo a la delimitación de los espacios marinos en el golfo de Paria (1942) o la Proclamación (1945) del Presidente de los Estados Unidos, H. S. Truman, considerando “que los recursos naturales del suelo y del subsuelo de la plataforma continental en la alta mar contigua a las costas de los Estados Unidos pertenecen a los Estados Unidos y están bajo su jurisdicción y control...”, representan dos de los primeros hitos en la configuración de unos derechos soberanos del Estado ribereño sobre este espacio subacuático. Los actos unilaterales de otros Estados en la misma dirección (Argentina, Honduras, México y El Salvador) dieron pie a una práctica extendida que la I Conferencia de Ginebra sobre el Derecho del Mar tradujo en el Convenio de 1958 sobre plataforma

continental. Codificación estricta del Derecho vigente en la materia según unos y desarrollo progresivo del mismo según otros, es indiscutible en todo caso que tras la adopción del Convenio ningún Estado —fuera o no parte en él— impugnó la existencia de derechos soberanos del ribereño sobre este espacio; de manera que diez años después el carácter consuetudinario de la institución podía ser declarado por la CIJ (*Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969).

A tenor, tanto del Convenio de Ginebra sobre plataforma continental (1958) como de la CONVEMAR (1982), todo Estado ribereño tiene derecho a una plataforma continental, *independientemente de su ocupación real o ficticia o de toda declaración expresa*, que comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas adyacentes a su mar territorial, ostentando en ella derechos de soberanía a los efectos de la exploración y explotación de sus recursos naturales.

El límite interior de la plataforma continental coincide también con el límite exterior del mar territorial; por lo que se refiere a su límite exterior, el Convenio de Ginebra y la Convención de 1982 establecen reglas distintas.

Así, el Convenio de Ginebra dispone que la plataforma continental del Estado ribereño se extiende “hasta una profundidad de doscientos metros o, más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de esta zona” (art. 1).

En cambio, la Convención de 1982 opta por extender la plataforma continental del Estado ribereño “a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de doscientas millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”, precisando que el margen continental “está constituido por el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental”, pero “no comprende el fondo oceánico profundo con sus crestas oceánicas ni su subsuelo” (art. 76).

La Convención de 1982 garantiza, pues, un mínimo —haya o no plataforma geológica— que coincide físicamente con la ZEE máxima —doscientas millas marinas. De esta manera ha dado satisfacción a los Estados ribereños sin plataforma geológica o con plataforma *exigua*.

Pero, ¿qué ocurre con los Estados (Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Senegal...) que, a la inversa, cuentan con una plataforma geológica amplia, más allá de las doscientas millas? La Convención, admitiendo los derechos del ribereño sobre la llamada *plataforma continental residual*, ha tratado de contener su dimensión y de controlar las pretensiones injustificadas o abusivas. A tal fin, el art. 76 dispone que el límite exterior no puede en ningún caso exceder de las trescientas cincuenta millas contadas desde las líneas de base o de cien millas contadas desde la isóbata de dos mil quinientos metros.

Además, el Estado ribereño: 1) no puede establecer de forma obligatoria, y por tanto oponible a terceros, el límite exterior de su plataforma continental más allá de las doscientas millas sin tomar como base las recomendaciones de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental instaurada por la propia Convención de 1982, a la que debe informar previamente sobre sus límites (art. 76.8 y Anexo II); 2) debe efectuar pagos o contribuciones en especie a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (v. *infra*) por la explotación de los recursos no vivos más allá de las doscientas millas, salvo en el caso de países en desarrollo que sean importadores netos del recurso mineral extraído (art. 82); y 3) no puede denegar a terceros la autorización de proyectos de investigación científica marina más allá de las doscientas millas (v. *infra*).

A pesar de que la legislación de algunos Estados sigue anclada en el régimen de 1958, puede afirmarse que el criterio de las doscientas millas como límite exterior mínimo de la plataforma continental es expresión del Derecho consuetudinario vigente en la materia (CIJ, *Plataforma continental*, Libia/Malta, 1985). No puede decirse lo mismo de las detalladas y complejas disposiciones de la Convención de 1982 relativas a las plataformas geológicas *amplias* o *residuales*, aceptadas en el marco de un paquete de negociación y no como expresión de una *opinio iuris*, aunque la práctica de los Estados que han acomodado su legislación a los criterios del art. 76 de la Convención y la reacción de los terceros permite observar una tendencia a la generación de una norma consuetudinaria con lo esencial de su contenido.

Incluso España ha presentado recientemente (el 19 de mayo de 2006) conjuntamente con Francia, Irlanda y Gran Bretaña, información a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental con el fin de fijar el límite exterior de su plataforma continental más allá de las doscientas millas en el área del Mar Céltico y del Golfo de Vizcaya.

Como ya hemos indicado, todo Estado ribereño tiene hoy derecho a una plataforma continental de doscientas millas en la que se le reconocen derechos de soberanía respecto de sus recursos naturales. Pero esos mismos derechos respecto de los recursos naturales del lecho y del subsuelo del mar le vienen reconocidos por la ZEE que el Estado ribereño puede proclamar hasta una distancia máxima igualmente de doscientas millas, lo que podría llevarnos a hablar de una subsunción de la plataforma continental en la ZEE una vez que —y en los términos en que— ésta ha sido establecida.

No obstante, la noción de plataforma continental sigue justificada por las siguientes razones: 1) porque el Estado ribereño tendrá en todo caso una plataforma continental de doscientas millas, proclame o no ZEE; 2) porque los Estados de plataforma geológica *amplia* pueden extender sus derechos de soberanía sobre sus recursos naturales más allá de las doscientas millas, en los términos ya considerados; y 3) porque en los casos de Estados cuyas costas son adyacentes o están situadas frente a frente, la delimitación de sus ZEE y plataformas continentales no tiene por qué resultar en una línea única (v. *infra*).

516. La zona económica exclusiva

Paralelamente a la aparición de la plataforma continental surgió otra práctica estatal en relación con el aprovechamiento de los recursos vivos en las aguas adyacentes al mar territorial consistente en la creación de *zonas de pesca*, de extensión variable, en las que los Estados ribereños, preocupados por asegurar el aprovechamiento a sus nacionales, afirman una jurisdicción exclusiva.

Así, en otra Proclamación sobre pesquerías (1945) el Presidente H.S. Truman reivindicó el interés especial del Estado ribereño sobre los recursos vivos en la zona de alta mar adyacente a su mar territorial y su derecho a adoptar medidas para su gestión y conservación. Este acto pretendía proteger las pesquerías de salmón en las costas de Alaska frente a la actividad de la flota japonesa y tuvo una inmediata repercusión en la legislación de varios países americanos, como Argentina, México, Nicaragua, El Salvador, Chile, Ecuador o Perú. Estos tres últimos países concertaron en 1952 una posición radical al proclamar en la denominada *Declaración de Santiago* su *soberanía y jurisdicción* hasta una distancia mínima de doscientas millas tanto en las aguas como en el suelo y subsuelo, justificando la medida en términos de conservación y de desarrollo económico.

Esta práctica tuvo sólo un tímido reflejo en el Convenio de Ginebra sobre pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar (1958) que, a diferencia del Convenio sobre plataforma continental, se limitó a reconocer el *interés* del Estado ribereño en el mantenimiento de los recursos situados en las zonas adyacentes a sus costas y su competencia para adoptar en ellas medidas unilaterales de protección.

El aprovechamiento de los recursos vivos de la mar fue uno de los puntos descollantes en la agenda de la II Conferencia sobre el Derecho del Mar (1960), siendo numerosos los documentos presentados en que se propuso la creación de una *zona exclusiva de pesca*. La propuesta americano-canadiense en favor de un mar territorial de seis millas y una zona exclusiva de pesca de otras seis (coincidente con la zona contigua) estuvo a punto de prosperar. Pero la Conferencia concluyó sin acuerdo.

No obstante, en el ámbito europeo, trece Estados celebraron el Convenio de Londres sobre Pesca (1964) en el que hicieron suya dicha propuesta para las relaciones recíprocas, si bien respetando los derechos adquiridos. España ratificó el Convenio en 1965, promulgando dos años más tarde una zona de pesca de doce millas (Ley 20/1967), que fue absorbida en 1977 por el mar territorial (Ley 10/1977).

La creación de *zonas exclusivas de pesca* fue generalizándose en los años siguientes, hasta el punto de que la CIJ advertía (*Competencia en materia de pesquerías*, 1974) la cristalización consuetudinaria de dos conceptos: "El primero es el concepto de *zona de pesca*, zona en cuyo interior el Estado puede reclamar una competencia exclusiva en materia de pesquerías independientemente de su mar territorial; la extensión de dicha zona de pesca hasta un límite de doce millas a partir de las líneas de base parece en la actualidad generalmente aceptada. El segundo es el concepto de *derechos de pesca preferentes* en las aguas adyacentes en favor del Estado ribereño que se encuentra en una situación de dependencia especial de sus pesquerías costeras..."

A principios de los setenta los países en desarrollo tomaron conciencia del valor económico de los caladeros situados frente a sus costas, al tiempo que reaccionaban vigorosamente frente a la actividad extractiva descontrolada de las flotas del Norte. Los países latinoamericanos volvieron ahora a representar un papel pionero y destacado (*Declaraciones* de Montevideo, 1970; Santo Domingo, 1972;

Lima, 1973). Y así, en la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar la reclamación de doscientas millas cobró una fuerza expansiva inesperada, tanto respecto de la plataforma continental como de las aguas suprayacentes, afianzándose, por lo que se refiere a estas últimas, la noción funcional de *zona económica exclusiva* frente a los conceptos de *mar patrimonial* o de *mar territorial ampliado*, que provocaban rechazo.

No sólo un número importante de países en desarrollo convirtió la reclamación en legislación interna, sino que la oposición a la misma fue diluyéndose. Incluso los Estados que habían mantenido las mayores reservas a la extensión de la jurisdicción nacional a los espacios marinos distintos de la plataforma continental, como Estados Unidos, la URSS, Japón o los miembros de la CE, proclamaron *zonas de pesca* de doscientas millas o ZEE en los años 1976 y 1977. También España se sumó a esta práctica y estableció en 1978 su ZEE, renunciando a una oposición justificada hasta entonces por su condición de potencia de pesca a distancia. En la actualidad más de cien Estados han proclamado ZEE o zonas de pesca de doscientas millas.

En el asunto de la delimitación de la *Plataforma continental* (Libia/Túnez, 1982), la CIJ proclama que “el concepto de ZEE... puede ser considerado como parte del DI contemporáneo”. El carácter consuetudinario de la institución fue confirmado por la Corte en *Plataforma continental* (Libia/Malta), 1985). Y en relación con el valor de la regulación que ofrece la Convención de 1982 sobre la zona la Corte afirmó (*Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*, 1984) que, a pesar de no estar —entonces— en vigor, “ciertas disposiciones de la Convención..., aunque a veces lleven la marca del compromiso que ha presidido su adopción, pueden ser consideradas conformes actualmente con el DI general en la materia”.

De acuerdo con la Convención de 1982 todo Estado ribereño tiene derecho a proclamar una ZEE en el espacio adyacente a su mar territorial, sometida a un régimen jurídico propio, caracterizado por el reconocimiento de: 1) *soberanía* para los fines de la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, vivos y no vivos, de las aguas suprayacentes, del lecho y el subsuelo, así como de cualesquiera otros aprovechamientos de significación económica; y 2) *jurisdicción* con respecto al establecimiento y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, investigación marítima y protección y preservación del medio marino (art. 56).

Tratándose de un derecho, el Estado ribereño puede limitar el ejercicio de su soberanía y jurisdicción, territorial o materialmente. En este sentido el Estado ribereño puede limitarse a proclamar una ZEE en las aguas adyacentes a una parte de sus costas (así, por ej., España y Francia sólo han proclamado ZEE en el Atlántico —y también, Francia, en el Mar del Norte— o limitar sus derechos sobre este espacio a la protección de los recursos marinos vivos y la gestión y control de la actividad pesquera (*zonas de protección pesquera*) o la protección del medio ambiente (*zonas de protección ecológica*).

Por lo que se refiere a la extensión de la zona, la Convención de 1982 dispone que “no se extenderá más allá de doscientas millas marinas contadas desde las

líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial” (art. 57). Esta disposición deja claro que el límite exterior de la ZEE se encuentra en las doscientas millas, pero no impide que un Estado pueda proclamar zonas de menor extensión.

Así encontramos que en mares cerrados o semicerrados algunos Estados ribereños, atendiendo probablemente a los problemas de delimitación que plantearía la proclamación de zonas de doscientas millas, han establecido *zonas de pesca* de extensión más reducida. Tal es el caso, por ej., de Libia, Malta o Argelia.

España proclamó su ZEE por Ley 15/1978, extendiéndola hasta las doscientas millas contadas a partir de las líneas de base. Esta definición es retomada, sin mayores consecuencias jurídicas, por la Ley 27/1992, de puertos del Estado y de la marina mercante (art. 7.1). No obstante, la Ley 15/78 limita dicha zona a las costas peninsulares e insulares del océano Atlántico, incluido el mar Cantábrico, facultando al Gobierno para que proceda a su extensión en el Mediterráneo (dispos. final 1.a). Sobre esta base, en 1997 España estableció una *zona de protección pesquera* en el Mediterráneo (RD 1315/1997, modificado por el RD 431/2000) en la que se dotó de derechos soberanos a efectos de la conservación de los recursos marinos vivos y gestión y control de la actividad pesquera (art. 2).

La extensión máxima de la zona económica exclusiva se justifica por el hecho de coincidir con la extensión media de la plataforma continental geográfica de los Estados, en la que se encuentran normalmente los caladeros de pesca más importantes. Por otra parte coincide con la extensión mínima que la Convención de 1982 atribuye a la plataforma continental.

517. Derechos del ribereño en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva

La Convención de 1982 atribuye al ribereño, como vimos, derechos soberanos para la exploración y explotación de los recursos naturales en la ZEE y en la plataforma continental. La misma atribución de derechos encontramos respecto de la plataforma continental en el correspondiente Convenio de Ginebra (1958). Consecuentemente nadie puede pretender explorar o explotar tales recursos —o realizar otras actividades con miras a una exploración o explotación económica, como reza el art. 56 de la Convención— sin el consentimiento expreso del Estado ribereño. Tales recursos comprenden —tratándose de la ZEE— los recursos vivos y no vivos situados en las aguas suprayacentes, el lecho y el subsuelo; en el caso de la plataforma continental —si no coincide con la ZEE— los derechos se limitan a los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho y su subsuelo, así como a los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias.

La Convención de 1982 dispone que los Estados deberán cumplir en la ZEE —y lo mismo cabe decir de la plataforma continental— las leyes y reglamentos dictados por el Estado ribereño de conformidad con las disposiciones de la propia Convención y otras disposiciones de DI (art. 58.3). Las leyes y reglamentos pueden versar sobre cualesquiera de las materias respecto de las cuales ostenta el ribereño derechos de soberanía o de jurisdicción, incluyendo por lo tanto la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, el establecimiento de islas artificiales, instalaciones u otras estructuras, la investigación científica marina o, dentro de los límites de la Convención de 1982, la preservación del medio marino. Además, el Estado ribereño puede adoptar cuantas medidas estime necesarias para garantizar el cumplimiento de sus

leyes y reglamentos, incluidas la visita, la inspección y el apresamiento de los buques, pudiendo iniciar, de conformidad con su legislación interna, procesos sancionadores de carácter administrativo o judicial contra las personas responsables (art. 73.1).

Son numerosas las disposiciones de la Convención de 1982 consagradas a los *derechos del ribereño sobre su ZEE y su plataforma continental*, destacando las relativas a: 1) la actividad pesquera; 2) la construcción de islas artificiales, instalaciones y estructuras; 3) la investigación científica marina; y 4) la protección del medio ambiente.

1) En relación con la *actividad pesquera* la Convención impone ciertos límites al Estado ribereño buscando, por un lado, asegurar la preservación de los recursos y, por otro, dar alguna satisfacción a los preteridos intereses de los Estados que faenaban habitualmente en áreas transferidas de la alta mar a la ZEE, así como a los países en desarrollo, sobre todo los vecinos, y a los que carecen de litoral o se encuentran en *situación geográfica desventajosa* (v. *infra*).

La Convención establece, en efecto, una cierta obligación para el Estado ribereño de permitir a la flota de terceros países el acceso a sus *excedentes*, articulando al respecto un complejo sistema cuyas bases (arts. 61-62) son: 1) el Estado ribereño determina el total permisible de capturas (TAC) en su zona, teniendo en cuenta a la vez el objetivo de la utilización óptima de los recursos y el deber de asegurar su preservación, para lo cual ha de considerar todos los datos científicos disponibles y cooperar con las OI competentes en la materia; 2) el Estado ribereño determina su propia capacidad de captura y, en el caso de que sea inferior a la captura permisible, "dará acceso a otros Estados al excedente..., mediante acuerdos u otros arreglos"; nada impide, sin embargo, que regule el acceso de buques de terceros países mediante normas internas. En síntesis, el Estado ribereño está sometido a un *pactum de contrahendo* en relación con un excedente cuya determinación queda sin embargo sujeta a su poder discrecional.

La Convención dispone por otra parte que, en la atribución del *excedente*, el Estado ribereño tendrá en cuenta "las necesidades de los Estados en desarrollo de la subregión o región..., y la necesidad de reducir al mínimo la perturbación económica de los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona o hayan hecho esfuerzos sustanciales en la investigación e identificación de las poblaciones" (art. 62.3). Esta última parte del precepto transcrito no debe sin embargo interpretarse como un reconocimiento de *derechos adquiridos*. La Convención contiene además disposiciones especiales concernientes a los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, reconociéndoles un derecho a participar, sobre una base equitativa y teniendo en cuenta si se trata o no de países en desarrollo, en una parte apropiada del excedente (arts. 69-70).

Inspiradas en la Convención de 1982, son numerosas las legislaciones estatales que aplican el sistema de TACs y cuotas.

Asimismo, la Convención (art. 64) establece que los Estados cuyos nacionales pesquen en la misma región especies *altamente migratorias* cooperarán, directamente o por conducto de las OI apropiadas, con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies. Varios son los acuerdos celebrados para su protección, entre los que cabe mencionar los acuerdos sobre la pesca del atún en el Pacífico Oriental (1983 y 1989) y el Convenio de Río de Janeiro (1966) por el que se constituyó la Comisión Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (CICAA). La obligación contenida en el citado art. 64 fue invocada, tras la firma de la Convención de 1982, para contestar la soberanía del Estado ribereño sobre las especies *altamente migratorias* y, en particular, los túnidos. Sin embargo, la interpretación mayoritaria, que corrobora la práctica generalizada, es que este artículo no hace sino completar la regla de la soberanía del Estado ribereño sobre los recursos vivos de su zona, sin introducir excepción alguna.

No obstante, el alcance de las obligaciones que asume el Estado ribereño es muy limitado; más aún cuando las controversias que pudieran surgir con terceros

Estados están excluidas de los medios jurisdiccionales obligatorios previstos en la propia Convención, quedando únicamente sometidos a un procedimiento de conciliación (art. 297.3). Al final del día cada ribereño negocia acuerdos de pesca si quiere y con quien quiere, esto es, con quienes más compensaciones pueden brindarle.

En la s. arbitral sobre el *Fileteado dentro del Golfo de San Lorenzo* (1986) se reconoce un poder reglamentario muy amplio en materia pesquera al Estado ribereño, que puede llegar a incluir la exigencia de una licencia, las especies que pueden capturarse, la reglamentación de las temporadas y áreas de pesca, las características técnicas de los buques y de las artes de pesca... (art. 62.4 C. de 1982). No obstante, algunos de estos aspectos son frecuentemente objeto de regulación en los acuerdos pesqueros que celebra el Estado ribereño.

En cuanto a la competencia de control y sanción del Estado ribereño la Convención de 1982 establece dos límites, además de la obligación de la notificación inmediata de los casos de apresamiento o retención al Estado del pabellón: 1) los buques apresados y sus tripulaciones deben ser liberados con prontitud, previa constitución de una fianza razonable u otra garantía; y 2) las sanciones no pueden incluir penas privativas de libertad, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados, ni ninguna otra forma de castigo corporal (art. 73).

Debe advertirse que el Estado del pabellón puede igualmente ejercer su jurisdicción sobre las actividades de sus buques en la ZEE o plataforma continental de otro Estado, siendo de aplicación supletoria a este respecto las disposiciones sobre alta mar (v. *infra*); no obstante, el Estado del pabellón no podrá llevar a cabo una labor de vigilancia o inspección *in situ* sin el consentimiento del ribereño.

España, en tanto que tradicional potencia pesquera de altura, se vio afectada desfavorablemente con la aparición de la institución de la ZEE; se explica por ello que mantuviera una posición contraria a su consagración durante la III Conferencia y que en sus postrimerías, cuando ya era imparable, defendiera el reconocimiento al menos de unos derechos adquiridos para las flotas que faenaban tradicionalmente en las aguas afectadas. A tal fin formuló dos declaraciones al firmar la Convención, que reiteró al ratificarla.

En este nuevo contexto, España se vio obligada a celebrar acuerdos de pesca con otros Estados para mantener su actividad extractiva en los caladeros en que faenaba tradicionalmente a cambio de importantes compensaciones. En el momento de su adhesión a la CE había logrado establecer un considerable entramado convencional. Por otra parte, proclamó su propia ZEE (Ley 15/1978), reservando el ejercicio de la pesca a los españoles así como, previo acuerdo internacional, a los nacionales de otros países cuyos barcos de pesca la hubiesen ejercido de forma habitual (art. 3), entre los que se encontraban básicamente franceses y portugueses.

La adhesión a la CE supuso la incorporación de España a la Política Común de Pesca (PCP) en el marco de un régimen transitorio cuya aplicación terminó (anticipadamente) en 1996. El primero de los pilares de la PCP se concreta en una política de gestión y conservación de los recursos en las aguas bajo jurisdicción de los Estados miembros —configurada como competencia exclusiva de la CE (TJCE, *Kramer*, 1976), con una vertiente exterior tendente a asegurar el acceso de la flota *comunitaria* a otros caladeros. Esta política tuvo su origen en la *Declaración de La Haya* (1976) por la que los entonces Estados miembros de la CE acordaron proclamar ZEE o zonas de pesca de doscientas millas en el Atlántico Norte, estando sus rasgos esenciales definidos en el Reglamento (CE) 2371/2002: a) Igualdad de acceso a los recursos de toda la flota *comunitaria* en el conjunto de las aguas bajo jurisdicción de los Estados miembros, con exclusión de una *banda costera* de

doce millas en que la pesca queda reservada a los nacionales, si bien dejando a salvo los *derechos históricos de pesca* de los nacionales de los demás Estados miembros; b) Aplicación del sistema de TACs, fijando anualmente los TACs para las distintas especies sensibles, que se reparten entre los Estados miembros en forma de cuotas —tras detracer las cantidades otorgadas a terceros países por tratados— en función del *principio de estabilidad relativa* (basado, entre otros criterios, en las actividades pesqueras tradicionales de cada Estado); c) Exigencia a los buques *comunitarios* y de terceros Estados de licencias y de permisos especiales de pesca expedidas y gestionadas por los Estados miembros; y d) Definición de un régimen de control, que impone a los Estados miembros la obligación de controlar la actividad de los buques de pesca en las aguas bajo su jurisdicción y de sancionar, de acuerdo con su legislación interna (en España, la Ley 3/2002, de pesca marítima), las infracciones a la normativa comunitaria. La política comunitaria de gestión y conservación de recursos no es, sin embargo, objeto de aplicación efectiva en el Mediterráneo, donde, con la excepción de España, los Estados miembros de la CE no han extendido su jurisdicción más allá de las doce millas.

En cuanto a sus relaciones exteriores, la CE empezó a celebrar acuerdos de pesca con terceros Estados a partir de la Declaración de La Haya de 1976, siendo su competencia en este ámbito también de carácter exclusivo. Cabe distinguir principalmente dos tipos de acuerdos: 1) los de *acceso recíproco*, que prevén un intercambio anual de cuotas de pesca con países que aplican el sistema de TAC y cuotas (Groenlandia, Noruega); y 2) los de *acceso a cambio de compensaciones financieras*, celebrados con países en desarrollo (por ej., Mauritania y Senegal). En los últimos años se viene perfilando una nueva categoría de acuerdos —los *acuerdos de asociación pesqueros*— dirigidos a fomentar una pesca sostenible en interés mutuo de las partes (por ej., el acuerdo de pesca con Marruecos de 2005).

Por lo que se refiere a la celebración de acuerdos multilaterales de pesca, destacan los consagrados a la gestión y conservación de los recursos en determinadas zonas de alta mar, como el Convenio de la Organización de las Pesquerías del Atlántico Noroccidental (OPAN).

2) El Estado ribereño también dispone de un derecho exclusivo sobre la *construcción, explotación y utilización de islas artificiales y de toda clase de instalaciones o estructuras* en la ZEE y en la plataforma continental, así como de jurisdicción exclusiva sobre ellas, en particular en materia aduanera, fiscal, sanitaria, de seguridad y de inmigración (C. de Ginebra sobre plataforma continental, art. 5.2; C. de 1982, arts. 60 y 80). La Convención de 1982 precisa además que el Estado ribereño ostenta derecho exclusivo para autorizar y regular las perforaciones que con cualquier fin se realicen en la plataforma continental (art. 81).

La construcción de dichas islas o instalaciones debe ser debidamente notificada, debiendo mantenerse medios permanentes para advertir su presencia y retirarse las que sean abandonadas o caigan en desuso (C. de 1982, art. 60.3). Por otra parte, el ribereño puede establecer alrededor de las mismas *zonas de seguridad* (v. *infra*).

3) En cuanto a la *investigación científica marina*, el punto de partida es el de la jurisdicción del Estado ribereño para autorizar, regular y realizar dichas actividades (C. de Ginebra sobre plataforma continental, art. 5.8; C. de 1982, arts. 56 y 246 ss.). No obstante, la Convención de 1982, como antes el Convenio de Ginebra, favorece la investigación científica abierta a otros Estados y OI. Así prevé:

a) En circunstancias normales el Estado ribereño otorgará su consentimiento para la realización por terceros de proyectos de investigación con fines pacíficos y dirigidos a aumentar el conocimiento científico en beneficio de toda la humani-

dad, debiendo establecer reglas o procedimientos para garantizar que no se demore o deniegue ese consentimiento sin razón (art. 246.3).

b) Cumplidas estas condiciones el Estado ribereño puede rehusar la autorización únicamente en un número tasado de casos; así cuando el proyecto: *i*) tenga importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales; *ii*) entrañe perforaciones en la plataforma continental, utilización de explosivos o introducción de sustancias perjudiciales en el medio marino; *iii*) implique la construcción o utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, y *iv*) contenga información inexacta o tenga el peticionario obligaciones pendientes respecto de un proyecto de investigación anterior.

No cabe sin embargo denegar la autorización en estos casos si el proyecto se va a realizar en la plataforma continental residual, más allá de las doscientas millas, a menos que coincida con las áreas designadas públicamente por el Estado ribereño como áreas en las que está realizando o tiene previsto realizar actividades de investigación (art. 246.5).

c) El consentimiento puede ser tácito.

Se entenderá, en efecto, prestado: *i*) transcurridos seis meses desde la comunicación por el peticionario de la información que debe proporcionar al ribereño sobre el proyecto, a no ser que el ribereño hubiera hecho saber al peticionario dentro de los cuatro meses siguientes a dicha comunicación que rehúsa su consentimiento por estar el proyecto incurso en uno de los cuatro supuestos antes mencionados o que desea información complementaria (art. 252), y *ii*) tratándose de un proyecto de una OI o realizado bajo sus auspicios, si el Estado ribereño lo aprobó como miembro y no ha emitido objeción alguna en el plazo de cuatro meses desde la notificación del proyecto por aquella (art. 248).

El Estado o la Organización que aspira a realizar la investigación debe cumplir con ciertas obligaciones, la primera de ellas, proporcionar al ribereño la información requerida sobre el proyecto (art. 248). El investigador ha de garantizar, además, el derecho del Estado ribereño a participar en el proyecto; proporcionarle —si lo solicita— informes preliminares, así como los resultados de la investigación; permitirle el acceso a todos los datos y muestras obtenidos; informar de cualquier cambio importante en el programa de investigación; garantizar que se disponga a escala internacional de los resultados, salvo en el caso de que tengan una importancia directa para la exploración o explotación de los recursos naturales en la zona, en cuyo caso el Estado ribereño puede exigir la celebración de un acuerdo previo... (art. 249).

Por lo demás, el ribereño puede ordenar la suspensión de la investigación cuando no se realice de acuerdo con el proyecto presentado o no se cumplan las obligaciones anteriormente referidas, pudiendo llegar a exigir la cesación de la actividad en el caso de un cambio importante en el proyecto o en las actividades de investigación o si, en un plazo razonable, no se corrigiera la situación que dio lugar a la suspensión de la actividad.

La regulación de la investigación científica marina en la Convención pretende responder a una fórmula de compromiso entre los países ribereños en desarrollo

que defendían su competencia exclusiva, negándose a distinguir entre *investigación fundamental* e *investigación aplicada*, y las grandes potencias marítimas que sostenían que la ZEE era parte de la alta mar y, consecuentemente, que la investigación marina debía ser en ella, en principio, libre, bastando, en su caso, la mera notificación al ribereño. No obstante, el régimen analizado concede a los primeros una cierta preferencia, no sólo en el terreno de los principios; los contenciosos que puedan originar las denegaciones de autorización, o la suspensión o cancelación de las actividades investigadoras, han sido excluidos de los medios jurisdiccionales obligatorios previstos por la Convención, siendo la conciliación lo más que se les ofrece (art. 297.2). Eso refuerza, como es obvio, la discrecionalidad del ribereño en el ejercicio de sus competencias.

Hoy el principio del consentimiento del Estado ribereño se encuentra reconocido por la generalidad de los Estados. El hecho, sin embargo, de que en las leyes y reglamentos nacionales promulgados en los últimos años se aprecie incluso una tendencia a reforzar los derechos del ribereño frente al objetivo general de favorecer la investigación (así, por ej., el mecanismo del consentimiento tácito no ha tenido prácticamente ningún eco en las legislaciones estatales), obliga a preguntarse si acaso la práctica va a producir normas consuetudinarias más estrictas que las incoadas por la propia Convención.

En España resultan de aplicación las disposiciones del RD 799/1981, sobre investigación científica marina en zonas sometidas a la jurisdicción española.

4) La *protección y preservación del medio marino* constituye un ámbito más en el que el Estado ribereño tiene jurisdicción en su ZEE (art. 56.1), pudiendo dictar leyes y reglamentos que sean conformes y den efecto a las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados y establecidos por conducto de la OI competente o de una conferencia diplomática general (art. 211.5; v. *infra*).

518. Derechos de los terceros en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva

Por lo que se refiere a los *derechos de los no ribereños*, conforme a la Convención de 1982, abstracción hecha del impracticable derecho a los excedentes de pesca de algunos grupos de Estados (v. *supra*), todos los Estados gozan en la ZEE y en la plataforma continental de los derechos inherentes a las libertades de navegación, sobrevuelo y tendido de cables y tuberías submarinas propias de la alta mar, cuyo régimen jurídico es de aplicación supletoria (arts. 58.1, 78 y 79; v. *infra*):

1) En cuanto a las *libertades de sobrevuelo y de navegación*, mientras que la primera no encuentra limitación alguna, la de navegación está afectada por dos excepciones:

a) El Estado ribereño puede establecer *zonas de seguridad* razonables alrededor de las islas artificiales, las instalaciones y las estructuras para garantizar tanto la seguridad de éstas como de la navegación (art. 60.4 a 7).

Las *zonas de seguridad* no pueden, sin embargo, exceder de quinientos metros, salvo excepción autorizada por normas internacionales generalmente aceptadas o recomendación de la OMI. Por otra parte, la Convención de 1982 no permite la instalación de tales islas, instalaciones o estructuras, ni de sus correspondientes zonas de seguridad, cuando puedan interferir vías marítimas esenciales para la navegación internacional.

b) El Estado ribereño puede adoptar, en circunstancias especiales y tras celebrar consultas con otros Estados interesados, medidas en áreas determinadas para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques (arts. 211.6 y 234).

La práctica revela que un cierto número de Estados ribereños pretende ir más allá de lo que permite la Convención de 1982. Así, algunos Estados han pretendido, en el marco del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos de residuos peligrosos (1989), arrogarse el derecho de someter la navegación en su ZEE de los buques que transportan tales desechos a una autorización o, al menos, a una notificación previa (v. *infra*).

Más frecuentes son aún las reglamentaciones de los ribereños para preservar sus derechos de pesca frente al ejercicio de la libertad de navegación.

Así, en su zona de pesca la legislación canadiense sólo permite la navegación de los buques de pesca extranjeros sin licencia cuando se trate de un viaje con destino aguas afuera de los caladeros canadienses, obligándoles a informar, siempre que sean requeridos por las autoridades competentes, sobre el nombre, el Estado del pabellón, el lugar, el trayecto y el destino del buque, o las circunstancias que le han llevado a penetrar en las aguas canadienses. Otros Estados limitan el tiempo de travesía de los pesqueros sin licencia (Costa Rica y El Salvador, por ej., lo fijan en cuarenta y ocho horas). Menos polémica es la medida de ordenar a estos barcos que naveguen con las artes de pesca arrumadas (Australia, Canadá, España...).

2) La libertad de todos los Estados para tender cables y tuberías submarinas en la ZEE y sobre la plataforma continental también encuentra ciertos límites:

a) El Estado ribereño tiene derecho a adoptar medidas razonables, sea para la exploración de la plataforma continental y la explotación de sus recursos naturales, sea para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por tuberías (C. de 1958, art. 4; C. de 1982, art. 79); y

b) El consentimiento del Estado ribereño es requerido para el trazado del tendido de tales tuberías (C. de 1982, art. 79.3) y —no ya según la letra de la Convención, pero sí según la práctica iniciada por algunas legislaciones nacionales— de los cables submarinos.

CXVIII. SITUACIONES GEOGRÁFICAS GENERADORAS DE RÉGIMENES ESPECIALES

519. Planteamiento

Una de las características más acusadas de la CONVEMAR (1982) —que la distingue de los Convenios de Ginebra (1958)— es la particular atención que ha prestado a los diferentes perfiles geográficos de los Estados como generadores de regímenes jurídicos especiales. Algunos ya los hemos considerado (la modulación de los derechos sobre la mar, el suelo y su subsuelo de las *ínsulas* a las que ha llamado *rocas*, el *paso en tránsito* por los estrechos *estratégicos*); ahora es el momento de considerar aquéllos que se perciben mejor una vez examinados los espacios sometidos a la soberanía y jurisdicción de los ribereños. Se trata, por un lado, de los Estados archipelágicos y, por otro, en las antípodas, de los Estados sin litoral (mediterráneos) y en situación geográfica desventajosa.

La principal razón del nacimiento de estos regímenes especiales ha estado en la expansión de la soberanía y jurisdicción nacional sobre espacios marinos hasta entonces considerados *alta mar*. Los *Estados archipelágicos* han tratado de maximizar esta tendencia y conceptualmente lo han conseguido. Su *límite* lo han marcado las grandes potencias marítimas interesadas por la libre navegación y sobrevuelo sobre las recién bautizadas *aguas archipelágicas*.

Viendo *el mar como fuente de recursos naturales*, ante la creación de ZEE de doscientas millas bajo la jurisdicción exclusiva de los ribereños, los Estados *sin litoral* y los ribereños con una *situación geográfica desventajosa* demandaron una compensación por el agravio comparativo deducido de su peculiar espectro geográfico. La Convención de 1982 les ha brindado, sobre todo, el consuelo de la palabra, reconociendo su derecho, prácticamente testimonial, a participar en el excedente de pesca de las ZEE de la misma región o subregión y, sobre todo, afirmando con mayor rotundidad que en el pasado su derecho de acceso al mar y desde el mar y la libertad de tránsito.

520. Los Estados archipelágicos

La consagración jurídica del *principio archipelágico* ha sido una de las aportaciones más destacadas de la Convención de 1982, siendo sus principales consecuencias jurídicas: 1) la posibilidad de trazar *líneas de base archipelágicas*, que unan los puntos extremos de las islas y los arrecifes emergentes más alejados del archipiélago; y 2) la extensión de la soberanía del Estado archipelágico a las aguas encerradas por tales líneas, denominadas *aguas archipelágicas* (art. 49).

Cuando en 1973 se inició la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar la nómina de Estados archipelágicos había aumentado considerablemente como consecuencia del proceso de descolonización. Viendo el mar desde la mar, y no desde la tierra, consideraban que el grupo de islas y las aguas que les sirven

de cordón umbilical forman una unidad geográfica, política y económica intrínseca de la que debían deducirse los oportunos efectos jurídicos: la posibilidad de trazar, a imagen y semejanza de lo ya admitido para el archipiélago costero, líneas de base rectas que unieran los puntos más extremos de las islas periféricas del archipiélago, midiéndose a partir de tales líneas los espacios marinos correspondientes y quedando sometidas a su soberanía las aguas encerradas. A esta tesis se la denominó *principio archipelágico*, cuyo propósito era doble: 1) político, salvaguardar la integridad territorial y la seguridad del archipiélago, mediante el adecuado control de la navegación por las aguas bajo la soberanía del ribereño; y 2) económico, hacerse con los recursos encerrados en el perímetro archipelágico y los que pudieran corresponderle a partir de él. Sus patrocinadores fueron cuatro Estados (Filipinas, Indonesia, Fiji y Mauricio), que ya habían traducido en sus legislaciones las consecuencias del principio que defendían. El principio contó, además, con el apoyo interesado de los Estados mixtos, esto es, en parte continentales y en parte archipelágicos, que defendieron su aplicación no discriminatoria.

Frente a estas pretensiones se encontraban las grandes potencias, conscientes de que su deseo de libertad de movimientos por y sobre el mar peligraba e inquietas porque la aplicación unilateral del principio archipelágico en una región particularmente importante desde el punto de vista económico y estratégico (sudeste asiático) hacía peligrar esa libertad por importantes rutas marítimas. Por ello, las grandes potencias articularon una política que, tras la aceptación formal del principio, permitiera limitarlo, fijando longitudes máximas de las líneas de base rectas, imponer un régimen sobre las aguas encerradas que garantizara la libertad de navegación y sobrevuelo y excluir a los archipiélagos de los Estados mixtos. Contaban con el apoyo de los vecinos de los Estados archipelágicos que, más atentos a la economía, reivindicaban el reconocimiento de sus derechos tradicionales de pesca y otras actividades legítimas en las aguas encerradas. Abandonando sus postulados, los Estados-archipiélago entraron pronto en el discurso que deseaban las grandes potencias.

La Convención de 1982 califica de *archipelágico* al Estado constituido *totalmente* por uno o varios archipiélagos, amén, en su caso, de otras islas, y define el *archipiélago* como “un grupo de islas, incluidas partes de islas, las aguas que las conectan y otros elementos naturales que estén tan estrechamente relacionados entre sí que tales islas, aguas y elementos naturales formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca, o que históricamente haya sido considerada como tal» (art. 46).

La Convención permite a los Estados archipelágicos trazar *líneas de base archipelágicas rectas* que unan los puntos extremos de las islas y los arrecifes emergentes más alejados del archipiélago (art. 47), pero somete el trazado a cinco condiciones que arriesgan dejar fuera del régimen jurídico de la Parte IV a algunos Estados archipelágicos o, al menos, a aquéllas de sus extremidades que no encajen en el corsé preestablecido. Las condiciones más características son las dos primeras, que exigen:

1) Que en el perímetro archipelágico queden comprendidas las principales islas y un área en que la relación entre la superficie marítima y la terrestre no sea mayor de nueve a uno.

El requisito de que las líneas de base encierren las principales islas del archipiélago no va referido al Estado sino a los diferentes archipiélagos que pudieran constituirlo (por ej., Mauricio, Estado *multi-archipiélago*).

2) Que la longitud de la media de las líneas de base rectas no exceda de cien millas, si bien admitiéndose que un tres por ciento del número total de líneas pueda alcanzar las ciento veinticinco millas.

La Convención exige tres condiciones más que, en buena medida, rememoran los previstos para el trazado normal de líneas de base rectas; así, también en relación con las líneas de base archipelágicas habrá de tenerse en cuenta que su trazado:

3) No se desvíe apreciablemente de la dirección general del archipiélago.

4) No se apoye en bajíos, a menos que en ellos se hayan construido instalaciones que emerjan permanentemente sobre el nivel del mar o estén situados a una distancia que no exceda de la anchura del mar territorial.

5) No aisle de la alta mar o de la ZEE el mar territorial de otro Estado.

Si así fuera se mantendrán y respetarán los derechos existentes y cualesquiera otras actividades legítimas que el Estado vecino haya ejercido tradicionalmente en las aguas encerradas.

Dos importantes consecuencias jurídicas se desprenden de esta delimitación:

1) La anchura del mar territorial, la zona contigua, la ZEE y la plataforma continental se medirá a partir de las líneas trazadas conforme a las condiciones que se acaban de enumerar (art. 48).

2) La soberanía del Estado archipelágico se extiende a las aguas encerradas por tales líneas, denominadas *aguas archipelágicas* (art. 49).

Las *aguas archipelágicas*, su espacio aéreo, su lecho y su subsuelo, así como todos sus recursos se encuentran bajo la soberanía del Estados archipelágico. Sin embargo, el régimen jurídico aplicable es distinto al de las aguas interiores y, también, al del mar territorial.

Partiendo de las dos categorías de aguas bajo soberanía estatal acuñadas por el DI del Mar tradicional, aguas interiores y mar territorial, los principales Estados archipelágicos (Indonesia y Filipinas) reivindicaron en la III Conferencia de las NU la asimilación de las aguas archipelágicas a las aguas interiores, lo que era lógico, pues unas y otras están encerradas mediante líneas de base rectas a partir de las cuales se va a medir el mar territorial. No es ésta, sin embargo, la solución que adopta la Convención, que tampoco las asimila al mar territorial, como pretendían Fiji y Mauricio; para las grandes potencias esta solución era aún insuficiente a los efectos de la más libre navegación a través de las rutas archipelágicas.

La naturaleza particular de las aguas archipelágicas se pone claramente de relieve atendiendo a los límites que la Convención de 1982 impone a la soberanía del Estado, en beneficio, unos, de los vecinos inmediatamente adyacentes y, otros, de la generalidad de miembros de la comunidad internacional, todos ellos inspirados en la conservación de derechos adquiridos:

1) En cuanto a los derechos reconocidos a los vecinos inmediatamente adyacentes, los Estados archipelágicos se comprometen a respetar los acuerdos existentes y a reconocer los derechos de pesca tradicionales y otras actividades legítimas en ciertas áreas de las aguas archipelágicas. Las condiciones del ejercicio de tales derechos, absolutamente intransferibles, y las áreas en que se disfrutarán,

habrán de determinarse mediante acuerdos bilaterales entre los Estados interesados, a petición de cualquiera de ellos (arts. 47.6 y 51.1).

Los derechos de navegación y pesca previstos en la Convención fueron reconocidos por Indonesia a Malasia (Estado que ha visto partido en dos su espacio marino por las aguas archipelágicas indonesias) en un temprano acuerdo, suscrito en 1982.

2) Por lo que se refiere a los derechos reconocidos a todos los miembros de la comunidad internacional, el Estado archipelágico está obligado: a) a permitir la conservación, reparación y sustitución, previa notificación, de los cables submarinos ya tendidos en sus aguas archipelágicas (art. 51.2); y, sobre todo, b) a reconocer un derecho de paso dentro del perímetro archipelágico que, en ciertas áreas, va a ser más beneficioso para terceros que el que puede ejercerse en el mar territorial mensurable a partir de dicho perímetro.

A los efectos de determinar el régimen de paso a través de las aguas archipelágicas la Convención distingue entre vías marítimas y rutas aéreas previamente utilizadas para la navegación internacional y las demás aguas archipelágicas. El punto de partida es que por las aguas archipelágicas en general los buques de todos los Estados gozan del *derecho de paso inocente* (art. 52) en términos idénticos al definido para el mar territorial, pero por las vías marítimas y rutas aéreas utilizadas normalmente para la navegación internacional el régimen de paso es similar al *derecho de paso en tránsito*, previsto para los estrechos principales o estratégicos (arts. 53 y 54).

El *derecho de paso archipelágico* es, sin duda, la concesión más importante que hicieron los Estados archipelágicos a las grandes potencias a cambio del reconocimiento de su *status* diferenciado. Alrededor de veinte Estados archipelágicos han actuado en consecuencia mediante su legislación y en diversos tratados (por ej., Tratado de Rarotonga sobre la zona desnuclearizada del Pacífico Sur, 1985). En algunos casos, sin embargo, las legislaciones estatales se apartan de los criterios de la Convención: ejemplo significativo es el de Filipinas, que ha trazado líneas de base archipelágicas que sobrepasan los máximos permitidos y que mantiene en su Constitución (1987) que las "aguas archipelágicas forman parte de las aguas interiores de Filipinas" (art. 1), declaración que acompañó al firmar la Convención de 1982 —y confirmó en el momento de su ratificación— y que ha recibido numerosas objeciones.

Para terminar, debe advertirse que la Convención (art. 50) prevé la existencia de aguas *interiores* dentro de las *archipelágicas*, que habrán de delimitarse isla a isla mediante las denominadas *líneas de cierre*, trazadas de conformidad con las disposiciones relativas a la desembocadura de los ríos, bahías y puertos (v. *supra*), pero a las que no se les podrá aplicar el sistema de líneas de base rectas.

La Convención desconoce en cambio la realidad geográfica del archipiélago oceánico cuando éste no se constituye por sí mismo en un ente político independiente sino que se configura como parte de un Estado *mixto* (*archipiélagos de Estado*). Se trata de una discriminación no sólo injustificada sino, simplemente, ilógica según sus propias premisas.

Estados mixtos, con relevantes dependencias archipelágicas alejadas de su litoral, ya habían sostenido la reivindicación archipelágica en la I Conferencia sobre el Derecho del Mar y, además, se habían dotado de la

legislación necesaria incluso, antes que la mayoría de los Estados archipelágicos. Era lógico, por tanto, que cuando se inició la gestación de la nueva Convención un alto número de Estados mixtos insistiera en que era el *archipiélago como tal* —y no el Estado— el determinante del régimen especial que merecían sus aguas.

Varios fueron los frentes de oposición a los Estados mixtos: 1) el de las grandes potencias, que impusieron como *conditio sine qua non* de la negociación la exclusión de los archipiélagos de Estado; 2) los ribereños con archipiélagos próximos a su costa bajo soberanía ajena; 3) los países movidos por un reflejo anticolonialista, molestos por las ventajas que pudiera reportar la aplicación del principio a potencias administradoras de territorios no autónomos archipelágicos; y 4) los propios Estados archipelágicos, que vieron peligrar sus reivindicaciones si las unían a las de los Estados mixtos.

Se ha dicho que el silencio de la Convención de 1982 sobre los archipiélagos de Estado supone una negativa a que puedan beneficiarse del régimen previsto para los Estados archipelágicos; pero mejor sería interpretar la imprevisión sólo como un freno a que la aceleración en la formación y cristalización de normas generales, que todo proceso de codificación propicia, juegue a su favor.

Será, en definitiva, a los Estados mixtos a los que corresponderá elegir, atendiendo a sus circunstancias, entre: 1) arriesgarse a trazar líneas de base rectas alrededor de sus archipiélagos y coadyuvar así a la gestación de una norma consuetudinaria; o 2) aplicar a sus archipiélagos el valor seguro de las islas, dibujando alrededor de cada una de ellas los espacios marinos correspondientes, con la posibilidad siempre abierta de unir las más cercanas mediante el trazado normal de líneas de base rectas.

La primera opción ya cuenta con un cierto número de precedentes derivados de una arraigada práctica estatal, la de Dinamarca (islas Feroe), Ecuador (islas Galápagos), o Noruega (islas Spitsberg). A ellos se unió, entre otros, Portugal (islas Azores y Madeira) en 1985.

España se ha dotado de la legislación necesaria para activar el principio archipelágico cuando lo crea necesario. La Ley de 1978 sobre ZEE incluye una disposición que permite medir su extensión "a partir de las líneas de base rectas que unan los puntos más extremos de las islas o islotes que los componen, de manera que el perímetro resultante siga la configuración general de cada archipiélago" (art. 1.1). Hasta el momento, sin embargo, y a pesar de los insistentes requerimientos de diputados y senadores canarios (la última de las propuestas fue la proposición de Ley presentada en el Congreso por Coalición Canaria en abril de 2004), el Gobierno no ha tomado las medidas pertinentes para hacer efectiva esta posibilidad. Múltiples aspectos de política exterior (aliancista, comunitaria, magrebí...) juegan por ahora en contra de este desarrollo reglamentario. No obstante, lo que sí se ha hecho es trazar líneas de base rectas (conforme al RD. 2510/1977) entre islas principales de los archipiélagos balear y canario y otras islas menores en su inmediata vecindad, al amparo de las reglas del llamado *archipiélago costero*. De ahí el trazado en las Baleares de líneas rectas entre Mallorca y Cabrera y entre Ibiza y Formentera; y, en las Canarias, entre Lanzarote, Fuerteventura, Alegranza, Graciosa, Montaña Clara y Lobos.

521. Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa

En la medida en que sólo desde la costa puede proyectarse la soberanía sobre la mar, la mediterraneidad es una desgracia para el Estado, privado de espacios marinos propios y condicionado en el disfrute de las libertades que a todos se reconocen en los comunes (la alta mar) a la buena vecindad del Estado cuyo territorio se interpone en su camino. Sólo hay algo peor que carecer de litoral:

haberlo poseído y perderlo, como le aconteció a Bolivia como consecuencia de su derrota en la guerra del Pacífico (1879).

Mientras las competencias de los ribereños se agotaban a pocas millas de la costa se entiende que la obsesión de los Estados sin litoral era obtener un reconocimiento general de su *derecho* de acceso al mar —y desde el mar— mediante el libre tránsito por el territorio de los Estados vecinos. Pero cuando en épocas más recientes se puso en marcha el proceso expansivo de la soberanía y jurisdicción de los ribereños a amplios espacios marinos una segunda obsesión se añadió a la primera: acceder a los recursos de esos espacios.

Ahora, sin embargo, ya no estaban solos. Una tropa de Estados que, aun siendo ribereños, se consideraban en *situación geográfica desventajosa*, sea por la propia configuración de su costa (de pequeñas dimensiones, por ej., Zaire; de perfil cóncavo, por ej., Alemania...), sea por la conformación de los espacios marinos adyacentes (ribereños de mares cerrados o semicerrados, por ej., Irak, Singapur...), sea porque aun teniendo un amplio litoral éste es pobre en recursos naturales (por ej., Jamaica), buscó en compañía una plataforma común de intereses.

Se formó así en la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar un grupo integrado por veintinueve Estados sin litoral y veintiséis en situación geográfica desventajosa que reclamó una adecuada compensación por el agravio comparativo que originaba su situación geográfica, mediante el reconocimiento de su derecho: 1) a participar, sobre una base igual y no discriminatoria, en la explotación de los recursos vivos y no vivos de las zonas marinas de los Estados ribereños vecinos (ZEE y plataforma continental); y 2) a recibir un trato preferencial en la distribución de beneficios derivados de la explotación de los recursos minerales de la ZIFMO, a la vez que lograr una adecuada representación en los organismos de gestión de la correspondiente Autoridad.

Sus aspiraciones fueron sin embargo atendidas de forma muy modesta, pues:

1) en los espacios bajo soberanía o jurisdicción de los Estados ribereños vecinos los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa se limitan a recibir información y participar en la investigación científica de su ZEE y plataforma continental (art. 254) y a un acceso multicondicionado a los excedentes de pesca de los Estados ribereños de la misma región o subregión conforme a acuerdos que deben ser negociados en un mercado prácticamente libre, por lo que queda en nada (arts. 69 y 70).

2) en la ZIFMO, donde también han de contentarse con buenas palabras (arts. 160 y 161), su papel está supeditado a la condición de Estados en desarrollo (v. *infra*).

En cuanto al derecho de acceso al mar y desde el mar de los Estados sin litoral, ahí sí la Convención de 1982 ha ofrecido mejores resultados.

Dos razones coadyuvaron: 1) el número de Estados sin litoral había aumentado como consecuencia del proceso de descolonización y, estando la gran mayoría países subdesarrollados en el continente africano (catorce de los veintinueve Estados sin litoral que participaron en la III Conferencia), sus pretensiones adquirieron una resonancia tercermundista; y 2) contaban, además, con el apoyo de los Estados en situación geográfica desventajosa.

La Convención dedica a esta cuestión una de sus Partes (la X, arts. 124-132) cuyos aspectos más destacables son:

1) El derecho de acceso al mar y desde el mar de los Estados sin litoral, y su corolario de libertad de tránsito, se consagra como una condición del ejercicio de los derechos que se estipulan en la Convención en beneficio de todos los Estados, incluidos “los relacionados con la libertad de la alta mar y con el patrimonio común de la humanidad”; la libertad de tránsito comprende el tráfico de personas, equipaje y mercancías por todos los medios de transporte, salvo el aéreo, a través del territorio de uno o varios Estados de tránsito (arts. 124.1 y 125.1).

La Convención dispone que los buques que enarbolan pabellón de Estados sin litoral recibirán el *mismo trato* que el concedido a otros buques extranjeros en los puertos marítimos, ya sean los del Estado de tránsito o de otros Estados (art. 131).

2) La libertad de tránsito no encuentra su fundamento en los acuerdos concluidos con los Estados de tránsito. Sólo “las condiciones y modalidades para el ejercicio de la libertad de tránsito serán convenidas entre los Estados sin litoral y los Estados de tránsito interesados mediante acuerdos bilaterales, regionales o subregionales” (art. 125.2).

Estamos realmente ante un *pactum de contrahendo* cuyo contenido no se deja a la entera libertad de las partes; la misma Convención establece una serie de condiciones financieras y técnicas que deberán ser tenidas en cuenta en los acuerdos para facilitar la libertad de tránsito de los Estados sin litoral (arts. 127-130). La Convención de 1982 no exige, como sí hacían sus predecesoras (C. de Ginebra sobre Alta Mar, 1958, art. 3; Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral, 1965, art. 15), la condición de reciprocidad.

3) Los Estados de tránsito tendrán derecho, en el ejercicio de su plena soberanía sobre su territorio, a tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos y facilidades estipulados para los Estados sin litoral no lesionen en forma alguna sus intereses legítimos (art. 125.3). Ahora bien, si las condiciones y modalidades establecidas en relación con el ejercicio del tránsito son cumplidas (itinerarios, transportes, formalidades aduaneras ...), tales medidas no pueden tener en la práctica el efecto de impedir el derecho de acceso al mar previamente reconocido a los Estados sin litoral.

Los actos del Estado de tránsito tendentes a malograr este objetivo, rechazando o suspendiendo indefinidamente el tránsito, deben ser interpretados, salvo circunstancias excepcionales y graves que los justifiquen, como contrarios a la prohibición de abuso de derecho enunciado en la misma Convención (art. 300).

4) Los derechos y facilidades concedidos a los Estados sin litoral, por razón de su situación geográfica especial, no pueden ser invocados por terceros Estados que no se encuentren en idéntica situación, bajo la cobertura de la cláusula de la nación más favorecida que el concedente (Estado de tránsito) pudiera tener concertada con él (art. 126).

Teniendo en cuenta que el acceso al mar de los Estados sin litoral se configura en la Convención de 1982 como un *derecho*, siendo los acuerdos un mero instrumento para su ejercicio, no cabe duda que la nueva reglamentación les es más favorable. Su influencia se ha dejado sentir en algunos acuerdos de tránsito como, por ej., el suscrito en 1992 entre Bolivia y Perú, por el que se reconoce el derecho de tránsito de Bolivia y el establecimiento de una zona franca en el puerto peruano de Ilo a cambio, eso sí, de idénticas facilidades para

Perú en Puerto Juárez, el puerto fluvial boliviano que ha de enlazar con la hidrovía Paraná-Paraguay que acaba en el Atlántico.

Aun así, es inevitable que el tránsito hacia el mar de los Estados sin litoral dependa, finalmente, del acuerdo con su o sus vecinos ribereños del mar, lo que lo hará más o menos accidentado en función de la gran variedad de situaciones geográficas, políticas y económicas de enclavamiento.

XXIX. LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS MARINOS

522. *Supuestos de delimitación*

Si la delimitación es consustancial con la distribución del territorio terrestre entre Estados desde el momento en que la soberanía se proyecta sobre la mar, la multiplicación de espacios marinos bajo jurisdicción estatal y su mayor volumen traen aparejado un aumento del número, variedad y complejidad de los casos en que la delimitación es necesaria, así como una implicación más intensa de intereses políticos, estratégicos, económicos y sociales.

Frente a la *delimitación* cabe el *condominio*; pero éste no se presume, es reversible y no ahorra la delimitación del espacio común respecto de terceros o, incluso, respecto de otros espacios marinos no compartidos por los condóminos (CIJ, *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima*, 1992). En la práctica el condominio marítimo es excepcional. Condominio es, por ej., el golfo de Fonseca, del que son ribereños El Salvador, Honduras y Nicaragua, según la sentencia citada de la Corte. También una zona de la bahía de Higueir, en la desembocadura del Bidasoa (Declaración hispano-francesa de 30 de marzo de 1879). La delimitación de los espacios marinos es compatible con la disposición de los Estados a compartir los recursos (atendiendo al principio de unidad de pesquería o de yacimiento) o a establecer un régimen común (por ej., para la prevención o persecución de la contaminación) en una zona convenida. Así, Argentina y Uruguay convinieron sendas zonas comunes de pesca y de prohibición de vertidos de hidrocarburos en el océano Atlántico, a caballo de sus respectivas jurisdicciones, en el tratado del Río de la Plata y de su Frente Marítimo (1973). También España y Francia establecieron una zona de explotación conjunta (el llamado *domo de Gascuña*) en la plataforma continental del golfo de Vizcaya, que incluye suelo y subsuelo a ambos lados de la divisoria (1974). La CONVEMAR (1982, art. 123) promueve la cooperación regional en mares cerrados y semicerrados, como el Caribe y el Mediterráneo. Pero todo esto no es sino *buena vecindad* cimentada sobre una delimitación sana. La delimitación promueve la cooperación y ésta puede dar lugar a formas muy integradas.

La delimitación de los espacios marinos de un Estado puede concebirse, bien respecto de un espacio internacional colindante, una vez que aquél ha proyectado su soberanía o jurisdicción sobre la mar sin *tropezar* con los espacios marinos que pretende otro Estado, bien respecto de estos espacios cuando los derechos de dos o más ribereños han de acomodarse a una superficie insuficiente para satisfacerlos en su totalidad.

La delimitación respecto de un espacio marino internacional se produce mecánicamente una vez que el ribereño, normalmente mediante un acto unilate-

ral, ejerce el derecho a establecer un espacio marino bajo su soberanía o jurisdicción o —tratándose de la plataforma continental— la constata, precisando su anchura y la línea de base para su mensuración. El problema se plantea cuando en un medio oceánico los espacios marinos reclamados por un ribereño pueden afectar espacios comunes como la alta mar o la ZIFMO.

A salvo el papel reservado por la CONVEMAR, en relación con la plataforma continental *residual*, a la Comisión Internacional sobre los Límites de la Plataforma Continental (art. 76.8 y Anejo II), no existe órgano internacional competente para verificar la corrección del ribereño en la aplicación de las normas que sustentan el ejercicio de sus derechos. Son, pues, los demás Estados, directamente —y, eventualmente, la Autoridad Internacional de Fondos Marinos— los que en su caso protestarán y objetarán los actos que consideren no ajustados a Derecho, preconstituyendo la prueba de, al menos, su inoponibilidad. Recordemos, por ej., las protestas de Estados Unidos y de otros países por la afirmación panameña (1956) del golfo de Panamá como *bahía histórica* o por la línea de cierre del Río de la Plata convenida por Argentina y Uruguay en 1961.

Llamamos *lateral* a la delimitación de espacios marinos entre Estados vecinos cuya frontera terrestre alcanza la mar. Se da no sólo en los continentes, sino también en las islas —como la antigua Hispaniola, compartida por Haití y la República Dominicana— con más de un soberano.

Llamamos *frontal* a la delimitación de espacios marinos entre costas enrostradas, continentales y/o insulares. La delimitación frontal es característica de Estados sin vecindad terrestre (España-Argelia, España-Italia, Estados Unidos-Cuba, Colombia-Costa Rica, Venezuela-República Dominicana...), pero también puede darse entre Estados vecinos, atendiendo a la configuración de la costa o a la posesión de islas. Puede ocurrir que una delimitación lateral se transforme en frontal (México-Estados Unidos en el golfo de México; Panamá-Colombia en el golfo de Panamá...).

La delimitación interestatal plantea muchos problemas porque nadie deja en manos del vecino el *quantum* de la propia soberanía y jurisdicción. Atendiendo a las características y localización de su territorio terrestre, un Estado puede encontrarse abocado a uno o a todos los supuestos de delimitación mencionados. Hay países (Brasil, Perú) que por disponer de un litoral abierto al océano se han de ocupar sólo de delimitaciones laterales. Otros, por su condición insular (Cuba), lo hacen exclusivamente de delimitaciones frontales. Pero lo más frecuente es que un Estado haya de considerar ambos supuestos, incluso en sus relaciones con un mismo vecino.

Tómese como ejemplo a España y Portugal, con una delimitación lateral en la desembocadura del río Miño, una delimitación de la misma clase que se transforma en frontal en la desembocadura del río Guadiana, y una delimitación frontal entre los archipiélagos de Madeira y Canarias. En América, países como Colombia y Venezuela, Honduras y Guatemala, ofrecen también un abanico de situaciones problemáticas por su enrevesada geografía política.

En el Derecho del Mar clásico la delimitación *lateral* se agotaba a muy pocas millas de la costa, en un *mar territorial* estrecho, eventualmente complementado por una *zona cantigua* proporcionada a la anchura de aquél. En cuanto a la

delimitación *frontal*, se presentaba sólo en *estrechos internacionales* o en golfos y bahías de boca no muy amplia bajo más de un soberano. Las líneas de base seguían en general la bajamar y las iniciativas unilaterales que se separaban de ella no solían ser descabelladas. La equiparación del territorio insular al continental como factor de atribución de espacios marinos no planteaba normalmente problemas agudos porque, a fin de cuentas, la proyección de la tierra sobre la mar era modesta y los intereses en juego limitados. El aprovechamiento de los recursos del lecho y subsuelo marinos apenas había comenzado y la explotación pesquera era marginal en la mayoría de los países.

El nuevo Derecho del Mar ha trastocado por completo esta situación. La delimitación *lateral* se alarga considerablemente. Ya no se trata de trazar una línea de tres, seis, doce o, en el caso más extremo, veinticuatro millas, sino de llevarla hasta las doscientas o, incluso, más lejos cuando se presente una plataforma continental excepcionalmente amplia. Los intereses en juego son, ahora, muchos y cuantiosos. La longitud que puede alcanzar la divisoria marítima, unida a la configuración de la costa y a la eventual presencia de islas, complica la situación. Estados que jamás consideraron la posibilidad de una vecindad marítima se encuentran con ella porque sus costas se dan frente a menos de cuatrocientas millas desde las líneas de base adoptadas para la mensuración de sus espacios marinos. La laxitud que inspira el recurso creciente al método *excepcional* de las líneas de base rectas, la aplicación del principio archipelágico, la invocación de aguas *históricas* o la pretensión de plataforma continental *residual* añaden estopa al fuego.

Dos datos de la práctica confirman, mejor que cualquier consideración teórica, la importancia adquirida por la cuestión. Uno es la aparición y número creciente de acuerdos cuyo objeto es justamente la delimitación marítima. Contando con el precedente pionero del tratado de división de las áreas submarinas del golfo de Paria entre Gran Bretaña y Venezuela (1942), los nuevos espacios marinos de jurisdicción estatal han originado, sobre todo a partir de la década de los setenta, un largo centenar de acuerdos de delimitación en la mar, de ellos más de treinta en América latina.

El otro dato a tener en cuenta es el alto índice de casos sometidos a jurisdicciones internacionales —CIJ y tribunales arbitrales— para resolver las controversias entre Estados al cabo de una negociación infructuosa. Ningún otro ámbito del DI ha dado lugar a tantas sentencias en los últimos cuarenta años.

Así, se sometieron al arbitraje la *delimitación de la plataforma continental anglo-francesa* (1977); el asunto del canal de Beagle (1977); la *delimitación de la frontera terrestre y marítima entre Dubai y Sarjah* (1981); la *delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau* (1985); *id. entre Guinea-Bissau y Senegal* (1989); *id. entre Canadá y las islas francesas de St. Pierre y Miquelon* (1992), la *Soberanía territorial y alcance de la disputa y delimitación marítima entre Eritrea y Yemen*, (1998, 1999). La CIJ, por su parte, conoció en Pleno de los asuntos de la delimitación de la *Plataforma continental del mar del Norte* entre Dinamarca, Holanda y la RFA (1969); *id. entre Túnez y Libia* (1982); *id. entre Libia y Malta* (1985), la *Delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen* (Dinamarca c. Noruega) (1993), la *Delimitación marítima y cuestiones*

territoriales entre Qatar y Bahrein (2001); la Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (2002); y en Salas *ad hoc* de la Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo de Maine, entre Estados Unidos y Canadá (1984) y de la Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima, entre El Salvador y Honduras (1992). Actualmente penden ante la Corte la Delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe, la Diferencia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia) y la Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania).

523. Normas internacionales para la delimitación

Para solucionar los problemas relacionados con el trazado de las fronteras marinas tanto los Convenios de Ginebra (1958, Mar Territorial, arts. 12 y 24.3; Plataforma Continental, art. 6)) como la CONVEMAR (1982, arts. 15, 74 y 83) coinciden al establecer que la delimitación habrá de efectuarse por acuerdo entre los interesados. Nos encontramos aquí con la norma básica de la delimitación de los espacios marinos cuya principal consecuencia estriba en la inoponibilidad de cualquier delimitación unilateral. Las partes implicadas en el trazado de la frontera habrán de entablar negociaciones con la finalidad de obtener un resultado positivo, el trazado de la frontera, y en su desarrollo están obligados a conducirse de buena fe.

Según los arts. 12 del C. sobre el Mar Territorial y 6 del C. sobre la Plataforma Continental en defecto de acuerdo ningún Estado está autorizado para extender los espacios mencionados más allá de la *línea media*, cada uno de cuyos puntos es equidistante de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mide su anchura. Ahora bien, este principio de *equidistancia* no es aplicable al mar territorial ni a la plataforma continental cuando *circunstancias especiales* — o también, tratándose del mar territorial, *títulos históricos*— justifican otra delimitación. Estas excepciones al principio de *equidistancia* no se incluyen en el art. 24.3 del primero de los convenios (sobre delimitación de la *zona contigua*) probablemente por un descuido de redacción.

La normativa de Ginebra (a salvo lo dispuesto literalmente para la *zona contigua*) acaba devolviéndonos, al ser aplicada, al punto de partida, la búsqueda del acuerdo, pues cabe suponer que los Estados a los que, por su configuración geográfica, no beneficie la *equidistancia*, alegarán de inmediato *circunstancias especiales* (o *derechos históricos*). Una aplicación mecánica subsidiaria de la *equidistancia* sería, por otro lado, un acicate para que sus beneficiarios renunciasen a todo esfuerzo serio por llegar a una delimitación pactada. Así que, *en la práctica, o se delimita mediante acuerdo* (directamente o recurriendo a un tercero, juez o árbitro) o, sencillamente, *no se delimita*.

La pequeña ventaja política o psicológica que la mención de la *equidistancia* como punto de partida brindaba a los negociadores que le eran afectos se evaporó una vez que —tratándose de la delimitación de la plataforma continental— la CIJ rechazó que el art. 6 del correspondiente Convenio de Ginebra fuera declarativo de una norma consuetudinaria e, incluso, su misma virtualidad normativa, dados

los términos de su formulación y el hecho de ser susceptible de reservas (v. Cap. XI).

En opinión de la Corte (*Plataforma continental del mar del Norte*, 1969), confirmada por decisiones posteriores (*Plataforma continental*, Libia/Túnez, 1982; *Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo del Maine*, 1984; *Plataforma Continental*, Libia/Malta, 1985), y de tribunales arbitrales (*Delimitación de la plataforma continental anglofrancesa*, 1977) lo que prescribe la norma de DI general es que la delimitación se lleve a cabo por *acuerdo*, de conformidad con *principios equitativos* y teniendo en cuenta todas las *circunstancias relevantes*. No se hace la menor referencia a la equidistancia como principio o método subsidiario.

Norma general y reglas ginebrinas no tenían que conducir, por lo demás, a pesar de sus diferencias, a resultados divergentes. Como observó el tribunal arbitral en el asunto de la *Delimitación de la plataforma continental anglofrancesa*, la regla combinada *equidistancia-circunstancias especiales* ofrecía particular expresión a la norma general según la cual en defecto de acuerdo la delimitación debía ser determinada de conformidad con principios equitativos. (En el mismo sentido, CIJ, *Delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen*, 1993).

La CONVEMAR (1982) reprodujo (art. 15) la regla de Ginebra sobre la delimitación del mar territorial. La de la zona contigua se *perdió*. Pero los caballeros de la *equidistancia* (Chile, Colombia, España...) y los campeones de la *equidad* (Argentina, Nicaragua, Venezuela, Francia, Marruecos...) se enfrentaron durante la III Conferencia en torno a la regla aplicable a la plataforma continental y a la ZEE. El resultado final fueron los arts. 74 (ZEE) y 83 (plataforma continental), cuyo contenido es idéntico: la delimitación ha de hacerse mediante *acuerdo sobre la base del Derecho Internacional*, a que hace referencia el art. 38 del Estatuto de la CIJ, a fin de llegar a una *solución equitativa*.

Entre tanto, se anima a las partes a llegar a *arreglos provisionales y prácticos* y a evitar cualesquiera actos que puedan perjudicar la negociación. De no llegarse a un acuerdo en un plazo *razonable*, se prevé el recurso a los procedimientos de solución pacífica de controversias regulados en la Parte XV de la Convención.

A la postre, la Convención dejó las espadas en alto, por lo que hace a la delimitación de la plataforma continental y de la ZEE, cuando dispone que se hará por *acuerdo sobre la base del Derecho Internacional*, lo que significa un permanente retorno, caso por caso, a la identificación de tratados, normas consuetudinarias cristalizadas por la práctica estatal e interestatal y principios generales, aprovechando para ello la jurisprudencia y, como medio auxiliar, la misma doctrina científica. La Convención afirma —y es su aportación— que *hay* reglas sobre la delimitación, pero sus autores han sido incapaces de establecer cuales son.

De todos modos, la aplicación de los arts. 74 y 83 de la Convención se diferencia de la del art. 6 del C. de Ginebra sobre la Plataforma Continental sólo porque éste destacaba la *equidistancia* entre la asamblea de

circunstancias relevantes, concediendo una fuerza adicional a quien la invoca en el marco de una negociación, algo que el negociador de la delimitación de un mar territorial puede seguir haciendo. Ambas reglas, por lo demás, como ha advertido la CIJ, están íntimamente vinculadas y son Derecho consuetudinario (*Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001).

524. *El acuerdo libremente consentido: presunción de solución equitativa*

La formación del acuerdo de delimitación no está constreñida por límites estrictos. Las directrices señaladas por las normas generales (inspirarse en principios equitativos; tener en cuenta todas las circunstancias relevantes, incluida la equidistancia; buscar una solución equitativa...) son lo bastante vagas como para amparar cualquier delimitación libremente consentida. Cada delimitación —se ha observado atinadamente— es *singular*, porque viene determinada por factores no repetitivos en número, condición y concreción y no existe *tope legal* para las alegaciones de los Estados en defensa de sus posiciones (CIJ, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969).

Así, por ej., en el asunto de la *Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo del Maine* (1984) los representantes de Estados Unidos no sólo procedieron a clasificar las costas en *primarias* (las propias) y *secundarias* (las de la Nueva Escocia canadiense: una *mera protuberancia*, una aberración geográfica, se dijo), sino que llevaron a la mar la doctrina de las *fronteras naturales* (v. Cap. XXIII), al proponer como tal un canal —el noreste— que dividía las aguas del área en dos regímenes oceanográficos y ecológicos diferentes, dejando —como puede imaginarse— del lado de los proponentes las ricas pesquerías del *Georges Bank*. La Corte rechazó estos planteamientos, considerándolos subjetivos (hay *protuberancias*, desde luego, nada desdeñables) o inconvincentes e irrelevantes en el caso concreto, pero cabe apreciar la creatividad del alegato de parte.

Esto supuesto, las *circunstancias relevantes* pueden clasificarse atendiendo a múltiples criterios; pero las más señaladas son las propiamente *geográficas* (configuración y longitud de costa influyente en la delimitación; presencia, localización y características de islas, rocas, arrecifes o bajíos...), aunque el mayor peso de unas y otras en el juego dialéctico ha de variar según el espacio de cuya delimitación se trate. Así, por ej., la existencia y situación de los *canales navegables* puede ser muy importante cuando se trata de delimitar aguas interiores o mar territorial e intrascendente en la delimitación de la plataforma continental para la que, en cambio, pueden ser muy significativas las circunstancias *geológicas*, circunstancias éstas de las que, a su vez, podría prescindirse al delimitar la ZEE (CIJ, *Plataforma continental*, Libia/Malta, 1985).

La consideración de que el número y trascendencia de las circunstancias relevantes para la delimitación está condicionada por la naturaleza de los diferentes espacios hace de la adopción de una línea *única* para todos o para algunos de ellos un resultado de mera conveniencia práctica (simplicidad, certidumbre...), no una consecuencia necesaria. Una solución equitativa para la delimitación de la plataforma continental puede no serlo para la ZEE. Por eso más que de línea *única* cabe hablar de línea *coincidente* (CIJ, *Delimitación marítima*

en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen, 1993; delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein, 2001; tb. Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo de Maine, 1984).

De todos modos, el listado de circunstancias relevantes para la delimitación está siempre abierto y su ponderación se realiza libremente por los negociadores, caso por caso. La práctica convencional, la jurisprudencia internacional, los informes de las comisiones de conciliación y la doctrina científica se limitan a enriquecer el discurso negociador de los más hábiles o ilustrados.

En la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar los abanderados de la equidad lograron vender la imagen de que *todo lo que es equidistante no es equitativo*; una falacia. En realidad, la equidistancia es en numerosas situaciones —sobre todo cuando la configuración de la costa es relativamente equilibrada y, en particular, tratándose de costas enrostradas (CIJ, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969)— el método más adecuado, al menos como punto de partida, para alcanzar una solución equitativa. *Equidistancia es*, en muchos casos, *equidad* (CIJ, *Delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen*, 1993, v. *infra*)

Pero lo que interesa ahora recalcar es la presunción de que *es equitativo todo lo que ha sido libremente consentido*; es decir, que el acuerdo, como resultado de una negociación limpia, satisface por definición las exigencias de una *solución equitativa* y es, desde ese punto de vista, intocable. En todo caso, ha de descartarse que la inspiración del acuerdo en principios equitativos suponga una traba a cualesquiera métodos de delimitación previstos en una regla particular. (CIJ, *Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo del Maine*, 1984). O que pueda ampararse la nulidad o la terminación de un acuerdo de delimitación en su inequidad, apreciada *a posteriori*. Otra cosa es que una delimitación pactada que se perciba como no equitativa pueda ser sintomática de una causa de nulidad o de terminación oculta (v. Cap. XII).

525. Obstáculos para el acuerdo

Una vez que se ha puesto de manifiesto la importancia del acuerdo para la delimitación y la libertad prácticamente absoluta en que se mueven los negociadores, conviene preguntarse por los principales obstáculos que han de arrostrarse para lograrlo.

1) ¿Puede ser acaso el mal tono general de relaciones entre los ribereños interesados en la delimitación el primero de ellos? No necesariamente. Un intercambio diplomático fluido y una bonanza global de relaciones favorecen en principio la celebración de acuerdos de delimitación; pero si ésta es muy problemática vecinos que *se llevan bien* o que tratan de embarcarse en una cooperación provechosa preferirán aparcarse una cuestión que podría convertirse en una fuente de conflicto.

España y Francia, por ej., lograron concluir un acuerdo de delimitación de la plataforma continental en el golfo de Vizcaya (1974), pero se abstuvieron de seguir adelante con una negociación paralela en el golfo de León, una vez advertidas sus posiciones inconciliables. Asimismo, Colombia y Venezuela parecen haber optado por abrir un paréntesis en su agudo contencioso marítimo para no entorpecer su cooperación transfronteriza.

En sentido contrario, una mala relación general impide los ejercicios de cooperación en la zona fronteriza pero puede, por lo mismo, urgir la delimitación en beneficio de la seguridad y certidumbre sobre los espacios bajo la soberanía y jurisdicción de las partes. El acuerdo entre Cuba y Estados Unidos (1977) ofrece al respecto un ejemplo paradigmático.

2) *La controversia sobre la soberanía del espacio terrestre determinante de los espacios marinos por delimitar*, ése sí es un obstáculo formidable. Muchas de las delimitaciones pendientes (o que han acabado en los tribunales) están dominadas o, por lo menos, condicionadas por un contencioso terrestre (v., por ej., CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002). El Estado que invoca un título que cree legítimo sobre un territorio que está bajo la posesión de otro no está dispuesto a reconocer las consecuencias de ese hecho en la mar, su suelo y su subsuelo. Sería un contrasentido negociar la delimitación de espacios marinos cuando se impugna la presencia de la otra parte en el territorio terrestre desde el que se proyectan la soberanía y jurisdicción marítimas.

Puede ocurrir que el apetito sobre un territorio terrestre se haya despertado al olor de sus pertenencias marinas, reactivando un contencioso dormido. De ser así, las actitudes irredentistas tienden a convertirse en opciones estratégicas para la obtención de una delimitación de espacios marinos más favorable, que contabilice la renuncia al territorio terrestre reclamado. Desde este punto de vista cabe contemplar, entre los contenciosos resueltos, el argentino-chileno sobre las islas al sur del canal de Beagle y sus espacios marinos, hoy regulados por el tratado de 29 de noviembre de 1984, o el sostenido entre El Salvador y Honduras acerca de la soberanía sobre las islas de Meanguera y Meanguerita, en el golfo de Fonseca, reconocidas como salvadoreñas por la sentencia de la CkJ de 11 de septiembre de 1992.

Cabe también convenir un aprovechamiento de los recursos mediante fórmulas de cooperación que hagan abstracción del contencioso de soberanía terrestre pendiente y, por supuesto, de todo intento de delimitación marítima. Así, por ej., el 27 de septiembre de 1995 Argentina y Gran Bretaña suscribieron una Declaración conjunta para promover la exploración y explotación de hidrocarburos en el Atlántico suroccidental, en particular mediante la coordinación de actividades en seis zonas de tres mil kilómetros cuadrados cada una, con expresa reserva —y neutralización— de las posiciones de las Partes respecto de la soberanía sobre las Malvinas y los otros archipiélagos de la región, así como de su proyección marítima.

3) *La disconformidad con el fundamento alegado para establecer la soberanía o jurisdicción sobre espacios marinos* puede ser también un obstáculo para el acuerdo. Cabe que un Estado, admitiendo que determinado territorio terrestre pertenece a otro, rechace que de ello se deduzcan los derechos en la mar que la otra parte pretende. Así la calificación de un territorio insular como *isla* o como *roca* o la apreciación de que una *roca* es, en realidad, un *bajío* (v. *supra*), es relevante a efectos de delimitación. La controversia sobre esta cuestión previa puede ser interminable.

Así, en el asunto de la delimitación de la plataforma continental anglo-francesa (1977), las partes debatieron la condición de Eddystone Rock atendiendo a que, según Francia, la roca es cubierta por las aguas en condiciones extremas de pleamar. Pero ha sido en el asunto de la *Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (2001) donde la decisión sobre la condición (isla o bajío) de determinados accidentes geográficos (Fasht Al Zam, Qit'at Jaradah, Fast ad Dibal) ha sido determinante. Al rechazarse que los bajíos sean susceptibles de ocupación y, por lo tanto, objeto de una controversia sobre el mejor fundamento de soberanía territorial, cabe prescindir de ellos en el trazado de una divisoria cuando por estar en el área de yuxtaposición de las encontradas pretensiones de las partes ambas podrían reivindicar el derecho a utilizarlos en el trazado de sus líneas de base. La Corte, tras considerar que los puntos mencionados eran bajíos los atribuyó a Qatar al quedar de lado qatari de la divisoria trazada sin tenerlos en cuenta.

También puede ocurrir que un Estado reclame espacios marinos sin contar para ello con la adecuada cobertura terrestre.

En cierto modo ese ha sido el caso de la pretensión hondureña de salida al océano Pacífico desde el *cul-de-sac* del golfo de Fonseca. El efecto de las islas salvadoreñas del golfo y la angostura de su boca, de menos de veinte millas de anchura, dominada por las costas de El Salvador y Nicaragua, deberían haber sido un muro insalvable para la proyección oceánica de Honduras conforme al principio elemental, tantas veces consagrado por la jurisprudencia, de que *la tierra domina al mar*. Pero Honduras ha tenido la suerte de encontrarse en la CIJ con una Sala dispuesta (1992) a endosar la tesis de que la línea de cierre de una bahía histórica en régimen de condominio —cual el golfo de Fonseca— sirve de base para la proyección más allá de los derechos de los condóminos, ya cada uno por su cuenta, según una delimitación —pendiente— en la que la línea de base de Honduras no puede apoyar en punto alguno de su territorio terrestre una proyección oceánica de diseño, en todo caso, *periscópico*. En las antípodas de la doctrina de la *costa seca*, sostenida en ocasiones para negar al ribereño vecino toda proyección sobre la mar adyacente, la Corte patrocina la doctrina de la *costa a distancia*...

4) Otra serie de obstáculos nace de las dificultades que plantea la misma delimitación en diferentes planos, como:

a) *La fijación del contexto geográfico influyente*. La delimitación se verifica en un contexto geográfico determinado cuyas circunstancias, una vez establecido, serán relevantes, esto es, tenidas en cuenta para la delimitación (así, la configuración o la longitud de costa). De ahí que, sopesando las consecuencias, las partes discrepen con frecuencia en la determinación de un contexto que, por otro lado, *como se ha observado con razón*, se aprecia de manera distinta según la escala de los mapas que sirven de referencia.

A título de ejemplo cabe recordar como en el asunto de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* Honduras propuso incluir en el contexto geográfico relevante a efectos de delimitación cerca de setenta millas de costa salvadoreña fuera del golfo de Fonseca. De esta manera la pretensión hondureña con base en la proyección del golfo sobre el océano quedaría disimulada por el volumen total de los espacios disfrutados por El Salvador como consecuencia de su fachada litoral directa al Pacífico.

b) *La ponderación de las circunstancias relevantes a efectos de trazado*. Conformes en tener en cuenta la configuración de la costa en un contexto geográfico convenido, la forma y dirección en que la frontera terrestre alcanza la mar, o la vinculación entre una población y los aprovechamientos marinos... ¿cómo cuantificar su peso relativo? Suponiendo el acuerdo sobre la calificación de un territorio como isla, roca, bajío o arrecife, ¿qué valor hemos de darle en la

concreta delimitación que está sobre la mesa de los negociadores? No es lo mismo delimitar una isla respecto de otra isla que respecto de un litoral continental, o dos litorales continentales con un isla interpuesta, en el lado *bueno* (más cerca del litoral propio) o en el lado *equivocado* (más cerca del litoral ajeno). Pactar el listado de las señas de identidad a las que ha de conformarse la delimitación es, pues, un paso necesario; pero no basta. Avanzar más allá requiere, sin embargo, una acomodación de intereses no siempre al alcance de los negociadores.

En general, la práctica revela la mejor disposición de éstos a ponderar las circunstancias socioeconómicas en la delimitación. Árbitros y jueces, por el contrario, suelen concederles menos trascendencia y entienden el resultado equitativo de una delimitación vinculado sobre todo a las circunstancias geográficas, muy en particular, a la relación que el área marítima atribuida a las partes ha de guardar con la longitud de su costa en el contexto geográfico influyente, una vez desbrozada de elementos distorsionantes (cabos, escotaduras...); se trata del denominado principio de la *fachada* o *frente costero*, resultante de unir mediante líneas de base rectas los puntos extremos del litoral de una parte dentro de dicho contexto.

La equidad no impone un reparto proporcional de los espacios marinos en juego atendiendo a esta relación, eventualmente corregida por otras circunstancias relevantes, y menos aún que la proporción entre longitud de costa y área marítima sea exacta o muy aproximada; pero se entiende que sería inequitativo que países vecinos con longitudes de costa dispares se beneficiasen de áreas marítimas similares.

Así, por ej., en el caso de la *Delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen* (1993) la relación de costas —nueve a uno— se tradujo en una relación de áreas marítimas de tres a uno.

Esta tendencia —ya desde los tiempos del asunto de la delimitación de la *Plataforma continental del mar del Norte* (1969)— a la *proporcionalidad* como test del resultado equitativo en la delimitación de espacios marinos adquiere gran significación cuando están presentes formaciones insulares. Las islas no son discriminadas en cuanto tales, pero si son de tamaño reducido y/o se encuentran frente a masas continentales de mayor entidad en el contexto geográfico influyente, sería vano —en términos de la equidad perseguida— pretender una línea de equidistancia.

Aun así, como refleja el caso de *Jan Mayen*, suelen ser muy favorecidas. La práctica demuestra una amplia disposición a reconocer pleno efecto a la fachada oceánica de las islas, reduciéndolo sólo cuando la fachada insular choca con la continental de otro Estado (caso, por ej., de las Antillas holandesas respecto de Venezuela, o de Saint Pierre y Miquelon, respecto de Canadá). En estos casos, un Estado con litoral continental contiguo o enrostrado con el de otro y con una isla en el lado *equivocado* debería cifrar su *desideratum* en evitar el enclavamiento completo de los espacios marinos de su isla.

c) *El empleo de las líneas de base y sus puntos de apoyo*. Las discrepancias pueden versar sobre los criterios para establecer la línea de la bajamar; la procedencia y aplicación del método de líneas de base rectas, sea por su longitud, por su dirección (separándose de la general de la costa) o por los puntos de apoyo escogidos (bajíos más allá del mar territorial, puntos de apoyo acuáticos o en territorio extranjero...); la

pertinencia del cierre de bahías y deltas; la procedencia y aplicación del principio archipelágico... De ahí que pueda decirse que cuando las partes se ponen de acuerdo para, por ej., trazar una línea de equidistancia, los problemas apenas están comenzando, porque la equidistancia necesita referencias y los negociadores pueden descubrir, a su pesar, que en esto los separa un profundo desacuerdo. Salvarlo requiere una cierta imaginación, sentido práctico y mucha voluntad política.

Cuando Cuba y México negociaron la delimitación en el golfo de México tropezaron con el hecho de que la primera, a diferencia del segundo, se había servido exhaustivamente del método de líneas de base rectas. La solución a la que se llegó (canje de notas de 26 de julio de 1976) fue aplicar la equidistancia ignorando las líneas de base rectas cubanas, pero dando pleno efecto a todas las islas y cayos de las partes. Al año siguiente Cuba y Estados Unidos alcanzaron también un acuerdo mediante un procedimiento diferente: trazaron una mediana entre dos líneas de equidistancia hipotéticas, una que tomaba como base la línea de bajamar, ignorando las líneas de base rectas cubanas, y otra que partía de ellas... y de las líneas de la misma especie *construidas* al efecto por Estados Unidos en el sur de Florida...

d) *Los sistemas de proyección cartográfica.* La negociación exige utilizar cartas iguales, calculadas sobre un *datum* vertical y horizontal común. Diferencias en los sistemas de proyección cartográfica, en la determinación de coordenadas, en la base de los datos empleados, en las escalas, pueden acabar induciendo a error y modificando seriamente la delimitación aparentemente pactada. Ponerse de acuerdo sobre estos puntos es, pues, esencial. De hecho, los acuerdos de delimitación suelen incluir una relación de coordenadas —que dan fe— así como mapas que, tan sólo, las ilustran.

5) *La coherencia de comportamiento en los diferentes escenarios costeros de un Estado* puede plantearle un problema en la negociación. Las mismas circunstancias relevantes para la delimitación que lo favorecen en una región pueden perjudicarlo en otra. Tal vez merezca la pena quemar un bosque para salvar un solo árbol, si es el de la vida; pero no debiera hacerse inadvertidamente.

Piénsese, por ej., en la complicada situación de Honduras, geográficamente desaventajada en el Pacífico y en posición dominante sobre Guatemala en el Caribe. Cabe suponer que al hilvanar la argumentación de sus derechos oceánicos Honduras habrá sabido guardar sus intereses caribeños. En éste y en otros mares no faltan las diplomacias urgidas por la necesidad de justificar a un tiempo la desmaterialización jurídica de las islas extranjeras que orlan su horizonte y el más privilegiado estatuto para sus más alejados cayos...

526. *El acuerdo imposible: la controversia y su solución*

Si no hay delimitación sin acuerdo y los negociadores fracasan habrá que aceptar la existencia de una controversia para cuya solución una de dos: o se recupera, antes o después, la senda de la negociación, en su caso con ayudas exteriores (buenos oficios, mediación, conciliación), o se recurre a la decisión obligatoria de un tercero (árbitro o juez).

La Convención cuenta en su Parte XV con un amplio repertorio de medios de arreglo; pero las controversias sobre delimitación figuran —y no por casualidad—

entre las que un Estado puede excluir de los medios jurisdiccionales, de manera que la conciliación es la fórmula más avanzada con la que, con carácter general, podría contarse (art. 298.1.a y Anexo V, secc. 2^a). Además, la Convención excluye directamente la cobertura de todos sus medios de arreglo para las controversias originadas con anterioridad a su entrada en vigor (el 16 de noviembre de 1994, para los contratantes en esa fecha) y los medios de arreglo arbitral y judicial para las controversias sobre delimitación marítima que entrañen el examen de contenidos terrestres

Entregada a la prudencia de las partes la suerte de la controversia, no faltan los casos en que una hábil mediación (como la papal, con posterioridad al laudo de 1977, en el asunto del *Beagle*) o una conciliación (como la habida en el caso de la *delimitación de la frontera marítima entre Islandia y Noruega*, 1981) permiten desandar los pasos perdidos en pos del acuerdo. Pero también cabe que en ejercicio de su soberanía las partes atribuyan competencia a jueces o a árbitros, por cualquiera de los caminos que permiten fundamentarla al margen de las previsiones de la CONVEMAR (v. Cap. XVIII), buscando un pronunciamiento que: 1) haga las veces del acuerdo de delimitación; 2) fije el marco necesario —los principios— de dicho acuerdo; ó 3) resuelva los puntos aún polémicos del trazado de una línea por lo demás ya convenida.

Se ha sostenido (así, por ej., por el juez Oda, *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 1998, exc. prel.) que sólo cabe acudir a la CIJ mediante *compromiso* cuando se solicita de la Corte una delimitación marítima en defecto de acuerdo, porque en este caso no cabe hablar de una controversia de naturaleza jurídica, sino política. Esa no ha sido, sin embargo, la posición de la Corte (v. *Delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen*, 1993). La Corte ha aceptado incluso su competencia en supuestos de demanda unilateral, como la planteada por Camerún en la que la solicitud de delimitación más allá de un determinado punto (el punto G) se hacía “a fin de evitar el surgimiento de una controversia” (*Frontera terrestre y marítima...*, v. op. ind. Higgins, Kooijmans).

De esta manera, los órganos judiciales y arbitrales no sólo han coadyuvado a solventar pacíficamente particulares controversias de delimitación, sino que con sus decisiones, a pesar del análisis típicamente *situacional* que requieren estos casos, ajeno a la creación de jurisprudencia, han acumulado un bagaje doctrinal dispuesto a iluminar, racionalizar y enriquecer la negociación de los acuerdos de delimitación por venir.

El examen de la práctica internacional y de la jurisprudencia revela que, una vez fijada las costas relevantes para establecer los puntos de base (cuya influencia es decisiva) la operación de delimitación arranca de la línea de equidistancia como divisoria provisional, sometiénola al contraste de las circunstancias que se estimen pertinentes (a las que ya hemos hecho referencia) para confirmarla o corregirla atendiendo al resultado equitativo que se pretende (v., por ej., CIJ, *Plataforma continental*, Libia/Malta, 1985; *Delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen*, 1993; *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002). Como advierte la Corte en este último caso, delimitar

con el afán de alcanzar un resultado equitativo no equivale a delimitar *en equidad*. La configuración geográfica es un dato, un hecho sobre la base del cual se hace la delimitación.

De ahí que cuando un Estado alberga pretensiones desmesuradas que, fracasadas en la negociación, es muy improbable puedan ser satisfechas por los tribunales aplicando la norma general sobre delimitación, su primera maniobra consiste en afirmar que la divisoria *ya existe*, porque la línea que propone (y colma sus deseos) responde a una práctica consentida por las partes, un acuerdo tácito en su caso.

Los límites de las concesiones para la exploración y explotación petroleras han sido uno de los puntos invocados a este respecto. La CIJ no ha descartado que de la práctica petrolera pueda deducirse un acuerdo de las partes sobre la delimitación, pero nunca hasta ahora ha concedido la existencia de una divisoria basada en la conducta de las partes al otorgar concesiones petroleras. En sí misma, ha observado la Corte, la práctica petrolera no es una circunstancia pertinente para modificar la línea de equidistancia (*Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002; tb. *Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo de Maine*, 1984, *Plataforma continental*, Libia/Malta, 1985. Sobre una apreciación limitada de la práctica de las concesiones petroleras en la delimitación marítima, s. arbitral en *Soberanía territorial y alcance de la disputa y delimitación marítima entre Eritrea y Yemen*, 1999).

527. ¿“*Uti possidetis iuris*” en la delimitación marítima?

Así se dijo en la sentencia arbitral concerniente a la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau y Senegal* (1989) al decidir la validez y oponibilidad a las partes del acuerdo de delimitación de fronteras marítimas concluido en 1960 entre Portugal y Francia, potencias coloniales.

La decisión adoptada por mayoría (J. Barberis y A. Gros) fue objetada fuertemente por el tercer miembro del tribunal (M. Bedjaoui) argumentando *inter alia* que el *uti possidetis iuris* es un principio válido para la adjudicación de territorios susceptibles de *soberanía*, condición de la que carecen, más allá del mar territorial, los espacios marinos sometidos sólo a la *jurisdicción* de los ribereños. Con independencia del buen juicio que revela esta opinión, ha de señalarse que la prédica del *uti possidetis iuris* en este caso tiene que ver, realmente, con la regla de la sucesión en tratados constitutivos de *regímenes territoriales objetivos* (v. Caps. II, XII, XXIII).

Por razones históricas ya expuestas —la relativa novedad del proceso de expansión de la soberanía y jurisdicción de los ribereños sobre la mar y su posterioridad, en términos generales, respecto del proceso de descolonización— la delimitación marítima entre potencias coloniales ofrece una práctica bien escasa.

En el asunto de la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau* (1985) el tribunal arbitral concluyó que la Convención (1886) relativa a la delimitación de las posesiones francesas y portuguesas en el África Occidental, que obligaba como sucesores a Guinea y a Guinea-Bissau, delimitaba sólo espacios terrestres, no marítimos.

En el asunto de la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau y Senegal*, 1989) el tribunal arbitral entendió que el acuerdo de 1960 entre Francia y Portugal delimitando espacios marinos no podía ser aplicable a espacios que no

existían cuando se produjo el acuerdo, caso de la zona exclusiva de pesca y de la ZEE. Era un principio jurídico bien establecido, dijo el tribunal, que un hecho jurídico debe apreciarse a la luz del Derecho en vigor en el momento de producirse.

Aunque la cláusula *rebus sic stantibus* no es aplicable a los tratados que establecen una frontera (art. 62.2.a, de la CV sobre Derecho de los Tratados, 1969, v. Cap. XII) y la misma CONVEMAR (arts. 74.4 y 83.4) deja expresamente a salvo las delimitaciones pactadas antes de su entrada en vigor, un Estado nuevo podría armar un brillante alegato de parte contra la subsistencia de un acuerdo incompatible con una norma de *ius cogens* al hilo de los perjuicios que la delimitación colonial supone para las legítimas expectativas levantadas por el principio de soberanía sobre sus recursos naturales (reafirmado con carácter general por la misma CV sobre sucesión de Estados en materia de tratados, 1978, art. 13).

Por la misma razón es difícil imaginar en perspectiva histórica —no en la de futuro— un *uti possidetis iuris* de los espacios marinos inexistentes en la fecha crítica en que se produjo el nacimiento de nuevos Estados procedentes del mismo soberano. Desde luego sería artificioso hablar de un *uti possidetis iuris* marítimo en América Latina. No se debe sorprender la voluntad de los Borbones introduciendo en sus reales cédulas conceptos contemporáneos.

En el asunto del canal de Beagle, Argentina sostuvo sin éxito que el principio oceánico, conforme al cual correspondían exclusivamente al sucesor del Virreinato de La Plata todos los espacios marítimos del Atlántico, respondía al *uti possidetis iuris* de 1810, fecha de emancipación de la América del Sur continental de la Corona de España. Asimismo, se ha querido ver en la sentencia de 9 de marzo de 1917, de la Corte de Justicia Centroamericana, relativa al golfo de Fonseca, expresión del *uti possidetis iuris* de 1821, fecha emancipadora de la América Central, y de 1839, año en que se descompone la Federación inicialmente constituida. Pero debe recordarse que esta Corte razona en términos de condominio. Aún hoy, la afirmación de la soberanía de Venezuela sobre la totalidad de las aguas del golfo epónimo que también baña algo más de treinta kilómetros de costa colombiana, podría apoyarse dialécticamente en la jurisdicción marítima exclusiva ejercida por la Capitanía General de Caracas del Orinoco a Río Hacha en el período colonial.

528. Los trifinios marítimos

La situación de *trifinio*, o *punto triple* de delimitación por la concurrencia o solapamiento de las pretensiones de más de dos Estados, prácticamente desconocida en el pasado, es frecuente en los mares cerrados. En el Caribe los trifinios no son menos de cuarenta y hasta se descubren puntos cuádruples (por ej., Venezuela-República Dominicana-Puerto Rico-Antillas holandesas).

Ante un problema como el del *trifinio* es lógico plantearse la idoneidad del enfoque bilateral de la delimitación, expresamente asumido por las reglas de los convenios ginebrinos y aún por el art. 15 (mar territorial) de la CONVEMAR, y que ha primado en la práctica.

Los acuerdos bilaterales de delimitación pueden adoptar una de estas posturas ante el *trifinio*: 1) abstenerse de pactar una divisoria en el área próxima al punto potencial de concurrencia de soberanía o jurisdicción con un tercero; 2) remitir el punto triple a un acuerdo posterior con un tercero; ó 3) convenir la divisoria entre las partes en toda su extensión, ignorando los derechos y expectativas del tercero.

Las dos primeras posturas, respetuosas de la tercería, dejan incompleta la divisoria en tanto las partes no pactan con el tercero; en cuanto a la última, sólo es de recibo en el caso de que contemos con dos o tres acuerdos bilaterales (A-B, A-C, B-C) coincidentes en los puntos terminales. De no ser así, puede ocurrir: 1) que las partes en esos acuerdos consientan divisorias incompatibles entre sí, originando supuestos de responsabilidad internacional ante la imposibilidad de respetar al mismo tiempo compromisos contradictorios, ó 2) que una al menos de las partes, si no ambas, estén tejiendo mediante acuerdos bilaterales una política dirigida a *predeterminar* la delimitación pendiente con un tercero.

Un acuerdo válido y vinculante entre las partes puede ser, considerado desde el punto de vista de los intereses legítimos de un tercero, contrario a las reglas que rigen la delimitación de la plataforma continental (CIJ, *Controversia fronteriza, Burkina Fasso/ y Malí*, 1986). Tales acuerdos son —*res inter alios acta*— inoponibles a éste, desde luego (CIJ, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969); pero políticamente levantar sus consecuencias es tarea difícil y engorrosa. De ahí que quepa preguntarse si no procede en estos casos, bien alegar los principios de soberanía, integridad territorial e igualdad soberana, como componentes que son del *ius cogens*, para proponer la nulidad de tales acuerdos cuando, una vez conocidos, son protestados por el tercero, bien construir el *trifinio* acordado bilateralmente como una oferta al tercero que se convierte en pacto sólo cuando éste lo acepta.

Estas reflexiones han de ser compartidas por jueces y árbitros cuando dos Estados les someten una delimitación que afecta intereses legítimos de un tercero pues, a pesar del efecto relativo de la sentencia—y, por tanto, de su inoponibilidad a quien no es parte en el procedimiento— es discutible que una concepción adecuada de la administración de justicia aconseje responder al mandato de las partes en el compromiso, ausente el tercero. No se trata sólo de concebir la tercería como moduladora de una circunstancia relevante en la delimitación, sino de abstenerse de ésta cuando los intereses del tercero pueden acabar de hecho perjudicados.

En los asuntos de la delimitación de la *Plataforma continental* de Libia con Túnez (1982) y con Malta (1985) la CIJ, o se abstuvo de fijar un punto terminal, limitándose a indicar una dirección mediante una flecha, o circunscribió la delimitación a áreas sobre las que no había reclamaciones de terceros.

En la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (1992) la afirmación implícita del condominio del Golfo sofocó los problemas de delimitación; en cuanto a la delimitación de espacios marinos más allá de la boca del Golfo, solicitada por Honduras, la Sala entendió que el compromiso hondureño-salvadoreño no le confería jurisdicción al respecto. No obstante, el juez S. Torres Bernárdez sostuvo que, aun admitida la jurisdicción, la Sala no podría proceder a delimitación alguna, dentro o fuera del Golfo, por la simple razón de que eso equivaldría a delimitar espacios marinos donde la sentencia reconoce a Nicaragua el disfrute y ejercicio de derechos. La misma Sala es consciente de ello cuando advierte que una eventual delimitación de espacios dentro o fuera del Golfo habrá de contar con el acuerdo de los tres ribereños.

En el asunto de la *Delimitación marítima y otras cuestiones entre Qatar y Bahrein* (2001) la Corte se abstuvo de fijar los trifinios con Arabia Saudí y con Irán. Asimismo, en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002) la Corte señaló la línea divisoria sin fijar su punto extremo. A fin de no invadir derechos de Guinea Ecuatorial la línea se detuvo al norte de la mediana entre la isla guineana de Bioko y el continente.

529. Delimitación de los espacios marinos de España

En términos generales, la legislación española (Ley del Mar Territorial, art. 4, Ley sobre la ZEE, art. 2) fija la delimitación de estos espacios con los países vecinos por *equidistancia* desde los puntos más próximos a partir de los cuales, *de conformidad con el Derecho Internacional*, se mide el mar territorial del Estado, *salvo mutuo acuerdo en contrario*.

A pesar de los estímulos legales a la negociación de acuerdos la realidad positiva es, por ahora, muy pobre. Existen acuerdos:

1) *Con Francia en el golfo de Vizcaya*: divisorias de aguas interiores en la bahía de Hguer (declaración de 1879 y convenio de 1959), mar territorial y plataforma continental (convenios de 1974); 2) *Con Portugal en la región del río Miño*: divisoria de mar territorial por prolongación del paralelo en que termina la frontera fluvial (tratado de comercio y navegación, 1893); 3) *Con Italia*: divisoria de la plataforma continental conforme al criterio de equidistancia en superficie a partir de las costas de Menorca y de Cerdeña (convenio de 1974), divisoria objetada tanto por Francia como por Argelia, a pesar de la indefinición en que las partes han dejado los extremos norte y sur de la línea.

El hecho de que la acción diplomática haya sido (parcialmente) infructuosa (Francia, Portugal) o se haya diferido (Argelia, Marruecos) en los últimos treinta años se debe a factores muy diversos, entre los que cabe citar:

1) La reivindicación marroquí de las plazas (Ceuta y Melilla), peñones (Vélez de la Gomera y Alhucemas) e islas (Chafarinas) de soberanía española en el norte de África, que ha sido acompañada de la adopción unilateral por Marruecos de un conjunto de líneas de base rectas para la mensuración de sus espacios marinos que utilizan territorio español como punto de apoyo y provocan su parcial enclavamiento en aguas interiores del país vecino (Dahir de 21 de julio de 1975), lo que ha sido objeto de la correspondiente protesta diplomática (nota del 5 de febrero de 1976).

2) La ambigüedad de la titularidad de derechos en la costa sahariana, actualmente bajo administración marroquí, en tanto no se celebre el referéndum de autodeterminación del territorio.

3) La pretensión (Francia en el golfo de León, Argelia, Marruecos) de apartarse de la equidistancia en superficie como método de base en la delimitación de la plataforma continental y de la ZEE y/o reducir, en algunos casos hasta casi la desmaterialización, la proyección marítima de los archipiélagos e islas españolas (Baleares, Canarias, Alborán).

4) La exigencia de Portugal de una divisoria en el Atlántico que tome como referencia las *rocas Salvajes*, portuguesas, a medio camino entre Madeira y Canarias, para trazar una línea de equidistancia entre ambos archipiélagos (Decreto portugués 119/78; nota de protesta española de 18 de agosto del mismo año).

5) La aspiración de Francia en el golfo de Vizcaya (v. Decreto francés 77/119, protestado por España, nota de 2 de marzo de 1977), a aplicar a la ZEE la divisoria pactada para la plataforma continental, que le es muy favorable.

La convicción de que no se podía avanzar sin grandes concesiones, el deseo de conservar relaciones de buena vecindad y evitar en todo caso nuevos focos de tensión y la transferencia a la CE de las competencias estatales sobre los recursos vivos y no vivos de la plataforma continental y de la ZEE, así como de toda la política pesquera (v. *supra*), redujeron el interés por afrontar una negociación conflictiva, fiando todos en que un comportamiento prudente aliviaría los riesgos de la indefinición de jurisdicción en las áreas grises.

CXX. ESPACIOS MARINOS MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS

530. *La alta mar*

El Convenio de Ginebra de 1958 sobre *alta mar* la define como aquella parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de ningún Estado (art. 1). El ámbito espacial de la alta mar se ha visto sin embargo reducido tras la consagración consuetudinaria de las *aguas archipelágicas* y de la ZEE, sin perjuicio de que en este último espacio —lo mismo que en la plataforma continental— resulten de aplicación supletoria algunas de sus reglas (C. de 1982, arts. 58.2 y 86).

El régimen jurídico de la *alta mar* está presidido por el principio de *libertad*. Es heredero de la, ahora disminuida, *libertad de los mares*, a los que la doctrina clásica consideraba *res communis*. El Convenio sobre alta mar (1958) y la CONVEMAR (1982) disponen a este respecto que la *alta mar* está abierta a todos los Estados, ya sean ribereños o sin litoral. Dicha libertad comprende, a tenor del art. 2 del Convenio de 1958: 1) la libertad de navegación; 2) la libertad de sobrevuelo; 3) la libertad de pesca; 4) la libertad de tendido de cables y tuberías submarinas. El art. 87 de la Convención de 1982 añade: 5) la libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el DI; y 6) la libertad de investigación científica marina. La enumeración tiene carácter meramente ejemplificativo. Sin embargo, la libertad de la alta mar no alcanza en todo caso a: 1) la exploración y explotación de los recursos situados en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo; 2) las transmisiones no autorizadas; y 3) las pruebas o ensayos nucleares (v. *infra*).

En los párrafos que siguen dedicaremos especial atención, en epígrafes separados, a las libertades de navegación y pesca, así como al ejercicio de jurisdicción sobre los buques.

Sobre las demás cabe decir que la libertad de sobrevuelo es prácticamente absoluta. El tendido de cables y tuberías submarinas cuenta con algunas reglas relativas a su conservación y la obligación de los Estados de contar con leyes sobre la responsabilidad por los daños causados por buques de su pabellón o personas bajo su jurisdicción (C. de Ginebra, arts. 26-29; C. de 1982, arts. 112-115). A la construcción de islas artificiales u otras instalaciones es de aplicación el régimen establecido para la ZEE y la plataforma continental (v. *supra*). En cuanto a la investigación científica, la Convención de 1982 proclama la *libertad* no sólo en favor de todos los Estados sino también de las OI competentes, ofreciendo una regulación detallada en su Parte XIII (arts. 238 ss.). Dicha regulación presenta algunos signos evidentes de *socialización*. Los Estados y Organizaciones quedan sometidos a una obligación de comportamiento relativa al fomento de la investigación y de la cooperación internacional en este ámbito, debiendo, por otra parte facilitar información sobre sus principales programas y objetivos, promover la difusión de datos e información científicos, transmitir los conocimientos resultantes de su investigación, especialmente a los países en desarrollo, y colaborar con éstos en el fortalecimiento de su capacidad autónoma de investigación.

531. Libertad de navegación y jurisdicción sobre los buques en alta mar

La libertad de navegación, si bien presenta un alcance general, exige que el Estado del pabellón ejerza de manera efectiva su jurisdicción y control sobre los buques (C. de 1958, art. 5.1; C. de 1982, art. 94.1).

El artículo 94.2 de la Convención de 1982 dispone, en particular, que todo Estado debe: a) mantener un registro de buques en el que figuren los nombres y características de los que enarbolan su pabellón; y b) ejercer su jurisdicción sobre ellos y sobre la tripulación, respecto de cuestiones administrativas, técnicas y sociales. Además, el núm. 3 del citado artículo (v. igualmente C. de 1958, art. 10) añade que todo Estado debe tomar, en relación con los buques de su bandera, las medidas necesarias para garantizar la seguridad en el mar en lo que respecta, entre otras cuestiones, a: a) la construcción, el equipo y las condiciones de navegabilidad de los buques; b) la dotación de los buques, las condiciones de trabajo y la capacitación de las tripulaciones; y c) la utilización de señales, el mantenimiento de comunicaciones y la prevención de abordajes. Al tomar las medidas anteriores el Estado (art. 94.5) deberá actuar de conformidad con los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptadas, y hará lo necesario para asegurar su observancia. Esta disposición obliga a tener en cuenta el importante entramado convencional existente en la materia, elaborado fundamentalmente en el marco de la OMI. Baste con citar el Convenio (1972) sobre seguridad de la vida en la mar (SOLAS), y su Protocolo (1978), o el Convenio (1972) para prevenir los abordajes (COLREG), tratados que han sido objeto de sucesivas enmiendas.

Corresponde al Estado del pabellón, a través de sus buques de guerra y aeronaves militares, llevar a cabo una labor de vigilancia de las actividades de su flota en alta mar, mediante actos de reconocimiento, visita, inspección, persecución y apresamiento, así como asegurar su protección.

Cabe preguntarse si la libertad de navegación incluye el derecho de los buques de guerra a realizar maniobras militares. No parece que quepa negar tal derecho argumentando que el art. 88 de la Convención de 1982 dispone que la alta mar ha de utilizarse exclusivamente con fines pacíficos. Sostener lo contrario obligaría *a fortiori* a ilegalizar la fuerza naval en alta mar, lo que es absurdo. Si encontramos, sin embargo, un límite material a la realización de tales actividades en el art. 87.2 de la Convención de 1982 (C. de Ginebra, art. 2) al disponer que las libertades ejercidas por los Estados en alta mar deberán tener en cuenta los intereses de otros Estados en su ejercicio de esas mismas libertades. Consecuentemente no parecen admisibles algunas prácticas, tales como la creación de *zonas de maniobra* o, en situaciones de crisis o de conflicto armado, *zonas de exclusión* a la navegación de los buques de terceros Estados, como la *zona de exclusión* de doscientas millas establecida en 1982 por Gran Bretaña alrededor de las islas Malvinas, luego reducida, en 1983, a una *zona de protección* de ciento cincuenta millas.

Cuestión distinta es la que plantean los ensayos nucleares. El Tratado de Moscú sobre prohibición parcial de los ensayos nucleares (1963) del que actualmente son partes más de cien Estados, dispone la obligación de abstenerse de realizar y de impedir cualquier tipo de explosión nuclear en diversos espacios, entre los que se encuentra la alta mar. Esta prohibición refleja una norma internacional de alcance general. La cuestión fue suscitada ante la CIJ (*Ensayos nucleares*, 1974) por demandas de Australia y Nueva Zelanda contra Francia por sus pruebas nucleares atmosféricas en territorios del Pacífico sur, principalmente en el atolón de Mururoa. La Corte, sin embargo, no entró en el fondo de la cuestión, al constatar que la *litis* había perdido su objeto como consecuencia de las declaraciones formuladas entretanto por Francia asumiendo la obligación de cesar dichos experimentos nucleares (v. Cap. VII). Casi veinte años después, en 1995, Nueva Zelanda presentó otra demanda contra Francia ante el anuncio de nuevas pruebas nucleares, ésta vez subterráneas, en los atolones de Mururoa y Fangataufu. Nueva Zelanda basó su reclamación en la propia sentencia de 1974, cuyo párrafo 63 dispuso que en el caso de que Francia no cumpliera con la obligación contraída de cesar las pruebas nucleares el demandante podría solicitar el examen de la situación por la Corte, de conformidad con las disposiciones de su Estatuto. La CIJ declaró la acción inadmisibile (O. de 22 de septiembre de 1995) por ser las

pruebas nucleares anunciadas de carácter subterráneo, siendo así que la sentencia de 1974 se refería únicamente a pruebas atmosféricas. No obstante, tras la realización de las referidas pruebas subterráneas en un marco de fuerte contestación internacional, Francia se manifestó a favor de la prohibición total de estas pruebas (v. Cap. XXVIII). También cabe mencionar el Tratado por el que se prohíbe el emplazamiento de armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos oceánicos y su subsuelo (1971).

Los Estados están obligados, por otro lado, a *asegurar la asistencia en la mar*. Así, tanto el Convenio de Ginebra (art. 12) como la Convención de 1982 (art. 98) disponen que el Estado debe exigir al capitán de todo buque que enarbole su pabellón, siempre que no corran grave peligro el buque, su tripulación o los pasajeros, que: a) preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer; b) se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro; y c) preste auxilio en caso de abordaje al otro buque, su tripulación y pasajeros, comunicándole, si posible, el nombre de su buque, su puerto de registro y su próxima escala.

Dichos convenios disponen, por otra parte, que los Estados ribereños fomentarán la creación y el funcionamiento de servicios de búsqueda y salvamento y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperarán a tal efecto con los Estados vecinos.

En España, el servicio público de salvamento se presta por la Administración del Estado y las Administraciones autonómicas. La Ley 27/1992, sobre puertos del Estado y marina mercante, prevé la aprobación de un Plan nacional que coordinará los medios de las distintas Administraciones públicas. Por otra parte, la Ley configura como *infracción muy grave* las acciones u omisiones del capitán o de los miembros de la dotación del buque que supongan la no prestación o denegación de auxilio a las personas o buques, cuando el mismo sea solicitado o se presuma, y como infracción grave la omisión injustificada por el capitán..., en caso de abordaje, de dar información referente al nombre y puerto de matrícula del buque que se halla bajo su mando, lugar de procedencia y destino (arts. 115-116).

El *principio de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón sobre el buque en la alta mar*, que ya había sido reconocido por la CPJI (*Lotus*, 1927), es proclamado tanto por el Convenio de Ginebra (1958, art. 6) como por la CONVEMAR (1982, art. 92). El principio debe entenderse no sólo en sentido negativo —la exclusión del ejercicio de jurisdicción por otros Estados— sino igualmente, como hemos visto, en sentido positivo.

Se entiende por ello que se exija que los buques naveguen bajo el pabellón de un solo Estado, prohibiéndose el cambio de pabellón en el transcurso de un viaje o durante una escala, excepto en el caso de transferencia efectiva de la propiedad o de cambio de registro.

Corresponde a la legislación de cada Estado determinar las reglas que autorizan a un buque enarbolar su pabellón o bandera (TPA, asunto *Boutres de Mascate*, 1905).

Para sortear las obligaciones fiscales, laborales y operativas establecidas en la legislación nacional, los armadores tienden con cierta frecuencia a registrar sus buques —previa constitución, en su caso, de una sociedad— en los países menos exigentes, dando lugar a la aparición de los llamados “pabellones de complacencia”. Algunos países en desarrollo, como Bahamas, Belice o Panamá, son conocidos por las condiciones particularmente ventajosas que ofrecen a los armadores, condiciones generadoras de situaciones de auténtico *dumping* gracias a las cuales han conseguido que sus flotas figuren entre las primeras del mundo.

El Convenio de Ginebra (art. 5.1) y la Convención de 1982 (art. 91.1) han tratado de combatir esta abusiva realidad exigiendo que exista una relación auténtica, en el sentido de vínculo sustancial, entre el Estado y el buque, concepto que la Convención de NU sobre las condiciones de registro de los buques (1986) ha desarrollado, si bien con criterios demasiado flexibles, al contentarse con exigir una participación de los nacionales en la propiedad y administración del buque y que una parte adecuada de sus oficiales y tripulación sean nacionales o residentes en el Estado de matrícula. Así que los *pabellones de complacencia* han tendido a multiplicarse; los propios países desarrollados afectados por esta práctica han acudido a ella creando *segundos registros* (casos de la Isla de Man o de Gibraltar).

El Convenio de Ginebra (art. 7) y la Convención de 1982 (art. 93) admiten implícitamente que los buques al servicio de una OI naveguen bajo su propio pabellón, si bien la última lo circunscribe a la familia de las NU. La práctica muestra algunos casos de buques que lo han hecho bajo el pabellón de la ONU. Admitido el pabellón de la Organización, quedan pendientes todos los problemas relativos al ejercicio de la jurisdicción que comporta un sistema legal estatal. Así, ¿quién ejercerá jurisdicción penal sobre el capitán o su tripulación?

El principio de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón tiene un alcance absoluto respecto de los buques de guerra y los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial (C. de 1958, arts. 8-9; C. de 1982, arts. 95-96). Pero respecto de los demás admite algunas *excepciones e inflexiones* de alcance dispar.

Haciendo ahora abstracción de las previstas en determinados acuerdos pesqueros (v. *infra*), las examinaremos teniendo en cuenta que se proyectan también *más acá* de la alta mar, en la ZEE y en las aguas suprayacentes a la plataforma continental:

1) Los buques que naveguen bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia no podrán ampararse en ninguna de esas nacionalidades y podrán ser considerados como buques sin nacionalidad (C. de 1958, art. 6.2; C. de 1982, art. 92.1).

El Convenio de Ginebra (art. 22) y la Convención de 1982 (art. 110) facultan a los buques de guerra y aeronaves militares de cualquier Estado, así como a otros buques o aeronaves al servicio del Estado y autorizados a tal fin, para ejercer el *derecho de visita* respecto de todo buque del que tengan motivo razonable para sospechar que tiene *su misma nacionalidad*, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón. A estos supuestos la Convención de 1982 añade los casos en que haya motivo razonable para sospechar que el buque *no tiene nacionalidad*.

El derecho de visita incluye no sólo la facultad para verificar el derecho del buque a enarbolar su pabellón, sino igualmente el registro de la nave. Si las sospechas no resultasen finalmente fundadas el buque deberá ser indemnizado de todo perjuicio o daño sufrido, salvo que hubiere cometido algún acto que las justificase.

2) Todos los buques de guerra o aeronaves militares, u otros buques o aeronaves al servicio de un Estado y autorizados a tal fin, pueden apresar en alta

mar —o en cualquier otro lugar no sometido a jurisdicción estatal— a un *buque o aeronave pirata*, o que se encuentre en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes a bordo.

Se consideran *piratas* los buques o aeronaves privados destinados a cometer, por las personas a cuyo mando efectivo se encuentran y con un propósito personal, actos ilegales de violencia, de detención o de depredación contra un buque o aeronave o contra personas o bienes a bordo de ellos, o que hayan servido para cometer tales actos y sigan bajo el mando de las mismas personas. Se asimilan a estos actos de piratería los cometidos por buques de guerra o de Estado y las aeronaves de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o aeronave (C. de Ginebra, arts. 15-17; C. de 1982, arts. 101-103).

Los tribunales del Estado cuyas unidades hayan efectuado el apresamiento podrán por su parte decidir las penas que deben imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (C. de 1958, arts. 19 y 21; C. de 1982, arts. 105 y 107). El Estado que aprese a un buque por sospechas de piratería sin motivos suficientes será responsable ante el Estado de la nacionalidad del buque o de la aeronave de todo perjuicio o daño ocasionado.

No deben sin embargo confundirse los supuestos de *piratería* con los actos de *terrorismo* perpetrados a bordo de un buque o, en general, que atenten contra la seguridad de la navegación marítima, como fue el caso del secuestro del buque italiano *Achille Lauro* por un comando palestino en 1985. El Convenio de Roma relativo a la represión de los actos dirigidos contra la seguridad de la navegación marítima (1988) ofrece una respuesta específica para estos actos, a los que tipifica como *delitos*. El Convenio establece, en síntesis, la jurisdicción penal concurrente de los Estados partes y dispone que el Estado en cuyo territorio se halle el presunto delincuente debe, salvo que proceda a su extradición, someterlo a juicio.

En España, el art. 23.4 de la LOPJ afirma expresamente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse de piratería y de terrorismo según la ley penal.

3) Un Estado goza del *derecho de persecución* de un buque extranjero, para proceder a su detención y apresamiento, cuando tenga motivos fundados para creer que ha cometido en las aguas bajo su soberanía o jurisdicción una infracción a sus leyes y reglamentos (C. de 1958, art. 23; C. de 1982, art. 111).

La persecución debe empezar mientras el buque extranjero o una de sus lanchas se encuentra en aguas bajo la soberanía o jurisdicción del Estado que la efectúa y sólo podrá continuar fuera de esos espacios si es ininterrumpida. Se explica así que la doctrina hable de derecho de persecución *en caliente* (*hot pursuit*). Por otra parte, la persecución debe realizarse por buques de guerra o aeronaves militares, o por otros buques o aeronaves al servicio del Estado y autorizados a tal fin, siendo preciso que previamente se haya emitido una señal perceptible, visual o auditiva, ordenando la detención.

Ahora bien, si el buque extranjero se encuentra en la *zona contigua* la persecución sólo podrá emprenderse respecto de la violación de los derechos para cuya protección fue creada dicha zona. Asimismo la persecución en la ZEE o en las aguas suprayacentes a la plataforma continental únicamente puede iniciarse en relación con las infracciones a las leyes y reglamentos del Estado ribereño aplicables en estos espacios.

El derecho de persecución cesa en todo caso cuando el buque perseguido entra en el mar territorial de otro Estado. Naturalmente, si el buque fuera detenido o apresado en circunstancias que no justifiquen el derecho de persecución, el Estado deberá resarcirle de todo perjuicio o daño que haya sufrido por tal motivo.

4) Todos los Estados colaborarán en la represión de las *transmisiones no autorizadas de radio o televisión* efectuadas por un buque o instalación desde alta mar y dirigidas al público en general en violación de los reglamentos internacionales (C. de 1982, art. 109). Se trata de combatir las *emisiones piratas* realizadas desde instalaciones móviles, navegando o al ancla.

Los buques de guerra o aeronaves militares, así como los buques y aeronaves al servicio del Estado y autorizados a tal fin podrán, previo ejercicio del derecho de visita, apresar a toda persona o buque que efectúe transmisiones no autorizadas y confiscar el equipo emisor. Toda persona que efectúe tales transmisiones puede ser procesada no sólo ante los tribunales del Estado del pabellón, sino igualmente del Estado en que esté registrada la instalación, del que sea nacional o en el que puedan recibirse las transmisiones, así como ante los tribunales de cualquier otro Estado cuyos servicios autorizados de comunicación sufran interferencias.

5) La Convención de 1982 (art. 221) reconoce “el derecho de los Estados con arreglo al DI, tanto consuetudinario como convencional, a tomar y hacer cumplir más allá del mar territorial medidas que guarden proporción con el daño real o potencial a fin de proteger sus costas o intereses conexos, incluida la pesca, de la contaminación o amenaza de contaminación resultante de un accidente marítimo o de actos relacionados con ese accidente, de los que quepa prever razonablemente que tendrán graves consecuencias perjudiciales” (v. *infra*).

Esta disposición encuentra un precedente en el Convenio de Bruselas relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen contaminación por hidrocarburos (1969), que trae causa del desastre del *Torrey Canyon* (1967).

6) Recogiendo una larga tradición convencional el Convenio de Ginebra (art. 13) y la Convención de 1982 (art. 99) no sólo disponen la obligación de todo Estado de adoptar medidas eficaces para impedir la *trata de esclavos* en los buques de su pabellón, sino que facultan a los buques de guerra y aeronaves militares de cualquier Estado, así como a otros buques o aeronaves al servicio del Estado y autorizados a tal fin, para ejercer el *derecho de visita* (y registro) respecto de todo buque del que tengan motivo razonable para sospechar que se dedica a la *trata* (arts. 22 y 110). Si las sospechas no resultasen finalmente fundadas el buque deberá ser indemnizado de todo perjuicio o daño sufrido, salvo que hubiere cometido algún acto que las justifique.

Si se considera la forma en que se manejan los flujos de las migraciones irregulares en nuestro tiempo, cabe aplicarles, por lo menos, las reglas de la trata de esclavos. Hay que tener en cuenta que el Convenio de Ginebra y, más

censurablemente, la Convención de 1982 se pegaron demasiado a la tradición al prever que el buque que ejerce el derecho de visita no puede apresar al *negrero*, pero sí ofrecer refugio al esclavo que “quedará libre *ipso facto*”.

7) Si bien no existe, por ahora, una norma consuetudinaria que limite la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón sobre buques implicados en el *tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, la Convención de 1982 (art. 108) impone a todos los Estados la obligación de cooperar para reprimir dicho tráfico y, en particular, dispone que todo aquél que tenga motivos razonables para creer que un buque de su bandera lo realiza podrá solicitar la cooperación de otros Estados para ponerle fin. Esta disposición configura un marco para la celebración de acuerdos internacionales que incluyan eventualmente la renuncia del Estado del pabellón a su jurisdicción exclusiva.

En esta dirección se orienta la Convención de las NU relativa al tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias sicotrópicas (1988). Su art. 17 dispone que un Estado que tenga motivos razonables para sospechar que un buque de otra parte está siendo utilizado para dicho tráfico puede notificarlo a ésta y solicitar su autorización para adoptar las medidas adecuadas, incluidas la visita e inspección del buque; el Estado del pabellón no asume sin embargo otra obligación que la de contestar sin dilación a la solicitud recibida. La Convención prevé no obstante la celebración de acuerdos regionales para el desarrollo de lo previsto en el art. 17, como es el caso del Acuerdo relativo al tráfico ilícito por mar (1995) adoptado en el seno del Consejo de Europa. De hecho hay una práctica creciente de visitas y apresamientos autorizados por el Estado del pabellón, efectuados por otros países.

En España, la LOPJ afirma expresamente la jurisdicción española para conocer del tráfico ilegal de drogas llevado a cabo por nacionales o extranjeros fuera del territorio estatal (art. 23.4).

8) En caso de *abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido en alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque* la facultad para ordenar el apresamiento y la retención del buque corresponde en todo caso únicamente al Estado del pabellón, pero para enjuiciar al capitán y los miembros de su tripulación se admite, como alternativa, la jurisdicción del Estado de la nacionalidad de la persona encausada (C. de Ginebra, art. 11; C. de 1982, art. 97). Se desmintió así el criterio adoptado por la CPJI en la célebre sentencia *Lotus* (1927) —si bien con seis jueces emitiendo opiniones disidentes— que admitió la competencia de los tribunales turcos para enjuiciar al capitán (francés) del buque (francés) *Lotus* que colisionó con el buque turco *Boz-Kourt* en alta mar.

532. La libertad de pesca en la alta mar

La consagración de la ZEE ha reducido enormemente la importancia de la libertad de pesca en alta mar, al haber quedado fuera de este espacio la mayor parte de los caladeros. Por otra parte, las disposiciones del Convenio de Ginebra de 1958 sobre pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar resultan hoy obsoletas. Debemos por ello atenernos fundamentalmente a las disposiciones de la Convención de 1982 (arts. 116-120).

La Convención de 1982 proclama el derecho de todos los Estados a que sus nacionales se dediquen a la pesca en alta mar y, paralelamente, su deber —en relación con ellos— de adoptar —unilateralmente o en cooperación con otros Estados— las medidas necesarias para la conservación de los recursos (arts. 116-117), entre ellas muy especialmente las destinadas a mantener o restablecer las poblaciones de especies capturadas a niveles que permitan el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, así como las especies asociadas o dependientes de ellas (art. 119.1).

La Convención alude a la fijación de un total de capturas permisibles (TAC), si bien no impone tal medida con carácter obligatorio, pudiendo el Estado acudir a otras medidas técnicas de conservación (tamaño de las redes, talla mínima de las especies...) o de limitación del esfuerzo pesquero. Además, prevé que los Estados interesados aportarán e intercambiarán periódicamente, por conducto de las OI competentes, la información científica disponible, las estadísticas sobre capturas y esfuerzos de pesca y otros datos pertinentes para la conservación de los recursos (art. 119.2).

Los barcos de pesca con pabellón español gozan en principio de libertad para faenar en las aguas de alta mar, si bien deben observar las normas que adopta la CE en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de gestión y conservación de los recursos pesqueros, competencia que se extiende a la alta mar (TJCE, *Comisión c. España*, 1991). El Reglamento 2371/2002 dispone la aplicación de sus disposiciones a los buques comunitarios más allá de las aguas comunitarias. De hecho la CE aplica el mecanismo de TAC y cuotas, ya sea unilateralmente o en virtud de acuerdos internacionales (por ej., el Convenio de la OPAN; v. *infra*), a determinadas pesquerías de este espacio marino.

La cooperación internacional para la conservación y gestión de los recursos pesqueros en alta mar se configura en la Convención de 1982 como una obligación de comportamiento exigible a todos los Estados, llegando a prever (art. 118) el establecimiento de Organizaciones subregionales o regionales de pesca por los Estados cuyos nacionales exploten los recursos situados en la misma zona.

Esta obligación queda reforzada en relación con las especies *altamente migratorias*, los *mamíferos marinos*, las poblaciones *anádromas* y las especies *catádromas*, en la medida en que son aplicables en alta mar (art. 116) las disposiciones particulares relativas a estas especies contenidas en la Parte V (ZEE; arts. 64-67). Lo mismo cabe decir de las *poblaciones transzonales* (v. *infra*).

En la actualidad son numerosos los supuestos en que se ha logrado un marco convencional e incluso institucionalizado de cooperación internacional en relación con la pesca en alta mar, pudiendo destacarse: a) la adopción de un conjunto de textos multilaterales, de vocación universal, que configuran el marco normativo de lo que se ha dado en llamar la *pesca responsable* (así el Acuerdo de la FAO para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques que pescan en alta mar, 1993, o su *Código internacional de conducta para la pesca responsable*, 1995, no vinculante); b) la celebración de acuerdos regionales en la materia; y c) la creación de *comisiones internacionales de pesquerías*, que se ocupan de la gestión de determinados recursos pesqueros.

Estas *comisiones*, a excepción de la Comisión Internacional de la Pesca de la Ballena, se ocupan de la gestión de los recursos pesqueros en áreas geográficas limitadas. Entre ellas cabe destacar la Comisión

Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (CICAA)—con más de cincuenta miembros, entre ellos España y varios países latinoamericanos, como Brasil, Cuba, Perú, Uruguay y Venezuela, además de la CE—, la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroeste (OPAN), la Comisión para las Pesquerías del Atlántico Noreste (CPANE) y el Consejo General de Pesca para el Mediterráneo (CGPM). Los tratados constitutivos de algunas de estas comisiones les atribuyen competencia para adoptar medidas de gestión y conservación de los recursos, así como de control, obligatorias para las partes. Así, por ej., en el caso de la OPAN, las medidas adoptadas por la Comisión de Caladeros —que incluyen la aplicación del sistema de TAC— respecto de la llamada *zona de reglamentación*, que comprende aguas de alta mar, tienen carácter obligatorio para las partes que no hayan formulado una objeción.

533. La pesca de las “poblaciones transzonales”

De acuerdo con la Convención de 1982 (arts. 63.2 y 116) cuando tanto en la ZEE como en un *área más allá de ésta y adyacente* se encuentren la misma población o poblaciones de especies asociadas, el Estado ribereño y los Estados que intervengan en su captura *procurarán*, directamente o por conducto de las Organizaciones subregionales o regionales apropiadas, acordar las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente. Así, pues, respecto de las *poblaciones transzonales* la obligación de cooperación para su conservación es más acusada, otorgándose al ribereño —pesque o no— un papel destacado. Esta cooperación se articula en ciertas áreas marítimas a través de las comisiones internacionales de pesquerías, como la OPAN o la CPANE.

Pero, ¿qué reglas deben seguirse a falta de acuerdo? Si nos atenemos al art. 63.2 de la CONVEMAR debe entenderse que será de aplicación el principio de la libertad de pesca. Esta solución no satisface sin embargo a numerosos Estados ribereños que sostienen que las medidas de gestión que adoptan en sus ZEE o de pesca no son eficaces ante la presencia de buques extranjeros que faenan en las aguas de alta mar adyacentes, e insisten en que el régimen de gestión de las poblaciones transzonales situadas en alta mar debe ser conforme con el régimen aplicable dentro de las zonas bajo su jurisdicción. Algunos ribereños han llegado incluso a sostener que, de no prosperar las negociaciones con los terceros Estados interesados, el art. 63.2 les permite adoptar medidas unilaterales. Inspirados en esta interpretación Estados con amplias fachadas oceánicas promulgaron en los años noventa leyes que han dado lugar a la aparición de un proceso de *jurisdicción rampante* (*creeping jurisdiction*).

Un claro exponente de este proceso lo encontramos en Argentina, en cuya Ley sobre líneas de base para la medición de los espacios marítimos (1991) se dispone que las normas nacionales sobre conservación de los recursos se aplicarán más allá de las doscientas millas sobre las especies de carácter migratorio y sobre las que intervienen en la cadena trófica de las especies de la ZEE argentina (art. 5.3); la Ley no prevé sin embargo sanciones en caso de incumplimiento de dichas normas por los buques de terceros Estados. En el mismo sentido se expresa la Ley general de pesca de Perú (1992, art. 7). También cabe mencionar la modificación en 1991 de Ley general de pesca de Chile para crear un nuevo espacio más allá de su ZEE al que denomina *mar presencial* (art. 2), disponiendo la aplicación en él de las medidas de conservación y gestión de las poblaciones comunes o especies asociadas existentes en la ZEE y en alta mar y previendo como sanción en caso de incumplimiento por buques de terceros países la no autorización del desembarque de capturas en puertos chilenos o incluso su escala técnica.

Pero ningún país ha llegado tan lejos como Canadá. En 1994 modificaba la *Coastal Fisheries Protection Act* para prohibir la pesca de poblaciones transzonales en la zona de reglamentación de la OPAN a quienes contraviniesen las medidas adoptadas por el Gobierno canadiense para asegurar la eficacia de las medidas de gestión y conservación aprobadas por la OPAN (arts. 5.2 y 6). Para asegurar el respeto de sus disposiciones y de los reglamentos de desarrollo, la Ley: a) faculta a las autoridades marítimas canadienses a visitar e inspeccionar cualquier barco en la zona, proceder a su registro, arrestar a los miembros de su tripulación y apresar el barco, utilizando, si fuera preciso, la fuerza; y b) extiende la jurisdicción penal de los tribunales nacionales para conocer de las infracciones a la legislación canadiense cometidas en la zona (alta mar). En desarrollo de la Ley de 1994 el Gobierno canadiense adoptó, entre otros, un reglamento que prohibía a los barcos españoles y portugueses la pesca del *fletán negro* entre marzo y diciembre de cada año, al tiempo que declaraba una moratoria para la pesca de dicha especie, proponiendo a la CE la apertura de negociaciones.

En este contexto el 9 de marzo de 1995 varias patrulleras canadienses interceptaron a un barco pesquero español —el *Estai*— cuando faenaba a más de doscientas millas de la costa, logrando, tras varios intentos de abordaje, su apresamiento. España presentó por ello una demanda ante la CIJ, alegando que los actos de Canadá eran contrarios a los principios de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón y de libertad de pesca en alta mar, entre otros. No obstante, la CIJ se declaró incompetente a la luz de una de las reservas contenidas en la declaración canadiense de aceptación de su jurisdicción según la cual se excluyen de su competencia las controversias derivadas de las medidas de gestión y conservación adoptadas por Canadá para la zona de reglamentación de la OPAN y de “la ejecución de tales medidas”, considerando que tanto las reformas legislativas canadienses antes referidas como el apresamiento con uso de la fuerza armada del *Estai* caían dentro del ámbito de esta excepción, lo que resulta muy discutible (*Competencia en materia de pesquerías*, 1998). Por otra parte, en abril de 1995 la CE y Canadá llegaron a un acuerdo por el que, entre otras cosas, Canadá se comprometió a derogar el Reglamento que tenía por objeto los barcos españoles y portugueses. Pero la Ley de 1994 sigue en vigor y Canadá no ha aceptado su responsabilidad internacional por el apresamiento.

Para hacer frente a los problemas planteados con las poblaciones transzonales, así como las *altamente migratorias*, la AGNU convocó en 1992 una Conferencia con un mandato limitado a la formulación de recomendaciones respecto de la gestión y conservación de dichas poblaciones dentro del respeto de las disposiciones de la Convención de 1982 y basándose en los estudios científicos y técnicos de la FAO.

En la Conferencia se articularon, como era de esperar, dos grupos principales de intereses. El primer grupo, encabezado por Argentina, Canadá, Chile, Islandia y Nueva Zelanda, entre otros, aspiraba a que se consagrara, en un texto convencional, una cierta proyección de su jurisdicción en las áreas adyacentes a sus ZEE más allá de las doscientas millas. El segundo grupo aglutinaba a los Estados de pesca a distancia (CE, China, Estados Unidos, Japón...) y pretendía que la Conferencia se limitara a formular meras recomendaciones en relación con la gestión y conservación de dichas poblaciones y especies, no sólo en alta mar sino igualmente en las ZEE.

La Conferencia concluyó adoptando —y por consenso— el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de 1982 relativas a las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (“Acuerdo de 1995”), en vigor desde 2001, que contaba con 61 partes en octubre de 2006.

La CE y la mayor parte de sus Estados miembros, entre ellos España, son partes en el Acuerdo. No lo son, en cambio, entre los países latinoamericanos, Argentina, Chile, Cuba, Guatemala y México que, junto a Colombia, Ecuador, El Salvador y Perú, presentaron una declaración en la Conferencia de revisión del Acuerdo (mayo de 2006) señalando las insuficiencias que, a su juicio, presenta.

El Acuerdo de 1995 desarrolla el contenido y las consecuencias últimas de la obligación de los Estados ribereños y los Estados que pescan en alta mar de cooperar en la conservación de dichas poblaciones, favoreciendo la conclusión de acuerdos entre los Estados interesados en una misma pesquería y la creación de Organizaciones pesqueras regionales o subregionales y potenciando el papel de las Organizaciones existentes.

Así, por lo que se refiere a este segundo aspecto, el art. 8.3 dispone que “en los casos en que una organización o un arreglo subregional o regional de ordenación pesquera tenga competencia para establecer medidas de conservación y ordenación respecto de determinadas poblaciones de peces transzonales o poblaciones de peces altamente migratorios, los Estados que pescan esas poblaciones en alta mar y los Estados ribereños correspondientes cumplirán su obligación de cooperar haciéndose miembros de la organización o participantes en el arreglo, o comprometiéndose a aplicar las medidas de conservación y ordenación establecidas por la organización o el arreglo”, añadiendo el núm. 4 que “únicamente los Estados que sean miembros de dicha organización o participantes en dicho arreglo, o que se comprometan a aplicar las medidas de conservación y ordenación establecidas por la organización o el arreglo, tendrán acceso a los recursos de pesca a que sean aplicables dichas medidas”. Se trata de una auténtica provocación normativa que hace tambalear principios fundamentales del Derecho de los Tratados y las libertades de la alta mar, atendiendo a la satisfacción de un designio superior que *impone* la cooperación.

Por otra parte, el Acuerdo regula de forma detallada el régimen de control de los barcos que dirigen su actividad a estas pesquerías.

Así, obliga al Estado de pabellón a adoptar medidas, como la aplicación de un sistema de licencias, autorizaciones o permisos de pesca y el establecimiento de un registro de barcos autorizados a faenar en alta mar accesible a los demás Estados directamente interesados (art. 18). Además, exige que el Estado del pabellón investigue a todo barco acusado de infringir cualquier medida regional o subregional de gestión y conservación, independientemente del lugar en que se produzca dicha infracción, remitiendo, en su caso, el asunto a las autoridades competentes con miras al inicio de un procedimiento sancionador (art. 19). Por último, llama a la cooperación internacional y a la adopción de medidas de control por el Estado del puerto de los buques pesqueros que se encuentren en él (arts. 20-21 y 23)

Particular interés presenta el art. 21 del Acuerdo, que prevé la posibilidad de ejercer jurisdicción sobre los buques que ostenten la nacionalidad de otro Estado. Conforme a dicho precepto, los Estados establecerán, por conducto de Organizaciones —o arreglos— regionales o subregionales, procedimientos en virtud de los cuales los inspectores de todo Estado miembro de la Organización puedan visitar e inspeccionar cualquier barco que ostente el pabellón de otro Estado parte en el Acuerdo. Hasta tanto se establezcan tales procedimientos el precepto dispone la aplicación de un régimen supletorio que contempla no sólo visitas e inspecciones, con la subsiguiente notificación al Estado del pabellón de las infracciones detectadas, sino incluso la posibilidad de iniciar una investigación, conduciendo el barco —si fuera preciso— en los casos de infracciones graves (por ej., pescar sin

licencia o pescar una población sujeta a moratoria) al puerto más cercano, siempre que el Estado del pabellón no hubiera contestado a la notificación del Estado que realizó la inspección ni tampoco iniciado por sí mismo la investigación.

No todas las disposiciones del Acuerdo resultan de aplicación respecto de las poblaciones transzonales y altamente migratorias situadas en las ZEE u otras zonas bajo jurisdicción estatal, sino tan sólo aquéllas que enuncian los principios generales de gestión y conservación de tales poblaciones (arts. 5 a 7). Recordemos que entre dichos principios figura el de la compatibilidad entre las medidas adoptadas, por una parte, para la alta mar y, por otra, para las zonas bajo jurisdicción nacional. Para favorecer la observancia de este principio el Acuerdo obliga a los Estados ribereños a informar a los Estados que pescan en la zona adyacente de la alta mar las medidas que establezcan para tales poblaciones (art. 7.7).

534. *La Zona internacional de los fondos marinos*

En paralelo al proceso de expansión de la soberanía y de la jurisdicción de los Estados sobre espacios anteriormente regidos por el principio de libertad, hemos asistido a la *internacionalización* de otros en interés de la *humanidad*: primero, la Antártida; luego, el espacio ultraterrestre; más tarde, los fondos marinos abisales. En los tres casos se han instituido regímenes convencionales, mediante tratados multilaterales abiertos, que presentan rasgos comunes. Sin embargo, el régimen vigente para la *Antártida* se contenta, en síntesis, con congelar las reivindicaciones territoriales creando una especie de condominio *de facto*. Por el contrario, los regímenes establecidos para el *espacio ultraterrestre* y para la *Zona internacional de los fondos marinos* (ZIFMO) configuran dichos espacios como *patrimonio común de la Humanidad*, si bien sólo el segundo articula mecanismos para el aprovechamiento de los recursos en beneficio de la humanidad en su conjunto y se dota de un soporte institucional.

Alta mar y ZIFMO se complementan en el sentido de que, dejando a salvo los casos de plataformas continentales ampliadas, las aguas suprayacentes a la Zona son alta mar y, viceversa, el suelo y subsuelo subyacente a la alta mar es Zona. Y tienen en común el que ningún Estado puede reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre ellos o sobre sus recursos (C. de 1958, art. 2; C. de 1982, arts. 89 y 137). Pero eso no oculta su distinta naturaleza, no ya física, sino legal.

La ZIFMO nace al calor de los trabajos preparatorios de la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar y cristaliza en la Convención de 1982; en su Parte XI (arts. 133-191) y en los Anexos III y IV se articula un régimen de exploración y explotación de recursos en la llamada *Zona* con soporte en un sistema institucional encarnado por la *Autoridad Internacional de los Fondos Marinos*. La *Zona* abarca los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de la jurisdicción nacional y, por lo tanto, situados más allá de las plataformas continentales —en su caso ampliadas— de los Estados.

En 1970 la res. 2749 (XXV) de la AGNU declaró que los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo más allá de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, son *patrimonio común de la Humanidad*, previendo la elaboración de un convenio internacionales en orden a establecer un régimen jurídico para la Zona y sus recursos, así como un mecanismo institucional apropiado para su gestión.

En la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar cristalizaron pronto dos grupos de intereses. Por una parte, los países industrializados, que entendían la *Autoridad* como una organización de cooperación circunscrita a otorgar licencias a los Estados y a las personas físicas o jurídicas bajo su control; por otra, los países en desarrollo, agrupados en torno al *Grupo de los 77*, que entendían que la *Autoridad* debía proceder a la explotación directa y exclusiva de la Zona e intervenir en la comercialización de los productos con vistas a impedir la erosión de los precios de los minerales extraídos en tierra y, en especial, de los procedentes de los países en desarrollo.

Ciertamente no se trataba de dos grupos totalmente homogéneos. Así, en el primer grupo, las posiciones de los países con economía de mercado no eran perfectamente coincidentes con las de los países de economía —entonces— planificada; los países industrializados medios (como España), al carecer de capacidad tecnológica y financiera suficiente para emprender por sí mismos actividades en la Zona, constituían, por otro lado, una categoría particular. En cuanto al *Grupo de los 77*, el desigual nivel de desarrollo de unos y otros países y su distinta relación política con los países industrializados hacían difícil lograr y mantener la cohesión.

El régimen finalmente consagrado en la Convención de 1982 respondía, en lo esencial, al consenso logrado en 1980, consenso roto en los años posteriores por la administración del Presidente Reagan, dando lugar a que, en el momento de la adopción de la Convención, Estados Unidos votara en contra y otros países industrializados se abstuvieran.

Durante cerca de una década la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar desarrolló sus trabajos, iniciados en 1983, en un clima de pesimismo ante la contestación de que era objeto el régimen de la Parte XI por los principales países industrializados, que —en las postrimerías de la III Conferencia— llegaron a adoptar leyes regulando el acceso de sus nacionales a la Zona

Estas leyes —adoptadas entre 1980 y 1983 por Alemania, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón y la URSS— respondían al doble propósito de ofrecer sin demora una base jurídica para la realización de actividades en la Zona y presionar sobre los trabajos de la Conferencia. Aunque no se apartaban de los principios de la Convención, operaban al margen de todo mecanismo institucional de carácter internacional; así, preveían que la autorización para realizar actividades sería expedida por las autoridades estatales, pero teniendo en cuenta las ya otorgadas por otro Estado que “asegure la reciprocidad” para evitar contradicciones. De conformidad con esas leyes una parte de los beneficios obtenidos de las actividades en la Zona debía ser transferida a la *Autoridad* prevista en la Convención o destinada a los países en desarrollo más pobres.

Buscando una mayor coordinación, Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Holanda e Italia celebraron en 1984 un Acuerdo Provisional por el que ratificaban los acuerdos celebrados previamente entre los consorcios multinacionales en los que participaban y establecían un sistema de información y consulta para evitar el otorgamiento de licencias nacionales sobre una misma área. Los frutos de estos acuerdos se encuentran en las primeras autorizaciones de exploración otorgadas por Estados Unidos (1984) y por Alemania y Gran Bretaña (1985).

La adopción de las leyes y acuerdos citados fue seguida de otros acuerdos destinados a resolver los problemas de solapamiento entre áreas de actividad, que también presentaban desviaciones respecto del régimen de la Convención (por ej., el Acuerdo de Arusha entre Francia, Japón y la URSS (1986) y el Acuerdo celebrado entre Bélgica, Canadá, Holanda, Italia y la URSS (1987), aceptado mediante canjes de notas por Alemania, Estados Unidos y Gran Bretaña).

La actuación de los países industrializados tuvo una fuerte contestación en el seno de la Comisión Preparatoria. El *Grupo de los 77* llegó a afirmar su ilicitud atendiendo tanto al principio del *patrimonio común de la Humanidad* como, por lo que hacía a los Estados signatarios de la Convención de 1982, la obligación de

abstenerse de actos que pudiesen frustrar su objeto y fin (CV. sobre Derecho de los Tratados, 1969, art. 18).

A finales de los años ochenta una revisión de la Parte XI parecía imponerse teniendo en cuenta la evolución de la situación: de un lado, la explotación de los fondos oceánicos no era —no es— una empresa rentable ante el encarecimiento de la tecnología necesaria y la caída de los precios de los minerales de la *Zona*; de otro, no soplaban —ni soplan— vientos favorables a regímenes como el de la Parte XI, con su ramalazo socializante. Por lo demás, sólo una revisión permitía la vuelta al redil de los países que estaban en condiciones de afrontar la exploración y explotación de la *Zona*.

Finalmente, tras una intensa negociación, la AGNU adoptó el 29 de julio de 1994 el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de 1982 (en lo sucesivo “Acuerdo de 1994”). El Acuerdo —en vigor desde 1996— contaba en octubre de 2006 con ciento veinticuatro partes, entre ellas la CE y todos sus Estados miembros.

Si bien el Acuerdo de 1994 se presenta como meramente interpretativo de la Convención, realmente la modifica, introduciendo gran parte de las pretensiones de Estados Unidos y los otros países industrializados, frustradas durante los últimos años de la III Conferencia, y desmontando algunos de los principales mecanismos que articularon la enfática afirmación de los Fondos como *patrimonio común de la Humanidad*.

El régimen contenido en la Convención de 1982 parte de una fórmula de compromiso entre los países industrializados y los países en desarrollo conforme a la cual la exploración y explotación de los recursos en la *Zona* puede realizarse simultáneamente por los Estados o personas bajo su control y por la propia *Autoridad Internacional*, a través de la denominada *Empresa*, configurándose así un *sistema paralelo* (art. 153). Sin embargo, el Acuerdo de 1994 quiebra dicho sistema en detrimento de la *Empresa*. Examinemos los elementos principales de dicho régimen:

1) La realización de actividades en la *Zona* exige la previa aprobación por el Consejo de la Autoridad de un plan de trabajo —de exploración y, llegado el caso, de explotación— que debe cumplir las condiciones básicas establecidas en la Convención (Anexo III) y que, con arreglo al Acuerdo de 1994, adopta la forma de un contrato.

El Acuerdo de 1994 exige, además, que el Estado o Estados que patrocinan la solicitud de aprobación acrediten una determinada inversión previa en actividades de investigación y exploración, salvo que se trate de Estado o entidad que tenga el carácter de *inversor pionero*; por otra parte, ha aligerado las cargas financieras que pesaban sobre los contratistas.

2) Para hacer posible la actividad de la *Empresa* la Convención de 1982 estableció reglas tendentes a garantizarle la tecnología necesaria y la financiación de sus actividades, así como a facilitarle áreas apropiadas para su realización. Dichas reglas han sido revisadas a la baja por el Acuerdo de 1994.

Por lo que se refiere al acceso a la tecnología el Acuerdo de 1994 suprime las obligaciones de transferencia que imponía la Convención a los contratistas y enuncia la obligación genérica de los Estados partes de cooperar en este ámbito con la *Autoridad*.

En cuanto a la financiación de las actividades de la *Empresa* el Acuerdo de 1994 elimina la obligación de los Estados de financiar la explotación de un sitio minero inmediatamente después de la entrada en vigor de la Convención, limitando los recursos de aquella a las cantidades que reciba de una *Autoridad* que ha visto mermadas sus fuentes de ingresos (v. *infra*) o en virtud de contribuciones voluntarias, de préstamos o de los beneficios de sus propias operaciones.

En lo relativo a las áreas de actividad la Convención de 1982 disponía que toda solicitud de aprobación de un plan de trabajo debía abarcar un área lo suficientemente extensa para permitir a la *Autoridad* designar una *parte reservada* a las actividades de la *Empresa*. Además, otorgaba a los países en desarrollo prioridad para participar en las empresas conjuntas que pudiera crear la *Empresa*, así como la posibilidad de presentar planes de trabajo respecto de las *partes reservadas* en las que ésta hubiera decidido no operar. Este sistema, que permite a la *Empresa* obtener sitios mineros sin tener que realizar actividades previas de prospección y exploración, también ha sido modificado por el Acuerdo de 1994. Se exige ahora que la *Empresa* lleve a cabo sus primeras actividades en el marco, necesariamente, de empresas conjuntas y se otorga prioridad a los contratantes que aportaron la *parte reservada* para participar en dichas empresas.

3) En materia de producción el Acuerdo de 1994 suprime el complejo entramado de reglas destinadas a promover el crecimiento, la eficiencia y la estabilidad de los mercados de los productos básicos extraídos de la *Zona* previsto por la Convención de 1982 y, en particular, la competencia de la *Autoridad* para establecer límites a la producción. Por otra parte, somete la producción en la *Zona* y la política de la *Autoridad* a las reglas generales del comercio internacional y, más específicamente, a las reglas del GATT (hoy OMC).

Mantiene, eso sí, la facultad de la *Autoridad* para establecer un fondo de asistencia económica en favor de los países en desarrollo cuyos ingresos de exportación o cuya economía sufran serios perjuicios como consecuencia de una disminución del precio o del volumen exportado de un mineral, en la medida en que tal disminución se deba a actividades en la *Zona*. Pero se cuida de limitar los recursos disponibles para ello.

El régimen de exploración y explotación de los recursos en la *Zona* se articula, como ya hemos indicado, en torno a una OI, la *Autoridad Internacional de los Fondos Marinos*, de la que son miembros todos los Estados partes en la Convención. Componen la *Autoridad* tres órganos principales: la Asamblea, órgano plenario; el Consejo, de composición restringida, y la Secretaría. Además la *Autoridad* cuenta, como ya sabemos, con la *Empresa*, su brazo industrial. La Convención ha previsto, por lo demás, la creación, dentro del Tribunal Internacional del Derecho del Mar de una *Sala de Controversias de los Fondos Marinos* (art. 188).

El órgano de referencia de la *Autoridad* es, sin duda, el Consejo, compuesto por treinta y seis miembros, de los cuales la mitad se reparten de acuerdo con el criterio de distribución geográfica equitativa y la otra mitad entre cuatro grupos de intereses.

Según el Acuerdo de 1994 estos grupos están integrados por: a) los cuatro principales Estados consumidores-importadores de los minerales de la *Zona*; b) los cuatro principales Estados exportadores de esos minerales; c) los cuatro Estados que, directamente o a través de sus nacionales, hayan hecho las mayores

inversiones en la preparación y realización de actividades en la Zona; y d) seis Estados en desarrollo que representen intereses especiales. Por otra parte, debe velarse porque los Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa tengan en el Consejo de la Autoridad una representación *razonablemente* proporcionada a su presencia en la Asamblea (art. 161.2. a).

Cada uno de los tres primeros grupos, al igual que los miembros del cuarto grupo junto con los Estados en desarrollo elegidos conforme al criterio de distribución geográfica, debe ser tratado como una *cámara* a los efectos de votación. No será posible adoptar una decisión sobre una cuestión de fondo en contra de la posición mayoritaria de cualquiera de las *cámaras*.

El Consejo ejerce las competencias ejecutivas de la *Autoridad*, entre las que cabe destacar la supervisión y coordinación de la aplicación de la Parte XI y el control sobre las actividades de la Zona, la incoación de procedimientos ante la Sala de Controversias de los Fondos Marinos en caso de incumplimiento, el examen y valoración de los informes de la Empresa o la aprobación de los planes de trabajo. La Asamblea sólo puede actuar sobre la base de las recomendaciones del Consejo cuando se ocupa de cuestiones que son también de la competencia de éste o tengan carácter administrativo, presupuestario o financiero.

CXXI. PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO

535. *La protección del medio marino en la CONVEMAR (1982)*

Los Convenios de Ginebra de 1958 se limitaban a establecer la obligación de todos los Estados de tomar medidas para evitar la contaminación en alta mar por hidrocarburos o por inmersión de desechos radiactivos (C. sobre alta mar, arts. 24-25). La Convención de 1982, por el contrario, contiene una extensa regulación sobre la materia en su Parte XII —amén de otras disposiciones dispersas— basada en la obligación de todos los Estados de proteger y preservar el medio marino adoptando todas las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación por cualquier fuente (arts. 192-237).

La Parte XII de la Convención constituye un marco normativo general para el desarrollo de la cooperación internacional en la conservación del medio marino, al tiempo que un esfuerzo de síntesis y sistematización de los compromisos convencionales precedentes (v. *infra*), en parte impulsados por grandes catástrofes como los naufragios de los buques *Torrey Canyon* (1967), *Amoco-Cádiz* (1978) o *Prestige* (2002). La aplicación de estos compromisos queda a salvo en tanto que Derecho especial, siempre que sean compatibles con los principios y objetivos generales de la Convención (arts. 237 y 311). Del ámbito de aplicación de la Parte XII quedan, por lo demás, excluidos los buques y aeronaves de Estado, respecto de los que se dispone su inmunidad soberana (art. 236; v. Cap. XXV).

Las disposiciones de la Parte XII pueden clasificarse en tres grupos: 1) las que enuncian las obligaciones generales en la materia; 2) las relativas al ejercicio de jurisdicción por los Estados; y 3) las que determinan la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la protección del medio marino.

1) La Convención exige, en primer lugar, que los Estados adopten, individual o conjuntamente, cuantas medidas sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente (arts. 194-196). Dichas medidas incluyen la aprobación de leyes y reglamentos en la materia (arts. 207-212). La Convención dispone, según los casos, que las leyes y reglamentos deben “tener en cuenta”, “ser conformes con” o “no menos eficaces que” las reglas y estándares, así como las prácticas y procedimientos, convenidas internacionalmente.

Una mención aparte merecen las disposiciones de la Convención relativas a la contaminación causada por buques. Además de la posibilidad de dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques extranjeros en su mar territorial (v. *supra*) y en su ZEE (respecto de este espacio, “que sean conformes y den efecto” a reglas internacionales), así como de la obligación de adoptarlas respecto de los buques que enarboles su pabellón, el art. 211 reconoce a los Estados la posibilidad de: (i) establecer, individualmente o mediante acuerdos con otros Estados, requisitos especiales para la entrada de buques extranjeros en su puertos o aguas interiores, exigiendo no obstante que cuenten con la debida publicidad y se comuniquen a la OI competente; (ii) designar, previo pronunciamiento favorable por la OI competente, *áreas especiales* en espacios correspondientes a sus ZEE, adoptando para ellas leyes y reglamentos que den aplicación a las reglas y estándares internacionales “que, por conducto de la Organización, se hayan hecho aplicables a las áreas especiales”.

Además, la Convención dispone que las Partes deberán: a) cooperar en el plano mundial y regional, directamente o por conducto de las Organizaciones competentes (particularmente la OMI), en la formulación y elaboración de reglas y estándares, así como de prácticas y procedimientos internacionales, en la elaboración de estudios y programas, en el intercambio de información... (arts. 197, 200-201 y 207-212); b) notificar inmediatamente los daños inminentes o reales de contaminación a los Estados que puedan resultar afectados y a las OI competentes, con el fin de que cooperen en la eliminación de los efectos de la contaminación y de que prevengan o reduzcan al mínimo los daños, elaborando y promoviendo en común planes de emergencia (arts. 198-199); c) promover programas de asistencia científica y técnica a los Estados en desarrollo, los cuales recibirán de las OI un trato preferencial con respecto a la asignación de fondos y asistencia técnica y la utilización de sus servicios especializados (arts. 2002-203); y d) vigilar y evaluar los riesgos de contaminación del medio marino, observando, en particular, los efectos potenciales de cualesquiera actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control que comporten un riesgo de contaminación, y haciendo públicos los resultados obtenidos (arts. 204-206).

En el plano universal destaca la labor de la OMI, Organización que ha promovido la celebración de numerosos tratados internacionales en la materia o cuya gestión asume, entre los que cabe mencionar, además de varios convenios en materia de responsabilidad civil por los daños causados por contaminación (v. *infra*), los siguientes: a) el Convenio (1973) para la prevención de la contaminación por buques (MARPOL), modificado por un Protocolo (1978) y objeto de sucesivas enmiendas, que impone determinadas condiciones técnicas a los buques y a las instalaciones portuarias y articula mecanismos de cooperación en materia de control y de represión de infracciones; b) el Convenio relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen contaminación por hidrocarburos (1969), varias veces enmendado, cuyo ámbito de aplicación se extiende a otras sustancias por un Protocolo (1973); este Convenio faculta al Estado ribereño para adoptar medidas en alta mar para prevenir y combatir la contaminación por buque extranjeros; c) el Convenio para la prevención de la contaminación por vertimiento de desechos y otras materias (1972), sustituido por un

Protocolo (1996) que entró en vigor en marzo de 2006; y d) el *Convenio sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos* (1990), dirigido a reforzar la cooperación internacional en la lucha contra siniestros y otras amenazas de contaminación. España es parte de todos los convenios citados.

En el ámbito regional, cabe mencionar, entre otros, el *Convenio de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación* (1976), completado por numerosos protocolos, la *Convención de Lima para la protección del medio marino y de las zonas costeras en el Pacífico Sudeste* (1981) o la *Convención de Cartagena de Indias* (1983) relativa a la región del Caribe.

2) Por lo que se refiere al *ejercicio de jurisdicción por los Estados*, la Convención dispone que corresponde:

a) Al Estado del pabellón donde quiera que se produzca la infracción (art. 217).

El art. 217 dispone, además, que los Estados: (i) velarán por la aplicación efectiva de las reglas internacionales pertinentes a los buques que enarbolan su pabellón, ordenando investigaciones e incoando procedimientos sancionadores cuando proceda, ya sea a iniciativa propia o a solicitud de cualquier otro Estado; (ii) adoptarán las medidas necesarias para impedir que los buques que enarbolan su pabellón zarpen mientras no cumplan dichas reglas; y (iii) cuidarán de que los buques que enarbolan su pabellón lleven a bordo los certificados requeridos por dichas reglas y sean inspeccionados periódicamente para verificar la conformidad de los certificados con su situación real.

b) Al Estado ribereño respecto de los vertidos en sus aguas interiores, su mar territorial, su ZEE o su plataforma continental (art. 216.1), así como respecto de los buques que se encuentren voluntariamente en puerto por cualquier infracción de sus leyes o reglamentos o de las reglas internacionales aplicables en materia de contaminación cuando la infracción se haya cometido en su mar territorial o en su ZEE (art. 220.1).

Respecto de las presuntas infracciones a las leyes o reglamentos nacionales o a las reglas internacionales aplicables en materia de medio ambiente por los buques que navegan por el mar territorial, el art. 220.2 dispone que, sin perjuicio de las reglas que rigen el paso inocente (v. *supra*), el Estado ribereño podrá realizar la inspección de dichos buques y, en su caso, iniciar el correspondiente procedimiento sancionador (respecto de la navegación por estrechos internacionales, v. *supra*). En cuanto a las presuntas infracciones a dichas reglas en la ZEE por buques que navegan por su mar territorial o su ZEE, el Estado ribereño podrá exigir al buque información sobre su identidad y puerto de registro, así cualquier otra información pertinente, pudiendo proceder a su inspección e incluso iniciar un procedimiento sancionador en caso de que la infracción consista en una descarga importante (art. 220.3 y 5-6).

Por otra parte, el art. 221 reconoce el derecho del ribereño a tomar y hacer cumplir más allá del mar territorial medidas que guarden proporción con el daño real o potencial resultante de un *accidente marítimo*, o de actos relacionados con él, a fin de proteger sus costas e intereses conexos (v. *supra*).

En España el RD 210/2004, adoptado en transposición de la Directiva (CE) 2002/59, establece un sistema de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo en las aguas bajo su soberanía o jurisdicción, con la finalidad de incrementar la seguridad marítima, de mejorar la capacidad de respuesta de la Administración a los problemas, accidentes o situaciones potencialmente peligrosas en el mar y de prevenir la contaminación que pueda ser ocasionada por los buques.

c) Al Estado del puerto para investigar a los buques que se encuentren voluntariamente en él respecto de las descargas realizadas fuera de las aguas bajo su soberanía o jurisdicción (aguas interiores, mar territorial y ZEE) en violación de las reglas internacionales aplicables. Sin embargo, no iniciará procedimiento

alguno a menos que las descargas hayan causado o sea probable que causen contaminación en su aguas o que lo solicite el Estado en cuyas aguas se produjeron, el Estado del pabellón o cualquier otro Estado afectado (art. 218).

De acuerdo con el art. 218 el Estado del puerto deberá atender, en la medida de lo posible, las solicitudes de investigación formuladas por otros Estados respecto de descargas que se hayan producido en su aguas o que hayan causado o amenacen con causar daños en ellas. Asimismo atenderá, en la medida de lo posible, las solicitudes del Estado del pabellón independientemente del lugar en que se hayan producido las descargas.

Por otra parte, con arreglo al art. 219, los Estados que han comprobado que un buque que se encuentra en uno de sus puertos viola las reglas internacionales en materia de navegabilidad y amenaza por ello causar daños al medio marino tomarán, "en la medida en que sea factible", medidas administrativas para impedir que zarpe.

En España es de aplicación el RD 91/2003, por el que se aprueba el Reglamento que regula las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles, norma que transpone al ordenamiento español la Directiva (CE) 95/21 sobre el cumplimiento de las normas internacionales de seguridad marítima, prevención de la contaminación y condiciones de vida y de trabajo a bordo por los buques que utilicen puertos comunitarios, modificada en último lugar por la Directiva 2001/106.

La Convención contiene asimismo reglas relativas a la contaminación procedente de fuentes terrestres y de la atmósfera, así como resultante de actividades en los fondos marinos, que no consideramos necesario examinar en una obra como la presente (arts. 213-215 y 222). Por otra parte, dedica varios preceptos (arts. 223-232) a las garantías mínimas que el Estado ribereño debe observar al adoptar medidas de ejecución respecto de buques extranjeros (en materia de procedimiento sancionador, de investigación de los buques...).

Deben tenerse igualmente presentes las reglas que en materia de jurisdicción se contienen en diversos tratados internacionales sobre protección y preservación del medio marino, como, por ej., el Convenio MARPOL (v. *supra*).

3) En cuanto a la *responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la protección del medio marino*, el art. 235 de la Convención dispone que los Estados: a) asegurarán que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por los particulares bajo su jurisdicción; y b) cooperarán a tal fin en la aplicación y el desarrollo del DI relativo a las responsabilidades y obligaciones relacionadas con la evaluación de los daños y su indemnización, así como a la solución de controversias conexas.

Existen varios convenios en la materia, entre los que mencionaremos: a) el Convenio sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (1969), enmendado por última vez en 2000, que establece un régimen de responsabilidad objetiva, en principio limitada, del propietario del buque —exigible ante la jurisdicción nacional competente— quien debe contar con un seguro o una garantía financiera para hacer frente a las indemnizaciones a que hubiere lugar; b) el Convenio por el que se constituye un Fondo internacional de indemnización de los daños causados por hidrocarburos (1971), que garantiza la reparación de los daños que no sean cubiertos por el propietario del buque de acuerdo con el Convenio de 1969; y c) el Convenio sobre responsabilidad civil y compensación por daños producido en relación con el transporte por mar de sustancias peligrosas y tóxicas (1996). España es parte en los dos primeros convenios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Obras generales de Derecho del mar, en lengua española*: AA. VV., *El nuevo Derecho del mar*, Bogotá, 1983; J.L. Azcárraga, *Derecho del mar*, Madrid, 1983; B. Carre, *La expansión de las fronteras*

del Estado en los espacios marinos y aéreos, Montevideo, 1992; J. Cervera, *El Derecho del mar: evolución, contenido, perspectivas (De las bulas papales al Convenio de Jamaica)*, Madrid, 1992; J.A. Yturriaga, *Ambitos de soberanía en la Convención de las NU sobre el Derecho del mar. Una perspectiva española*, Madrid, 1993; *id.*, *Ambitos de jurisdicción en la Convención de las NU sobre el Derecho del mar. Una perspectiva española*, Madrid, 1996; T. Scovazzi, *Elementos de DI del mar* (ed. española de V. Bou), Madrid, 1995; F. Aguirre, *Derecho marítimo en Mercosur*, Montevideo, 1997; E. de la Guardia, O.P. Astiz, L. del Castillo y N.G. Sabia, *El nuevo Derecho del mar*, Buenos Aires, 1997. **En otras lenguas:** R.J. Dupuy y D. Vignes (eds.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, 2 v., Dordrecht, 1990 y 1992; L. Lucchini y M. Voelckel, *Droit de la mer*, París, 1990; E.D. Brown, *The IL of the Sea*, 2 v., Aldershot, 1994; T.A. Clingan, *The Law of the Sea. Ocean Law & Policy*, Londres, 1994; H. Caminos, *Law of the Sea*, Hampshire, 2001; T. Scovazzi, "The Evolution of IL of the Sea", *R. des C.*, 2000, t. 286, 39. Un comentario sistemático de la Convención de 1982 en M.H. Nordquist (ed.), *UN Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, 5 v., Dordrecht.

Una serie de publicaciones periódicas centran su objeto en el Derecho del mar, como *International Journal of Marine and Coastal Law*, *Espaces et Ressources Maritimes*, *Ocean Development and IL* o los *Maritime Briefings* de la *International Boundaries Research Unit* (IBRU) de la U. de Durham. La División de asuntos oceánicos y Derecho del mar de la Oficina de asuntos jurídicos de la Secretaría General de las NU publica asimismo un *Bulletin of the Law of the Sea*, con excelente información documental; en su página *web* se puede encontrar información de la práctica estatal sobre Derecho del mar.

Compilaciones de textos sobre Derecho del mar: H. Lay, R. Churchill, M. Nordquist y K.R. Simmonds, *New Directions in the Law of the Sea*, 11 v., Londres-Nueva York, 1973-81.

2. Sobre la Tercera Conferencia de NU sobre Derecho del mar y la Convención de 1982, incluida la revisión de su Parte XI, en lengua española: R. Riquelme, *España ante la Convención sobre el Derecho del mar. Las declaraciones formuladas*, Murcia, 1990; J.A. Pastor, "La Convención de 1982 sobre el Derecho del mar y los intereses de España", *Cur. DI Vitoria* 1983, 73; T. Treves, "Problemas generales del DI a la luz de la Convención de las NU sobre el Derecho del mar", *Cur. DI Vitoria* 1984, 17; R. Riquelme, "Reflexiones sobre la firma y la ratificación de la Convención de las NU sobre el Derecho del mar 1982. A propósito de la firma por España", *ADI*, 1985, 185; *id.* y E. Orihuela, "La Convención sobre el Derecho del mar entra en vigor", *Meridiano CERI*, n° 1, 1995, 18; F. Mariño, "La Convención de NU sobre el Derecho del mar y los medios de producción del DI del mar", *AADI*, 1987-89, 113; F. Orrego, "La aplicación de la Convención de las NU sobre el Derecho del mar en el Derecho y la práctica de América Latina", *Cur. DI Vitoria* 1993, 337; H. Caminos, "Las normas sobre ejecución en la Convención de las NU sobre el Derecho del mar", *Cur. Euromediterráneos Banca de DI*, v. V, 2001, 565; C. Jiménez Piernas, "La ratificación por España de la Convención de 1982 sobre el Derecho del mar y el Acuerdo de 1994 sobre la aplicación de la Parte XI: Nuevos riesgos de la codificación del DI", *REDI*, 2001, 105. **En otras lenguas:** J. Salmon (ed.), *Colloque sur la Belgique et la nouvelle Convention des NU sur le droit de la mer*, Bruselas, 1995; J. Evensen, "Working Methods and Procedures in the Third UN Conference on the Law of the Sea", *R. des C.*, 1986, t. 199, 415; J.P. Levy, "Les bons offices du Secrétaire général des NU en faveur de l'universalité de la Convention sur le droit de la mer...", *RGDIP*, 1994, 871; *id.*, "Les NU et la Convention de 1982 sur le droit de la mer", *RBDI*, 1995, 11; J.P. Queneudec, "Le nouveau droit de la mer est arrivé!", *RGDIP*, 1994, 865; D.H. Anderson, "Legal Implications of the Entry into Force of the UN Convention on the Law of the Sea", *JCLQ*, 1995, 313; P. Gautier, "De 1982 à 1994: Les étapes d'une modification 'singulière' de la partie XI de la Convention sur le droit de la mer de 1982", *RBDI*, 1995, 56.

3. Sobre los espacios marinos tradicionalmente reconocidos al ribereño (aguas interiores, mar territorial y zona contigua), incluidos los estrechos internacionales y su mensuración, en lengua española: V. Bou, *La navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos internacionales y las aguas archipelágicas en tiempos de paz*, Madrid, 1994; J. Saura, *Límites del mar territorial*, Barcelona 1996; A. del Valle/Rachid El Houdaigui (dir.), *Las dimensiones internacionales del Estrecho de Gibraltar*, Madrid, 2006; A. Marín, "El paso de los estrechos", *Cur. DI Vitoria* 1984, 63; J. Díez-Hochleitner, "Régimen de navegación de los buques de guerra extranjeros por el mar

territorial español y de sus escalas en puertos españoles”, *REDI*, 1986, 543; S. Martínez Caro, “Los espacios marítimos argentinos en la Ley 23.968”, *AADI*, 1990-91, 225; J.A. Yturriaga, “El sobrevuelo por los estrechos utilizados para la navegación internacional”, *AIILADI*, 1991, 359; respecto de la ampliación de las competencias del ribereño en la zona contigua relacionadas con la protección del patrimonio cultural, M. Aznar, *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con especial referencia al caso de España*, Valencia, 2004. **En otras lenguas:** K.L. Koh, *Straits in International Navigation: Contemporary Issues*, Nueva York, 1982; A. Gioia, *Titoli storici e linee di base del mare territoriale*, Padua, 1990; F. Ngantcha, *The Right of Innocent Passage and the Evolution of the IL of the Sea*, Londres-Nueva York, 1990; J.A. Yturriaga, *Straits Used for International Navigation. A Spanish Perspective*, Leiden, 1991; T. Treves, “Notes on the Transit Passage through Straits and Customary IL”, *Essays W. Riphagen*, Dordrecht, 1986, 247; H. Caminos, “The Legal Regime of Straits in the 1982 UN Convention of the Law of the Sea”, *R. des C.*, 1987, t. 205, 10; S. Mahmoudi, “Customary IL and Transit Passage”, en *Ocean Development and IL*, 1989, 157; J.M. van Dyke, “Legal and Practical Problems Governing International Straits”, *Ocean Yearbook*, 1996, 109. Mencionemos, además, de la serie *International Straits of the World*: S.C. Truver, *The Strait of Gibraltar and the Mediterranean*, 1980; G. Alexanderson, *The Baltic Straits*, 1982; C.L. Rozakis y P.N. Stagos, *The Turkish Straits*, 1987; M.A. Morris, *The Straits of Magellan*, 1989. Asimismo, E. Franckx, *Maritime Claims in the Arctic: Canadian and Russian Perspectives*, Dordrecht, 1993; G. Marston, “Redrawing the Territorial Sea Baseline in the Firth of Clyde”, *ICLQ*, 2002, 279.

4. En relación con la ZEE, en lengua española: F. Orrego (ed.), *La ZEE. Una perspectiva latinoamericana*, Santiago de Chile, 1982; *id.* y J. Irigoien (eds.), *La aplicación de la ZEE y el régimen de pesca. Una visión científica y técnica*, Santiago de Chile, 1982; R. Carnerero, *El régimen de navegación por la ZEE*, Madrid, 1999; J. Pueyo, “La indeterminación del nuevo orden jurídico marítimo internacional: reflexiones sobre el carácter consuetudinario de la ZEE...”, *REDI*, 1985, 323; J.L. Meseguer, “La solución jurisdiccional obligatoria de las controversias en el nuevo Derecho del mar: las excepciones en materia de recursos vivos”, *REDI*, 1986, 571; P. Andrés, “Incidentes pesqueros y recurso a la fuerza. Estudio del apresamiento de buques pesqueros como medida de ejecución en el régimen internacional de pesquerías”, *REDI*, 1989, 7; S. Torrecuadrada, “Política pesquera común de la Comunidad Europea”, *Jurídica*, 2005, 65; J.R. Cossío, “La posibilidad de aplicar la jurisdicción penal mexicana en la ZEE”, *AMDI*, 2006, 929. **En otras lenguas:** F. Orrego (ed.), *The EEZ. A Latin American Perspective*, Boulder (Co.), 1981; *id.*, *The EEZ: Regime and Legal Nature under IL*, Cambridge, 1989; *id.* (ed.), *Droit de la mer. 2. La ZEE dans la législation et la pratique des Etats*, París, 1990; B. Conforti (ed.), *La zona económica exclusiva*, Milán, 1983; A. Lallou, *Le Maroc et le droit des pêches maritimes*, París, 1983; T. Scovazzi, *La pesca nell'evoluzione del diritto del mare*, Milán, 1984; R.W. Smith, *EEZ Claims*, Dordrecht, 1986; D. Attard, *The Exclusive Economic Zone*, Oxford, 1987; M. Dahmani, *The Fisheries Regime of the EEZ*, Dordrecht, 1987; B. Kwiatkowska, *The 200 Mile EEZ in the New Law of the Sea*, Dordrecht, 1989; U. Leanza (ed.), *ZEE e mare Mediterraneo*, Nápoles, 1989; F.L. Bastos, *Algumas notas sobre a ZEE e a caracterização do DI contemporâneo*, Linda-A-Velha, 1993; D. Pharand y U. Leanza (eds.), *The Continental Shelf and the EEZ: Delimitation and Legal Regime*, Dordrecht, 1993; W.T. Burke, *The New IL of Fisheries: UNCLOS 1982 and Beyond*, Oxford, 1994; D. Vignes, G. Cataldi y R. Casado, *Le droit international de la pêche maritime*, Buselas, 2000; H.B. Robertson, “Navigation in the EEZ”, *Va. JIL*, 1985, 3; C.A. Fleischer, “The New Regime of Marine Fisheries”, *R. des C.*, 1988, t. 209, 95; T. Scovazzi, “La partecipazione straniera alla pesca nella zona economica esclusiva”, *ADI*, 1994, 239.

5. En cuanto a la plataforma continental, en lengua española: J.C. Lupinacci, *La plataforma continental en el nuevo Derecho del mar*, Montevideo, 1993; A. Herrero, “La plataforma continental ante el nuevo DI”, *Hom. A. Truyol*, Madrid, 1986, v. I, 561; H. Llanos, “La plataforma continental y la Convención de las NU sobre el Derecho del mar de 1982”, *Hom. F. Pflirter de Armas*, Buenos Aires, 1989, 181; F. Armas Pflirter “El límite exterior de la plataforma continental”, *AADI*, 2000, 235. **En otras lenguas:** G. Marston, *The Marginal Seabed: United Kingdom Legal Practice*, Oxford, 1981; A. Reynaud, *Le plateau continental de la France*, París, 1984; A.M. Iannucci, *La plateau continental et la troisième Conférence des NU sur le droit de la mer*, Neuchâtel, 1989; D. Pharand y U. Leanza (eds.),

The Continental..., cit.; V. Marota, "Le plateau continental dans la Convention de 1982 sur le droit de la mer", *R. des C.*, 1985, t. 194, 269.

6. Sobre las islas y los archipiélagos, en lengua española: J. Pueyo, *El archipiélago oceánico. Regulación jurídico-marítima internacional*, Madrid, 1981; C. Jiménez Piernas, *El proceso de formación del DI de los archipiélagos*, Madrid, 1982; *íd.* *La revisión del estatuto territorial del Estado por el nuevo Derecho del mar. El caso de los Estados archipelágicos*, Alicante, 1990. **En otras lenguas:** M. Diple, *Le régime juridique des îles dans le DI de la mer*, París, 1984; R. Lattion, *L'archipel en DI*, Lausana, 1984; H.W. Jayewardene, *The Regime of Islands in IL*, Dordrecht, 1990; M. Munavvar, *Archipelagic Regimes in the Law of the Sea*, Dordrecht, 1994; C. Economides, "Des îlots contestés entre la Grèce et la Turquie. Les îlots d'Imia dans la mer Égée: Un différend créé par la force", *RGDIP*, 1997, 323; L. Lucchini, "L'Etat insulaire", *R. des C.*, 2000, t. 285, 251.

7. Sobre los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, en lengua española: A. Martínez Puñal, *Los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en la zona económica exclusiva*, Santiago de Compostela, 1988; J.A. Yturriaga, "Los Estados en situación geográfica desventajosa: una categoría jurídica injustificada", *Hom. J. Pérez Montero*, Oviedo, 1988, v. III, 1499; **en otras lenguas:** A.M. Sinjela, *Land-Locked States and the UNCLOS Regime*, Nueva York, 1983; S. Vasciannie, *Land-Locked and Geographically Disadvantaged States and the IL of the Sea*, Oxford, 1990; J. Symonides, "Geographically Disadvantaged States under 1982 Convention on the Law of the Sea", *R. des C.*, 1988, t. 208, 283; J. Monnier, "Right of Access to the Sea and Freedom of Transit", en R.J. Dupuy y D. Vignes (eds.), *A Handbook...*, cit., 501; A. Martínez Puñal, "The Rights of Land-Locked and Geographically Disadvantaged States in EEZs", *JMLC*, 1992, 429; P. Tavernier, "Les nouveaux Etats sans littoral d'Europe et d'Asie et l'accès à la mer", *RGDIP*, 1993, 727.

8. Sobre la delimitación en general, en lengua española: J. Saura, *Delimitación jurídica internacional de la plataforma continental*, Madrid, 1996; A. de Almeida, *El DI de la delimitación de los espacios marinos de soberanía económica*, Madrid, 1999; E. Ruiloba, *Circunstancias especiales y equidad en la delimitación de los espacios marítimos*, Zaragoza, 2001; R. Galindo, "Desarrollo de la delimitación de los nuevos espacios oceánicos", *AHLADI*, 1993, 171; A. Remiro, "Problemas de fronteras en Iberoamérica: la delimitación de espacios marinos", en *La Escuela de Salamanca y el DI en América*, Salamanca, 1993, 117. **En otras lenguas:** S.P. Jagota, *Maritime Boundary*, Dordrecht, 1985; J.R.V. Prescott, *The Maritime Political Boundaries of the World*, Londres-Nueva York, 1985; P.B. Beazley, *Maritime Limits and Baselines. A Guide to their Delimitation*, 1987 (3ª ed.); G. Blake (ed.), *Maritime Boundaries and Ocean Resources*, Londres, 1987; D.M. Johnston, *The Theory and History of Ocean Boundary-Making*, Kingston-Montreal, 1988; M.D. Evans, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Oxford, 1989; W.M. Reisman y G.S. Westerman, *Straight Baselines in International Maritime Boundary Delimitation*, Nueva York, 1992; V. Donat Pharand y U. Leanza (eds.), *The Continental...*, cit.; M. Miyoshi, *Considerations of Equity in the Settlement of Territorial and Boundary Disputes*, Dordrecht, 1993; A. Roach y R.W. Smith, *US Responses to Excessive Maritime Claims*, La Haya, 1996 (2ª ed.); L. Caflisch, "La délimitation des espaces maritimes entre Etats dont les côtes se font face ou sont adjacentes", en *Traité du nouveau DI de la mer*, París-Bruselas, 1985, 374; M.D. Evans, "Maritime Delimitation and Expanding Categories of Relevant Circumstances", *ICLQ*, 1991, 1; I. Brownlie, "The Sources of Law Governing Maritime Delimitation", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 733. Obras de referencia obligada son J.I. Charney y L.M. Alexander (eds.), *International Maritime Boundaries*, 2 v., Dordrecht, 1993; G.H. Blake (ed.), *World Boundaries. V. 5: Maritime Boundaries*, Londres, 1994; y, por su carácter práctico, D.C. Kapoor y A.J. Kerr, *A Guide to Maritime Boundary Delimitation*, Toronto-Calgary-Vancouver, 1986. **Sobre las delimitaciones pactadas:** Oficina de asuntos marítimos y del Derecho del mar de las NU, *The Law of the Sea. Maritime Boundary Agreements (1970-84)*, Nueva York, 1987 (para la recopilación de acuerdos celebrados entre 1970 y 1984). **Por lo que hace a las delimitaciones obtenidas por vía judicial y arbitral, en lengua española:** P. Pozo, "¿Hacia una solución 'económicamente' equitativa? Reflexiones sobre la evolución de la jurisprudencia internacional en materia de delimitación marítima", *ADI*, 1997, 407; R. Nieto, "Jurisprudencia en materia de delimitación

marítima", *Liber amicorum J.M. Ruda*, La Haya, 2000, 109; C. Jiménez Piernas, "La relevancia de la frontera terrestre en la jurisprudencia sobre delimitación de los espacios marinos entre Estados adyacentes", *Hom. J.M. Castro-Rial*, Valencia, 2002, 393; **en otras lenguas**: H. Mosler, "The Area of Justiciability: Some Cases of Agreed Delimitation in the Submission to the ICJ", *Essays M. Lachs*, Dordrecht, 1984, 409; G. Nesi, "*Utī possidetis iuris* e delimitazioni marittime", *RDI*, 1991, 534; J.I. Charney, "Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law", *AJIL*, 1994, 227. V. asimismo las contribuciones de V.D. Degan, E. Jiménez de Aréchaga y M. Virally a los *Etudes R. Ago*, Milán, 1987, v. II, 107, 229 y 523. Los casos de delimitación de la plataforma continental han sido recopilados por M. Wallace, *International Boundary Cases: The Continental Shelf*, 2 v., Cambridge, 1994. La labor desarrollada por el juez S. Oda en la solución judicial de los asuntos relacionados con la delimitación de espacios marinos ha provocado la aparición de interesantes contribuciones relacionadas con este tema en su libro homenaje (Dordrecht, 2002), entre las que cabe señalar las de: J.I. Charney, 1011; H. Chiu, 1031; R. Ida, 1037; M. Mendelson, 1069; M. Miyoshi, 1087; K. Nakatani, 1103; M.C.W. Pinto, 1115; O. Schachter, 1163; I. Seild-Hohenveldern, 1169; B. Simma y D.E. Khan, 1179; y, J.M. van Dyke, 1197. Junto a ello y como reflejo de la contribución de las opiniones de S. Oda en las sentencias de la CIJ, B. Kwiatkowska, "Judge Shigeru Oda's Opinions in the Law of the Sea Cases: Equitable Maritime Boundary Delimitation", *GYIL*, 1993, 225.

9. En relación con diferencias sobre delimitación existentes entre países vecinos: Oficina del Geógrafo del Departamento de Estado de los EEUU, *Limits in the Seas* (colección actualizable); *Maritime Briefings* (1993) de la *International Boundaries Research Unit* (IBRU) de la U. de Durham. En América latina la controversia pendiente más relevante es la colombo-venezolana sobre la delimitación del Golfo de Venezuela. La biblio. al respecto es muy abundante y apasionada. Citemos como referencias, del lado colombiano, las monografías de A.J. García, *La delimitación de espacios oceánicos. El caso colombo-venezolano*, Bogotá, 1987, y A. Vazquez Carrizosa, *Colombia y Venezuela, una historia atormentada*, Bogotá, 1987 (2ª ed.); y, del lado venezolano, K.N. Nweihed, *Panorama y crítica del diferendo*, Caracas, 1981. L. Area y E. Nieschulz han elaborado una recopilación exhaustiva de la negociación al respecto, desde sus orígenes hasta 1989: *El Golfo de Venezuela, Documentación y cronología*, 2 v., Caracas, 1984 y 1991. Para el resto de las fronteras marítimas de Venezuela, I. Morales Paúl, *La delimitación de áreas marinas y submarinas al norte de Venezuela*, Caracas, 1983.

10. Sobre mares (semi)cerrados a efectos de delimitación y la implicación de terceros en la delimitación marítima, en lengua española: R. Riquelme, *La intervención de terceros Estados en el proceso internacional (Un caso test: la intervención de Nicaragua en la controversia marítima Honduras/El Salvador)*, Madrid, 1993; L. Pérez-Prat, *La frontera triangular*, Madrid, 1999; G. Sandner, "Aspectos y problemas de geografía territorial del Mar Caribe en el contexto de las nuevas delimitaciones marítimas", *Geoitsmo*, 1987, 1; **en otras lenguas**: K. Kittichaisaree, *The Law of the Sea and Maritime Boundary Delimitation in South-East Asia*, Oxford, 1987; U. Leanza (ed.), *Il regime giuridico internazionale del mare Mediterraneo*, Milán, 1987; D.M. Johnston y P.M. Saunders (eds.), *Ocean Boundary Making: Regional Issues and Developments*, Londres, 1988; F.A. Ahnish, *The IL of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean Sea*, Oxford, 1993; V.L. Forbes, *Conflict and Cooperation in Managing Maritime Space in Semi-Enclosed Seas*, Singapur, 2001; L.M.D. Nelson, "The Delimitation of Maritime Boundaries in the Eastern Caribbean", en E. Gold (ed.), *A New Law of the Sea for the Caribbean*, Nueva York, 1988, 27; D. Freestone, "Maritime Boundary Delimitation in the Eastern Caribbean", *IBRU Conf. Proc.*, 1989, 195; U. Leanza, "Le régime juridique international de la mer Méditerranée", *R. des C.*, 1992, t. 236, 128; R. Meese, "La mer Caspienne: quelques problèmes actuels", *RGDIP*, 1999, 405; A.G. Oude Elferink, "The Islands in the South China Sea: How does their presence limit the extent of the High Seas and the Area and the Maritime Zones of the Mainland Coasts?", *Ocean Development & IL*, 32, 2001, 169.

11. Sobre la delimitación de los espacios marinos de España, en lengua española: J.L. Suárez, *El nuevo orden oceánico. Consecuencias territoriales*, Sevilla, 1985; F. Bacza, *Las islas Canarias ante el nuevo DI del mar*, Las Palmas, 1987; E. Orihuela, *España y la delimitación de sus espacios marinos*, Murcia, 1989; V. Gutiérrez Castillo, *España y sus fronteras en el mar. Estudio de*

la delimitación de sus espacios marinos, Madrid, 2004. **En otras lenguas:** J.G. O'Reilly, "Gibraltar: Spanish and United Kingdom Claims", *Territory Briefing*, nº 4, IBRU, Durham, 1992; *id.*, "Ceuta and the Spanish Sovereign Territories: Spanish and Moroccan Claims", *Boundary and Territory Briefing*, nº 1-2, 1994, 11; J.M. Lacleta, "Las fronteras de España en el mar", DT nº 34/2004 publicado por el Real Instituto Elcano. La creación por España en 1997 de una *zona de protección pesquera en el Mediterráneo* y los problemas de delimitación que ello implica o el establecimiento de una *zona de protección ecológica* por Francia tb. han sido objeto de atención por la doctrina española: V. Gutiérrez del Castillo, "L'Espagne et les problèmes de délimitation en Méditerranée", en G. Cataldi (ed.) *La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21 siècle*, Bruselas, 2002, 169; J.M. Faramiñán y V. Gutiérrez del Castillo, "Una nueva zona jurisdiccional en el Mediterráneo: La zona de protección ecológica francesa", *REEI*, 2004, 8; J. Pueyo y J. Urbina, "La creación por Francia de una zona de protección ecológica en el Mediterráneo: ¿un incremento de los poderes de control del Estado ribereño para la preservación del medio marino o la reivindicación encubierta de una futura ZEE?", *REDI*, 2004-1, 511. Respecto de aquellos Estados con los que España tiene planteados *problemas de delimitación* y las consecuencias que sobre el trazado de fronteras puede tener el establecimiento de zonas económicas exclusivas materialmente limitadas, v. G. Cataldi, "L'Italia e la delimitazione degli spazi marini. Osservazioni sulla prassi recente di estensione della giurisdizione costiera nel Mediterraneo", *RDI*, 2004, 621.

Capítulo XXV

Las relaciones diplomáticas y consulares

CXXII. LA ACCIÓN EXTERIOR DEL ESTADO Y SUS ÓRGANOS

536. *Consideraciones generales*

Una de las consecuencias principales de la soberanía e igualdad soberana de los Estados es su capacidad para entrar en relación con los demás sujetos de DI. Esta relación, necesaria para articular la cooperación internacional e imprescindible en la sociedad internacional contemporánea, se lleva a cabo a través de lo que ha venido a denominarse la *acción exterior del Estado*.

La *acción exterior* se materializa a través, principalmente, de los órganos *externos* del Estado, libre para establecer la estructura, cauces y órganos a través de los cuales articular sus relaciones internacionales (principio de autoorganización). Con todo, la práctica estatal muestra una cierta homogeneidad en la respuesta siendo posible, en principio, establecer una primera clasificación entre los *órganos centrales*, como el Jefe del Estado y/o de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores, y los *periféricos*, que ejercen sus funciones fuera del territorio de su Estado, unos con carácter general y de manera permanente, (Misiones diplomáticas y ante OI, oficinas consulares), otros con mandatos concretos y durante un tiempo determinado (*diplomacia ad hoc*, en particular las denominadas *Misiones especiales* y las *delegaciones* a Organizaciones y Conferencias internacionales).

La normalización de la práctica estatal, unida a la necesidad de asentar la confianza recíproca, la certidumbre y seguridad de las relaciones y la libertad que ha de acompañar a los agentes de sujetos soberanos e iguales ha resultado incluso en la formación de normas consuetudinarias sobre la competencia de ciertos órganos para realizar determinados actos y sobre los caracteres, funciones, privilegios e inmunidades y protección que el DI reconoce a los órganos *externos*. Ello no es extraño si tenemos en cuenta que la acción exterior y el entramado de relaciones internacionales que comporta es una de las funciones más clásicas del DI, calificado desde sus orígenes como un *Derecho relacional y de la coexistencia*, y que la acción exterior y con ella el Derecho diplomático y consular ha sido una de las parcelas objeto de especial atención.

Tanto respecto del Jefe del Estado (*Ensayos Nucleares*, 1974; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 1993, 1996; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002) como del Ministro

de Asuntos Exteriores (*Estatuto jurídico de la Groenlandia Oriental*, 1933; *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, 2002) la Corte de La Haya, ha puesto de manifiesto su capacidad para obligar al Estado y, en relación con los tratados, tal capacidad es particularmente reconocida al considerarse a los mencionados, como al Jefe de Gobierno, representantes del Estado para llevar a cabo cualesquiera *actos relacionados con su formación o celebración sin necesidad de presentar plenos poderes*. (v. Cap. III, VII y VIII).

Junto a los *órganos centrales*, los denominados *periféricos* son imprescindibles como red de apoyo a la acción exterior del Estado. Con competencias generales y carácter permanente o *ad hoc*, todos ellos actúan fuera de las fronteras del Estado y facilitan las relaciones con los otros Estados y las OI. Su actuación se desarrolla al amparo de tres ordenamientos jurídicos distintos, el del Estado al que pertenecen, el internacional y el del Estado en el que actúan.

Las relaciones diplomáticas, las relaciones consulares y las misiones especiales han sido objeto, por otro lado, de codificación y desarrollo progresivo (Convenios de Viena de 1961, 1963 y 1967, respectivamente).

En los párrafos que siguen consideramos los puntos mencionados y también, a continuación, el más general de la inmunidad del Estado como tal en el extranjero.

El ejercicio sería aplicable a las OI. Dado que no poseen territorio propio la garantía de su independencia exige el reconocimiento por sus miembros, en particular el Estado anfitrión, de privilegios e inmunidades en favor tanto de la Organización como de sus agentes. De ahí las convenciones multilaterales, ampliamente convergentes, y los acuerdos de sede de cada una de ellas.

Hay OI cuyas reglas reconocen su derecho de legación activa en términos más o menos amplios. La actividad de las NU y de sus organismos especializados ofrece una rica práctica; más aún la UE, a través de sus más de ciento sesenta *delegaciones*, anhelantes de ser misiones diplomáticas, al punto de que, rebasando a muchas de ellas en capacidad e influencia, ya a sus jefes llama *embajadores*.

Hecha esta llamada de atención, la conveniencia de mantener embridada la dimensión de esta obra obliga a retirar este punto por el foro.

CXXIII. LA MISIÓN DIPLOMÁTICA

537. Naturaleza y funciones

La Misión diplomática es un órgano periférico del Estado de carácter representativo, acreditado ante otro Estado con el fin primordial de asegurar relaciones permanentes entre ambos. Recibe en la práctica denominaciones distintas, siendo

las más frecuentes la de *Embajada*, *Legación* (utilizada antes de la Segunda Guerra Mundial para las embajadas de *menor nivel*), *Nunciatura* (para las Misiones de la Santa Sede) o *Alto Comisionado* (entre los países de la Commonwealth).

Las funciones de la Misión, según las enuncia la CV 1961 (art. 3) sin ánimo exhaustivo son:

1) *Representación del Estado acreditante* ante el Estado receptor. El término *representación* no se utiliza aquí en un sentido estrictamente jurídico, sino para significar que el Estado acreditante asegura su presencia en el Estado receptor a través de la Misión diplomática, favoreciendo así sus relaciones y la comunicación.

2) *Protección en el Estado receptor de los intereses del Estado acreditante y de sus nacionales*. En relación con los últimos, esta función no debe identificarse con la protección diplomática en sentido estricto (v. Cap. XXII) —en la que la Misión no interviene necesariamente— sino que tiene un sentido más amplio y genérico. En el ejercicio de esta función debe reconocerse a los agentes diplomáticos de la Misión libertad de comunicación con los nacionales, así como a los nacionales libertad de comunicación con la Misión.

3) *Negociación con el Estado receptor*. La Misión diplomática es el órgano a través del cual el Estado negocia normalmente con el Estado receptor, tanto con vistas a la celebración de tratados bilaterales como al arreglo de controversias o problemas de cualquier índole. Pero cualquier negociación puede ser igualmente emprendida por los órganos centrales del Estado o por una *Misión especial* (v. *infra*).

4) *Información al Estado acreditante sobre la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor*. Esta función consiste no sólo en transmitir los comunicados recibidos de la autoridades del Estado receptor, sino igualmente en obtener toda la información disponible, analizarla y enviarla al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado acreditante. La CV 1961 advierte que la Misión debe emplear a tal fin medios lícitos, lo que excluye el espionaje o la *compra* de información *clasificada*.

5) *Fomento de las relaciones amistosas y de la cooperación económica, cultural y científica*.

6) Por último, la Misión diplomática puede ejercer *funciones consulares*, constituyendo a tal efecto una *sección consular*. El ejercicio de tales funciones queda sujeto a las disposiciones de la CV 1963 (CV 1961, art. 3.2; CV 1963, arts. 3 y 70).

Para garantizar el desempeño por la Misión de sus funciones, el DI codificado en Viena obliga al Estado receptor a dar a la Misión todas las facilidades necesarias (art. 25), entre ellas la de facilitar al Estado acreditante la adquisición de los locales precisos y, caso necesario, ayudarle a obtener alojamiento para sus miembros (art. 21). Asimismo ha de brindar protección de los locales de la Misión

(art. 22.2) y reconocer a la Misión y a sus miembros un conjunto de privilegios e inmunidades (v. *infra*)

La Misión, por su parte, debe tratar todos los asuntos oficiales con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor o, por conducto de él, con el Ministerio sectorial pertinente. Ciertamente es que, como consecuencia de la multiplicación y diversificación de las relaciones internacionales, es práctica habitual que los miembros de la Misión se comuniquen directamente con otros Ministerios y autoridades del Estado receptor, contando a tal efecto con el consentimiento expreso o tácito del de Relaciones Exteriores. Sus locales no deben ser utilizados de manera incompatible con las funciones de la Misión y su personal debe respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor; sobre todo no ha de *inmiscuirse en los asuntos internos del Estado receptor* (CV 1961, art. 41).

Se trata de una prohibición que, si bien tiene su fundamento último en el principio de no intervención (v. Cap. III), desborda su alcance. Así, por ej., infringe la prohibición la simple participación del jefe de la Misión u otro agente diplomático en actos electorales, movimientos políticos o partidos políticos (de oposición) dentro del Estado receptor o la realización de declaraciones públicas sobre asuntos de la política interior o exterior de dicho Estado (esto último permitió al Gobierno cubano, en noviembre de 1996, retirar el *placet* al embajador de España, antes incluso de que tomara posesión).

538. *Establecimiento y terminación*

De los Estados se afirma que son titulares del derecho de *legación* (*ius legationis*). Pero eso no significa que tengan derecho a establecer Misiones permanentes en el territorio de cualquier otro Estado, pues el establecimiento de relaciones diplomáticas y el envío de Misiones permanentes se efectúa por consentimiento mutuo (CV 1961, art. 2).

El derecho de legación hace referencia sólo a la capacidad para establecer Misiones diplomáticas —derecho de legación *activa*— o para recibirlas —derecho de legación *pasiva*. Por otra parte, el principio del consentimiento mutuo no sólo preside el establecimiento de la Misión, sino igualmente la determinación de su rango, el número de miembros y la apertura de oficinas en otras localidades (CV 1961, arts. 11, 12 y 15).

El rango de la Misión viene determinado por la clase a la que pertenezca su jefe. La CV distingue tres: 1) los embajadores o nuncios (para la Santa Sede), 2) los enviados, ministros e internuncios y 3) los encargados de negocios (art. 14). La distinción carece, sin embargo, de relevancia desde un punto de vista funcional. Se trata de una herencia del Reglamento de Viena de 1815 sobre el rango de los agentes diplomáticos, completado por el Protocolo de Aix-la-Chapelle de 1818, de la que la Convención de Viena no supo despojarse y que no tiene más consecuencias que las puramente protocolarias.

Por lo que se refiere al número de miembros de la Misión, la CV de 1961 dispone que a falta de acuerdo el Estado receptor podrá exigir que ese número esté dentro de los límites de lo que considere razonable y normal, según las circunstancias y condiciones de ese Estado y las necesidades de la Misión... (art. 11).

Esta regla se aparta de la práctica anterior en la que, partiendo de la idea de que el tamaño de la Misión reflejaba la importancia y poder del Estado acreditante, correspondía a éste determinarlo unilateralmente. Por otra parte, huelga decir que la nueva regla favorece los intereses de los pequeños Estados. El Estado receptor no puede actuar, sin embargo, de manera discriminatoria frente a los distintos Estados acreditantes; ahora bien, no se considera discriminatorio que otorgue un trato más restrictivo o más favorable a título de reciprocidad (art. 47).

En otro orden de consideraciones, la CV 1961 prevé la posibilidad de la *acreditación múltiple*, ésto es que un Estado acredite una misma persona o Misión ante dos o más Estados o que dos o más Estados acrediten una misma persona o Misión ante el Estado receptor (arts. 5 y 6). Ambos supuestos de acreditación múltiple están sometidos a la notificación previa del Estado o Estados acreditantes y a la *no oposición* del Estado o Estados receptores. En cambio, el jefe de la Misión o cualquier agente diplomático puede representar al Estado acreditante ante cualquier Organización internacional sin necesidad de contar con el consentimiento del Estado receptor (art. 5.3). El recurso a la acreditación de una misma persona o Misión ante más de un Estado es muy frecuente en nuestros días. Por el contrario, resulta excepcional que dos o más Estados acrediten a una misma persona o Misión ante otro Estado.

Distinto es el caso en que —siempre con el consentimiento previo del Estado receptor (art. 46)— el Estado acreditante asume la protección temporal de los intereses de un tercer Estado no representado en el Estado receptor y de sus nacionales.

El Tratado de buena vecindad, amistad y cooperación entre España, Francia y Andorra (1993) contempla la posibilidad para este último Estado de solicitar a los dos primeros la protección de sus intereses e, incluso, su representación ante terceros (art. 6). Asimismo dispone que los nacionales andorranos podrán acudir a las Oficinas consulares españolas y francesas en los Estados en que el Principado carezca de representación consular (art. 7).

La ruptura de relaciones diplomáticas entre dos Estados comporta la obligación para ambos de poner término a sus respectivas Misiones. La decisión de romper relaciones diplomáticas puede ser tomada por cualquier Estado de manera unilateral o colectiva, eventualmente como consecuencia de una resolución del C. de S. de NU en el marco del Capítulo VII de la Carta (v. Cap. XXVII). Incluso la AGNU ha llegado en alguna ocasión a recomendar esta medida a los Estados miembros (por ej., en relación con la España de Franco en 1946).

Pero la terminación de una Misión diplomática no es siempre consecuencia de la ruptura de relaciones ni implica necesariamente tal ruptura, pudiendo además tener carácter temporal. Así, por ej., la Misión puede terminar por extinción del sujeto receptor (caso de la R. D. Alemana), por haberse desencadenado un conflicto armado en el Estado receptor o, simplemente, porque el Estado acreditante estima que la baja intensidad de las relaciones con aquél no justifica su mantenimiento. En cualquier caso la terminación de la Misión no requiere el consentimiento del Estado receptor.

La CV 1961 dispone que en caso de terminación de la Misión el Estado receptor está obligado a respetar y proteger, aún en caso de conflicto armado, sus locales, así como sus bienes y archivos. Por otra parte, cabe que los locales queden a cargo del personal de la sección consular —si la tuviera— o de una Oficina consular del Estado acreditante, pues la ruptura de relaciones diplomáticas no lleva aparejada la ruptura de relaciones consulares. En último término, también se puede confiar la custodia de los locales de la Misión, de sus bienes y archivos, así como la protección de los intereses del Estado acreditante y de sus nacionales, a un tercer Estado que resulte aceptable para el Estado receptor (art. 45).

Hoy, realmente, los Estados evitan recurrir a la ruptura de relaciones diplomáticas como medida de retorsión, incluso en las circunstancias más extremas. Así, mientras EE.UU. intervenía violentamente en Nicaragua durante las presidencias de Ronald Reagan y Georges Bush mantenía abierta en Managua su Misión. Los Estados prefieren recurrir a otros medios dentro del mismo campo diplomático, como la retirada del Embajador, la llamada del mismo a consultas o la reducción del personal.

539. *Miembros de la Misión*

La Misión diplomática cuenta con tres categorías de personal: el *personal diplomático*, el *personal administrativo y técnico* y el *personal de servicio*. Al frente de todos ellos se encuentra el *jefe de la Misión*, él mismo un agente diplomático.

1) El nombramiento del Jefe de Misión es discrecional, pero debe obtenerse antes el *placet* o asentimiento del Estado receptor, que puede negarlo sin tener que expresar los motivos (CV 1961, art. 4). Aunque todos los nombramientos son, en definitiva, *políticos*, suele llamarse embajadores *políticos* a los jefes de Misión que no proceden de la carrera diplomática.

El jefe de Misión asume sus funciones tras presentar sus *cartas credenciales* ante el Jefe del Estado —el Ministro de Relaciones Exteriores si se trata de un encargado de negocios— del Estado receptor o tras comunicar su llegada y presentar *copia de estilo* de sus cartas credenciales en el Ministerio de Relaciones Exteriores (art. 13).

Vacante la jefatura de Misión o ausente su titular un *encargado de negocios ad interim* actúe provisionalmente como tal (CV 1961, art. 19.1)

El conjunto de jefes de Misiones diplomáticas y agentes diplomáticos en un Estado constituye el *cuerpo diplomático* del mismo. Su decano suele ser el jefe de misión más antiguo por la fecha de su acreditación, aunque en algunos países de tradición católica, como España, lo es el Nuncio de Su Santidad.

2) Son miembros del *personal diplomático* todas las personas acreditadas como tales ante el Estado receptor, independientemente de su condición o no de

diplomáticos *de carrera* (figura que no existe en todos los países). De hecho, en una Misión, junto a los puestos *puramente diplomáticos* (ministro, ministro consejero, consejero y secretario), existen puestos de *agregados* (comercial, de defensa, cultural, laboral) que suelen ocupar funcionarios procedentes de distintos Ministerios o personal contratado.

El Estado acreditante puede en principio nombrar libremente al personal diplomático, bastando con la notificación del nombramiento al Estado receptor, a menos que se trate de agregados militares, que podrían ser sometidos a su aprobación (arts. 7 y 10.1.a). El Estado receptor puede declarar persona *non grata* a cualquier miembro del personal diplomático nombrado por el Estado receptor antes de su llegada (art. 9.1).

La CV 1961 exige, en principio, que los miembros del personal diplomático ostenten la nacionalidad del Estado acreditante, permitiendo al Estado receptor reservarse el derecho a someter a su consentimiento el nombramiento de nacionales de un tercer Estado; en el caso de nacionales del propio Estado receptor su consentimiento es en todo caso exigido (art. 8). Los agentes diplomáticos no pueden realizar en el Estado receptor ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio.

3) Los miembros del *personal administrativo y técnico* no tienen, obviamente, la condición de agentes diplomáticos. Tampoco la tiene el *canciller*, que se encuentra a su frente. El Estado acreditante puede proceder libremente a su nombramiento o, incluso, a su contratación entre nacionales o residentes del Estado receptor debiendo sólo notificarlo; pero el Estado receptor puede declarar *no aceptable* a cualquier miembro de dicho personal antes de su llegada (art. 9.1).

4) Componen el *personal de servicio* los empleados en el servicio doméstico de la Misión y de la residencia del Jefe. Su nombramiento o contratación se rige por las reglas aplicables al personal administrativo y técnico.

Las funciones de los miembros de la Misión pueden terminar no sólo por decisión del Estado acreditante, sino igualmente por decisión unilateral del Estado receptor, que puede en cualquier momento, sin tener que exponer los motivos, comunicar al Estado acreditante que el jefe de la Misión o un miembro del personal diplomático es persona *non grata*, o que cualquier otro miembro de la Misión no es *aceptable* (art. 9.1). El Estado acreditante debe entonces retirar a esa persona o poner término a sus funciones. De no hacerlo en el plazo marcado por el receptor, podrá éste negarse a reconocerlo como miembro de la Misión (art. 9.2).

540. Inmunidades y privilegios de la Misión: consideraciones generales

El ejercicio de las funciones diplomáticas exige igualmente el reconocimiento de ciertos privilegios e inmunidades en favor de la Misión diplomática. Dichos

privilegios e inmunidades se encuentran hoy consagrados en la CV 1961 que, si bien codifica en lo esencial las reglas de DI en la materia, ha venido a precisar su contenido y alcance, favoreciendo así una aplicación uniforme de los mismos.

Si bien hoy no se discute el fundamento *funcional* de inmunidades y privilegios, a lo largo de la historia otras teorías tuvieron gran aceptación. Tal es el caso de la *teoría de la extraterritorialidad* que se imputa a Hugo Grocio (siglo XVII), basada en la ficción de que la Misión diplomática formaba parte del territorio del Estado acreditante, teoría que el TS español aún invocaba en una s. de 25 de octubre de 1989.

La Convención prohíbe toda discriminación en la aplicación de sus disposiciones (art. 47). Ahora bien, no considera discriminatorio que a *título de reciprocidad* el Estado receptor haga una aplicación restrictiva a un Estado—cuando del tenor de la propia Convención tal aplicación restrictiva sea posible (por ej., en materia de franquicias aduaneras)—o que, al contrario, le otorgue un trato más favorable.

Debe no obstante quedar claro que el Estado receptor no puede condicionar el reconocimiento mismo de un privilegio o inmunidad a la reciprocidad, pues las obligaciones que en esta materia pesan sobre él no son recíprocas o interdependientes, sino *absolutas* o *incondicionales*. No sólo eso. Debemos resaltar el carácter imperativo del núcleo de las normas internacionales sobre privilegios e inmunidades (CIJ, *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1979, 1980; *Actividades armadas en el territorio del Congo*, RD. del Congo c. Uganda, 2005).

541. Cuales son las inmunidades y privilegios de la Misión

La Misión diplomática goza de los siguientes privilegios e inmunidades:

1) *Inmunidad de jurisdicción*. A pesar del silencio de la CV 1961 la Misión diplomática goza de inmunidad de jurisdicción en tanto que órgano de un Estado extranjero (v. *infra*)

2) *Inviolabilidad de los locales*. La inviolabilidad de los locales comporta para el Estado receptor una doble obligación de abstención. En primer lugar, sus agentes no pueden penetrar en ellos. En segundo lugar, no pueden adoptar contra los locales y sus bienes ninguna medida coercitiva. Debemos advertir que la Convención incluye dentro de los locales la residencia del jefe de la Misión.

La primera obligación, se configura con alcance absoluto al reconocerse como única excepción que medie el consentimiento del jefe de la Misión (art. 22.1). En cuanto a la segunda, la Convención señala que los locales de la Misión, su mobiliario y los demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución (art. 22.3).

El principio de la inviolabilidad de los locales trae por otro lado aparejada la obligación—ahora activa— del Estado receptor de otorgarles una *protección especial* (art. 22.1).

El principio de la inviolabilidad de los locales ha sido, no obstante, objeto de frecuentes violaciones en las últimas décadas. Recientemente la Corte declaró que la RD. del Congo había violado el art. 22 (y 29) de la CV 1961 cuando sus fuerzas armadas atacaron los locales de la embajada ugandesa, confiscando bienes e infligiendo malos tratos al personal diplomático y a otros ugandeses presentes en los locales (*Actividades armadas en el territorio del Congo*, RD. del Congo c. Uganda, 2005). Ciertamente es, sin embargo, que son los particulares quienes han protagonizado con mayor frecuencia los ataques. Ello se explica por cuanto la Misión constituye un símbolo del Estado acreditante y, por lo tanto, un objetivo idóneo en los casos de protestas contra la política exterior de dicho Estado (sobre todo en los casos de conflictos con el Estado receptor) o para llamar la atención de la opinión pública internacional sobre situaciones internas del Estado receptor. La ocupación de la Embajada de Japón en Lima en las navidades de 1996 por un comando del Movimiento Revolucionario Tupac Amará y el secuestro de los centenares de invitados a la fiesta del Emperador ofreció una prueba espectacular.

Ante estas situaciones el Estado receptor no siempre adopta las medidas a las que está obligado, sino todo lo contrario. Recuérdese la ocupación de la Embajada de los Estados Unidos en Teherán por *estudiantes* revolucionarios en 1979 y la retención como rehenes de parte del personal. Estos hechos dieron lugar a la condena de Irán por la CIJ (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1980) por no haber adoptado las medidas apropiadas a fin de proteger los locales, el personal y los archivos de la Misión de los EE.UU. y por haber dado su aprobación oficial a la situación creada. En el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, (RD. del Congo c. Uganda, 2005), con independencia de la violación de la Misión ugandesa por las fuerzas armadas de la RD. del Congo (en 1998), la Corte se refirió a la falta de una protección eficaz, resultado de lo cual había sido la desaparición de bienes y archivos.

Por lo que se refiere a la violación de Misiones españolas, cabe recordar el asalto de los locales de la Misión, el Consulado general y la residencia del embajador en Lisboa en 1975, una vez que los efectivos que debían protegerlos decidieron asambleariamente no hacerlo, así como, en 1980, la entrada de la policía en los locales de la Misión española en Guatemala sin autorización del Jefe de Misión, produciendo varias muertes.

3) *Derecho a colocar la bandera y el escudo* del Estado en los locales, en la residencia del jefe de la Misión y en sus medios de transporte (art. 20). Además de ser un derecho, la exhibición de bandera y escudo llama la atención sobre locales y bienes inviolables que merecen especial protección.

4) *Inviolabilidad de los archivos y documentos*, dondequiera que se hallen (art. 24).

5) *Libertad e inviolabilidad de las comunicaciones*. El Estado receptor debe permitir y proteger la libre comunicación de la Misión para todos los fines oficiales. No obstante, la instalación y utilización de una emisora de radio requiere el consentimiento del Estado receptor. La correspondencia oficial de la Misión es inviolable (art. 27) y los países de tránsito deben concederle la misma protección que el Estado receptor (art. 40.3).

La *valija*, acompañada o no de un *correo*, constituye uno de los medios más importantes para la comunicación de las Misiones diplomáticas.

La CV 1961 dispone (art. 27.3-7) que: a) los bultos que constituyan la valija deben ir provistos de signos exteriores identificativos y sólo pueden contener documentos oficiales u objetos de uso oficial; b) la valija no puede ser abierta ni retenida; c) el *correo diplomático* debe llevar consigo un documento que acredite su condición y el número de bultos que integran la valija, está protegido por el Estado receptor y goza de inviolabilidad personal; d) en el caso de *correos diplomáticos ad hoc*, las inmunidades dejan de serles aplicables en el momento en que entreguen la valija a su destinatario, y e) la valija puede ser confiada al comandante de una aeronave comercial —o de un buque—, quien no adquiere por ello la condición de correo; la Misión puede en tal caso enviar a uno de sus miembros a tomar directa y libremente la valija de manos del comandante.

Sin embargo, la regulación de la *valija* y el *correo* en la CV 1961 se ha revelado insuficiente.

Así, por una parte, no ha permitido reprimir los abusos (en operaciones de tráfico de drogas, de armas y de divisas); por otra, ha generado numerosas controversias sobre el tamaño permisible de la valija y los posibles medios de control que puede utilizar el Estado receptor (como el sometimiento a medios de inspección electrónica).

Ante esta situación, la CDI elaboró y aprobó en 1989— un *proyecto de arts. sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija no acompañada* que, sin embargo, no resuelve todos los problemas planteados y se ha quedado en eso, en proyecto.

En cuanto a la *valija*, no regula su tamaño, ni introduce ningún mecanismo adicional para el control de su contenido, excluyendo expresamente la posibilidad de someterla a inspección directamente o por medios electrónicos. En cuanto al *correo*, limita su inmunidad de jurisdicción a los actos realizados en el ejercicio de sus funciones y reconoce al Estado receptor la facultad de declararlo persona *non grata* en cualquier momento, así como de proceder a la inspección o registro de su alojamiento temporal y de su equipaje personal —sin menoscabo de la inviolabilidad de la valija— si tiene motivos fundados para sospechar de la presencia de objetos cuya posesión, importación o exportación esté prohibida por la legislación interna.

6) *Libertad de circulación*. El Estado receptor debe garantizar a todos los miembros de la Misión la libertad de circulación y de tránsito por su territorio, sin perjuicio de las leyes y reglamentos referentes a zonas de acceso prohibido o reglamentado por razones de seguridad nacional (art. 26).

En la práctica el Estado receptor, amparándose en esta excepción, restringe con frecuencia la libertad de circulación de los miembros de las Misiones de ciertos Estados, por razones políticas o como medida preventiva para evitar abusos (espionaje, terrorismo). Las restricciones consisten en supeditar cualquier desplazamiento a la concesión de un permiso o en limitar el área de desplazamientos (por ej., el Gobierno español, previa concertación con los demás Estados miembros de la CE, acordó en 1990 limitar el movimiento sin previa autorización del personal diplomático de la Embajada de Irak en Madrid a cincuenta kilómetros, en respuesta a los actos iraquíes contra su Embajada en Kuwait). Estas medidas no parecen sin embargo conformes con la CV 1961, al menos cuando no se adoptan como reacción a abusos previos y/o se aplican discriminatoriamente.

7) *Privilegios fiscales*. El Estado acreditante o que envía está exento de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales sobre los locales de la Misión, salvo aquellos que constituyan el pago de servicios prestados (art. 23). La exención se extiende a la residencia del jefe de la Misión. Por otra parte,

los derechos y aranceles que perciba la Misión por actos oficiales están igualmente exentos de todo impuesto o gravamen (art. 28).

Los Derechos internos suelen extender la exención fiscal a vehículos automóviles, mobiliario y enseres, material de oficina, así como los suministros de agua, electricidad, hidrocarburos, alcohol, tabaco... a título de reciprocidad.

8) *Privilegios aduaneros*. La entrada de objetos destinados al uso oficial de la Misión está exenta de todo derecho de aduana, impuesto o gravamen, con excepción de los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos (art. 36.1).

Ahora bien, la Convención supedita el reconocimiento de este privilegio al respeto de las leyes y reglamentos que pueda promulgar el Estado receptor con objeto de evitar abusos. La regulación del Estado receptor no puede ser, sin embargo, tan restrictiva que vacíe de contenido el privilegio.

542. El asilo diplomático

La inviolabilidad de los locales de la Misión ha generado la aparición de la institución del *asilo diplomático*, consistente en la protección que un Estado otorga a perseguidos por motivos políticos, acogiendo en dichos locales y solicitando—exigiendo—un salvoconducto al Estado receptor para que el asilado pueda abandonar el país.

La diferencia del *Asilo diplomático* y el *Asilo territorial* la ilustró la CIJ en la primera de las sentencias vertidas en torno al asilo concedido por Colombia en su Misión en Perú al político Víctor Raúl Haya de la Torre, acusado por el gobierno peruano de instigar un golpe militar (*Derecho de asilo*, 1950). La Corte, que no logró resolver la situación—Perú calificó a Haya de la Torre de delincuente común y se negó a concederle un salvoconducto para que abandonara el país—, entendió que “en el caso del asilo diplomático, el refugiado se encuentra sobre el territorio de Estado en el que ha cometido el delito. La decisión de otorgar el asilo diplomático comporta una derogación a la soberanía de este Estado que sustrae al delincuente a la justicia de dicho Estado y constituye una intervención en un ámbito de la competencia exclusiva del Estado territorial”.

La práctica del Asilo diplomático surgió con la aparición de las Misiones diplomáticas permanentes. La ficción de la *extraterritorialidad* en relación con sus locales, incluida la residencia del embajador, trajo consigo que éste se sintiera autorizado a conceder en ellos amparo a delincuentes comunes, que huían de la jurisdicción del soberano territorial. Esta práctica llegó incluso a extenderse—hasta que en el siglo XVII fue cortada de raíz—al conjunto del barrio en el que estaba localizada la embajada, surgiendo de esta manera el *ius quarteriorum*. La Revolución francesa hizo girar la práctica del asilo diplomático hacia las personas perseguidas únicamente por motivaciones o *delitos* políticos. Por otra parte, el abandono de la ficción de *extraterritorialidad* condujo también a una progresiva desaparición de esta práctica a mediados del siglo XIX, o al menos de su universalidad.

El asilo diplomático no puede considerarse hoy como una institución de DI general, sino que conserva su vigencia únicamente como costumbre regional en el ámbito latinoamericano, donde es objeto de regulación en diversos tratados,

tanto de carácter bilateral como multilateral. Particular mención merece la Convención de Caracas sobre asilo diplomático (1954) que consagra, en esencia, las normas emanadas de la práctica regional. Conforme a esta Convención el asilo diplomático:

1) Se configura como un *derecho del Estado* acreditante, que no se encuentra obligado a justificar su decisión en caso de denegación.

2) Sólo puede concederse a *personas perseguidas por razones políticas* y no a delincuentes comunes (art. 3).

No es fácil, sin embargo, establecer la frontera entre delito común y político, habiéndose producido en la práctica una extensión de los supuestos de asilo a delitos comunes conexos a políticos (incluso en casos de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos o de tortura por policías). No obstante, la ocupación masiva de Misiones diplomáticas extranjeras en demanda de asilo político ha sido utilizada por potenciales emigrantes, desesperados ante la parvedad de concesión de visados, a veces manipulados por servicios de inteligencia encantados de crear problemas y perjudicar la imagen de la autoridad local (Cuba por ej.).

3) Sólo cabe en *situaciones de urgencia* —apreciación que corresponde al Estado asilante— y por el tiempo indispensable para permitir al asilado salir del país, con las garantías necesarias para su vida, libertad e integridad, o para permitirle alcanzar un lugar seguro de otra forma (art. 5).

La Convención ilustra la cuestión con ejemplos, entre los que cabe mencionar los supuestos en los que el individuo es perseguido por personas o multitudes que hayan escapado del control de las autoridades.

4) Se otorga normalmente en los locales de la Misión incluidos, no sólo la residencia del jefe de la Misión, sino también los locales habilitados al efecto cuando el número de asilados exceda la capacidad normal de los locales permanentes (art. 1).

Pero la práctica contempla también casos de asilo concedido en buques de guerra, campamentos o áreas militares y aeronaves militares —no en cambio en los locales de la Oficina consular— y así se recoge en la Convención. Por otra parte, debe quedar claro que nada impide que el Estado territorial instale medios para impedir el acceso de solicitantes de asilo a dichos lugares.

5) Otorgado el asilo, el Estado acreditante deberá comunicarlo al Estado receptor solicitando el correspondiente salvoconducto para que el asilado puede abandonar el país.

El elemento característico del Asilo diplomático se encuentra precisamente en la obligación del Estado territorial de permitir la salida del país del asilado, pues no cabe el desalojo por las autoridades locales en ninguna Misión diplomática del mundo de las personas que encuentren amparo en ellas, a no ser que medie el consentimiento de su jefe.

Recuérdese que, en los años cincuenta, el cardenal Mindszenty, primado de Hungría, pasó un largo tiempo en la sede de la embajada de los EE.UU. en Budapest, no estando ni EE.UU. ni Hungría vinculados por la institución del asilo diplomático. También en la guerra civil española (1936-1939) fueron numerosos los casos de perseguidos políticos que buscaron refugio en embajadas y otras instalaciones que gozaban de inviolabilidad

(en este sentido, el torpedero argentino *Tucumán*, en el puerto de Alicante, fue célebre). El gobierno republicano concedió salvoconductos por razones humanitarias, sin reconocer en ello la aplicación de la institución del asilo diplomático.

Pero, ¿qué sucede si el Estado territorial se niega a conceder el salvoconducto alegando que el asilado no es autor de un *delito* político, sino común? Este supuesto ha dado lugar en la práctica a casos de largas permanencias del asilado en el lugar de acogida (por ej., Hector J. Cámpora, ex presidente argentino, estuvo tres años y siete meses en la embajada de México en Buenos Aires). Ante esta situación, la Convención de Caracas impone la obligación al Estado territorial de entregar el salvoconducto siempre que el Estado asilante califica como político el delito atribuido al asilado (art. 12). Pero esta solución no puede considerarse como la expresión de normas consuetudinarias de carácter regional, por lo que sólo resulta exigible a las partes en la Convención (en octubre de 2006 lo son Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, el Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela).

CXXIV. NUEVAS FORMAS DE LA DIPLOMACIA

543. Planteamiento

Durante siglos, la Misión diplomática —permanente y bilateral, esto es, de Estado a Estado— ha ocupado un lugar privilegiado, casi exclusivo, en la conducción de las relaciones internacionales.

Varias circunstancias favorecían esta situación de privilegio. Entre ellas podríamos citar la escasez, lentitud y poca fiabilidad de los medios de comunicación, que obligaban al diplomático a hacer gala de una amplia iniciativa y limitaban las posibilidades de las negociaciones directas Gobierno a Gobierno. El carácter generalista y materialmente circunscrito de la diplomacia coadyuvaba a su papel estelar.

Indudablemente, hoy la posición de la diplomacia *tradicional* ya no es tan ventajosa. Nuevas circunstancias han traído nuevas formas de diplomacia, quebrando el *cuasi exclusivismo* disfrutado antaño por la Misión diplomática y su autonomía de acción.

El fenómeno de las OI ha sido clave en el cambio. Las OI han contribuido a la creación de misiones permanentes de los Estados ante ellas (y de misiones de las propias Organizaciones ante Estados y otras OI)

Las OI han dado lugar también a la denominada *Diplomacia Parlamentaria*, de carácter multilateral, que se manifiesta en el seno de sus órganos canalizando su toma de decisiones. Las reuniones de los órganos de las OI son la ocasión también de contactos entre miembros de las distintas Delegaciones.

Por otro lado, el desarrollo espectacular de los medios de comunicación ha aumentado las posibilidades de participación directa de los órganos centrales en

la acción exterior —por ej., Conferencias en *la cumbre*— y la aparición de una diplomacia *ambulante*. La atención prestada a la política exterior por los *mass media* y la sensibilidad manifestada por la opinión pública en relación con sus problemas más llamativos ha estimulado este rumbo. La multiplicación y carácter cada vez más concreto de los *objetivos* de la *acción exterior* y la imposibilidad de su asunción por la diplomacia tradicional no podía satisfacerse sólo ensanchando las Misiones diplomáticas o creando Oficinas sectoriales (comercio, turismo...). Las *misiones especiales* en las relaciones interestatales y las *delegaciones* ante órganos de una Organización o una Conferencia Internacional son expresión de una diplomacia *ad hoc*, representativa, temporal, específica.

Las nuevas formas de diplomacia no han venido, sin embargo, a *echar* a la diplomacia *tradicional*. Ésta, por el contrario, ha de prestarles un gran servicio, preparando y apoyando humana y logísticamente su trabajo, gracias a su permanencia y conocimiento del medio.

544. *Las Misiones permanentes de Estados ante Organizaciones internacionales*

El origen de las Misiones permanentes de Estados ante OI se encuentra en la S. de N., que contó con cuarenta y seis sobre un total de cincuenta y ocho Estados miembros. Hoy el establecimiento de tales misiones —también conocidas como Representaciones permanentes— se ha convertido en práctica generalizada y no se circunscribe a los Estados miembros de la Organización (así, por ej., más de ciento cincuenta Estados tienen Misiones permanentes acreditadas ante la CE).

El Convenio de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las OI de carácter universal (1975) les dedica su Parte II. El Convenio, sin embargo, transcurridos ya más de treinta años desde su adopción, aún no ha entrado en vigor. De ahí que cobren especial importancia, junto a las *reglas de la Organización*, los *Acuerdos de sede* suscritos entre Estados anfitriones y OI.

En octubre de 2006 el CV 1975 contaba con treinta y tres contratantes sobre los treinta y cinco requeridos (art. 89), entre ellos Argentina, Chile, Cuba, Ecuador, Guatemala y Panamá. Su efectividad está comprometida porque el carácter codificador de sus disposiciones es más que dudoso y los Estados que son los anfitriones por excelencia de las OI (y de las misiones acreditadas ante ellas) le han dado la espalda al no ver adecuadamente reflejados sus intereses, sobre todo por lo que se refiere al alcance de los privilegios e inmunidades reconocidos en sus disposiciones a los miembros de las Misiones permanentes (v. *infra*).

España, Estado anfitrión del Consejo Oleícola Internacional, de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico y de la Organización Mundial del Turismo, entre otras, pese a no haber manifestado el consentimiento al Convenio de 1975, ha asumido los elementos esenciales de su regulación en el Decreto regulador de la organización del Estado en el exterior (RD. 632/1987, arts. 16-19).

La Misión permanente presenta numerosos elementos en común con la Misión diplomática, lo que explica que le sean aplicables la mayor parte de las normas internacionales concernientes a ésta. No obstante, la Misión permanente presen-

ta elementos diferenciales que no han permitido una extensión completa y automática, entre ellos la *relación triangular* en que se asienta la Misión permanente —en la que participan el Estado que envía, la OI ante la que se establece y el Estado de sede o *anfitrión*— y la falta de uniformidad en la materia de las reglas internas de las distintas Organizaciones.

Por lo que se refiere a sus funciones es preciso distinguir entre las *Misiones establecidas por los Estados miembros de la Organización* y las *Misiones creadas por Estados no miembros*, a las que se denomina *Misiones permanentes de observación*. Todas ellas aseguran la representación del Estado, miran por sus intereses, garantizan la comunicación con la Organización, informan sobre sus actividades y cuentan con una capacidad negociadora, pero sólo las de los Estados miembros —como es lógico— tienen como uno de sus cometidos específicos proveer a la participación en los órganos de la Organización, donde los no miembros son, a lo sumo, observadores. De ahí que mientras se espera de las primeras una actividad de fomento de los propósitos de la Organización, de las segundas se pide, más modestamente, una actitud cooperativa (CV 1975, art. 6).

La *Misión permanente de observación* no participa normalmente en las actividades de la Organización, a no ser que el Estado que envía ostente en ella el estatuto de observador u otro similar. Dicho estatuto, si bien varía de unas Organizaciones a otras, confiere generalmente el derecho a participar e intervenir —sin derecho de voto— en sus principales órganos. En el caso de NU el estatuto de observador es reconocido desde 1974 incluso a ciertos movimientos de liberación nacional que, consecuentemente, han establecido Misiones permanentes ante la Organización.

El establecimiento de una Misión permanente se funda en que las reglas de la Organización lo permita (CV 1975, art. 5); de ser así, no está supeditada al consentimiento de la Organización ni tampoco del Estado *anfitrión*, tal y como se refleja en los acuerdos de sede.

A este respecto cabe recordar el intento del Gobierno de los EE.UU. (1988) de cerrar la Misión de la OLP ante NU —fundándose en la *Antiterrorist Act* promulgada un año antes— que dio lugar a una controversia con la Organización objeto de una op. cons. de la CIJ (sobre *la aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del Acuerdo de 1947 relativo a la sede de NU*, 1988). Meses más tarde el Tribunal de Distrito de Nueva York dictó sentencia denegando al Gobierno norteamericano la autorización judicial para proceder al cierre de la Misión por entender que vulneraba el Acuerdo de sede.

La Misión puede ser independiente —caso de las Misiones permanentes establecidas ante las NU en Nueva York o Ginebra— o formar parte de la Misión diplomática acreditada ante el Estado anfitrión (CV 1961, art. 5.3; CV 1975, art. 8).

El no reconocimiento, la inexistencia o ruptura de relaciones diplomáticas entre el Estado anfitrión y del Estado que envía no afecta al establecimiento ni al estatuto de una Misión permanente. Asimismo, el establecimiento de una Misión permanente no entraña por sí solo el reconocimiento del Estado que envía por el Estado anfitrión, ni viceversa (CV 1975, art. 82).

El nombramiento de los miembros de la Misión se realiza en principio libremente por el Estado que envía, bastando respecto del jefe de la Misión con que dicho Estado transmita las correspondientes credenciales a la Organización (CV 1975, arts. 9 y 10). Sin embargo, algunos acuerdos de sede contienen disposiciones particulares. Así, el acuerdo de sede entre Estados Unidos y NU (1947) exige el *placet* tanto del Secretario General de la Organización como del Estado anfitrión. Rige aquí también la exigencia de que el jefe de la Misión y el personal diplomático de la misma ostenten en principio la nacionalidad del Estado que envía (art 73).

Por otro lado, el Estado de sede no puede en principio decidir unilateralmente sobre el número de los miembros de la Misión. La CV 1975 dispone únicamente que el número no excederá de lo que sea razonable y normal habida cuenta de las funciones de la Organización, las necesidades de la Misión y las circunstancias y condiciones del Estado anfitrión (art. 14). Consecuentemente, para la resolución de cualquier diferencia al respecto habrá de contarse tanto con el Estado que envía, como con el Estado anfitrión y la Organización.

La Convención no prevé el juego de la institución de la *persona non grata* o *no acceptable*. Las enmiendas para introducirla presentadas por algunos Estados de sede durante la Conferencia no fueron aceptadas. Pero de las reglas de la Convención cabe deducir que ese derecho existe, si bien su ejercicio requiere motivación e ir precedido de consultas con el Estado que envía.

La Convención dispone, en efecto, que "en caso de infracción grave y manifiesta de la legislación penal del Estado anfitrión por una persona que goce de inmunidad de jurisdicción, el Estado que envía, salvo que renuncie a esa inmunidad, retirará a la persona de que se trate, pondrá término a las funciones que ejerza en la Misión... o asegurará su partida, según proceda. El Estado que envía tomará la misma medida en caso de injerencia grave o manifiesta en los asuntos internos del Estado anfitrión...", añadiendo que "ninguna de las disposiciones del presente artículo se podrá interpretar en el sentido de que impide que el Estado anfitrión adopte las medidas necesarias para su propia protección. En este caso, el Estado anfitrión, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 84 y 85 —que disponen el recurso obligatorio a consultas y a la conciliación en caso de controversia sobre la aplicación o interpretación de la Convención— consultará de manera apropiada al Estado que envía para evitar que estas medidas perturben el normal funcionamiento de la Misión..." (art. 77.2 y 4).

En todo caso, algunos acuerdos de sede reconocen al Estado anfitrión la facultad de declarar *persona non grata* a los miembros de las Misiones permanentes.

Así, el acuerdo de sede entre los Estados Unidos y las NU, que remite en esta materia a las normas internacionales aplicables a los miembros de las Misiones diplomáticas, si bien exige la celebración en cada caso de consultas con el Estado que envía y el Secretario General de la Organización. Cabe también citar el acuerdo de sede entre los EE.UU. y la OEA de 1975 que permite al Estado anfitrión expulsar de su territorio a los miembros de las Misiones permanentes que abusen de sus privilegios e inmunidades.

Por lo que se refiere a los privilegios e inmunidades la CV 1975 procede, en términos generales, a extender en su favor los que corresponden a las Misiones diplomáticas. Esta asimilación debe acogerse, sin embargo, con cautela, debido a la contestación de que fue objeto en la Conferencia por los Estados anfitriones más

caracterizados. En todo caso, éstos parecen más asequibles a la asimilación cuando es consecuencia, no de una pretendida norma consuetudinaria, sino de su consentimiento en los correspondientes acuerdos de sede. En este sentido cabe citar el acuerdo de sede entre Estados Unidos y las NU. La asimilación puede ser proclamada también en las propias reglas de la Organización (por ej., Carta de las NU, art. 105.2, o convenios complementarios, como la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las NU, de 1946; Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de las CE, de 1965).

545. Las Misiones especiales o la diplomacia “ad hoc”

Al hablar de *Misión especial* nos referimos a “una misión temporal, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado” (CV 1969, art. 1.a). Temporalidad, representatividad estatal, carácter específico de sus funciones y dependencia del consentimiento del Estado receptor (art. 2) son, por tanto, las características definidoras de la misión especial.

También las OI pueden, de acuerdo con sus propias reglas, aprovechar esta forma de diplomacia *ad hoc*. La práctica de las NU a este respecto es bien expresiva. Pero las misiones de las OI quedan fuera del ámbito de la CV 1969.

Son muchos los criterios que pueden servir para *clasificar* a las Misiones especiales estatales: funciones, componentes, duración, enviante... Una primera distinción útil es la que se hace entre misiones *bilaterales* y *multilaterales*. Aunque de la definición que da la Convención podría inferirse que la misión es siempre enviada por un solo Estado a otro (*misión bilateral*), cabe todo tipo de combinaciones; a saber, que una misma misión bilateral sea enviada a varios Estados (art. 4) o que uno o más Estados envíen una misión común a otro u otros Estados (*misión multilateral*) (art. 5).

El *nombramiento y decisión de la composición* de la Misión especial (arts. 8 y 9) compete al Estado enviante, pudiendo ser unipersonal (*enviado especial*) o colegiada y venir encabezada por miembros del Gobierno, de la Administración central o cualesquiera otras personas a las que se confiera la representación del Estado, o por miembros de su personal diplomático o consular. Ahora bien, la libertad del enviante se ve condicionada por la necesidad de contar con el *plácet* del receptor que, además, siempre se reserva la facultad de, sin necesidad de explicar los motivos, considerar a uno de sus componentes persona *non grata* o *no acceptable* (art. 12).

Las *funciones* a desempeñar por la Misión especial —concretas y específicas— vendrán establecidas por acuerdo entre el Estado enviante y el receptor (art. 3), único requisito que condiciona su posible nombramiento, composición y actua-

ción, ya que el envío de la Misión no se encuentra condicionado o subordinado a la existencia de relaciones diplomáticas o consulares (art. 7). Por lo mismo, la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares no provoca automáticamente el fin de la Misión especial (art. 20).

La *aceptación del envío de la Misión y la realización de sus funciones* imponen al receptor una serie de *obligaciones*, reguladas en distintas disposiciones de la Convención y que, en algunos casos, no son más que consecuencia del estatuto privilegiado reconocido a los miembros de la Misión con el que se intenta garantizar el desempeño eficaz de sus funciones (v. *infra*).

España, parte en la CV 1969 desde 2001, ya había asumido los elementos esenciales de su regulación en el Decreto regulador de la organización del Estado en el exterior (RD. 632/1987). Su creación compete al Gobierno a iniciativa del Ministro de Asuntos Exteriores y a propuesta del Ministro encargado de la Administración Pública (art. 11)

Las *Delegaciones* enviadas por los Estados a las sesiones de órganos de una Organización o a una Conferencia internacional fueron objeto de regulación en el CV 1975 (v. *supra*). Se trata de una modalidad de diplomacia *ad hoc* que, al igual que las Misiones especiales, no es exclusiva de los Estados, sino que puede también ser utilizada por una OI si cuenta con cobertura en sus reglas propias.

Las Delegaciones enviadas por un Estado a una Organización o una Conferencia internacional pueden, al igual que ocurre con las misiones permanentes ante OI (v. *supra*), ser de *participación* o de *observación* y su regulación (arts. 42-72 de la CV 1975) es análoga a la de las Misiones especiales.

Los privilegios e inmunidades reconocidos a las Misiones y a las Delegaciones son idénticos a los reconocidos a las Misiones diplomáticas (CV 1969, arts. 19, 25-28).

CXXV. LA OFICINA CONSULAR

546. Naturaleza y funciones

La Oficina consular es un órgano periférico del Estado encargado esencialmente de ejercer en el exterior, en el marco de las reglas establecidas al efecto por el DI, las funciones que corresponden a la Administración pública, tanto en relación con las autoridades de otro Estado o sus nacionales como, fundamentalmente, respecto de los propios nacionales.

El impulso del comercio, la navegación y la industria a finales del siglo XVIII, así como la explosión de la emigración transoceánica, trajeron una recuperación de la institución consular tras siglos de decadencia. A esta época corresponden la celebración del Convenio consular de El Pardo (1769) entre España y Francia o la promulgación en diversos países (Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña) de su propia legislación consular. El siglo XIX registró la aparición de un tupido entramado convencional bilateral en materia consular —tratados

consulares o tratados de paz, comercio y navegación con disposiciones consulares—, que continúa creciendo en nuestros días.

La labor codificadora en este campo se inicia precisamente en América, con las Convenciones de Caracas (1911) sobre cooperación consular y de La Habana (1928) sobre agentes consulares, desembocando años más tarde, gracias a los trabajos de la CDI, en la CV 1963, que regula las relaciones consulares con carácter más de desarrollo progresivo que codificador del DI.

La CV 1963 ofrece una relación detallada de las funciones que puede ejercer la Oficina consular. Dicha relación no es, sin embargo, exhaustiva; el propio texto de la Convención precisa que la Oficina puede ejercer otras funciones dispuestas en los tratados consulares vigentes entre el estado que envía y el Estado receptor y cualesquiera otras que le confíe el Estado que envía, siempre que el Estado receptor no se oponga (en su caso por estar prohibidas por sus leyes o reglamentos, art. 5.m).

La Oficina consular comparte con la Misión diplomática el ejercicio de algunas funciones políticas: 1) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía (por ej., vigilar el cumplimiento de los tratados), 2) fomentar las relaciones amistosas y la cooperación comercial, económica, cultural y científica, y 3) informar al gobierno propio y a todas las personas interesadas acerca de la situación local en relación con estos mismos sectores (art. 5. a-c).

La atribución de dichas funciones a la Oficina consular se explica por los orígenes históricos de la institución, más remotos que los de la Misión diplomática, y por la necesidad, en ocasiones, de suplir en lo posible a la Misión cuando no existen relaciones diplomáticas (CV 1963, art. 17.1). Cuando estas relaciones existen la Oficina ejerce dichas funciones en estrecha coordinación con la Misión, dentro de su circunscripción —que no abarca normalmente el conjunto del territorio del Estado receptor— y teniendo como interlocutor a las autoridades locales, a diferencia de la Misión diplomática que debe tratar sus asuntos oficiales con los órganos centrales del Estado receptor.

En todo caso, de acuerdo con la CV 1963, las funciones más características de la Oficina consular son las siguientes (art. 5):

1) *Protección y asistencia de los nacionales*. Esta función es también compartida con la Misión diplomática, debiendo ejercerse dentro de los límites permitidos por el DI; pero la Oficina actúa a través de mecanismos propios (v. Cap. XXII).

2) *Funciones administrativas*. La Convención tan sólo menciona una de ellas —extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado— pero permite el ejercicio de otras funciones siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor.

En la práctica las Oficinas consulares proceden a la legalización de firmas, el visado de documentos, la realización de traducciones oficiales, la expedición de certificados (para clases pasivas, de vida, de residencia), facilitan la participación en las elecciones del Estado que envía (en el caso de España, tramitando las solicitudes

de inscripción en el censo electoral de residentes en el extranjero, de acuerdo con la Ley de Régimen Electoral General), actúan como órganos de la Administración militar en el exterior a efectos del cumplimiento del servicio militar (en el caso de España son órganos de reclutamiento en el exterior) o desempeñan funciones aduaneras y de policía sanitaria.

3) *Funciones registrales y notariales*. De acuerdo con la Convención entran dentro de las funciones consulares las de actuar en calidad de notario y de funcionario del registro civil. Son también posibles otras funciones similares siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor. Entre éstas cabe destacar la celebración del *matrimonio consular*.

4) *Actos de jurisdicción voluntaria*. La potestad jurisdiccional de los cónsules, basada en el derecho reconocido a los extranjeros de regirse por su ley personal, fue dando históricamente paso a la afirmación de la competencia jurisdiccional del Estado receptor. No obstante, se reconoce aún hoy al cónsul la posibilidad de intervenir en ciertos actos de *jurisdicción voluntaria* de carácter civil o mercantil.

La Convención se refiere específicamente a la facultad de velar por los intereses de los nacionales en los casos de sucesiones *mortis causa*, así como de los menores y otros nacionales que carezcan de plena capacidad, en particular cuando se requiera para ellos una tutela o curatela. La competencia de los cónsules en este ámbito viene determinada por la ley del Estado que envía y tiene como límite lo dispuesto en los tratados vigentes entre el Estado que envía o el Estado receptor o, en su defecto, en las leyes y reglamentos de este último.

5) *Cooperación judicial internacional*. Es también función consular comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor.

6) *Navegación*. La institución consular ha desempeñado desde sus orígenes un importante papel en el tráfico marítimo.

Según la Convención corresponde a la Oficina consular: a) el control e inspección de los buques y aeronaves del Estado que envía, así como de sus tripulaciones, de conformidad con las leyes y reglamentos de dicho Estado, y b) prestarles ayuda, recibir declaración sobre sus viajes, examinar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las competencias del Estado receptor, realizar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán y la tripulación, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado receptor (art. 5.).

Por otra parte, dispone la Convención la obligación de informar sin demora a la Oficina consular más próxima cuando un buque de la nacionalidad del Estado que envía naufrague o encalle en el mar territorial o en las aguas interiores del Estado receptor, o cuando un avión matriculado en aquel Estado sufra un accidente en el territorio del Estado receptor (art. 37.e).

Para facilitar el ejercicio de sus funciones, las Oficinas consulares suelen contar con un *Registro de matrícula* de nacionales.

La Convención impone al Estado receptor la obligación de dar a la Oficina las facilidades requeridas para el ejercicio de su funciones, así como para la adquisición de los locales necesarios para la Oficina y el alojamiento de sus miembros, y

de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger sus locales (CV 1963, arts. 28, 30 y 31.3); además ha de reconocer a la Oficina y a sus miembros determinadas inmunidades y privilegios (v. *infra*)

La actuación de las Oficinas está sometida a varios límites: no injerencia en los asuntos internos, respeto por los miembros de la Oficina de las leyes y reglamentos del Estado receptor y no utilización de los locales de la Oficina de forma incompatible con el ejercicio de las funciones consulares (CV 1963, art. 55).

547. *Establecimiento y terminación*

Tanto el *establecimiento* de relaciones consulares como el envío de una Oficina consular están sometidos al principio del consentimiento mutuo, consentimiento que se plasma con frecuencia en un tratado consular (CV 1963, arts. 2.1 y 4.1).

La CV 1963 advierte que el consentimiento otorgado para el establecimiento de relaciones diplomáticas implica, salvo indicación en contrario, el consentimiento para el establecimiento de relaciones consulares (art. 2.2). Para concretarlo se requiere en todo caso un acuerdo que determine el número de Oficinas que pueden establecerse, la clase, circunscripción y sede de cada una de ellas, el número de sus miembros y la apertura de dependencias fuera de su sede.

Por lo que se refiere a la clase, sede y circunscripción consular de la Oficina, la Convención precisa que serán fijadas por el Estado que envía y aprobadas por el Estado receptor y que cualquier modificación ulterior requiere asimismo el consentimiento de éste (art. 4.2 y 3).

La legislación interna del Estado que envía suele graduar las funciones de la Oficina en atención a su clase. Los *Consulados generales* y los *Consulados* son, por regla general, Oficinas consulares *independientes*, en tanto que los *Viceconsulados* y *Agencias consulares* dependen normalmente de los Consulados generales o Consulados. Se observa en la actualidad una tendencia en España —y otros países— a elevar el rango de las Oficinas consulares a Consulados generales o Consulados (España, por ej., cuenta en la actualidad con más de setenta Consulados generales).

Debe asimismo distinguirse entre las Oficinas consulares servidas por *funcionarios consulares de carrera* (también llamados *missi* o *enviados*) y por *funcionarios consulares honorarios* (o *electi*).

Cada Oficina consular tiene su propia sede y *circunscripción*, entendiéndose por tal el territorio en el que ejerce sus funciones. Cada circunscripción consular tiene en principio carácter exclusivo. Esta regla conoce sin embargo dos excepciones: 1) en el caso de una Oficina *dependiente*, su circunscripción queda subsumida dentro de la circunscripción de la Oficina *superior*, y 2) en circunstancias especiales, y siempre que medie el consentimiento del Estado receptor, un funcionario consular pueda ejercer sus funciones fuera de su circunscripción (art. 6).

En cuanto al número de miembros de la Oficina consular, la Convención dispone que a falta de acuerdo entre el Estado que envía y el Estado receptor, este último puede exigir que se mantenga dentro de los límites que considere razonables y normales (art. 20).

La Convención también prevé la posibilidad de que una Oficina consular establecida en un Estado asuma el ejercicio de funciones consulares en otros Estados, que ejerza funciones consulares por cuenta de un tercer Estado o que dos o más Estados designen a la misma persona como funcionario consular (arts. 7, 8 y 18). En los dos primeros casos es necesario que se notifique al Estado o Estados receptores y que éstos *no se opongan*. En el tercero se requiere el consentimiento previo del Estado receptor. Por otra parte, el jefe de la Oficina o cualquier funcionario consular también puede actuar como representante de su Estado ante cualquier OI, bastando a tal efecto la notificación al Estado receptor (art. 17.2).

La *terminación* de la Oficina consular puede ser consecuencia de la ruptura de relaciones consulares. La ruptura de relaciones diplomáticas, sin embargo, no la implica (CV 1963, art. 2.3). Pero la Oficina consular también puede clausurarse por otras causas. De hecho, la apertura y cierre de Oficinas consulares está a expensas de consideraciones presupuestarias y quizás migratorias y comerciales que aconsejan cambios en el medio plazo.

Con la terminación de la Oficina consular el Estado receptor queda obligado, aún en caso de conflicto armado, a respetar y proteger sus locales así como sus bienes y archivos. Por otra parte, si la terminación no es debida a la ruptura de relaciones consulares, el Estado puede encargar a otra Oficina consular —si la tuviere— la custodia de los locales, bienes y archivos y, con el consentimiento del Estado receptor, el ejercicio de las funciones consulares en la correspondiente circunscripción; de no tener otra Oficina consular pero sí Misión diplomática, corresponderá a ésta dicha custodia, así como el ejercicio de las funciones consulares. En último término, siempre puede confiar la custodia de los locales, bienes y archivos, así como la protección de sus intereses y los de sus nacionales, a un tercer Estado que resulte aceptable para el Estado receptor (CV 1963, art. 27).

548. *Miembros de la Oficina*

La Oficina consular cuenta con tres categorías de personal —los *funcionarios consulares*, los *empleados consulares* y el *personal de servicio*— a cuyo frente se encuentra el jefe de la Oficina.

1) La CV 1963 enumera cuatro categorías de *jefes de Oficina* (cónsul general, cónsul, vicescónsul y agente consular), que, a su vez, pueden ser funcionarios consulares *de carrera u honorarios*. Estas diferencias inciden, obviamente, tanto en los poderes y funciones que el Estado que envía les encomienda, como en el alcance de sus privilegios e inmunidades (v. *infra*).

Su nombramiento se realiza por el Estado acreditante de acuerdo con sus reglas internas. No obstante, para ser admitido al ejercicio de sus funciones es preciso obtener la autorización del Estado receptor, denominada *exequatur*, que es concedida tras la recepción —por conducto diplomático u otra vía adecuada— de la *carta patente* u otro instrumento similar; cabe también, si el Estado receptor lo acepta, una simple notificación del nombramiento. Debe señalarse, además,

que el Estado que se niega a otorgar el *exequatur* no está obligado a comunicar los motivos (arts. 10-12).

En la práctica encontramos casos en que los jefes de Oficina son admitidos al ejercicio de sus funciones sin mediar *exequatur* o sin que se siga el cauce antes descrito para su concesión. Estos casos coinciden con supuestos en que el Estado que envía *no reconoce* al Estado receptor y han sido calificados por la doctrina como casos de *relaciones consulares aparentes*.

En el caso de que quede vacante el puesto de jefe de Oficina o éste no pueda desempeñar sus funciones, la CV 1963 prevé que pueda actuar en calidad de tal un *jefe interino*. En principio basta con que se comunique su nombre al Estado receptor; no obstante, éste podrá someterlo a su aprobación si no fuera agente diplomático ni funcionario consular en el Estado receptor (art. 15).

Se denomina *cuerpo consular* al conjunto de jefes de Oficinas consulares en una localidad.

2) Tienen la condición de *funcionarios consulares* el jefe de la Oficina consular y los demás miembros encargados de ejercer funciones consulares. Los funcionarios *de carrera* forman normalmente parte de la Administración del Estado que envía, debiendo en principio ostentar su nacionalidad y no pudiendo ejercer en el Estado receptor ninguna actividad profesional o lucrativa (art. 57.1).

El Estado que envía puede en principio nombrar a sus nacionales libremente, bastando con que notifique su nombramiento, clase y categoría (CV 1963, art. 19). Si se trata de nacionales del Estado receptor su consentimiento es preceptivo. El Estado receptor puede asimismo reservarse el derecho a someter a su consentimiento el nombramiento de nacionales de un tercer Estado (art. 22) y declarar persona *non grata* a cualquier funcionario consular antes de su llegada o del inicio de sus funciones (arts. 20 y 23.3).

3) Los *empleados consulares* componen el personal administrativo y técnico de la Oficina. El Estado que envía también procede libremente a su nombramiento o a su contratación entre nacionales o residentes del Estado receptor, debiendo no obstante notificarlo en cada caso. El Estado receptor puede asimismo declarar *no aceptable* a cualquier empleado consular antes de su llegada o del inicio de su funciones.

4) El nombramiento o contratación del *personal de servicio* se rige por las mismas reglas aplicables a los empleados consulares.

Los miembros de la Oficina pueden terminar sus funciones por decisión del Estado que envía o del Estado receptor. En el primer caso, se debe comunicar la decisión al Estado receptor. En el segundo, el Estado receptor puede en cualquier momento, sin tener que exponer los motivos, revocar el *exequatur* o comunicar al Estado acreditante que el jefe de la Oficina u otro funcionario consular es persona *non grata*, o que cualquier otro miembro de la Oficina *ya no es aceptable* (CV 1963, art. 23.1). En tal caso el Estado que envía debe retirar a esa persona o poner término a sus funciones en un plazo razonable, so pena de que el Estado receptor pueda negarse a reconocerle como miembro de la Oficina (art. 23.2).

549. Inmunidades y privilegios de la Oficina Consular

La Oficina consular goza de un estatuto equiparable, si bien algo más restrictivo, al de las Misiones diplomáticas. Dicho estatuto se encuentra en la CV 1963. Su fundamento funcional se expresa en este caso con la máxima *ne impediatur officium*.

Las principales diferencias entre el estatuto de la Oficina Consular y el de la Misión diplomática son:

1) La *inviolabilidad de los locales* no se extiende a la residencia del jefe de la Oficina. Por otra parte, la Convención define el alcance de la inviolabilidad de forma más flexible, al disponer que las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en “la parte de los locales consulares que se utilicen exclusivamente para el trabajo de la Oficina consular”, salvo consentimiento del jefe de la Oficina, de una persona que él designe o del jefe de la Misión diplomática, presumiéndose que el consentimiento ha sido dado en caso “de incendio, o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección” (art. 31).

Cabe sin embargo entender que esta fórmula no se aparta en lo esencial de la adoptada por la Convención sobre relaciones diplomáticas; en particular, la presunción del consentimiento del jefe de la Misión en caso de incendio u otra calamidad podría considerarse implícita en el texto de la CV 1961 o, de no aceptarse esta opinión, cabría admitir la invocación de la fuerza mayor en tales supuestos como causa de exclusión de ilicitud (véase Cap. XIX).

Además, la Convención admite la posible expropiación de los bienes de la Oficina consular por razones de defensa nacional o de utilidad pública, siempre que se adopten las medidas posibles para evitar que se perturbe el ejercicio de las funciones consulares y se pague una compensación.

En cuanto a las Oficinas dirigidas por *funcionarios consulares honorarios*, la Convención excluye sus locales del ámbito de aplicación del principio de inviolabilidad y, por lo que se refiere a sus archivos y documentos, la limita a aquellos que se encuentren separados de los documentos privados o profesionales del cónsul honorario.

2) La CV 1963 permite al Estado receptor solicitar la apertura en su presencia de la valija consular (equivalente a la diplomática) por un representante del Estado que envía si tuviese razones fundadas para creer que contiene algo que no sean documentos oficiales u objetos de uso oficial, disponiendo que deberá ser devuelta a su lugar de origen en caso que este último rechace la petición.

Esta solución se recoge en el *proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija no acompañada*. Ahora bien, aún cuando la misma no resulte de aplicación a la valija diplomática, entendemos que la CV 1961 no se opone a que el Estado receptor pueda, si no solicitar su apertura, si rechazarla en caso de ser sospecha sobre su contenido irregular.

CXXVI. PROTECCIÓN, INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS DE LOS AGENTES DEL ESTADO EXTRANJERO

550. *Una especial protección*

La inmunidad del Estado extranjero debe distinguirse de otras inmunidades que, aunque se establecen en última instancia para la protección de la dimensión exterior de su soberanía, reciben un tratamiento distinto y son objeto de una regulación específica en el DI. Tal es el caso del estatuto de protección y las inmunidades reconocidas tradicionalmente a los agentes del Estado extranjero mediante normas consuetudinarias en buena parte codificadas (CV sobre Relaciones Diplomáticas, 1961, y CV sobre Relaciones Consulares, 1963).

La especial protección de que disfrutaban las personas que ostentan esta condición ha quedado reflejada en la Convención sobre prevención y castigo de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (1973), que cuenta con más de ciento sesenta Partes (en octubre de 2006). Las partes se comprometen a tipificar como delitos determinadas conductas llevadas a cabo contra estas personas y a establecer determinadas medidas genéricas de cooperación para evitar el refugio de los culpables.

Así, el Código penal español (1995) en su Título XXIV, dedicado a los *delitos contra la comunidad internacional* tipifica como *delitos contra el derecho de gentes* la muerte o lesiones de un Jefe de Estado extranjero o de una persona internacionalmente protegida que se encuentre en territorio español, la comisión de un delito contra uno de ellos, locales oficiales, residencia particular o medios de transporte y la violación de la inmunidad personal del Jefe del Estado o de esas personas internacionalmente protegidas (arts. 605 y 606).

551. *Inmunidades y privilegios de los órganos centrales*

El DI reconoce a los órganos centrales del Estado encargados de las relaciones exteriores, precisamente para garantizar el desempeño eficaz de sus funciones, ciertos *privilegios, e inmunidades* cuando quienes los encarnan se encuentren en territorio de otro Estado.

Estos privilegios e inmunidades consisten esencialmente en la *inviolabilidad o imposibilidad de ser objeto de arresto o coerción sobre su persona, residencia, propiedades, equipaje o correspondencia y la inmunidad de jurisdicción o imposibilidad de ser juzgado por los tribunales de otro Estado*, que es completa en materia penal; respecto de la civil, pese a las discrepancias doctrinales, parece ir imponiéndose la tesis de que la inmunidad existe siempre que la persona actúe como órgano del Estado, esto es revestido de *iure imperii*, pero no en sus actuaciones a título particular o privado. La medida en que la persecución de los crímenes internacionales (v. Cap. XXX) ha hecho mella en la inmunidad penal (y en la responsabilidad civil asociada) será considerada más adelante.

552. *Inmunidades y privilegios de los miembros de la Misión: consideraciones generales*

Ya hemos mencionado el fundamento *funcional* de los privilegios e inmunidades diplomáticos. La CV 1961 lo advierte en el preámbulo al señalar que no se conceden en favor de la personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las Misiones (*ne impediatur legatio*) dentro del más escrupuloso respeto de su independencia, sin intromisiones ni presiones. Se explica así que se reconozca al Estado *acreditante* el derecho de renunciar a la inmunidad de jurisdicción de los miembros del personal de la Misión. Cierto es que no todos los privilegios son esenciales a tal efecto (por ej., los fiscales o aduaneros) y que el fundamento funcional no ha sido siempre respetado en la obra codificadora. Así, por ej., la nacionalidad o la residencia permanente del interesado en el Estado receptor modifican en sentido restrictivo el *status* de algunos miembros de la Misión mientras que, por otra parte, privilegios e inmunidades diplomáticos se extienden hasta cierto punto a los familiares y, en menor medida, al personal de servicio. Pero la afirmación de este fundamento tiene una indudable relevancia a la hora de interpretar el alcance de las obligaciones del Estado receptor.

No cabe una aplicación discriminatoria de la Convención (art. 47), pero sí, en la medida en que lo permite el tenor de una disposición (por ej., en materia de franquicias aduaneras), más o menos restrictiva por consideraciones subjetivas, *a título de reciprocidad*. Debe no obstante quedar claro que el Estado receptor no puede condicionar el reconocimiento mismo de un privilegio o inmunidad a la reciprocidad, pues las obligaciones que en esta materia pesan sobre el Estado receptor no son recíprocas o interdependientes, sino *absolutas* o *incondicionales*.

Debemos resaltar el carácter imperativo de las normas internacionales sobre privilegios e inmunidades codificadas o, al menos, de su núcleo esencial, tal y como ha reconocido la CIJ (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1979, 1980; *Actividades armadas en el territorio del Congo, RD. del Congo c. Uganda*, 2005).

553. *Cuales son las inmunidades y privilegios de los miembros de la Misión*

La Convención de Viena consagra en favor de los miembros de la Misión los siguientes privilegios e inmunidades:

1) *Inviolabilidad personal*. La inviolabilidad personal comporta la obligación para las autoridades del Estado receptor de abstenerse de toda medida coercitiva —en particular medidas de arresto o detención— contra los miembros de la Misión, que sólo pueden ser detenidos cuando son sorprendidos en flagrante delito (CV 1961, arts. 27.5, 29 y 37.2; CIJ, *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1980).

La inviolabilidad personal trae aparejada la obligación del Estado receptor de adoptar todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra la persona, libertad o dignidad de las personas protegidas (art. 29). Esta obligación de especial protección viene reforzada por la *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas* de 1973 (v. *supra*).

2) *Inmunidad de jurisdicción en el Estado receptor*. La inmunidad de jurisdicción es consecuencia lógica de la inviolabilidad personal, pero su alcance varía según los casos.

La práctica diplomática está, desde sus orígenes, animada por relatos de crónica negra que implican esta inmunidad y en los que la realidad ha satisfecho todo tipo de fantasías. El mismo libro de Alberico Gentilis *De Legationibus* (1585), fue motivado por la consulta que al autor se hizo por el Gobierno de Inglaterra acerca de la posibilidad de perseguir criminalmente a don Bernardino de Mendoza, embajador de España, acusado de participar en un complot contra la reina Isabel I. Gentilis reafirma el principio de la inviolabilidad penal, aunque parece limitarlo al supuesto de conspiración en grado de tentativa (tal vez porque era bastante para salvar a Mendoza sin comprometerse innecesariamente). Pero ya a partir de Hugo Grocio la inviolabilidad penal se confirma de manera tajante e incondicional. En el ámbito civil, la inmunidad del patrimonio mobiliario del agente diplomático tiene el mismo *pedigree*.

Los *agentes diplomáticos* gozan de inmunidad absoluta de jurisdicción penal, así como de inmunidad de jurisdicción civil y administrativa salvo en determinados casos:

a) Acciones reales sobre bienes inmuebles radicados en el Estado receptor (a menos que los posean por cuenta del Estado para los fines de la Misión).

A la luz de la práctica debe entenderse que esta excepción no comprende las acciones derivadas de un contrato de arrendamiento, como ha señalado el TC español (s. 140/1995)

b) Acciones sucesorias en las que el agente figure a título privado como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario.

c) Acciones referentes a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente en el Estado receptor fuera de sus funciones oficiales (arts. 31 y 37.1).

Esta excepción sólo tiene sentido para el caso de que el Estado receptor permita al agente diplomático ejercer tales actividades pues la CV 1961 las prohíbe en principio.

A los *demás beneficiarios* sólo se les reconoce inmunidad de jurisdicción por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones (art. 37.2 y 3).

Debe quedar claro que la inmunidad de jurisdicción no implica en modo alguno exención para el beneficiario de la obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor, incluida en su caso la relativa a la suscripción de un seguro de responsabilidad civil por daños causados a terceros (art. 41.1).

La CV 1961 prevé, además, la posible renuncia por el Estado acreditante de la inmunidad de jurisdicción de su agente (art. 32). Recordemos en este sentido la

renuncia por Colombia en 1985 a la inmunidad del segundo secretario de su Misión en Madrid por su presunta implicación en tráfico de estupefacientes. La renuncia en principio ha de ser expresa. Consecuentemente, de la mera personación en un proceso no cabe deducirla. Ahora bien, se entiende que si una persona que goza de inmunidad entabla una acción judicial no podrá invocarla frente a una demanda reconventional directamente ligada a la demanda principal; un amplio sector de la doctrina entiende implícita la renuncia siempre que el beneficiario de la inmunidad actúa como parte actora. Pero, en cualquiera de los casos señalados, la renuncia se limita al litigio considerado.

En cuanto a la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, debe señalarse que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no comporta renuncia a la inmunidad de ejecución. Consecuentemente, la ejecución de una sentencia penal podrá toparse con la inviolabilidad personal de la persona condenada o con la inviolabilidad de su residencia, así como de los locales de la Misión, salvo renuncia a la misma por el Estado acreditante o levantamiento de la condición diplomática de la que se prevale el condenado.

Por otro lado, la inmunidad de jurisdicción de los miembros de la Misión en el Estado receptor no les exime de la jurisdicción del Estado acreditante (art. 31.4). En consecuencia, tanto sus autoridades como los particulares lesionados pueden promover allí acciones administrativas y judiciales. En este caso una declaración de incompetencia equivaldría a una *denegación de justicia* (v. Cap. XXII).

Para terminar, los agentes diplomáticos y los miembros del personal administrativo y técnico de la Misión no están obligados a testificar en juicio (arts. 31.2, 37.2 y 38).

3) *Inviolabilidad de su residencia*. La residencia del agente diplomático y del personal administrativo y técnico, así como sus documentos y correspondencia, gozan de la misma inviolabilidad y protección que los locales de la Misión. Dicha inviolabilidad se extiende igualmente a sus bienes, salvo en los casos en que no gozan de inmunidad de jurisdicción, si no sufre menoscabo la inviolabilidad de su persona y de su residencia (art. 30).

4) *Exención de prestaciones personales*. El Estado receptor debe eximir a todos los miembros de la Misión (con exclusión únicamente del personal de servicio), de toda prestación personal, de todo servicio público y de toda carga militar (art. 35).

5) *Privilegios fiscales*. Los miembros de la Misión (salvo el personal de servicio) están exentos de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales, con una serie de excepciones (art. 34). En la práctica —y a salvo la aleatoria exención del IVA y de los impuestos especiales, reconocida por algunas legislaciones estatales a título de reciprocidad— el *privilegio fiscal* de los miembros de la Misión se limita a las rentas personales derivadas de su trabajo.

6) *Privilegios aduaneros*. Todos los miembros de la Misión (salvo el personal de servicio) gozan de exención de todo derecho de aduana, impuesto o gravamen

conexo (salvo gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos) por la entrada de objetos destinados a su uso personal o de sus familiares, incluidos los efectos destinados a su instalación (art. 36.1). En el caso del personal administrativo y técnico la exención se limita a los objetos importados al efectuar la primera instalación.

El Estado receptor puede modular el alcance de estos privilegios aduaneros —como ocurre con los de la Misión— a través de sus leyes y reglamentos, siempre que no los deje sin contenido. En este sentido, no parecen admisibles disposiciones que sometan al pago de una tasa a toda una categoría de bienes, como por ej. los productos alimenticios, las bebidas alcohólicas y el tabaco. También puede ampliar los privilegios, normalmente a título de reciprocidad.

Además, el agente diplomático está exento de la inspección de su equipaje personal, a menos que haya motivos fundados para sospechar que contiene objetos no destinados a su uso personal o a su instalación, o cuya importación o exportación esté prohibida por la legislación del Estado receptor. En tal caso, la inspección sólo podrá realizarse en su presencia (art. 36.2). El Estado receptor goza sin embargo de un amplio margen de discrecionalidad para apreciar la existencia de *motivos fundados*.

7) Todos los miembros de la Misión están exentos de las disposiciones sobre Seguridad Social del Estado receptor, si bien pueden acogerse voluntariamente a ellas, si éste lo permite (art. 33).

554. Circunstancias modificativas del estatuto diplomático: nacionales, residentes, familiares

Poseer la nacionalidad o la residencia permanente en el Estado receptor arruina el estatuto personal del miembro de una Misión diplomática. Sólo tratándose de un agente diplomático se le reconoce inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción por los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones (art. 38).

Ser, en cambio, familiar de un miembro de una Misión diplomática (salvo el personal de servicio) permite gozar de su estatuto, siempre que no se sea nacional o residente permanente en el Estado receptor. La CV 1961 se refiere a “los miembros de la familia que formen parte de su casa”, acogiendo, pues, un criterio de dependencia muy amplio.

A mediados del siglo XVII don Pantaleón Sa, hermano del embajador de Portugal en Londres, cometió homicidio y se refugió en la Embajada. Richard Zouch se ocupó de la cuestión (*Solutio quaestionis veteris et novae, sive de Legati delinquentis iudice competente dissertatio*, 1657) y de acuerdo con su dictamen don Pantaleón fue juzgado según la ley inglesa, condenado a muerte y ejecutado. La relación agnaticia no transmitía la inviolabilidad penal.

A nuestro juicio el fundamento funcional de privilegios e inmunidades permite una interpretación restrictiva (cónyuge e hijos menores dependientes económica-

mente). Pero los países que admiten las uniones de hecho de parejas del mismo sexo deberán interpretar la relación matrimonial y familiar en un sentido lato. La poligamia y la poliandria también habrán de ser tenidos en cuenta por coherencia, cosmopolitismo o sentido comercial (recuérdese la oferta suiza al respecto para promover su candidatura como sede de la OMC).

555. Duración de inmunidades y privilegios

Por lo que se refiere al inicio de los privilegios e inmunidades reconocidos a los miembros de la Misión, la CV 1961 dispone que gozarán de ellos desde el momento en que penetren en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo (art. 39.1); si ya estuvieran en él habrá que esperar a que su nombramiento haya sido comunicado o hayan asumido sus funciones. Por otra parte, los privilegios e inmunidades cesan con la función y una vez que, en su caso, el interesado salga del país o expire el plazo (razonable) concedido para salir de él; no obstante, la inmunidad de jurisdicción respecto de los actos realizados en el ejercicio de funciones subsistirá indefinidamente (arts. 39.2). Además, la Convención regula las inmunidades y facilidades que debe conceder un tercer Estado cuyo territorio atraviesan los miembros de la Misión para ocupar su cargo o para regresar al Estado acreditante (art. 40).

556. Abuso de inmunidades y privilegios

Los privilegios e inmunidades son utilizados en muchas ocasiones de forma abusiva, esto es, con una finalidad distinta de la que los sustentan e incluso en violación de las leyes y reglamentos del Estado receptor. El abuso puede producirse a través de acciones individualizadas de sus beneficiarios o de la irregular utilización de los locales de la Misión. Entre las actuaciones abusivas individualizadas cabe destacar el tráfico de estupefacientes y de armas, la participación en actos de terrorismo, la realización de actos de espionaje o la vulneración de las normas del Estado receptor (particularmente frecuentes resultan los supuestos de infracción de las normas de circulación y de impago de arrendamientos). Los locales, por su parte, han sido utilizados en la práctica para organizar o apoyar actos de terrorismo o subversivos, así como actos de espionaje; baste recordar, por ejemplo, los incidentes registrados en 1984 como consecuencia de la utilización por Libia de su Misión en Londres para perseguir a exiliados libios. Se suele caer en la tentación de conceder cobertura diplomática a agentes llamados a trabajos sucios, por ej., de espionaje militar o industrial, realizados en violación de las leyes locales y de las funciones de la Misión.

Es, pues, necesario preguntarse por las medidas de que dispone el Estado receptor ante estos casos, particularmente cuando está en juego la inmunidad de jurisdicción. La CV 1961 ofrece las siguientes posibilidades:

1) Solicitar del Estado acreditante el levantamiento de la inmunidad de jurisdicción del miembro de la Misión.

2) Declarar al beneficiario persona *non grata* o *no aceptable*, lo que comporta, como vimos, la obligación para el Estado de retirar a esa persona o de cesarle en sus funciones.

A esta medida se recurre en la práctica sobre todo en los casos de espionaje y de participación en actividades terroristas, siendo frecuentemente contestada por el Estado acreditante con una medida equivalente a título de retorsión.

3) Exigir al Estado acreditante que reduzca el número de miembros de la Misión, amparándose en la facultad que la Convención le reconoce para limitarlo.

Cierto es que dicha facultad no está concebida con este fin, pero no es menos cierto que en la práctica se ejerce con frecuencia en los casos de abusos, no pudiendo reputarse esta práctica como contraria a la Convención.

4) En última instancia, el Estado receptor puede romper sus relaciones diplomáticas con el Estado acreditante, exigiendo el cierre de su Misión. Medida similar es la exigencia de retirada de todos los miembros de la Misión, si bien no comporta, a diferencia de la anterior, la ruptura de relaciones diplomáticas.

El Estado acreditante incurrirá en responsabilidad internacional en la medida en que le sean imputables los actos abusivos de los miembros de la Misión o haya tolerado el uso de los locales para la comisión de tales actos. De ser así, el Estado receptor podrá proceder a la correspondiente reclamación internacional y, llegado el caso, decidir la aplicación de contramedidas (no armadas) (V. Caps. XIX y XX). Éstas, sin embargo, no podrían afectar a las inmunidades diplomáticas o, al menos, a su núcleo esencial, dado su carácter imperativo. Esta apreciación vale igualmente para el caso de que el Estado receptor incumpla las obligaciones que le incumben en materia de privilegios e inmunidades.

557. Inmunidades y privilegios de los miembros de Misiones permanentes ante Organizaciones internacionales

Por lo que se refiere a los privilegios e inmunidades de los miembros de Misiones Permanentes la CV 1975 procede, en términos generales, a extender en su favor los que corresponden a los miembros de las Misiones diplomáticas. Esta asimilación debe acogerse, sin embargo, con cautela, debido a la contestación de que fue objeto en la Conferencia por los Estados anfitriones más caracterizados. En todo caso, éstos parecen mejor dispuestos cuando la asimilación es consecuencia, no de una pretendida norma consuetudinaria, sino de su consentimiento en los acuerdos de sede.

En este sentido cabe citar el acuerdo de sede entre Estados Unidos y las NU. La asimilación puede ser proclamada también en las propias reglas de la Organización (por ej., Carta de las NU, art. 105.2, o convenios

complementarios, como la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las NU, de 1946; Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de las CE, de 1965).

558. *Inmunidades y privilegios de los miembros de Misiones especiales y Delegaciones*

El personal de *misiones especiales y delegaciones* goza de las inmunidades y privilegios reconocidos a los miembros de las Misiones diplomáticas, con las matizaciones que requiera: 1) la presencia de personas internacionalmente protegidas a la cabeza de la Misión especial (CV 1969, art. 21); 2) la inmunidad de jurisdicción civil, más estricta en este caso al exceptuarse también los accidentes de circulación (art. 31); y 3) el alcance familiar que se da a estos privilegios, condicionado al hecho del acompañamiento (art. 39).

559. *Inmunidades y privilegios de los miembros de la Oficina Consular*

El estatuto de los miembros de la Oficina se diferencia del de los miembros de la Misión diplomática en los siguientes aspectos:

1) La *inviolabilidad personal en el Estado receptor* queda limitada a los funcionarios consulares de carrera que, por otra parte, pueden ser detenidos o sometidos a otra forma de limitación de su libertad cuando se les imputa un delito *grave* o cuando es firme una sentencia que les condena a pena privativa de libertad.

2) Todos los miembros de la Oficina ven reducida la *inmunidad de jurisdicción en el Estado receptor* a los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. Por otra parte, todos los miembros de la Oficina consular pueden ser llamados a comparecer en procedimientos judiciales o administrativos, si bien tratándose de un funcionario consular de carrera el Estado receptor no puede imponerle ninguna medida coactiva o sanción por negarse a ello. Ahora bien, ningún miembro de una Oficina está obligado a deponer sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones, ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales.

La CV 1963 excluye de privilegios e inmunidades a los empleados consulares y a los miembros del personal de servicio de la Oficina consular que ejerzan una actividad privada de carácter lucrativo en el Estado receptor, aun cuando no ostenten su nacionalidad ni tengan en él su residencia permanente.

CXXVII. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO

560. *Consideraciones generales*

Un Estado puede realizar en el territorio de otro, con su consentimiento, actividades tanto de carácter oficial (normalmente a través de su Misión diplomática)

tica o de sus Oficinas consulares), como mercantiles (contratar la prestación de algún servicio, comprar un bien inmueble...). Dejando a un lado las normas internacionales que puedan resultar de aplicación al caso, ya sean de carácter general (las contenidas en las CV 1961 y 1963) o particulares (por ej., las del Convenio SOFA, 1951, relativo al estatuto de las fuerzas de los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte, que ha servido de modelo a otros acuerdos), dichas relaciones quedan sometidas a las leyes y reglamentos del Estado local en virtud del principio de soberanía territorial del Estado. Ahora bien, si el Estado extranjero se involucra en un litigio ¿pueden los tribunales del Estado territorial (los tribunales del *foro*) ejercer su jurisdicción? Nada lo impide en el caso de que el Estado extranjero actúe como demandante. Pero, ¿no atentaría contra su soberanía, su independencia, su dignidad, verlo aparecer como demandado?

La respuesta del ordenamiento internacional se encuentra en el principio de la *inmunidad del Estado extranjero*. Conforme al mismo un Estado debe abstenerse, en ciertos supuestos: 1) de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado; y 2) de adoptar medidas coercitivas sobre sus bienes antes o después del fallo.

561. Inmunidad del Estado y reglas de competencia judicial internacional

El principio de inmunidad no debe confundirse con los límites que el DI impone a las reglas de competencia judicial de un Estado para enjuiciar los actos de otro.

A este respecto no debemos olvidar que en la formulación de sus reglas de competencia judicial un Estado debe tener en cuenta los límites trazados por el ordenamiento internacional (CPJI, *Lotus*, 1927). Así, atendiendo a los principios de soberanía e igualdad soberana y a sus corolarios (independencia, no intervención, v. Cap. III) sería contrario al DI que un Estado atribuyese competencia a sus tribunales para determinar la responsabilidad internacional de un Estado extranjero por violación de sus obligaciones internacionales, o la conformidad con el DI de sus actos en asuntos carentes de una conexión razonable y oportuna con el foro (v. *infra*).

La aplicación del principio de inmunidad del Estado extranjero presupone que los tribunales del foro gozan de una jurisdicción sobre el objeto del litigio que, de no mediar la inmunidad, ejercerían. De no ser así, su invocación es innecesaria.

Cierto es, sin embargo: 1) que los límites que el DI impone a la competencia judicial del foro y el principio de inmunidad del Estado extranjero reposan sobre el mismo fundamento (soberanía, igualdad soberana); 2) que en la práctica algunos supuestos que deberían ser abordados en el marco de los límites a la competencia lo son en el de la inmunidad; y 3) que algunas de las excepciones a la inmunidad se vinculan a la competencia judicial de un foro determinado, y no

de otro. Así, en la Convención de las NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005, v. *infra*) el ejercicio de la jurisdicción sobre un Estado extranjero en acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes causados por un acto u omisión atribuible a dicho Estado se supedita a que el acto u omisión causante del daño se haya producido total o parcialmente en el territorio del Estado del foro y a que su autor se encontrara en ese momento en dicho territorio (art. 12).

562. El principio de inmunidad del Estado extranjero: origen y codificación

El principio de la inmunidad del Estado extranjero nace de un proceso consuetudinario que arranca fundamentalmente de la práctica judicial de los Estados a partir de comienzos del siglo XIX y se alimenta de la consideración de que los principios de igualdad soberana e independencia de los Estados — fundamento último, como acabamos de señalar, del principio de inmunidad— no permiten el ejercicio de jurisdicción frente a Estados extranjeros (*par in parem non habet imperium*).

Así se constata, por ej., en la s. del TS de los Estados Unidos en el asunto *The Schooner Exchange* (1812), considerada como una de las primeras manifestaciones jurisprudenciales del principio, cuyo carácter consuetudinario ya advierte, o en el fallo de la *Cour de Cassation* francesa en el asunto *Gobierno español c. Cassaux* (1849).

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar la influencia que en este campo ha ejercido la inmunidad tradicionalmente reconocida a los soberanos extranjeros, especialmente marcada en Gran Bretaña, donde su origen se encuentra en la extensión a los soberanos de países amigos de la inmunidad reconocida a la Corona.

La práctica judicial de los Estados nunca ha sido, sin embargo, uniforme ni en lo relativo al alcance material del principio de inmunidad, ni por lo que respecta a los órganos o entidades del Estado extranjero a los que beneficia. Se explican así, al menos en parte, las iniciativas de un número importante de Estados para dotarse de una regulación nacional o convencional en la materia y la labor de codificación internacional emprendida en este campo, a fin de acrecer la seguridad jurídica.

En el ámbito de las regulaciones nacionales destaca un conjunto de leyes especiales sobre la inmunidad del Estado extranjero adoptadas a partir de los años setenta por países de cultura legal anglosajona. Cabe citar así las leyes de Estados Unidos (1976), Gran Bretaña (1978), Singapur (1979), Sudáfrica (1981), Canadá (1982), Australia (1985) y Pakistán. A ellos se agregó Argentina (1995).

En el plano convencional un primer texto digno de mención es el Convenio de Bruselas de 1926 sobre inmunidad de los buques de propiedad estatal y su Protocolo adicional de 1934. Si repasamos la jurisprudencia

estatal del siglo XIX y comienzos del XX observamos que una de las cuestiones que con más frecuencia se suscita es la relativa a la inmunidad de estos buques en procesos relativos a su explotación. El Convenio de Bruselas restringió la inmunidad a los buques de guerra, patrulleras y buques-hospital, así como a los buques pertenecientes o explotados por un Estado extranjero y utilizados en el momento en que se inicia la acción exclusivamente para un servicio gubernamental y no comercial. Aunque el Convenio de Bruselas, objeto de un número reducido de ratificaciones, no tuvo especial relevancia en la práctica, sirvió de modelo para un número considerable de tratados bilaterales de navegación.

No olvidemos, por otra parte, que tanto los Convenios de Ginebra (1958) sobre mar territorial y zona contigua (art. 22.2) y sobre alta mar (arts. 8.1 y 9), como la CONVEMAR (1982, arts. 32, 95 y 96) han consagrado, en su labor codificadora, la inmunidad de los buques de guerra y de los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados para un servicio oficial no comercial.

Una labor de codificación internacional en sentido estricto, de alcance general y universal, fue la emprendida por la CDI en 1978. Fruto de sus trabajos fue un *proyecto de arts. sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* (1991).

Ese mismo año, en su tarea de acompañamiento doctrinal, el IDI, cuyo interés por la cuestión se remonta a 1891, adoptó (sesión de Basilea) una resolución *sobre los aspectos recientes de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados*.

El proyecto de la CDI ha sido la base sobre la que, después de un arduo esfuerzo intergubernamental para consensuar posiciones sobre una serie de puntos críticos en el seno de sucesivos grupos de trabajo, abiertos a los comentarios y sugerencias de la CDI, y luego en un comité especial de la Sexta Comisión de la AGNU, se ha asentado la *Convención de las NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, adoptada por la AGNU el 2 de diciembre de 2004 (res. 59/38) y abierta a la firma el 17 de enero de 2005. La Convención entrará en vigor treinta días después de sumar un número igual de Estados contratantes (art. 30).

En un ámbito regional los trabajos regulatorios, anteriores o contemporáneos con los de la CDI, han cosechado frutos dispares. Así, bajo los auspicios del Consejo de Europa, se adoptó y abrió a la firma en Basilea, en 1972, el *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados*, actualmente en vigor entre Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza y Gran Bretaña. Sus negociadores no buscaban tanto codificar el DI en la materia como encontrar soluciones a los problemas planteados, por lo que algunas de sus disposiciones no tienen otro valor que el de *reglas convencionales particulares*.

En América cabe citar el *proyecto interamericano sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados*, aprobado por el CJI en 1983, que no ha tenido seguimiento.

Dado el carácter subsidiario de la Convención de las NU (2005, art. 26), los derechos y deberes enunciados en otros acuerdos internacionales en vigor relacionados con esta materia (así, la Convención de Basilea de 1972) operarán entre los Estados partes con preferencia. Para los que no han asumido obligaciones convencionales, la reglas de la Convención de las NU pueden iluminar la práctica judicial de los Estados, cuenten o no con una legislación *ad hoc*, particularmente

si se consideran declarativas —o cristalizan—. normas consuetudinarias (v. Cap. XIV).

563. *La inmunidad de jurisdicción: Inmunidad absoluta e inmunidad restringida*

La práctica judicial del siglo XIX está impregnada por la *doctrina de la inmunidad absoluta*, partidaria de reconocer la inmunidad en todo caso, de no mediar la *renuncia* del Estado extranjero. No obstante, a partir de finales de ese siglo, coincidiendo con la irrupción del Estado en la actividad económica y en el comercio exterior, se observa una tendencia a *restringir* la inmunidad.

En Italia encontramos una primera manifestación jurisprudencial de la tesis restrictiva en *Gutierrez c. Elmilik* (1886). Su consagración en Bélgica se produjo con la sentencia de la *Cour de Cassation* en el asunto *Chemins de Fer liégeois-luxembourgeois c. el Estado neerlandés* (1903). En Austria el fallo canónico es el de la Corte Suprema en el asunto *Hoffmann Dralle*...

Esta evolución se manifiesta más tardíamente en los países vinculados al sistema del *Common law*, quizás debido a la influencia ejercida por la inmunidad personal reconocida a los soberanos (hoy claramente diferenciada de la inmunidad del Estado: v. Convención de las NU, 2005, art. 3.2, *infra*) y al peso que en ellos tiene el precedente jurisprudencial.

Así, en Gran Bretaña, aunque ya a partir del asunto *The Cristina* (1938) se manifiesta un cierto movimiento favorable a la tesis restrictiva, habrá que esperar a la decisión adoptada en 1976 (*The Philippine Admiral*) para observar un verdadero cambio jurisprudencial. En dicho asunto el *Privy Council* negó la inmunidad en una acción *in rem* contra un buque perteneciente a un Estado extranjero que realizaba actividades comerciales.

La situación fue algo diferente en Estados Unidos. En 1926 la *doctrina de la inmunidad absoluta* aún contaba aparentemente con el respaldo del TS (*Berizzi Bros v. Pesaro*, en la que reconoció inmunidad a un buque perteneciente al gobierno italiano y utilizado por éste para el transporte de aceite de oliva hacia los Estados Unidos). El giro jurisprudencial se operó a partir de la *Tate Letter* (1952), un documento del Departamento de Estado en que se sugería a los tribunales no reconocer inmunidad a los Estados extranjeros en relación con actividades económicas y comerciales. Su influencia se explica por las estrechas relaciones existentes en esta materia entre el Ejecutivo y los jueces, muy sensibles a la repercusión que su actuación podía tener sobre la dirección de la política exterior del país (v., por ej., TS, *ex parte Peru*, 1943). A partir de la *Tate Letter* los tribunales llegaron a manifestar en ocasiones su desacuerdo con las sugerencias del Departamento de Estado en favor del reconocimiento de inmunidad, si bien se atenían generalmente a ellas por considerarlas vinculantes (v., por ej., *Chemical Natural Resources v. República de Venezuela*, 1966). Por otra parte, en los casos en que no recibían ninguna sugerencia del Departamento de Estado aplicaban sin dificultad la tesis restrictiva (v. por ej., *Victory Transport v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, 1964).

La doctrina de la *inmunidad absoluta* fue en cualquier caso definitivamente abandonada en Estados Unidos y Gran Bretaña merced a la adopción —en 1976 y 1978, respectivamente— de leyes especiales sobre inmunidad del Estado extranjero. Lo mismo sucedió en otros países del *common law*. En el caso de Estados Unidos la Ley de 1976 confirmó la plena competencia a los tribunales para resolver, de conformidad con sus disposiciones, el reconocimiento o no de inmunidad *in casu*.

Desde entonces el Departamento de Estado únicamente interviene como *amicus curiae* en los casos que presentan especial interés para el gobierno.

No obstante en *Republic of Austria c. Altmann* (2004) el TS de los Estados Unidos vuelve sobre las “realidades políticas” y los “objetivos de la política exterior” para brindar protección al Estado extranjero como un “gesto de comity”, un “privilegio” (v. *infra*).

En España, el artículo 21 de la LOPJ (1985), tras afirmar el principio de territorialidad, exceptúa “los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del DI”. Hasta esa fecha la jurisprudencia era errática, pero en 1986 experimentó un claro giro hacia la tesis restrictiva, siendo decisivas al respecto dos sentencias pronunciadas por el TS (s. de 10 de febrero y 1 de diciembre de 1986, v. *infra*)

De la lectura de estas sentencias se desprende la influencia que en sus fallos ejerció la evolución de la práctica internacional, ya advertida en la exposición de motivos del RD. 1654/1980 (sobre servicio de lo contencioso del Estado en el exterior). Pero el verdadero motor del cambio se encontraba en el artículo 24.1 de la Constitución, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. El TS llega a afirmar en la s. de 1 de diciembre de 1986 que dicho precepto constitucional “dificulta, si no impide, que algún órgano jurisdiccional pueda acceder a la solicitud de inmunidad de jurisdicción por un Estado extranjero...”.

A partir de ahí el TC español (s. 107/1992) ha establecido que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) no obsta a la aplicación del principio de inmunidad, impide su reconocimiento más allá de los supuestos en que viene impuesto por el DI, ya que el art. 21 de la LOPJ no ofrece una regulación sustantiva del principio, sino que remite *in toto* a aquél.

En la actualidad son numerosos los Estados cuyos tribunales conciben restrictivamente el principio de inmunidad del Estado extranjero, concepción que tiene igualmente su reflejo en los distintos textos legislativos y convencionales. Puede decirse que una vez que perdió el sostén (por desaparición) de los países socialistas, tradicionales defensores de la inmunidad absoluta, esta doctrina sólo sigue encontrando defensores en algunos países latinoamericanos, africanos y asiáticos, a veces sólo por inercia.

El análisis de la práctica permite concluir que si bien un Estado puede reconocer *inmunidad absoluta* de jurisdicción al Estado extranjero, ninguna norma internacional general lo obliga a ello. Pero, ¿cuáles son los límites precisos de la aplicación restrictiva del principio de inmunidad del Estado y, en consecuencia, en qué casos un Estado incurriría en responsabilidad internacional por negar sus tribunales la aplicación de dicho principio?

564. Los límites de la inmunidad restringida en la práctica estatal: actos “*iure imperii*” y actos “*iure gestionis*”

Aunque el criterio dominante se articula en torno a la distinción entre los actos *iure imperii* y los actos *iure gestionis* del Estado extranjero, es decir entre sus actos

de poder público (o de soberanía) y los de carácter privado, la distinción plantea en la práctica numerosas dificultades.

Así, por ej., si la *Cour d'Appel* de París (*Société Bauer-Marschal*, 1957) entendió que el aval del gobierno de Turquía en relación con un préstamo concedido a la ciudad de Constantinopla constituía un acto de poder público, la *Cour de Rouen* sostuvo la posición contraria en una sentencia pronunciada en 1965, tras la revocación del primer fallo por la *Cour de Cassation*. Y ¿qué decir de un contrato de suministro para el Ejército? Los tribunales italianos estimaron en el asunto *Governo Rumeno c. Trutta* que la compra por un Estado extranjero de botas para el ejército constituía un acto de naturaleza privada. Por el contrario, la *Cour de Cassation* francesa (*Guggenheim*, 1961) calificó la celebración por Vietnam de un contrato de suministro de cigarrillos para las fuerzas armadas como un acto realizado en el ejercicio de funciones de administración pública.

Las divergencias surgen por las diferentes aproximaciones o perspectivas de los tribunales estatales al aplicar el criterio de calificación. Lo más apropiado es atender a la propia *naturaleza del acto*, debiendo reconocerse inmunidad al Estado extranjero únicamente cuando el acto tenga naturaleza pública, lo que se determina, atendiendo a la jurisprudencia de los tribunales, cuando el Estado actúa en la esfera del Derecho público, ejerciendo —o pudiendo ejercer— prerrogativas de poder público; por el contrario, el acto tendrá naturaleza privada cuando el Estado actúa en el marco de una relación de Derecho privado. Otro modo de aplicar el criterio que nos ocupa consiste en distinguir los actos que solamente puede realizar el Estado de aquellos que pueden ser objeto de iniciativas particulares.

Así, por ej., la *Cour d'Appel* de París negó la inmunidad de jurisdicción a los Estados Unidos en el asunto *Société Immobilière des Cités Fleuries Lafayette* (1960), en una demanda por violación de contrato, al comprobar que éste había sido celebrado conforme a las reglas de Derecho privado y estaba sometido al Derecho privado. En términos similares se pronunció el Tribunal de Apelación de La Haya (*National Iranian Oil Company*, 1974) en relación con un acuerdo para la exploración y explotación de petróleo en Irán. El TS de los Estados Unidos, por su parte, actuando en el marco de la Ley de 1976, negó la inmunidad de jurisdicción a Argentina en el asunto *Weltover* (1992), relativo a una acción por impago de bonos emitidos por dicho país, estimando que, al emitir dichos bonos, Argentina había operado *in the manner of a private player*, esto es, en la forma en que lo haría una persona privada.

La distinción entre la actuación del Estado en la esfera del Derecho público o en la del Derecho privado —o entre los actos que sólo puede realizar el Estado y los que pueden ser objeto de iniciativa privada— plantea, sin embargo, algunas dificultades. En primer lugar, el DI no marca la línea divisoria entre lo público y lo privado, sino que cada ordenamiento estatal la establece sobre la base de criterios propios.

Se explica así, por ej., que mientras el Tribunal Federal suizo consideró que la actividad de promoción de las Oficinas de Turismo estatales se realiza en el ejercicio por el Estado extranjero de su poder público (*Egipto c. Cinetelevision International*, 1979), un Tribunal alemán llegó a la conclusión contraria (*Oficina Española de Turismo*, 1977).

En segundo lugar, no se puede negar que el objeto del acto resulta en ocasiones relevante.

Así, por ej., en la jurisprudencia estatal se observa una tendencia —de alcance variable— a otorgar inmunidad de jurisdicción en los procesos relativos a contratos de trabajo, al menos cuando el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones relacionadas con el ejercicio del poder público. Baste citar la s. del Tribunal de Casación italiano en el asunto *Gori Savellini* (1955), en la que reconoce inmunidad a los Estados Unidos en un proceso incoado por un ciudadano italiano con respecto a su empleo en una base militar estadounidense en Italia.

En España, la s. del TS de 10 de febrero de 1986 estimó un recurso de casación por infracción de ley contra la decisión de una Magistratura de Trabajo que había declarado la incompetencia de la jurisdicción española para conocer de una demanda por despido presentada contra la Embajada de Guinea Ecuatorial en Madrid por un miembro del personal de servicio. Otra s. del TS —de 1 de diciembre del mismo año— estimó también un recurso de casación contra la decisión de otra Magistratura de Trabajo relativa a una reclamación contra la República de Sudáfrica por despido de un miembro del personal administrativo y técnico (una secretaria) de su Embajada en Madrid. (Las dos Magistraturas habían basado erróneamente sus fallos en las CV de 1961 y de 1963; v. *infra*).

Por último, algunos tribunales niegan la inmunidad de jurisdicción respecto de acciones de indemnización por lesiones a las personas o daños en sus bienes causados por actos imputables a un Estado extranjero, considerando irrelevante en este caso su naturaleza pública o privada. Particular mención merece en este sentido la sentencia pronunciada en 1980 por un tribunal de los Estados Unidos en el asunto *Letelier*, que negó la inmunidad de jurisdicción de Chile en relación con una acción de indemnización por un asesinato político perpetrado en Estados Unidos por los servicios secretos chilenos (v. *infra*).

La distinción acogida por cierta jurisprudencia estatal entre las *actividades comerciales y no comerciales* del Estado extranjero (por ej., Gran Bretaña, asuntos *The Philippine Admiral* o *Victory Transport*, cit.), es subsumible en la anterior (Derecho privado/Derecho público), en la medida en que los actos comerciales serán *por lo general* de Derecho privado.

Como señaló el TC alemán (*Imperio iraní*, 1963) las actividades comerciales de un Estado no son por su naturaleza distintas de otras actividades no soberanas del mismo.

No obstante, un acto de un Estado puede presentar un contenido comercial y, sin embargo, tener naturaleza pública.

Así lo reconoció un tribunal de los Estados Unidos en el asunto *Practical Concepts Inc.* (1985) al negar carácter comercial a un contrato de servicios celebrado entre dicha sociedad y Bolivia por contener disposiciones impropias de un contrato privado, tales como exenciones fiscales y otros privilegios.

Además, algunos de los actos respecto de los cuales la práctica revela negación de inmunidad —como los concernientes a lesiones a las personas o daños a sus bienes— difícilmente encajan en la calificación de actos comerciales.

565. La inmunidad restringida en los textos normativos: una relación de límites o excepciones

La incapacidad de la jurisprudencia estatal para, a través de un criterio abstracto, determinar con claridad y precisión los límites de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero explica que las leyes especiales promulgadas por distintos países (Australia, Canadá, Estados Unidos, Gran Bretaña, Singapur, Sudáfrica...), así como el Convenio de Basilea (1972) y, últimamente, la Convención de las NU (2005) hayan preferido extraer de dicha jurisprudencia una relación casuística de los supuestos en que la inmunidad no es exigible en virtud del DI, vinculando eventualmente el ejercicio de la jurisdicción a la verificación de ciertas conexiones razonables del foro con el asunto sometido a sus tribunales.

Así, partiendo como principio de la inmunidad del Estado extranjero cuando es demandado o, sin serlo, pueden menoscabarse sus bienes, derechos, intereses o actividades (arts. 5 y 6.2), la Convención de las NU señala como *límites o excepciones* de carácter dispositivo, esto es, que están a expensas de que los Estados interesados convengan otra cosa, las siguientes:

1) Las *transacciones mercantiles* con una persona física o jurídica (que no sea otro Estado), salvo pacto en contrario entre las partes (art. 10).

La Convención precisa que son tales los contratos de compraventa de bienes, arrendamientos de obra, prestación de servicios, préstamos u otras transacciones financieras y las obligaciones de garantía o de indemnización anejas, así como las inversiones, debiendo atenderse principalmente, a efectos de calificación, a la "naturaleza del contrato o de la transacción", pero también a su "finalidad" si así lo acuerdan las partes o si en la práctica del Estado del foro (no del Estado contratante, como decía el proyecto de la CDI y aún dice, supongo que por un *lapsus*, el texto español de la Convención anejo a la res. 59/38), "tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción" (art. 2.1. c).

2) Los *contratos de trabajo*, a salvo los supuestos en que: a) el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público; b) el empleado es una persona que goza de inmunidad diplomática; c) el empleado es nacional del Estado extranjero al entablarse el proceso, sin residencia permanente en el foro; d) el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador; e) el objeto es la rescisión del contrato, siempre que el Estado contratante determine a través de uno de sus órganos externos centrales que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad; y, f) las partes en el contrato hayan pactado otra cosa por escrito, a menos que por motivos de orden público los tribunales del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia sobre el objeto del proceso (art. 11).

3) Las *acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes* causados por un acto u omisión *atribuible* al Estado (art. 12).

La jurisdicción del foro se funda en una doble circunstancia cumulativa que conviene interpretar estrictamente: a) la presencia del autor en su territorio al producirse el acto u omisión lesivos, y b) la producción de los daños, total o parcialmente, en ese mismo territorio. Se trata de una excepción concebida para casos de

accidentes de tráfico, pero que puede abarcar otros daños, intencionales o no, inclusive los deducidos del homicidio y el asesinato político. Así, por ej., el atentado con bomba que causó la muerte del antiguo ministro de defensa del gobierno de Salvador Allende, Orlando Letelier, y de su secretaria, en Washington, atribuido a la DINA, la policía política chilena bajo el régimen militar de Augusto Pinochet (*Letelier v. Republic of Chile*, 1980).

La jurisdicción no abarca los daños morales o los que traen su origen de la difamación o la calumnia y no cubre tampoco los daños transfronterizos (por ej. la contaminación medioambiental que resultó del accidente de Chernobil, 1986, o las bombas que caen del otro lado de la frontera con ocasión de un conflicto armado). Obviamente, estos daños pueden proceder de un ilícito internacional que genera una responsabilidad directamente exigible por los Estados en sus relaciones (v. Cap. XIX).

La excepción a la inmunidad es dispositiva, lo que significa que dos o más Estados pueden pactar en contrario, volviendo a la inmunidad. Esto es común cuando países aliados regulan el estatuto de las fuerzas armadas en el extranjero. Incluso cabe afirmar que allí donde no existe legislación particular al respecto, la jurisprudencia —como ha observado el TEDH (*McElhinney v. Ireland*, 2001) suele acogerse a los actos *iure imperii* para amparar la inmunidad de las acciones y omisiones de efectivos militares, especialmente, pero no sólo, en situaciones de conflicto armado.

Es problemática la relación entre el ejercicio de la jurisdicción por un particular lesionado y el efecto preclusivo que pueda tener un eventual acuerdo interestatal zanjando la cuestión de la reparación.

4) La *determinación de los derechos u obligaciones de un Estado extranjero respecto de bienes muebles o inmuebles* situados en el Estado del foro (art. 13).

5) La *determinación de derechos del Estado extranjero en materia de propiedad industrial o intelectual* o la lesión por el Estado extranjero de un derecho de la misma índole de un tercero en el Estado del foro (art. 14).

6) La *participación del Estado extranjero en sociedades* en que participen sujetos que no sean Estados u OI y se hayan constituido con arreglo a la ley del Estado del foro o tengan en él su sede o su establecimiento principal, salvo que las partes en litigio hayan estipulado la inmunidad mediante acuerdo escrito o así lo disponga el instrumento por el que se rija la sociedad (art. 15).

7) La *explotación por un Estado extranjero de un buque* que en el momento de iniciarse la acción fuera utilizado para fines que no sean un servicio público no comercial, así como los cargamentos propiedad de un Estado y su transporte en tales buques (art. 16).

8) Los *efectos de un convenio arbitral* con un particular sobre litigios relativos a una *transacción mercantil*, a menos que el convenio disponga otra cosa (art. 17).

La excepción va referida, en síntesis, al ejercicio por los tribunales estatales, con arreglo a la ley del foro, de funciones supervisoras respecto de arbitrajes privados o comerciales que se celebran en su territorio y/o se han sometido a su legislación.

Aunque todas estas excepciones o límites a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero plantean problemas interpretativos, no cabe duda que la Convención de las NU (2005), en la senda marcada por las legislaciones estatales, el Convenio de Basilea (1972) y el proyecto de la CDI (1991), contribuye de forma decisiva a establecer un marco de actuación más claro y objetivo.

566. *El alcance subjetivo del principio*

La definición del Estado fue uno de los puntos de discordia en la elaboración de la que finalmente fue la Convención de las NU (2005). La Convención entiende por *Estado* no sólo a sus diversos órganos de gobierno y sus representantes, actuando en esta condición, sino también a los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado y los organismos, instituciones y otras entidades que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado (art. 2.1.b).

No obstante, en el caso concreto podrán plantearse dificultades.

1) Piénsese, en primer lugar, en la calificación como órganos de un Estado extranjero de entes como los *bancos centrales* o las *empresas públicas*.

La consideración del estatuto de un ente es importante, como ha advertido C.H. Schreuer, allí donde se aplica la inmunidad *absoluta*, pues a medida que afirma su autonomía (personalidad jurídica propia, patrimonio separado, gestión y control independientes...) cabe negar su identificación con el Estado extranjero y fijar por esta vía límites a la inmunidad.

Este enfoque, de carácter *estructuralista*, se refleja, por ej., en la jurisprudencia británica anterior a la promulgación de la Ley de 1978. Así, en el asunto *Trendtex* (1977) los tribunales británicos negaron inmunidad al Banco Central de Nigeria en una acción relativa a una operación de crédito basándose principalmente en el estatuto jurídico del Banco. La pesquisa sobre la organización interna del Estado extranjero puede ser menos fructífera, a los efectos de limitar la inmunidad, si se deja en manos del propio Estado extranjero. Así, en el asunto *Novosti Press Agency, Tass Agency and the Daily World* (1978), el TS de los Estados Unidos reconoció inmunidad a la agencia de prensa soviética TASS tras aceptar del embajador soviético una certificación sobre su condición de órgano estatal.

Por el contrario, allí donde se aplica la inmunidad *restringida* el estatuto de un ente será menos relevante, porque la aproximación *ratione materiae*, esto es, la consideración del acto *iure imperii* o *iure gestionis*, bastará normalmente para alcanzar las debidas conclusiones.

Esta aproximación se encuentra en la jurisprudencia de algunos países. Son representativas, por ej., las sentencias pronunciadas por los tribunales franceses en los asuntos *Epoux Martin c. Banco de España* (1958), *RENFE c. Cavaillé* (1968) y *Blagojevic c. Banco de Japón* (1977); o, en Bélgica, *Dhellelmes y Masurel c. Banco Central de Turquía* (1963).

2) La otra gran fuente de dificultades se encuentra en la aplicación del principio de inmunidad a las *subdivisiones políticas del Estado*. La práctica no es homogénea.

Así, el Tribunal de Grande Instance de París negó inmunidad al Gobierno del Land de Hesse (*Neger*, 1969), como antes el Tribunal de Poitiers la negó al Gobierno de Euskadi (*Rousse et Maber c. Banco de España y otros*, 1937). Por el contrario, la *Cour d'Appel* de Aix admitió que la Generalidad de Cataluña era beneficiaria de la inmunidad (*Oficina del Aceite c. Doménech*, 1938), si bien entendió que había renunciado a ella en el asunto considerado. Asimismo, el Tribunal civil de Oloron, tras afirmar —sorprendentemente— la condición estatal de Euskadi, añadió que “poco importaría que este Estado, siendo autónomo, se hallase bajo la dependencia del

gobierno de Valencia —a la sazón, Gobierno central republicano— y que no fuese más que una emanación de éste; ...incluso con este título podría invocar la inmunidad de que se trata...” (*Consorts d’Ozenay c. veuve Grenier y Estado de Euskadi*, 1937).

El Convenio de Basilea (1972), por su parte, se refiere expresamente a los Estados miembros de un Estado federal para afirmar que no gozan de inmunidad a no ser que éste formule una declaración en sentido contrario, mediante notificación al Secretario General del Consejo de Europa (art. 28). Austria hizo uso de esta cláusula facultativa en 1974.

La solución ofrecida por el Convenio europeo ha sido recogida en las leyes de Gran Bretaña y de Singapur. La ley canadiense, en cambio, incluye en su ámbito de aplicación a los Estados federados, mientras que la de Estados Unidos la extiende a todas las subdivisiones políticas.

Es discutido si sólo los Estados *reconocidos* (v. Cap. II) por el foro gozan de inmunidad. Si, como dijera la *Cour d’Appel* de París (*Clerget c. Banco Comercial para Europa de Norte*, 1969), la personalidad de un Estado se funda en su existencia de hecho, no hay razón para limitar la inmunidad a los *reconocidos*. Pero las situaciones que pueden darse son lo suficientemente variadas en función de la coyuntura política como para creer a pies juntillas en la validez universal de una afirmación semejante.

La práctica jurisprudencial es también errática respecto de la inmunidad de jurisdicción de *territorios no autónomos*. Si los tribunales británicos otorgaron en 1938 inmunidad al Maharajá de Baroda, en tanto que representante de este territorio, un Tribunal neozelandés negaba en 1981 inmunidad al Gobierno de las islas Marshall, óada su condición de fideicomiso (v. Cap. IV). El TS de Estados Unidos reconoció por contra inmunidad a Palaos, que tenía esta misma condición, en el asunto *Morgan Guaranty Trust Co. c. República de Palaos*, si bien fundó su decisión en la consideración (prematura) de Palaos como Estado.

Recordemos, finalmente, que en una sentencia polémica (*Dumez GTM c. État irakien et autres*, 1999) la *Cour de Cassation* francesa se planteaba el derecho a invocar la inmunidad (en el caso concreto se trataba de medidas de ejecución) cuando el invocante (Irak) veía su soberanía sometida a limitaciones (por resoluciones del C. de S.).

567. El alcance procesal del principio

La inmunidad de jurisdicción es, en primer lugar, *renunciable*, pudiendo estimarse dicha renuncia implícita cuando un Estado participa en un proceso ante los tribunales de otro Estado, ya sea incoando el proceso o bien interviniendo en él, o realizando cualquier otro acto en relación con el fondo. No se entenderá, en cambio, que el Estado extranjero renuncia a la inmunidad si su intervención en el proceso tiene únicamente por objeto invocarla o, tratándose de un proceso en el que no es parte, se dirige a hacer valer un derecho respecto de bienes que son objeto del litigio (Convención de las NU, 2005, arts. 7-8).

Cuando un Estado extranjero incoa el proceso cabe entender que renuncia a la inmunidad respecto de una posible *demanda reconvenicional* basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda por él presentada. Por otra parte, queda fuera de duda que un Estado que formule *reconvenición* en un proceso en el que ha sido demandado renuncia a la inmunidad respecto a la demanda principal (Convención de las UN, 2005, art. 9).

Conviene precisar, por último, que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no comporta la renuncia a la inmunidad de medidas coercitivas (v. *infra*).

La inmunidad de jurisdicción, en segundo lugar, se aprecia de oficio. Cuando un Estado es demandado ante los tribunales de otro Estado puede personarse en el proceso con el exclusivo objeto de invocar su inmunidad como excepción procesal, pero si no lo hace el juez habrá de apreciarla de oficio (Convención de las NU, 2005, art. 6.1; Convenio de Basilea, 1972, art. 15).

En cuanto a la notificación de la demanda, la Convención de las NU (2005) dispone que, a falta de tratado entre el Estado del foro y el Estado demandado, se transmitirá a su Ministerio de Relaciones Exteriores por vía diplomática o por cualquier otro medio aceptado por él; la notificación se entiende hecha cuando el Ministerio recibe los documentos (art. 22). No se dictará sentencia en ausencia hasta transcurridos al menos cuatro meses desde la notificación —en debida forma— de la demanda. El Estado extranjero contará con idéntico plazo mínimo desde la notificación de la sentencia en ausencia para recurrirla en anulación (art. 23).

568. Inmunidad del Estado extranjero y principio de reciprocidad

La práctica de algunos Estados ha concedido cierta relevancia al principio de reciprocidad.

Así, por ej., en el asunto del *Consulado francés en Cracovia* (1958), el TS de Polonia fundamentó el reconocimiento de inmunidad de jurisdicción a Francia en que los tribunales franceses respetaban el principio de la inmunidad del Estado extranjero. La razón de ser de este pronunciamiento y de otros similares por parte de los tribunales polacos debía buscarse en una exigencia de las leyes procesales civiles en vigor.

Condicionar la inmunidad a la reciprocidad es, sin embargo, censurable, desde un punto de vista internacional, si se entiende que ésta es el fundamento de aquélla, o se pretende forzar la prueba por el Estado extranjero de la observancia del principio por sus tribunales. Además es incompatible con la obligación de los tribunales del foro de aplicar de oficio la inmunidad, lo que se encarece especialmente en procedimientos en que el Estado extranjero opta por la incomparecencia. Pero la reciprocidad puede ser: 1) un buen parámetro para establecer *in casu* los límites de una aplicación restrictiva del principio y en este sentido su papel es previsto por distintas legislaciones (Australia, Italia, Africa del Sur); y 2) uno de los medios para suavizar la automortificación que se infligen los Estados que aún aplican la inmunidad absoluta.

569. Inmunidad de jurisdicción e inmunidad respecto de medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso

Admitido el ejercicio de jurisdicción sobre el Estado extranjero dentro de ciertos límites, cabe preguntarse si en ese caso los tribunales pueden imponerle las medidas coercitivas anteriores o posteriores al fallo (embargo, ejecución) previstas en el procedimiento. Si la respuesta es negativa, el cumplimiento de una sentencia condenando al Estado extranjero quedaría a expensas de su voluntad

En términos generales de la práctica se desprende el tratamiento separado de ambas cuestiones. De ahí que:

1) la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica consentimiento para adoptar medidas coercitivas (Convención de las NU, 2005, art. 20); y

2) la consideración de que una medida coercitiva tiene una mayor incidencia en las relaciones interestatales y atenta de forma más abierta contra la soberanía del Estado extranjero y, por supuesto, contra su “dignidad” y su “imagen”, determina una mayor continencia al abordar la restricción de esta inmunidad. Ilustra esta actitud el hecho de que países cuya legislación o jurisprudencia han restringido la inmunidad de jurisdicción, mantienen en cambio una inmunidad (casi) absoluta respecto de medidas coercitivas.

570. Alcance de la inmunidad respecto de medidas coercitivas

Este punto ha sido uno de los más controvertidos en el proceso de codificación que culmina en la Convención de las NU (2005), hasta el punto de que en algún momento llegó a considerarse su exclusión.

De acuerdo con las reglas finalmente acordadas, la adopción y aplicación de medidas coercitivas en el procedimiento está prácticamente excluida antes del fallo, a menos que el Estado extranjero las consienta expresamente (por acuerdo internacional, acuerdo de arbitraje, declaración o comunicación al tribunal) o haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda (Convención de las NU, 2005, art. 18). El Estado extranjero no está obligado a prestar caución, fianza o depósito relativo a costas de procedimientos en que haya sido demandado, ni puede ser condenado a multas por negarse a cumplir requerimientos judiciales (art. 24).

En cuanto a las medidas posteriores al fallo, concernientes particularmente a la ejecución de la sentencia, cabe —amén de los supuestos anteriores— adoptar y aplicar medidas coercitivas sobre bienes que cumplan estos requisitos:

1) una utilización específica o destino para fines distintos de los fines oficiales no comerciales (servicio público);

2) una localización en el foro; y

3) un nexo (propiedad, posesión u otro) con la entidad contra la que se ha incoado el proceso (Convención de las NU, 2005, art. 19), pero no necesariamente ya con el objeto de la demanda (como exigía el proyecto de la CDI).

Se puntualiza que la expresión *entidad* designa al Estado como persona jurídica independiente, así como a las unidades constitutivas de un Estado federal u otras subdivisiones del Estado, organismos e instituciones con personalidad jurídica independiente. De esta manera, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad internacional (v. Cap. XIX), el Estado se *desagrega* y puede

sustraer mediante barreras estancas de personalidad activos patrimoniales a medidas coercitivas instadas en el foro. No obstante, la Convención no prejuzga un posible “levantamiento del velo social” a fin de determinar si una entidad ha tergiversado intencionadamente su situación financiera o reducido sus activos a fin de evadir sus obligaciones.

Para facilitar la aplicación (uniforme) de esta regla, la Convención de las NU enumera (art. 21.1) una serie de bienes protegidos por la inmunidad, al presumirse *iuris et de iure* adscritos a un servicio público no comercial: 1) los bienes, incluidos cuentas bancarias, utilizados o destinados al desempeño de las misiones diplomáticas y oficinas consulares del Estado, misiones especiales, misiones ante OI y delegaciones en órganos de OI o en conferencias internacionales; 2) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o destinados al desempeño de funciones militares; 3) los bienes del Banco Central o de otra autoridad monetaria del Estado; 4) los bienes del patrimonio cultural y de los archivos, así como los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico (a menos que, en uno u otro caso, se hayan puesto en venta o estén destinados a serlo).

La formulación de la Convención, inspirada en la ley norteamericana de 1976, que limita las medidas de ejecución a los bienes del Estado extranjero situados en los Estados Unidos utilizados para la actividad comercial en la que se fundamenta la demanda (sec. 1610), mantiene, pues, un alto nivel de inmunidad. Otras leyes estatales (Australia, Canadá, Pakistán, Gran Bretaña, Singapur, Sudáfrica...) son más permisivas, al aceptar la ejecución respecto de cualquier bien utilizado para fines comerciales. El Convenio de Basilea (1972) es, por el contrario, más estricto, en la medida en que trata de hurtarse a los problemas de ejecución, afirmando la obligación de los Estados partes de dar cumplimiento a las sentencias dictadas *ex convenio* por los tribunales del foro. Las medidas coercitivas son objeto sólo de un régimen facultativo (arts. 24-26) al que pueden acogerse los Estados partes mediante declaración unilateral, que admite las medidas sólo contra los bienes utilizados exclusivamente para actividades industriales o comerciales del Estado extranjero y siempre que estuvieran destinados a la misma actividad industrial o comercial que dio lugar a la demanda.

En España el art. 21 de la LOPJ consagra la inmunidad de ejecución establecida por las normas de DI, sin más precisiones. Las s. del TS de 1986 citadas, aunque no tenían por objeto medidas coercitivas, admitían que dicha inmunidad no tiene alcance absoluto, aunque supeditaban su reconocimiento, de manera errónea, a varias condiciones, entre las que destacaba la existencia de reciprocidad. Posteriormente, con ocasión de un recurso de amparo interpuesto precisamente en relación con el asunto objeto de la s. del TS de 1 de diciembre de 1986, el TC (s. 107/1992) afirmó que una indebida extensión de la inmunidad de ejecución acarrea una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución), admitiendo en consecuencia, a la luz de la práctica internacional, la posibilidad de adoptar medidas de ejecución contra los bienes que se encuentren destinados por un Estado extranjero al desenvolvimiento de actividades económicas y aun cuando no estuvieran destinados a la misma actividad que provocó el litigio. Ahondando en esta posición *principalista* favorable a la ejecución el TC ha llegado a declarar (s. 18/1997) que el archivo por un Juzgado de la social de Madrid de la ejecución de una sentencia condenando a la Embajada de Guinea Ecuatorial a una indemnización por despido vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberse agotado las posibilidades de actuación que el ordenamiento ofrece. En particular, tras señalar que cuando surgen dificultades de ejecución contra un Estado extranjero cobra vital importancia la colaboración de los poderes públicos y, en especial, del Ministerio de Asuntos Exteriores —cuya negativa, advierte, puede producir el nacimiento de las pertinentes responsabilidades— reprocha al Juzgado no haber reiterado el requerimiento que hizo a dicho Ministerio para adoptar frente a Guinea Ecuatorial las medidas que el DI ofrece. En su s. 176/2001 el TC marca claramente los límites: los bienes de Misiones diplomáticas y Oficinas consulares, incluidas sus cuentas bancarias, y los demás

bienes del Estado extranjero destinados a actividades *iure imperii* gozan de inmunidad absoluta de ejecución. La calidad de un bien a estos efectos es, no obstante, una cuestión de mera legalidad, no fiscalizable por el TC.

En relación con la lista de bienes especiales acorazados frente a medidas coercitivas cabe señalar que algunos de ellos cuentan ya con normas de protección particulares. Tal es el caso de los locales de la Misión diplomática y de los bienes situados en ellos (CV, 1961, art. 22, v. *infra*) o el de los buques de guerra, buques estatales utilizados para un servicio oficial y aeronaves de Estado (en relación con éstas, Convenio de Roma para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves, art. 3; Convenio de Chicago sobre Aviación Civil, 1944, art. 3).

La Convención de las NU se excede, sin embargo, cuando extiende la inmunidad incondicionalmente a los *bancos centrales*, lo que también se advierte en algunas leyes estatales (Gran Bretaña, Singapur, Pakistán). Otras leyes (Canadá, Estados Unidos) afinan más cuando disponen la inmunidad sólo si satisfacen los requisitos exigidos para otorgarla a los bienes de un Estado extranjero, excluyendo así los bienes empleados para fines comerciales (art. 35), tendencia ésta conforme con la jurisprudencia de otros países.

En la práctica de los últimos años son muy frecuentes los casos en los que las medidas coercitivas se dirigen contra las cuentas bancarias en el foro de las que es titular el Estado extranjero. La dificultad en estos casos radica en determinar si sus fondos están destinados o no a una actividad comercial, especialmente cuando el titular es una Misión diplomática o una Oficina consular.

Con carácter general cabe entender que las cuentas bancarias de las Misiones diplomáticas y de las Oficinas consulares gozan de una protección específica en virtud de las CV 1961 y 1963. Al respecto cabe invocar, en primer lugar, el fundamento funcional de los privilegios e inmunidades diplomáticos y consulares: dado que los fondos de las cuentas son necesarios para el ejercicio de las funciones de la Misión o de la Oficina, una medida coercitiva contra ellas supondría una violación del principio *ne impediatur legatio* (v. *supra*). También se puede alegar la obligación que incumbe al Estado receptor de otorgar toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la Misión (CV 1961, art. 25) y de la Oficina (CV, 1963, art. 28) y la inviolabilidad de sus archivos y documentos (arts. 24 y 33, respectivamente). En el caso de las Misiones diplomáticas entra además en juego la inviolabilidad de sus bienes (art. 22).

El Convenio europeo de 1972, al igual que la mayor parte de las leyes especiales sobre inmunidad, guarda silencio sobre esta cuestión y la jurisprudencia estatal suele ser favorable al reconocimiento de la inmunidad absoluta de estas cuentas; pero el hecho de que las cuentas bancarias a nombre de misiones diplomáticas y oficinas consulares sean, a veces, los únicos bienes disponibles del Estado extranjero explica que sus acreedores traten de abrir caminos para limitarla.

Así, el TC alemán (*X c. República de Filipinas*, 1977) tras reconocer la inviolabilidad de las cuentas de una misión diplomática sobre la base de la CV 1961 y el principio *ne impediatur legatio*, advirtió que se puede solicitar al Estado extranjero que justifique que la cuenta sólo sirve a las funciones de la Misión. El Tribunal de distrito de Columbia (*Shipping Co. C. Embassy of Tanzania*, 1980) permitió el embargo de una cuenta *mixta* de la Embajada utilizada, según confesión propia, tanto para los gastos de la misión como para actividades comerciales. Por otra parte, la Cámara de los Lores (*Alcom c. Colombia*, 1984) estimó que debe partirse de la presunción de que las cuentas corrientes de una Misión diplomática están destinadas a fines no comerciales, salvo prueba en contrario que incumbe al demandante, advirtiendo además del carácter indivisible de las mismas conforme al Derecho inglés. Por último, la jurisprudencia suiza limita la inmunidad de las cuentas a su afectación precisa a fines públicos.

En España el TC, a pesar de su posición de principio favorable a restringir la inmunidad de ejecución, entendió (s. 107/1992, de 1 de julio) que el embargo de cuentas corrientes a nombre de una misión diplomática era contrario en todo caso a las CV 1961 y 1963 y, por ende, al art. 21 de la LOPJ, no exigiendo siquiera (a diferencia del TC alemán en el asunto *X c. República de Filipinas*, cit.) una declaración del órgano competente del Estado extranjero sobre el destino oficial de los fondos. El Tribunal avala su posición no sólo en la práctica internacional sino, además, en el carácter único e indivisible del saldo de una cuenta bancaria y en la imposibilidad de investigar las operaciones y el destino de los fondos de una cuenta adscrita al desenvolvimiento de la actividad de una misión diplomática. (En el mismo sentido, s. 292/94, de 27 de octubre). La doctrina del TC ha sido posteriormente seguida por los tribunales españoles (por ej., en la s. del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 1993), si bien cabe señalar alguna excepción (s. de la Sala Social del TS de 22 de febrero de 1994).

571. La doctrina del “Act of State”

La *Foreign Sovereign Immunities Act* (1976) de los Estados Unidos se singulariza en el panorama del Derecho comparado cuando incluye entre las excepciones a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero los casos en que se debate la propiedad de bienes expropiados en el extranjero en violación del DI, una vez que estos bienes o sus frutos se encuentran en Estados Unidos en relación con una actividad comercial del Estado extranjero o de una de sus agencias (secc. 1605 (a) (3), *expropriation exception*). Para que la excepción opere el demandante no ha de ser nacional del Estado demandado y ha de probar el agotamiento de sus recursos internos. La excepción como tal se ha aplicado raramente (v., por ej., *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 1992, donde la conexión comercial con Estados Unidos se agarra por los pelos), pero es criticable en la medida en que pretende asumir jurisdicción sobre actos públicos de un Estado extranjero ejecutados en su mismo territorio. Realmente es falaz plantear esta jurisdicción en términos de excepción a una inmunidad; es la misma jurisdicción la que es, o puede ser, abusiva.

No debe confundirse el principio de inmunidad del Estado extranjero y sus excepciones con la doctrina del *Acto de Estado* (*Act of State*) que ha tenido especial eco en los tribunales de Estados Unidos en litigios vinculados a actos de nacionalización o expropiación de Gobiernos extranjeros. De acuerdo con la formulación ofrecida en la célebre sentencia del TS en el asunto *Sabbatino* (1964), esta doctrina exigiría de los tribunales abstenerse de enjuiciar la legalidad internacional de medidas adoptadas por Gobiernos extranjeros y hechas efectivas

en su territorio, a salvo los casos de violaciones de normas internacionales —por ej., la que prohíbe el genocidio— que cuentan con un amplio consenso de la sociedad internacional (*consensus exception*); más recientemente, la jurisprudencia norteamericana ha presentado la doctrina como una regla de decisión conforme a la cual los tribunales deben aplicar, con la salvedad indicada, los actos públicos de un Gobierno extranjero invocados, presumiendo su validez (asunto *Kirkpatrick*, 1990).

Desde el punto de vista procesal esta doctrina opera además de forma distinta al principio de inmunidad. Por un lado, no juega como excepción al ejercicio de jurisdicción. Por otro, su aplicación no requiere que el Estado extranjero sea parte en el proceso (o que éste tienda a menoscabar efectivamente sus bienes, derechos, intereses o actividades); basta con que a lo largo del mismo se cuestione la validez de uno de sus actos internos.

La doctrina del *Act of State* ha sido duramente criticada —especialmente al hilo del asunto *Sabbatino*, en el que se suscitó la conformidad con el DI de determinadas nacionalizaciones decididas por el Gobierno de Cuba— por una corriente de opinión cuyo prisma favorecía de hecho los intereses de las grandes empresas argumentando, entre otras cosas, que: 1) si la legislación de un Estado extranjero, reclamada por una *regla de conflicto* del foro, puede ver frustrada su aplicación por incompatibilidad con su *orden público*, tanto más debería suceder cuando la incompatibilidad se produce con un acto gubernamental; y 2) si el ordenamiento jurídico del Estado ordena a los jueces aplicar el DI, su prevalencia sobre las normas internas habrá de abarcar no sólo a las nacionales, sino también a las extranjeras. El DI sería uno de los componentes del núcleo irreductible de orden público.

Los partidarios de esta postura pasan sin embargo por encima de obstáculos tales como: 1) la *incertidumbre* acerca del DI en materia de nacionalizaciones, dificultad que están dispuestos a despachar de forma unilateral, considerando que los jueces deberían compartir su personal opinión; 2) la *inseguridad* acerca de la competencia judicial internacional de los tribunales del foro para conocer de la validez de dichos actos; 3) la *transfiguración* que se produce del *orden público*, pasando de ser *excepción defensiva* de los principios fundamentales del foro a *instrumento de ataque* contra actos de gobiernos extranjeros que han desarrollado sin dificultad sus efectos dentro de su ámbito natural de aplicación; y 4) el *perjuicio* que la aceptación de estas iniciativas causa al comercio internacional.

Por éstas y otras razones cabe anticipar que las acciones intentadas por un antiguo propietario ante los tribunales de un tercer Estado, que no el propio, cuenta con reducidas posibilidades de éxito. Tratándose, en cambio, de demandas interpuestas ante tribunales del país de origen del capital, la doctrina del *Act of State* corre un riesgo mayor de resquebrajarse, dependiendo a la postre que tal suceda del fundamento que le confirmamos. La doctrina será inconvencible si se asienta en el respeto, impuesto por el DI, de la independencia recíproca de los Estados; por el contrario, será inestable si, como ocurre en la jurisprudencia

norteamericana, se basa en la consideración oportunista de que los órganos judiciales no deben comprometer con sus decisiones la conducción de las relaciones internacionales del Ejecutivo. Los cimientos de la doctrina resistirán en tanto la autolimitación judicial sea permanente y se inhiba de las coyunturas de la política exterior; no ocurrirá así en el caso de que los órganos judiciales acepten en el umbral de su jurisdicción un semáforo manejado por el Ejecutivo y actúen —o dejen de actuar—, según la luz —verde o roja— que éste encienda.

Lo ocurrido en Estados Unidos tras el caso *Sabbatino* es revelador. La enmienda *Hickenlooper* a la *U.S. Foreign Assistance Act* de 1961, en la versión definitivamente adoptada por el Congreso en 1965, trató de limitar la aplicación de la doctrina del *Act of State* de manera que no impidiera el conocimiento por los jueces de litigios relativos a ciertos actos de confiscación o privación de la posesión ocurridos en el extranjero (Cuba) en violación del DI, salvo en los casos en que el Presidente solicitara al tribunal su respeto en atención a intereses de la política exterior del país. En consecuencia, en su sentencia en el asunto *First National City Bank c. Banco Nacional de Cuba* (1971) el TS decidió reenviar la causa al Tribunal de Apelación para su continuación, estimando inaplicable la doctrina del *Act of State* al no afectar a las relaciones exteriores norteamericanas, según la opinión expresada por el Departamento de Estado. De acuerdo con dicha sentencia: “la única razón para no decidir el caso mediante la aplicación de principios jurídicos, en otras circunstancias aplicables, sería el temor de que una interpretación jurídica hecha por el poder judicial del acto de un soberano extranjero, llevado a cabo dentro de su propio territorio, podría frustrar la conducción de las relaciones exteriores de este país”. En estos términos, el poder judicial se pondría a las órdenes del Ejecutivo, alejado de los criterios de legalidad e independencia que deben inspirar su acción, y trocaría su habitual función de administrar justicia por la de endurecer la presión global de su país sobre otro Estado cuya política disgusta. Así fue advertido con clarividencia por los jueces del Tribunal que, contra la corriente mayoritaria, expresaron su opinión disidente.

El Congreso ha querido reforzar la instrumentalización de los jueces para servir objetivos de política exterior plasmados en las leyes, excluyendo expresamente en relación con ellas la aplicación de la doctrina del *Acto de Estado*. (Así, *Ley Helms-Burton* (1996, sec. 302) respecto de reclamaciones judiciales de bienes confiscados por el Gobierno cubano en 1959 o ulteriormente, v. Cap. III).

572. Negación de la inmunidad del Estado extranjero en relación con la responsabilidad civil por crímenes de sus agentes

La Convención de las NU (2005) no comprende las actuaciones penales (la res. 59/38 a la que se aneja la Convención ha creído oportuno puntualizarlo) y, por tanto no se ocupa de la vidriosa cuestión de la responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes que las leyes de algunos Estados excluyen del ámbito de la inmunidad. La CDI discutió el punto sin llegar a un acuerdo. Lo mismo ocurrió en la Sexta Comisión de la AGNU. Sobre este punto volveremos cuando consideremos los medios articulados para combatir las violaciones más graves de los derechos humanos (v. Cap. XXX). Ahora se trata de llamar la atención sobre el riesgo de que ese combate acabe sirviendo otros fines, desestabilizando las relaciones internacionales. Una vez más el enfoque a partir de las excepciones a la inmunidad del Estado extranjero es incorrecto, porque lo que es discutible es la licitud o no de la jurisdicción que se asume.

Estados Unidos ha ido en este punto realmente lejos, haciendo de sus leyes y jueces instrumentos de política exterior. Esta actitud encaja con la exclusión de la doctrina del *act of state*, que acabamos de considerar, y con el retorno a la invocación de la *comity* y de las *realidades políticas* para concebir la inmunidad del estado extranjero como un *privilegio* (v. *supra*).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre las Misiones diplomáticas y el Derecho diplomático en general, en lengua española, J. S. de Erice, *Derecho diplomático*, 2 vols., Madrid, 1954; J. Pérez de Cuéllar, *Manual de derecho diplomático*, Lima, 1964; Ph. Cahier, *Derecho diplomático contemporáneo*, Madrid, 1965; E. Vilariño, *Curso de Derecho Diplomático y Consular. Parte general y textos codificados*, Madrid, 1987 (2ª ed. 2003) y biblio. allí indicada; P. G. Labariega, *Derecho Diplomático. Normas, usos, costumbres y cortesías*, México, 1989; A. Plantey, *Tratado de Derecho Diplomático: teoría y práctica*, Madrid, 1992; H. Arbuet, *Lecciones de Derecho diplomático y consular*, Montevideo, 1993; J. A. Pastor, "La Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas y la codificación del DI", *REDI*, 1962, 117; L. García Arias, "Las antiguas y las nuevas formas de la diplomacia", *Est. sobre relaciones internacionales y Derecho de gentes*, I, Madrid, 1971, 263; J.J. de Olloqui, "Consideraciones sobre antecedentes del Derecho Diplomático", *BMDC*, 2000, 1147; J.M. Lacleta, "La función diplomática y consular", C. Jiménez Piernas (ed.) *Iniciación a la práctica en DI y Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 2003. **En otras lenguas**, Gore-Booth (d.), *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, Londres y Nueva York, 1979 (5.ª ed.); E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford, 1976 (2ª ed. 2004); F. Moussa, *Manuel de pratique diplomatique: l'Ambassade*, Bruselas, 1982; J. Calvet, *Manual diplomático*, Lisboa, 1985; L. Dembinski, *The Modern Law of Diplomacy. External Missions of States and IO*, Dordrecht, 1988; B. Sen, *A Diplomat's Handbook of IL and Practice*, Dordrecht, Londres, 1988 (3.ª ed.); SFDI, *Aspects récents du droit des relations diplomatiques*, París, 1989; B.S. Murty, *The IL of Diplomacy. The Diplomat Instrument and World Public Order*, Nijhoff, 1989; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruselas, 1994; G.R. Berridge, *Diplomacy: Theory and Practice*, Londres, 1995; K. Hamilton y R. Langhorne, *The Practice of Diplomacy: its Evolution, Theory and Administration*, Londres, 1995; *id.*, "The Regulation of Diplomatic Practice: The Beginnings to the Vienna Convention on Diplomatic Relations", Ch. Jönsson y R. Langhorne, *Diplomacy*, vl. 2 Londres, 2004, 316; S.E. Nahlik, "Development of Diplomacy Law. Selected Problems", *R. des C.*, 1990, t. 222, 187. **Sobre la crisis del principio de la inviolabilidad de los locales de la Misión diplomática y de la Oficina consular**, v. los ss. trabajos, **en lengua española**: E. Vilariño, "A propósito de los sucesos de septiembre de 1975 en los locales de la Misión y Consulado General de España en Lisboa", *REDI*, 1976, 71; J. A. Pastor, "Los incidentes diplomáticos del Irán y el DI", *Razón y Fe*, 1979, núm. 984, 61; P. Burgos, "Análisis jurídico de los sucesos ocurridos en la Embajada de España en Guatemala", *REI*, 1980, 107; y especialmente P. Andrés, "La crisis de la inviolabilidad de las misiones diplomáticas", *REI*, 1981, 261; M. Minnig "The Lima Hostage Crisis: Some Comments on the ICRC'S role as a "neutral intermediary", *RICR*, vl. 38, 293; R.K.L. Panjabi, "Terror at the Emperor's birthday party: an analysis of the hostage-taking incident at the Japanese Embassy in Lima, Peru", *Dickinson Journal of IL*, vl. 16, 1997, 1.

2. Sobre la diplomacia ad hoc, en particular sobre las *misiones especiales*, **en lengua española**: A. Fernández-Villaverde, *Diplomacia "ad hoc". Las misiones especiales en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1969; H. Arbuet, "La Convención sobre las misiones especiales", *RUDI*, 1972, 179. **En otras lenguas**, M. Waters, *The "ad hoc" diplomatic. A Study in municipal and IL*, La Haya, 1963; A. Bernardini, *Introduzione alla Convenzione sulle Missioni speciali*, Padua, 1970; A. Maresca, *Le missioni speciali*, Milán, 1975; M. Bartos "Le statut des missions spéciales. La diplomatie 'ad hoc'", *R. des C.*, 1963, t. 108, 425; M.R. Donnarumma, "La Convention sur les Missions Speciales", *RBDI*, 1972, vl. 8-1, 34 ; A. El-Erian, "La Conférence et la Convention sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales. Analyse general", *AFDI*, 1975,

445 ; J.G. Fennesy, "The Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character", *AJIL*, 1976, vl. 70, 62 ; F. Przetacznik, "Diplomacy by Special Missions", *RDISD-P*, 1981, 2 y 3, 109. En relación con las **delegaciones, en lengua española**, C. Sepúlveda, "La Diplomacia parlamentaria y la formación del nuevo orden jurídico internacional", *Hom. A. Miaja*, Madrid, 1979, II, 773. **En otras lenguas**, J. Kauffmann, *Conference Diplomacy. An Introductory Analysis*, Dordrecht, 1988 (2ª ed.).

3. En relación con la oficina consular, en lengua española: J. Abrisqueta, *Derecho consular internacional*, Madrid, 1974; *id.*, *La organización consular*, Madrid, 1977; A. Maresca, *Las relaciones consulares*, Madrid, 1974; J. Núñez, *La función consular en el Derecho español*, Madrid, 1980; *id.*, *Las funciones consulares de carácter procesal*, Madrid, 1983; E. Vilariño, *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, Madrid 1987 (2ª ed. 2003) y biblio. allí indicada, *id.*, *Las funciones consulares en materia de navegación marítima*, Madrid, 1993. **En otras lenguas:** L. Lcc, *Consular Law and Practice*, Oxford, 1961 (2ª ed. 1991); G. Biscottini, *Manuale di diritto consulare*, Padua, 1969; M. A. Ahmad, *L'institution consulaire et le DI*, París, 1973; J.S. Lanza, *La Convenzione di Viena del 1963 sulle Relazioni Consolari*, Milán, 1975; Zourek, "The Status and Functions of the Consuls", *R. des C.*, 1962, t. 106, 357; S. Torres, "La Conférence des NU sur les relations consulaires", *AFDI*, 1963, 78; C. Papas, "Brefcs Commentaires sur la Convention de Vienne de 1963 sur les Relations Consulaires", *RHDI*, 1964, 1, 88.

4. Por lo que se refiere a los privilegios e inmunidades de los órganos del Estado, en lengua española: A. Martínez Morcillo, *Los privilegios e inmunidades diplomáticos*, Madrid, 1982; M. A. T. Borzi, *Inmunidades y privilegios de los funcionarios diplomáticos*, Buenos Aires, 1982 (2ª ed.); J. Paz, *Derecho de inmunidad diplomática*, México, 1988; F. J. Quel, *Los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos en el DI y en la práctica española*, Madrid, 1993; G. E. Nascimento, "Inmunidad de jurisdicción civil del agente diplomático", *Hom. A. Miaja*, Madrid, 1979, II, 707; A. Linares, "La cuestión del cumplimiento por los Estados de las disposiciones de la Convención sobre relaciones diplomáticas", *ADI*, 1985, 101; C. Gutiérrez Espada, "A propósito de la adhesión española (1985) a la Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas", *REDI*, 1986, 9; F. X. Pons, "Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las UN", *REDI*, 1991, 39; C. Espósito y F. J. Garcimartín, "El artículo 24 de la Constitución y la inmunidad civil de los agentes diplomáticos extranjeros (Comentario a la STC 140/1995)", *REDC*, 1996, 257; L. I. Sánchez Rodríguez, "Inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España versus tutela judicial efectiva. A propósito de una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional", *Derecho privado y Constitución*, vl. 9, 1996, 323; J. Sellarés, "Reflexiones críticas sobre la inmunidad diplomática de jurisdicción civil a consecuencia de la Sentencia del TC 140/1995", *Revista Jurídica de Catalunya*, vl. 97-3, 1998, 425. **En otras lenguas**, v. entre las monografías más recientes, A. Tanzi, *L'immunità dalla giurisdizione degli agenti diplomatici*, Padua, 1991; P. de Sena, *DI e immunità funzionale degli organi statali*, Milán, 1996; U. Seidenberger, *Die diplomatischen und konsularischen Immunitäten und Privilegien: ein Beitrag zur Diskussion über die Reformbedürftigkeit des Diplomaten- und Konsularrechts aus staats- und völkerrechtlicher Sicht*, Francfort, 1994; J. C. Barker, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities. A Necessary Evil?*, Aldershot, 1996; *id.*, *The Protection of Diplomatic Personnel*, Hampshire, 2006.

5. Sobre la inmunidad del Estado extranjero en general, en lengua española: L.I. Sánchez Rodríguez, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Madrid, 1990; F. Villagrán, *Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros: excepciones civiles y comerciales*, Guatemala, 1994; A. Soria, *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Madrid, 1995; S. Feldstein y H. Leonardi, *Cómo y cuando demandar a un Estado extranjero*, Buenos Aires, 1996; A. Chueca, "Inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero: una aproximación a la práctica española", *RFDUC*, 1982, 113; *id.*, "La delimitación del concepto de Estado extranjero en las inmunidades del Estado", *REDI*, 1986, 33; *id.* y J. Díez-Hochleitner, "La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española", *REDI*, 1988, 7; R. Cruz, "La Ley sobre inmunidad del Estado soberano de 1976", *AHLADI*, 1984, 105; L.E. de la

Villa, "Anotaciones sobre la demanda en juicio contra Estados extranjeros", *R. Pol. Social*, 1984, 7; L. Herrera, "Proyecto de Convención del Comité jurídico interamericano sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados", *XII Curso de DI*, Washington D.C., 1986, 151; P. Andrés, "El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero", *Cuad. Der. Judic.*, 1994, 93; M.A. Vieira, "La inmunidad de jurisdicción en el Uruguay", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 983; A. Sánchez Legido, "*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto *Al-Adsani* ante el TEDH", *REDI*, 2001, 313; C. Espósito, "Desarrollos recientes en el proceso de codificación de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes", *Hom. E. Rey Caro*, Córdoba, 2002, 331; F. Jiménez García, "Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad. ¿Una encrucijada para el DI?", *ADI*, 2002, 63; S. Sucharitkul, "Las inmunidades de jurisdicción en el DI contemporáneo", *Curso Euromediterráneo Bancaja de DI*, v. VI, 2002; E. Salamanca, "Inmunidad de jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un tribunal. A propósito de la sentencia del TEDH en el asunto *McElhinney c. Irlanda*", *ADI*, 2002, 347; F. Hernández Cruz, "La inmunidad de jurisdicción de un consulado como excepción en los procedimientos civiles (comentario a la Sentencia de 15 de julio de 2004 dictada por la Audiencia Provincial de Almería en el recurso de apelación civil número 195/04)", *REDI*, 2004, 793; F.J. Zamora Cabot, "Una luz en el corazón de las tinieblas: el *Alien Tort Claims Act of 1789 (ATCA)* de los Estados Unidos", *Hom. J.A. Carrillo*, Sevilla, 2005, 1381. **En otras lenguas:** G.M. Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, La Haya, 1984; R. Jennings, *The Place of the Jurisdictional Immunity of States in International and Municipal Law*, Cambridge, 1988; C.H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Saarbrücken, 1988; R. Esser, *Klagen Gegen Ausländische Staaten*, Frankfurt, 1990; C.J. Lewis, *State and Diplomatic Immunity*, Londres, 1990 (3ª ed.); G. Martino, *L'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri tra regionalismo ed universalismo*, Salerno, 1990; M.W. Gordon, *Foreign State Immunity in Commercial Transactions*, Salem, 1991; P. Busl, *Ausländische Staatsunternehmen im Deutschen Vollstreckungsverfahren: Immunität und Durchgriff auf den Staat*, Munich, 1992; B. Hess, *Staatenimmunität bei Distanzdelikten. Der private Kläger im Schnittpunkt von zivilgerichtlichem und völkerrechtlichem Rechtsschutz*, Munich, 1992; A. Dormann, *Der ausländische Staat als Kläger*, Basilea, 1993; M. Coznard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, París, 1996; I. Pingel, *Les immunités des Etats en DI*, Bruselas, 1998; H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002; J.W. Dellapenna, *Suing Foreign Governments and Their Corporations*, Washington, D.C., 2003 (2ª ed.); A. Dickinson, R. Lindsay y J.P. Loonam, *State Immunity*, Oxford, 2004; I. Pingel (ed.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, París, 2004; J. Verhoeven, *Le DI des immunités*, París, 2004; E.K. Bankas, *The State Immunity Controversy in IL. Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlín-Heidelberg, 2005; J. Cooper-Hill, *The Law of Sovereign Immunity and Terrorism*, Nueva York, 2006; I. Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments", *R. des C.*, 1980, t. 167, 113; I. Brownlie, "Contemporary Problems concerning the Jurisdictional Immunity of States", *AIDI*, 1987, I, 13 y II, 241 y 1989, I, 13 y II, 83; L. Caflisch, "Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme", *Liber amicorum G. Abi-Saab*, La Haya, 2001, 651; L.M. Caplan, "State Immunity, HR and *Ius Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", *AJIL*, 2003, 741; K. Reece Thomas y J. Small, "HR and State Immunity: Is There Immunity from Civil Liability for Torture?", *NILR*, 2003, 1; A. Bianchi, "L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du DI", *RGDIP*, 2004, 63; G. Hafner, "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Properties", *NYIL*, 2004, 3; D.P. Stewart, "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property", *AJIL*, 2005, 194; D.F. Donovan y A. Roberts, "The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction", *AJIL*, 2006, 142; H. Fox, "In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important", *ICLQ*, 2006, 399; R. Gardiner, "UN Convention on State Immunity: Form and Function", *ibid.*, 407; C. Keith Hall, "UN Convention on State Immunity: The Need for a HR Protocol", *ibid.*, 411; L. McGregor, "State Immunity and *Ius Cogens*", *ibid.*, 437; W.P. Marshall, "The Battle over State Immunity", M.B. Bradley, *The Rehnquist Legacy*, Cambridge, 2006, 240; I. Pingel, "L'immunité des Etats", Ch. Tomuschat y J.M. Thouvenin eds., *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, 2006, 239; H. Fox, "IL and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States", M.D. Evans, *IL*, Oxford, 2006, 361.

6. Sobre la inmunidad respecto de medidas coercitivas, en lengua española: J.L. Azcárraga, "Algunos comentarios jurídicos en torno al insólito caso del Harrier", *Hom. A. Truyol*, Madrid, 1986, v. I, 147; J. Vegas, "La inmunidad de ejecución. Especial referencia al Derecho español", *R. Esp. Der. Trabajo*, 1988, 379; M.I. Ramos, "La imposible ejecución de una sentencia de condena por despido ante la inmunidad de un Estado extranjero (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1992, de 1 de julio)", *Rev. Esp. Der. Trabajo*, 1993, 447; M.A. Ruiz Colomé, "La inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional", *Derecho Privado y Constitución*, n° 2, 1994, 36; A. Uriondo "Jurisprudencia argentina y la inmunidad de ejecución de los Estados Extranjeros", *AHLADI*, 2003, 525 J.M. Sánchez Patrón, "La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero: el caso Montasa/EE.UU.", *REDI*, 2006-1, 171. **En otras lenguas:** AA.VV., *L'immunité d'exécution de l'Etat et des autres collectivités publiques*, Bruselas, 1990; L. Radicati di Brozolo, *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati stranieri*, Milán, 1992; M. Byers, "State Immunity: Article 18 of the ILC's Draft", *ICLQ*, 1995, 882.

7. Sobre la doctrina del "Acto de Estado": J.R. Lacey, *Act of State and Extraterritorial Reach: Problems of Law and Policy*, Chicago, 1983; T.E. Carsten y L.E. Teitz, *Banking on the Act of State: International Lending and the Act of State Doctrine*, Constanza, 1985; T. M. Franck, *Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law Applies to Foreign Affairs?*, New Jersey, 1992; J.B. Whisker, *The Supremacy of the State in IL: The Act of State*, Nueva York, 2003; G.H. Fox, "Reexamining the Act of State Doctrine: An Integrated Conflicts Analysis", *HILJ*, 1992, 521; B. Stern, "Immunités et doctrine de l'Act of State", *JDI*, 2006, 63.

PARTE QUINTA

**EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y
LA SEGURIDAD INTERNACIONALES**

Capítulo XXVI

La prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza

CXXVIII. CONSIDERACIONES GENERALES

573. Del “ius ad bellum” a la prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales

Para el DI clásico el *ius ad bellum* era un atributo de la soberanía del Estado, un medio de autotutela para imponer el respeto de los derechos y obtener la satisfacción de los intereses en el seno de una sociedad descentralizada.

Fue en el siglo XVI, precisamente en una época caracterizada por la legitimidad del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales (y a su manifestación absoluta, la guerra), cuando la llamada *Escuela española de DI*, desarrollando conceptos de los teólogos medievales (Santo Tomás de Aquino, e incluso antes San Agustín), acuñó la distinción entre guerras *justas* e *injustas*, determinando que una guerra *justa* es la que reúne un justo título—declaración realizada por el legítimo soberano—, una justa causa, necesidad—entendida como ausencia de todo otro medio de conseguir justicia— y una justa dirección de la guerra.

Los autores protestantes también se movieron en torno a la guerra *justa*, respondiendo a una política que perseguía reducir el recurso a la fuerza armada para solventar las diferencias o realizar los designios del Estado, sin caer en el extremo deslegitimador del pacifismo radical. Alberico Gentili se muestra mucho más laxo que los neoescolásticos españoles, al entender que la guerra puede hacerse por motivos de necesidad, de utilidad o de honra, cuadrando dentro de ellos no sólo la lucha por la supervivencia o por la libertad de navegación y de comercio exterior, sino también la protección del buen nombre del reino. Hugo Grocio aporta el reconocimiento del derecho del Príncipe a hacer la guerra aunque la *iniuria* que hace surgir el *ius ad bellum* no recaiga sobre él o sus súbditos. El punto, completado con la ilicitud de las alianzas en favor de quienes llevan a cabo una guerra injusta, no puede ser de mayor actualidad: brinda arrestos a la reacción solidaria universal frente a las violaciones del *ius cogens* universal y se abre incluso a lo que hoy se llama *injerencia humanitaria*. Pero el discurso doctrinal acabó entonces reconociendo como *justa* toda guerra *declarada* por el Príncipe...

Aceptada la guerra y las demás manifestaciones de la fuerza como medios a los que legítimamente podían recurrir los Estados para la actuación y modificación del Derecho, la admisión del *ius ad bellum* se compensó con dos limitaciones: una meramente formal, el anuncio al otro contendiente del inicio de las hostilidades mediante una declaración de guerra, requisito que ha resistido el paso del tiempo, emboscado en las Constituciones estatales (por ej., art. 63.2 de la Constitución Española de 1978), por respeto a la tradición constitucional y control parlamentario de los usos extremos de la fuerza; otra, la sumisión de la guerra a un frondoso cuerpo normativo, el *ius in bello*, regulador de la conducción de las hostilidades

y de los derechos y obligaciones de los neutrales y volcado a la humanización de su desarrollo (v. Cap. XXX).

Los intentos para restringir la libertad de recurrir a la guerra debieron esperar a finales del siglo XIX (las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907, uno de cuyos frutos fue la *Convención Drago-Porter*, relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de las deudas contractuales). Pero el paso más significativo lo dio el Pacto de la S. de N. al establecer una *moratoria* de guerra y un catálogo restringido de guerras *ilegales*.

Los miembros de la Sociedad se comprometieron, en efecto, a someter al arbitraje/arreglo judicial o al examen del Consejo los desacuerdos susceptibles de ocasionar una ruptura y a no recurrir a la guerra sino tres meses después de la resolución del órgano al que se hubiese recurrido y sólo contra quienes no se sometieran al fallo o —tratándose del Consejo— a las conclusiones de un dictamen aceptado por unanimidad (arts. 12, 13.4 y 15.6).

El Pacto era, sin embargo, compatible con supuestos de guerra *legal* (art. 15.7 y 8) y aceptaba el recurso a cualesquiera otras manifestaciones de fuerza que no supusiesen beligerancia previa, como las represalias armadas.

La primera de estas grietas fue tapada cuando el 27 de agosto de 1928 se suscribió en París el Pacto general de renuncia a la guerra (*Pacto Briand-Kellog*) en cuyo art. 1 los Estados contratantes —casi todos los Estados, salvo algunos latinoamericanos— declaraban “condenar el recurso a la guerra para el arreglo de las diferencias internacionales y renunciar a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones recíprocas”.

A pesar de la brevedad y sencillez de su redacción el *Pacto Briand-Kellog* planteó espinosos problemas interpretativos. En un intento de circunvalar la prohibición de la guerra varios Estados alegaron que sus acciones armadas no constituían una violación del Pacto al no haber declarado previamente la guerra (así ocurrió con ocasión de la llamada *guerra de Manchuria*, 1931-1937, entre China y Japón, que seguían manteniendo relaciones diplomáticas).

En todo caso, aunque no logró impedir éste y otros conflictos, como la invasión italiana de Etiopía (1935) y, mucho menos, la Segunda Guerra Mundial (1939), el Pacto constituyó un precedente significativo y sirvió de causa próxima para la celebración de tratados similares, aunque de ámbito espacial restringido, y de causa remota para consagrar plenamente la prohibición del uso de la fuerza en la Carta de las NU.

Entre esos tratados cabe mencionar, en el ámbito latinoamericano, el Tratado de no agresión y conciliación (*Pacto Saavedra Lamas*), firmado en Río de Janeiro el 10 de octubre de 1933, del que fueron partes, junto a la mayoría de los países latinoamericanos, algunos países europeos, como España. En dicho tratado las partes condenan las guerras de agresión en sus relaciones mutuas o contra otros Estados (art. 1) y se comprometen a no resolver los conflictos territoriales mediante el recurso a la violencia, ni a reconocer cambios territoriales que no sean fruto de un acuerdo logrado por vías pacíficas (art. 2).

574. La prohibición de la fuerza en la Carta de las Naciones Unidas

Según el art. 2.4 de la Carta de las NU, “los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las NU”. La Carta cierra, aparentemente, las grietas de los Pactos anteriores. No se proscribe sólo la guerra, sino la *amenaza* y el *uso* de la *fuerza*.

Este precepto tiene hoy validez universal y, como ha reconocido la CIJ en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), no sólo es una norma convencional, sino que también forma parte integrante del DI consuetudinario. Es además, sin lugar a dudas, un principio fundamental cuyo carácter imperativo, *ius cogens*, parece asentado en la actualidad.

La prohibición del art. 2.4 de la Carta no se concibió —ni cabe interpretar— de manera aislada. En primer lugar, forma *tandem* con el principio de arreglo pacífico de las controversias (art. 2.3 de la Carta, v. Cap. XVIII). En segundo lugar, a diferencia de los Pactos de la S. de N. y *Briand-Kellog*, la Carta articula la reacción institucional frente a los transgresores como un hemisferio complementario, en aras del cumplimiento del primero de los propósitos de las NU cuando, tras la ominosa experiencia de la Segunda Guerra Mundial, sus miembros se conjuraron para “mantener la paz y la seguridad internacionales y, con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar las amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz”.

Advirtamos, no obstante, de inmediato, que si la prohibición del art. 2.4 se expresa en términos jurídicos, la reacción institucional frente a la infracción (el sistema de seguridad colectiva) está sujeta a los imponderables políticos de la actuación de los órganos de las NU, fundamentalmente el C. de S., que tiene la responsabilidad primordial en este campo. El Consejo no opera con el clásico razonamiento judicial, anudando la sanción a la violación de la norma, lo que explica su incoherencia ante comportamientos infractores de similar alcance, la existencia de *dobles raseros* e, incluso, la tendencia a actuar *ultra vires* en determinadas situaciones.

La aptitud del sistema de seguridad colectiva para mantener la paz internacional, ejerciendo efectos disuasorios sobre los Estados que pretenden desplegar comportamientos violentos, o resolviendo los conflictos ya desencadenados, ha sido decisiva a la hora de apreciar el devenir de la prohibición de la fuerza. Supeditado al necesario acuerdo de los miembros permanentes del C. de S., el sistema ha visto limitada su incidencia sobre la disposición real de los Estados para excluir de la panoplia de instrumentos de conducta internacional el recurso a la fuerza para defender sus intereses y encontrar satisfacción a sus reclamaciones.

Además, junto a los conflictos interestatales, una plétora de conflictos internos se revelaron desestabilizadores de la paz y la seguridad internacionales en la

medida en que condujeron a actos de intervención cuya afectación por la prohibición de la fuerza quiso discutirse invocando su conformidad con los fines de la Organización (descolonización, humanidad, consentimiento del gobierno reconocido del Estado...).

La terminación de la *guerra fría* ha exacerbado esta realidad conflictiva y la *vis atractiva* de la fuerza que se desprende de una práctica abundante, pero también ha permitido tomar conciencia de los problemas irresueltos de orden económico, social y ecológico que conducen a estos conflictos, que arriesgan la desintegración o el colapso de los Estados y se traducen habitualmente en graves violaciones de los derechos humanos y del DI humanitario (v. Caps. XXVII y XXVIII).

CXXIX. LA FUERZA PROHIBIDA

575. *Planteamiento*

Pero, ¿cuál es el alcance normativo de la prohibición del art. 2.4? Para contestar hay que desmenuzar sus componentes, situándolos en el contexto de la Carta y de las Declaraciones aprobadas por la AG para su interpretación y desarrollo. Los aspectos más relevantes son: 1) la fijación del significado de la *fuerza* cuyo empleo —o amenaza de empleo— está prohibido, 2) la determinación del ámbito —las relaciones internacionales— en que se produce, 3) las consecuencias de un recurso ilícito a la fuerza, 4) la identificación de las excepciones o límites a la prohibición, y 5) el carácter limitativo que quepa deducir de una formulación que literalmente prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza en “forma incompatible con los Propósitos de las NU”.

Desde muy diversas posiciones se ha llegado: 1) a expedir un certificado de defunción del art. 2.4, negando su juridicidad *more desuetudo*; 2) a interpretar generosamente los resquicios que propicia su redacción para justificar usos no prohibidos de la fuerza; 3) a extender peligrosamente el campo de operaciones de la única excepción indiscutible, la *legítima defensa*, sosteniendo la licitud de una legítima defensa preventiva o anticipatoria, y 4) a diferenciar entre el contenido de la prohibición consagrado convencionalmente y el de la paralela norma consuetudinaria, menos restrictiva, más permisiva, dicen.

En 1986, en una sentencia de aliento histórico y relevancia jurídica cardinal (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*), la CIJ terció decisivamente en el debate asumiendo la consagración normativa de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en los términos más amplios y observando que el discurso jurídico bajo el que se pretendían emboscar algunas violaciones no hacía sino reforzar la convicción última de sus autores en la irreductibilidad e irreversibilidad de un principio fundamental.

No es de extrañar que los jueces en minoría y la doctrina afín a las posiciones ideológicas subyacentes a las acciones que la Corte condena hayan tratado, una y otra vez, de desacreditar esta sentencia, que estiman *débil* en su construcción jurídica, *rígida*, *doctrinaria* y *militante*, insensible a la necesaria flexibilidad urgida por la obsolescencia del sistema de seguridad colectiva (a aquella altura del siglo, 1986), que aboca a los Estados (Unidos) a recurrir unilateralmente a la violencia. El seguimiento de las opiniones, disidentes e individuales, del juez Schwebel es a este respecto muy instructivo.

La Corte ha confirmado sustancialmente su *jurisprudencia Nicaragua* en decisiones posteriores contenciosas (*Plataformas Petrolíferas*, 2003; *Actividades armadas en el territorio del Congo*, 2005) y consultivas (*Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004).

576. La fuerza armada

El alcance de la fuerza prohibida por el art. 2.4 ha sido muy discutido. Nadie pone en cuestión la prohibición de la fuerza *armada*, directa e indirecta, amagada o en acto, y que éste es el núcleo esencial del citado mandato. En ello concuerdan las posiciones doctrinales, los pronunciamientos jurisprudenciales, las resoluciones de la AGNU y la práctica y convicción jurídica de los Estados.

El recurso más descarnado, directo, a las armas se identifica en esencia con el *ataque armado*, la *agresión*. La *Declaración sobre los Principios* (res. 2625-XXV, 1970) de la AGNU, completada con la *definición de la agresión* (res. 3314-XXIX, anexo, 1974), es muy expresiva. Según esta definición “el primer uso de la fuerza armada en contravención de la Carta” constituye “prueba, *prima facie*, de un acto de agresión” (art. 2), caracterizándose como tales (art. 3), independientemente de que haya o no declaración de guerra y siempre que revistan la suficiente gravedad: “a) la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque..., b) el bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado, c) el bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado, d) el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea...”, circunstancias todas ellas que pueden muy bien calificar tanto la ocupación de Kuwait por Irak el 2 de agosto de 1990, alegando su mejor título sobre el Emirato, como la invasión y ocupación de Irak por Estados Unidos y una pequeña corte de “naciones dispuestas” el 20 de marzo de 2003, alegando una variedad de motivos desmentidos por la realidad de los hechos. La definición considera asimismo como acto de agresión (art. 3, f) la acción de un Estado que permite que su territorio, puesto a disposición de otro, sea utilizado para perpetrar un acto de agresión contra un tercero.

Pero los supuestos no se agotan en lo que la CIJ consideró los *usos más graves de la fuerza armada* (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*,

1986). También incurre en la prohibición del art. 2.4 (siguiendo la *Declaración sobre los Principios y la Definición de la agresión*) el Estado que lleve a cabo *usos menos graves de la fuerza* utilizando sus unidades situadas en bases extranjeras en infracción de lo acordado o prolongando en ellas su permanencia más allá de lo convenido.

Dentro de la misma categoría se encuentran los usos de la fuerza armada *indirectos* o de agresión indirecta (mencionados en el art. 3.g de la *Definición*): cuando el Estado cede su territorio para que desde él otro Estado agrede a un tercero; cuando organiza o fomenta la recluta de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios para que hagan incursiones en el territorio de otro Estado, o cuando organiza, instiga, ayuda o participa en actos de guerra civil o de terrorismo en otro Estado o consiente actividades en su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos. No obstante, atendiendo a su escala, nivel de participación y de control, la acción de un Estado a través de estas bandas, grupos irregulares o mercenarios podría considerarse en determinados casos un ataque armado o agresión directa, y no un mero incidente fronterizo (CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986).

También deben calificarse como *usos menos graves* de la fuerza los supuestos en que se *amenaza* a otro Estado, es decir, los supuestos de fuerza conminada o *apercibida*: *ultimátums*, *demonstraciones navales o aéreas*, *inusitada concentración de tropas en la zona fronteriza*...

En el asunto de la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares* (1996) la CIJ se planteó si determinadas advertencias de los Estados de usar armas nucleares, en orden a reducir o eliminar los riesgos de un ataque, constituyen una amenaza del uso de la fuerza y, por lo tanto, una violación del art. 2.4 de la Carta. La Corte entendió que ello depende de diversos factores y que "las nociones de amenaza del uso y de uso de la fuerza bajo el art. 2.4 se interpretan conjuntamente, en el sentido de que si el uso de la fuerza por sí mismo en un caso dado es ilegal por cualquier razón, igualmente será ilegal la amenaza del uso de la fuerza por las mismas razones".

577. *¿La coerción política, económica y diplomática?*

El término *fuerza*, en lo que hace a la prohibición del art. 2.4, ¿se agota en la fuerza armada, militar, o abarca también otras formas de coerción, como la política, la diplomática o la económica? En la Conferencia de San Francisco (1945) y, luego, al negociarse en amplias Conferencias intergubernamentales algunos tratados multilaterales generales —como la CV sobre Derecho de los Tratados (1969)— y al discutirse resoluciones de la AGNU de gran relevancia —como la *Declaración sobre los Principios* (1970)— intentaron abrirse paso, sin éxito, interpretaciones extensivas del término *fuerza* cuyo objeto era abarcar esas otras formas de coerción.

La determinación que en el preámbulo de la Carta manifiestan los "pueblos de las NU" en garantizar que "no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común" y el hecho de que en la Conferencia de San Francisco se rechazara una enmienda brasileña cuyo objeto era incluir en la prohibición del art. 2.4 el empleo

o amenaza de medidas coercitivas de naturaleza económica han sido argumentos aportados por los partidarios de una contestación negativa, mayoritaria en los países occidentales. En el Comité Especial que preparó la Declaración sobre los Principios la cuestión recibió mayor atención que ninguna otra ante la insistencia de los delegados de los países socialistas, latinoamericanos y afroasiáticos por consagrar una prohibición total e incondicionada de la fuerza, armada o no, pero a la postre sus propuestas fueron desviadas al principio de no intervención (v. Cap. III).

También se suscitó la confrontación entre las tesis expansivas y restrictivas de la fuerza prohibida a cuenta de la redacción del art. 52 de la CV sobre Derecho de los Tratados, según el cual "es nulo todo tratado cuya conclusión haya sido obtenida por la amenaza o el empleo de la fuerza en violación de los principios de DI incorporados en la Carta de las NU". Lo más que se logró fue una Declaración unida al Acta final de la Conferencia por la que se condenaba solemnemente "el recurso a la amenaza o al empleo de todas las formas de presión militar, política o económica por cualquier Estado con el fin de obligar a otro Estado a realizar cualquier acto vinculado a la conclusión de un tratado, en violación de los principios de la igualdad soberana y de la libertad del consentimiento".

Pero el debate sobre la extensión de la fuerza prohibida está lejos de concluir, a pesar de que las posiciones se encuentren enquistadas y no sea previsible una evolución en ninguno de los sentidos extensivo/restrictivo.

Así se manifestó durante el proceso de negociación y con la posterior adopción en 1987, sin necesidad de votación, por la AGNU de la *Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de no utilización de la fuerza o de la amenaza de su uso en las relaciones internacionales* (res. 42/22). También en esa ocasión se presentó una propuesta, cubana en este caso, frustrada por la oposición de los países occidentales, para que se entendiera que "los Estados deben abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, tanto en su manifestación de agresión armada como de coacción o presión política o económica o en cualquier otra forma, incluyendo la utilización de propaganda hostil contra otro Estado". De ahí que el camino seguido por la Declaración haya consistido en una apuesta por la ambigüedad, acantonando en el preámbulo "el deber de los Estados de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de ejercer coerción militar, política, económica o de cualquier otra índole contra la independencia política o la integridad territorial de cualquier Estado", recogiendo en el párrafo 1 de su articulado una transcripción literal del art. 2.4 de la Carta y, fundamentalmente, proclamando el *statu quo* en el último párrafo del articulado, donde se puntualiza que nada en la Declaración se entenderá de manera que "amplíe o disminuya en modo alguno el alcance de las disposiciones de la Carta relativas a casos en que el uso de la fuerza sea lícito".

578. El ámbito de la prohibición de la fuerza

La amenaza y el uso de la fuerza están prohibidos en las relaciones internacionales. Nada impide, en cambio, utilizarla en el interior del Estado. En ese caso es un asunto que pertenece esencialmente a la jurisdicción interna. Dicho lo cual, conviene tener presente que: 1) los conflictos civiles tienden de hecho a internacionalizarse a causa de la intervención exterior y por la eclosión de los factores de desagregación internos con vocación de erigir fronteras internacionales, como demuestra la más reciente práctica; 2) la sociedad internacional, embarcada en la protección de los derechos humanos (cuyo respeto ya no es una competencia exclusiva de los Estados) y en la aplicación del DI humanitario en los conflictos internos, no puede permanecer insensible al empleo masivo e indiscriminado de la fuerza, sea o no institucional, en perjuicio de la población; y 3) aunque ya son escasos los territorios no autónomos pendientes de descoloniza-

ción, debe entenderse que el empleo de la fuerza armada por las autoridades metropolitanas para privar a los pueblos de su derecho a la libre determinación cae bajo la prohibición del art. 2.4 de la Carta; lo mismo cabe decir en los casos, como el de los territorios palestinos de Cisjordania —incluida Jerusalén oriental— y Gaza, sometidos a una ocupación extranjera, la de Israel (v. Caps. IV, XXVIII).

579. *Efectos de la prohibición*

La prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales proyecta sus efectos en dos sectores muy caracterizados: 1) el Derecho de los Tratados y 2) los títulos de adquisición de la soberanía territorial.

1) Por lo que respecta al Derecho de los Tratados, la amenaza y el uso de la fuerza se configura como una causa de nulidad de los tratados concluidos merced a aquélla (art. 52 de la CV). Se trata de una causa de nulidad cualificada, pues la aquiescencia posterior del Estado coaccionado no implica la pérdida del derecho a invocarla (v. Cap. XII).

2) En cuanto a la adquisición de soberanía territorial, la prohibición de la fuerza supone la eliminación de la conquista como fundamento legítimo del título.

En América se conoció en los años treinta como *doctrina Stimson* (el Secretario de Estado norteamericano que la formuló) el no reconocimiento de las situaciones derivadas del uso de la fuerza, conforme al adagio *ex iniuria non oritur ius*. La Carta de la OEA la recogió expresamente (art. 17). No hizo otro tanto la Carta de las NU, pero sí en cambio la *Declaración sobre los Principios que, incorporando propuestas latinoamericanas y afroasiáticas tras vencer las objeciones de países occidentales, afirma taxativamente que “el territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza” y que “no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de ésta”*. Otras resoluciones importantes de la AG (como la 2734-XXV o *Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional* y la 3314-XXIX o *Definición de la agresión*) han remachado esta consecuencia de la prohibición de la fuerza, cuya virtualidad ha sido confirmada por la CIJ (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004).

La negativa a reconocer las adquisiciones territoriales deducidas de la conquista implica el rechazo de la validez jurídica de los actos del ocupante sobre el territorio ocupado no vinculados al propio estatuto de ocupación.

Así el C. de S. (res. 478, de 1980) decidió no reconocer la “ley básica” sobre Jerusalén, que anexionaba a Israel la parte oriental de la ciudad, proclamada capital del Estado, declarándola “nula y sin valor” y exhortando a los países que habían establecido allí sus representaciones diplomáticas a retirarlas (Costa Rica y El Salvador, las únicas presentes, se trasladaron a Tel Aviv en agosto de 2006). Asimismo, el C. de S. (res. 497, de 1981) declaró nula y sin valor la legislación israelí anexionando los Altos del Golán sirios, ocupados en 1967. También cuando Irak ocupó y anexionó Kuwait en agosto de 1990, la res. 662 (1990) del C. de S., declaró carente de validez jurídica la anexión de Kuwait por Irak. En este caso Estados Unidos, con autorización del C. de S., encabezó meses después una coalición que sacó a Irak de Kuwait por la fuerza. Pero cuando el ocupante (como es el caso de Israel) prolonga en el tiempo una presencia que se remonta ya a 1967, se provoca una particular tensión entre la juridicidad —la ilegalidad— y la efectividad de situaciones, alimentadas con políticas diseñadas

para consolidarlas que, al no atajarse colectivamente, hacen inviables las soluciones negociadas del conflicto en Oriente Próximo e inevitable la exacerbación de la violencia.

580. *Excepciones a la prohibición*

Los comentaristas de la Carta de las NU han registrado tradicionalmente cuatro excepciones a la prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales: 1) la acción individual o colectiva emprendida por los miembros de la Organización sobre la base de una decisión o recomendación del C. de S. conforme al Capítulo VII de la Carta; 2) la acción de las organizaciones regionales, según lo dispuesto en el art. 53 de la misma; 3) las medidas adoptadas contra un Estado que durante la Segunda Guerra Mundial fue enemigo de los signatarios de la Carta, de acuerdo con los arts. 53 y 107; y 4) la legítima defensa, individual o colectiva, prevista por el art. 51.

Realmente ésta es la única excepción. El primer supuesto no es, en efecto, una excepción, sino el complemento necesario, institucional, de la prohibición; el segundo carece de autonomía, pues se inserta en el mecanismo de seguridad colectiva previsto por la Carta; en cuanto al tercero, explicable en las fechas en que se redactó la Carta, ha de estimarse caducado tras el ingreso en la ONU de todos los Estados *enemigos*.

De hecho, la supresión de la referencia a los *Estados enemigos* ha figurado en todos los proyectos de reforma de la Carta. La AG (res. 50/52, diciembre de 1995) expresó, incluso, su intención de iniciar al efecto el procedimiento previsto por el art. 108 de la Carta en el primer período de sesiones *oportuno*. Diez años más tarde la AG afirma en el documento final de la *Cumbre Mundial 2005* (res. 60/1), haber *decidido* eliminar tal referencia. Una manifestación de este tenor, unida al respeto del procedimiento regulado por el art. 108 de la Carta, permite sugerir que con la res. 60/1 la reforma de los arts. 53, (77) y 107 ha sido adoptada, debiendo ahora formalizarse mediante su ratificación, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los miembros de las NU, incluidos todos los miembros permanentes del C. de S.

CXXX. LA LEGÍTIMA DEFENSA

581. *Un derecho natural, individual y colectivo*

Según el art. 51, con el que se cierra el Capítulo VII (relativo a la *acción en casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*), “ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las NU, hasta tanto que el C. de S. haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al C. de S., y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción

que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

Al consagrar el derecho de legítima defensa la Carta rompió con la tradición de silencio que al respecto habían seguido tanto el Pacto de la S. de N. como el *Pacto Briand-Kellog*. En ambos casos la omisión no significaba que el recurso a la fuerza contra un ataque armado de otro Estado estuviese vedado; muy al contrario, los Estados partes en los Pactos entendieron que el derecho de legítima defensa se derivaba implícitamente del conjunto normativo de ambos instrumentos convencionales.

El proyecto (Dumbarton Oaks, 1944) que los *grandes* presentaron en la Conferencia de San Francisco (1945) siguió la misma línea, pero una vez allí los recelos, por un lado, de los países latinoamericanos y, por otro, la red de acuerdos bilaterales europeos sobre seguridad mutua, celebrados por la URSS, Francia y Checoslovaquia, en previsión de una reemergencia del militarismo alemán, coadyuvaron a la consagración expresa de la legítima defensa en los términos arriba indicados. Los países latinoamericanos, en particular, habían adoptado el 3 de marzo de 1945 el Acta de Chapultepec, garantista de la seguridad en la región frente a ataques armados foráneos, y se manifestaban inquietos ante las propuestas de un sistema de seguridad colectiva en torno a un C. de S. al que se supeditaba la intervención de los organismos regionales —incluida la legítima defensa colectiva— que podía quedar paralizado por el veto de uno de los miembros permanentes del Consejo.

De esta manera, 1) se puso énfasis en el carácter de la legítima defensa como un *derecho natural* (así lo bautiza —*droit naturel*— el texto francés de la Carta) de cualquier Estado, miembro o no de la ONU; 2) se precisó su carácter individual y colectivo, al margen de la existencia de organismo, acuerdo regional o tratado previo entre las partes; y 3) se integró en el sistema de seguridad colectiva, regulando las condiciones de su ejercicio en relación con la acción primordial del C. de S. en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

El carácter *inmanente* o *natural* del derecho de legítima defensa, como refleja el tenor literal del art. 51 de la Carta, sugiere que su fundamento trasciende a la misma Carta, que no es sólo convencional, sino que también es consuetudinario. La CIJ lo confirma (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986).

Es abusivo sin embargo pretender, según el discurso de algunas cancillerías y autores interesados en expandir el ámbito de aplicación de este derecho, que la legítima defensa *consuetudinaria coexiste* con —y es más *amplia* que— la legítima defensa del art. 51. De ser así, la regulación de la Carta carecería de sentido. Como subraya la Corte, la doble naturaleza, convencional y consuetudinaria, de la legítima defensa es reflejo de una única regulación jurídica y no de dos regulaciones autónomas y diferenciadas, una más restrictiva, la establecida en la Carta, la otra de más amplios perfiles, la consagrada en el DI consuetudinario anterior a la Carta.

Realmente, antes de la Carta la legítima defensa se disolvía en el derecho genérico a la autotutela, al uso de la fuerza, a hacer la guerra. Los gobiernos recurrían indistintamente a expresiones como el derecho de conservación, el estado de necesidad, la autotutela o la legítima defensa, para conferir una cierta respetabilidad al unilateral empleo de la fuerza, permitido en cualquier caso por

el ordenamiento jurídico. En este contexto la legítima defensa no existía como institución independiente.

La legítima defensa tiene una propia significación jurídica cuando la fuerza es proscrita por la ley internacional. Es inmanente, entonces, porque resulta inseparable de la prohibición. El art. 51 de la Carta *crystaliza* la norma consuetudinaria. Si, por hipótesis, la Carta, el Capítulo VII (o el art. 51) terminaran, no tendría por qué hacerlo fatalmente la costumbre, gemela, pero no siamesa. Desaparecerían los elementos de la legítima defensa determinados por el sistema de seguridad colectiva de la Carta, pero no los deducidos de su naturaleza intrínseca, implícitos en la alusión al carácter inmanente o natural del derecho. Incluso con la Carta en vigor, el derecho *consuetudinario* de legítima defensa opera directamente cuando los sujetos implicados no son miembros de las NU o, siéndolo, la Carta no es aplicable por el órgano que ha de dirimir una controversia, debido a las limitaciones del propio fundamento de su jurisdicción (v. CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986; *Plataformas Petrolíferas*, 2003).

La legítima defensa puede ser individual o colectiva. Esta última puede ser instada de manera espontánea por un Estado que, siendo víctima de un ataque armado, solicita de otro *uti singuli* su asistencia militar para repeler la agresión. No se necesita en ese caso que exista tratado previo entre las partes. Sólo será necesaria la previa solicitud de ayuda del Estado atacado, tanto por respeto a su soberanía como para evitar que la legítima defensa colectiva sirva de tapadera a la intervención (v. Cap. III).

La legítima defensa colectiva se articula también en el seno de tratados de defensa mutua, bilaterales o multilaterales, que regulan las condiciones en que los Estados partes se obligan a prestar su asistencia o ayuda cuando uno de ellos es objeto de un ataque armado. La celebración de un tratado de este tipo convierte el *derecho* de legítima defensa en una *obligación*. De esta manera, el art. 51 ha servido de base para la celebración de tratados como el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (el Pacto de Río, 1947), el Tratado de Bruselas, constitutivo de la UEO (1948) y el Tratado del Atlántico Norte (1949), fundacional de la OTAN.

Según el art. 5 de este Tratado, "las Partes convienen en que un ataque armado contra una o contra varias de ellas, acaecido en Europa o en América del Norte, se considerará como un ataque dirigido contra todas ellas y en consecuencia acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, reconocido por el art. 51 de la Carta de las NU, asistirá a la Parte o Partes así atacadas, adoptando seguidamente, individualmente y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada para restablecer y mantener la seguridad en la región del Atlántico Norte". Concebido en el marco político de la *guerra fría*, este artículo fue *activado* por primera vez una vez que la *guerra fría* había terminado, con ocasión de los atentados terroristas del 11-S (2001) (v. Cap. XXVIII).

La legítima defensa de conformidad con la Carta de las NU es, recordémoslo, una circunstancia de exclusión de la ilicitud de un hecho, lo que implica que de ella

no puede deducirse responsabilidad internacional del Estado o Estados que la ejercen (CDI, proyecto de arts. sobre *responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, art. 21, v. Cap. XIX).

582. El “*casus operandi*” de la legítima defensa: el ataque armado

El art. 51 de la Carta establece claramente el *casus operandi* de la legítima defensa: el *ataque armado* (*l'agression armée* en el texto francés) y sólo el ataque armado, de otro Estado. La amenaza o cualesquiera usos de la fuerza que no se concreten en un ataque armado podrán ser considerados como supuestos que, interesando a la paz y a la seguridad internacionales, aconsejan la convocatoria del C. de S., pero no legitimarán el recurso individual y colectivo a la fuerza con base en el art. 51.

El art. 51 no aporta elementos para perfilar el concepto de *ataque armado*. Pero la *Definición de la agresión*, sin aportar una clarificación definitiva de la noción, ofrecía supuestos clásicos: la invasión (art. 3.a) y el bombardeo (art. 3.b) del territorio de otro Estado. Igualmente, en sus versiones más radicales, el bloqueo de puertos y costas (art. 3.c), cuando supone cortar todas sus rutas de comunicación, produciendo un efecto similar al de la invasión. También, el ataque contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea (art. 3.d) siempre que en dicho ataque se haga un uso significativo de la fuerza. No cabe decir lo mismo de los asaltos a locales de una Misión diplomática o a sus agentes, una vez superada la ficción de extraterritorialidad que *in illo tempore* se les aplicaba (v. Cap. XXV).

Respecto de la violación de los acuerdos por los que un Estado permite la presencia de tropas extranjeras en su territorio (art. 3.e), constituirá ataque armado cuando cause efectos similares a los de una invasión u ocupación territorial.

En mayo de 1997 Laurent Désiré Kabila alcanzó el poder en la RD del Congo con la ayuda inestimable de Uganda y Ruanda. Ambas obtuvieron, como consecuencia, importantes ventajas militares y económicas, autorizándose a Uganda a desplegar sus fuerzas en la parte oriental del Congo a fin de eliminar a los movimientos insurgentes ugandeses (como el criminal *Ejército de Resistencia del Señor*) que habían utilizado el territorio congoleño como santuario, con la complacencia, si no la asistencia, del derrocado Presidente Mobutu. Las posteriores iniciativas de Kabila para desembarazarse de sus poderosos aliados sólo condujeron a una nueva intervención de estos en apoyo ahora de las fuerzas rebeldes a Kabila. Invocando la legítima defensa para la amenaza que, decía, suponían Congo y Sudán, para sus fuerzas presentes en el este congoleño, Uganda se apoderó de aeródromos y puertos fluviales estratégico en el norte y oriente del país (agosto-septiembre 1998). Posteriormente se logró un acuerdo de alto el fuego (Lusaka, julio de 1999) y la aceptación por Uganda de la retirada de sus tropas del territorio del Congo, salvo las autorizadas a permanecer en las laderas de los montes Ruwenzori (septiembre de 2002).

Planteadas por la RD del Congo una demanda contra Uganda por actos de agresión y violaciones del DI Humanitario y de los Derechos Humanos (noviembre de 1999) la CIJ afirma (*Actividades armadas en el territorio del Congo*, 2005) que el consentimiento de las autoridades de un Estado a la presencia en su territorio de las fuerzas armadas de otro puede retirarse en cualquier momento, sin necesidad de una formalidad particular y

estima que, en todo caso, ese consentimiento se retiró como muy tarde el 8 de agosto de 1998 (fecha en la que la RD del Congo acusó a Uganda —y Ruanda— de haber invadido su territorio). El acuerdo de cese el fuego (Lusaka, julio de 1999) no equivalía a consentimiento del Congo a la presencia de fuerzas extranjeras en su territorio; simplemente, partiendo de este hecho establecía un *modus operandi* para su retirada ordenada. La única excepción era la que concernía a los montes Ruwenzori.

A partir de ahí la Corte considera que la intervención de Uganda en el Congo es una *violación grave* de la prohibición del uso de la fuerza (art. 2.4 de la Carta). Algunos jueces (El Araby, Simma) hubieran incluso preferido, dada la gravedad de la conducta ugandesa, emplear una terminología más dura, la *agresión*.

También podrá calificarse como tal la acción de un Estado que pone su territorio a la disposición de otro a fin de perpetrar un ataque armado (art. 3.f).

En *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) la CIJ consideró que “existe un acuerdo general sobre la naturaleza de los actos que pueden ser constitutivos del ataque armado”. La Corte sostuvo que no todos los usos de la fuerza, sino sólo los más graves pueden encarnarse en la categoría, recurriendo al criterio de la escala y los efectos de las hostilidades, descartando que pudieran ser calificados como ataque armado los *incidentes fronterizos* o el apoyo prestado a bandas armadas o grupos irregulares, a menos que por su gravedad fueran equiparables a un acto de agresión; de ahí que rechazase que la asistencia —por lo demás no probada en juicio— de Nicaragua a la guerrilla salvadoreña habilitase una respuesta en términos de legítima defensa (y menos aún a un tercer Estado, Estados Unidos).

La distinción entre usos *más graves* y *menos graves* de la fuerza, acuñada por la CIJ trataba de enfatizar las diferencias de régimen jurídico según los casos. De ahí que haya sido criticada por los sectores gubernamentales y doctrinales (especialmente anglosajones e israelíes) ávidos en expandir los supuestos en que puede recurrirse a la legítima defensa.

Pero no sólo por ellos. Así el juez Simma (en *Plataformas petrolíferas*, 2003), después de considerar que la Corte podría haber asumido el precedente *Estrecho de Corfú* para proclamar con mayor firmeza y claridad los principios fundamentales de la Carta y del DI consuetudinario relativos al empleo de la fuerza, añade que también habría podido precisar la indole de *contramedidas* armadas que Estados Unidos hubiera podido tomar para su defensa. Simma admite la legalidad de medidas defensivas inmediatas y proporcionadas frente a acciones hostiles que no alcancen el umbral del *ataque armado* (descartando que así sea en el caso planteado ante la Corte).

583. ¿Legítima defensa preventiva?

Ni la Carta (ni el DI consuetudinario) obligan a los Estados a diferir su acción defensiva hasta el momento en que el agresor consuma su ataque, pues ha de entenderse que el ataque armado existe a partir del momento en que se ponen en marcha los efectivos que han de desencadenarlo. Así, por ej., la llamada *guerra de los seis días* (1967) que permitió a Israel derrotar a todos sus vecinos árabes, ocupando el Sinaí, Gaza, Cisjordania (incluido Jerusalén oriental) y los Altos del Golán, podría ser calificada como una guerra en legítima defensa, siendo eviden-

tes los preparativos que Egipto, Siria y otros países árabes estaban llevando a cabo para un ataque inminente.

No debe confundirse, sin embargo, la respuesta frente a un ataque inminente (*preeemptive attack*), cubierta por la legítima defensa, con la acción basada en la apreciación subjetiva de meras amenazas potenciales o latentes (*preventive war*). Por muy flexible que sea, no cabe arrastrar la noción de *legítima defensa* hasta transformar en concretos designios agresivos la mala intención que se presume en el *enemigo* ni es lícito jugar con las palabras para confundir la *anticipación en la acción* (propia) con la prevención del ataque (ajeno). Recordemos que fue un célebre Secretario de Estado norteamericano, Daniel Webster, el que dos siglos atrás estableció el canon consuetudinario de lo que podría entenderse como legítima defensa preventiva al referirse a una “necesidad de autodefensa inmediata, apabullante, sin espacio para la elección de medios ni tiempo para la reflexión”. En aquella ocasión los británicos habían reventado en puerto de los Estados Unidos un barco cargado de armas que, presuntamente, iban a ser utilizadas en el Canadá, bajo soberanía de Gran Bretaña (*Caso Caroline*, 1837).

La *guerra preventiva* es una compulsión recurrente de quienes, especialmente grandes potencias, desean aprovechar lo que creen una ventaja relativa que, más adelante, podrían perder. En los comienzos de la *guerra fría*, cuando la Unión Soviética no contaba todavía con el arma atómica, no faltaron en Estados Unidos los patrocinadores del ataque preventivo *antes de que fuera demasiado tarde*. Escribiendo en el boletín del Departamento de Estado Ph. C. Jessup los reprendía: la idea de que Estados Unidos podía salvarse recurriendo a la guerra preventiva era el resultado lógico de una “actitud cobarde y derrotista” según la cual “Estados Unidos y los otros países del mundo libre no tienen otra salida que la bomba atómica”.

Durante la llamada *crisis de los misiles* (1962) algunos juristas norteamericanos —no el Departamento de Estado— trataron de justificar así la *cuarentena* impuesta por el gobierno de los Estados Unidos alrededor de la isla de Cuba ante la instalación de cohetes soviéticos en la costa cubana. En junio de 1981 Israel alegó legítima defensa para atacar y destruir OsIrak, instalación nuclear Iraquí, antes de que entrara en funcionamiento; pero su acción fue condenada por el C. de S. (res. 487).

Ahora algunos gobiernos (Estados Unidos bajo la Administración de George W. Bush; Israel, bajo cualquiera de sus administraciones), argumentan —alegando la inoperancia del sistema de seguridad colectiva (debida, entre otras causas a su propia conducta)— un derecho de legítima defensa *preventiva* frente a un peligro inminente, que no ha llegado a concretarse todavía en ejercicio de la fuerza. No se puede correr el riesgo, dicen, de esperar.

El *documento sobre estrategia de seguridad nacional* de los Estados Unidos (septiembre de 2002) ensancha la noción de *legítima defensa* adaptando, afirma, el concepto de ataque inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios

de nuestro tiempo, en primer lugar, los terroristas y los Estados que los cobijan. “Nuestra mejor defensa es un buen ataque”, sostiene el Presidente. Para él, seguramente, es amenaza toda política dirigida a condicionar el empleo de su poder militar por sujetos a los que no reconoce el *status* de gran potencia.

Tomando como bandera la lucha contra el terrorismo y buscando su relación con la posesión de armas de destrucción masiva, el ataque preventivo puede propagarse a otras situaciones que la Administración de George W. Bush considera una amenaza, incluso potencial, a intereses (pseudo) vitales, para acabar siendo el instrumento de cualquier designio *americano*.

De hecho, la *lucha contra el terrorismo* ha venido a suceder con ventaja a la *lucha contra el comunismo* que en los años de *guerra fría* permitió acabar con tantos proyectos reformistas en el *patio trasero* de los Estados Unidos y justificar la ocupación del poder político por juntas militares carnívoras que enarbolaban las banderas de la seguridad nacional para cometer, con la instrucción, complicidad o encubrimiento de Washington, los crímenes más horribles contra la población local. Hay un desdén por analizar las causas profundas del terrorismo como hay interés en servirse de esta execrable violencia para cubrir la violencia criminal de gobiernos democráticos en las relaciones internacionales (v. Cap. XXVIII).

El *ataque preventivo* no es expresión del DI en vigor, basado en los principios de la Carta, sino una *doctrina* a incorporar en su caso al DI Hegemónico o al Derecho Imperial, entre otras razones porque se predica sólo de Estados Unidos (y clientes por él autorizados). De hecho la Administración *americana* no hizo de ella un argumento central en sus intentos de justificar la legalidad de su acción armada en Irak (v. Cap. XXVIII).

En el informe sobre *las amenazas, los desafíos y el cambio* (diciembre de 2004) los miembros del Grupo de Alto Nivel designado por el Secretario General afirman no ser partidarios de modificar el texto ni la interpretación del art. 51 de la Carta: “si existen buenos argumentos para una acción militar preventiva y buenas pruebas que los corroboren hay que presentarlos al C. de S., que puede autorizar esa acción... Si el Consejo... decide no hacerlo, por definición habrá tiempo para estudiar otras estrategias, entre ellas la persuasión, la negociación, la disuasión y la contención, antes de volver a la opción militar... En un mundo lleno de amenazas... el riesgo para el orden mundial y para la norma de la no intervención en que sigue basándose simplemente es demasiado grande como para aceptar la legitimidad de la acción preventiva unilateral, en contraposición a la aprobada colectivamente. Dejar que uno lo haga es dejar que lo hagan todos”.

“Las amenazas inminentes están plenamente previstas en el art. 51”, corrobora el Secretario General en su informe sobre *un concepto más amplio de libertad* (marzo de 2005). “Cuando las amenazas no son inminentes sino latentes, la Carta concede autoridad plena al C. de S. para hacer uso de la fuerza militar, inclusive de manera preventiva, para preservar la paz y la seguridad internacionales”.

584. *¿Sólo los Estados pueden ser autores de un ataque armado?*

El art. 51 de la Carta se refiere al *ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas*, sin precisar la condición del autor. Por supuesto pueden serlo —y lo serán habitualmente— los Estados, individualmente o en cuadrilla, pero

¿sólo ellos? En su op. cons. sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004) la CIJ objeta la invocación por Israel de legítima defensa observando, *inter alia*, que los hechos desencadenantes de la respuesta israelí no serían en Cisjordania imputables a un Estado extranjero, tendrían su origen en grupos armados en un territorio que Israel ocupa militarmente.

Tradicionalmente ha venido prosperando una concepción reduccionista, basada en la condición primaria y plenaria de la subjetividad internacional del Estado soberano y en el hecho de que sólo los Estados son sujetos territoriales. No hay OI integradas al punto de contar con fuerzas propias que no se reconduzcan a sus Estados miembros y el escenario que plantea la legítima defensa no ha de confundirse con el concerniente a la exigencia de una responsabilidad internacional. En cuanto a los *actores no sujetos* ¿cómo establecer una relación sometida al DI cuando el *agresor* carece de personalidad jurídica? Al margen de esta consideración *técnica*, tales *actores* han de contar con bases territoriales, que sólo pueden ofrecer los Estados, por lo que se tiende a imputar a los *huéspedes* las eventuales o supuestas agresiones de sus *invitados*. Pero eso no ha de darse por descontado. En el caso, por ej., de las acciones militares de Estados Unidos (y Gran Bretaña) en Afganistán después de los crímenes del 11-S (2001), la complicidad del régimen talibán con *Al Qaeda*, el auxilio, refugio o cualquier clase de apoyo no habría bastado, si nos atenemos a los precedentes, para sustentar la legítima defensa frente a Afganistán. Para acomodar la acción armada de Estados Unidos (y Gran Bretaña) a esa premisa habría que imputar a Afganistán directamente la autoría de los hechos del 11-S.

Quando en los primeros días de octubre de 1985 Israel bombardeó los cuarteles de la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) en Túnez, el C. de S. (res. 573-1985) no admitió el alegato israelí de legítima defensa frente a los ataques terroristas de la OLP, albergada en Túnez desde la fecha en que había sido expulsada del Líbano como consecuencia de la intervención israelí en 1982, condenó el bombardeo y hasta afirmó que Túnez tenía "derecho a una reparación apropiada por la pérdida de vidas humanas y los daños materiales". Estados Unidos no vetó el proyecto y la resolución se adoptó con catorce votos a favor y ninguno en contra.

Los individuos y grupos que ejecutan los actos terroristas necesitan una sustentación espacial que, hoy, sólo puede dar un Estado. Directa o indirectamente dependen de él. Directamente, si son agentes del propio Estado; indirectamente si, no siéndolo, los patrocinan de una u otra forma, asistiéndolos financieramente, prestándoles apoyo logístico y *know-how*, facilitándoles bases y campos de entrenamiento..., conductas, todas, que prohíbe expresamente el DI.

La prohibición la recogió ya la *Declaración sobre los Principios* (res. 2625-XXV, 1970). Así, en el penúltimo de los párrafos que la Declaración dedica a perfilar "el principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza", se dice que: "Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en *actos de terrorismo* en otro Estado o de *consentir actividades dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos*, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza". En la misma Declaración, al enunciarse "el principio relativo a la obligación de no intervenir en los

asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta”, se dice —en el segundo inciso del segundo párrafo— que: “Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o *terroristas* encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en las luchas interiores de otro Estado” (énfasis añadido). V. también las res. 2734 (XXV), de 1970 (*Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional*) y 3314 (XXIX), ap. g, de la AG, sobre la definición de la agresión, de 1974. El principio de que todos los Estados tienen el deber de abstenerse de organizar, instigar, y apoyar actos terroristas perpetrados en otro Estado o de participar en ellos, y de permitir actividades organizadas en su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, fue reiterado por el C. de S., invocando la res. 2625 (XXV), en sus res. 1189 (1998) y 1373 (2001).

El Estado que presta asistencia a los individuos y grupos terroristas incurre en un grave ilícito, pero a menos que éstos sean sus agentes no cabe atribuirle mecánicamente la responsabilidad deducida de sus crímenes.

En el asunto de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) la CIJ advirtió, por lo que hace a la relación Estados Unidos—*contras* nicaraguenses, que si bien las diversas formas de asistencia prestada a éstos por Estados Unidos fueron esenciales para que los *contras* pudieran proseguir su actividad, no eran suficientes para demostrar su total dependencia de los Estados Unidos. “Aunque preponderante o decisiva”, se señala, “la participación de los Estados Unidos en la organización, la formación, el equipamiento, la financiación y el abastecimientos de los *contras*, en la selección de sus objetivos militares o paramilitares y en la planificación de todas sus operaciones, es insuficiente en sí misma, según las informaciones de que dispone el Tribunal, para que puedan atribuirse a los Estados Unidos los actos cometidos por los *contras* en el curso de sus operaciones militares o paramilitares en Nicaragua. Todas las modalidades de participación de los Estados Unidos que se acaban de mencionar, e incluso el control general ejercido por los mismos sobre una fuerza extraordinariamente dependiente respecto a ellos, no significarían por sí mismas, sin pruebas complementarias, que los Estados Unidos hayan ordenado o impuesto la perpetración de actos contrarios a los derechos humanos y al Derecho Humanitario alegados por el Estado demandante. Estos actos muy bien podrían haber sido cometidos por miembros de la *contra* fuera del control de los Estados Unidos. Para que pueda quedar comprometida la responsabilidad jurídica de estos últimos, debería, en principio, haberse probado que tenían el control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se hubieran cometido las violaciones en cuestión”.

Puede ocurrir que los grupos terroristas sean más fuertes que el propio Estado-huésped, como parece haber sido el caso de la organización *Al Qaeda*, que a partir de mayo de 2001, se ha dicho, se convirtió en parte integrante de las estructuras políticas y militares de los *talibanes* en el Afganistán. Cabe transferir la responsabilidad internacional de un Estado a otro cuando aquél es un polichinela en manos de éste (v. Proyecto de arts. de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001, art. 17) pero ¿qué decir cuando quien maneja las cuerdas es un no-sujeto? Tratándose del Afganistán, el hecho de que el Emirato Islámico —los *talibanes*— aun ocupando la mayor parte del territorio afgano, sólo fuera reconocido por tres países: Arabia Saudita, Pakistán y Emiratos Árabes Unidos, mientras que el resto del mundo —y la ONU— reconocían al Estado Islámico presidido por Burhanuddin Rabbani, a pesar de su precaria situación, asfixiado en las provincias montañosas del noreste, añade *peros* al análisis.

Ello no impide, sin embargo, atribuir a los *talibanes* —a la *facción talibán*— responsabilidad por los hechos que les son imputables en el territorio bajo su

control (v. Proyecto de arts. cit., art. 10), y en este sentido es absolutamente regular que, al igual que ocurrió antes con entidades cuya subjetividad estatal o representación del Estado no había sido reconocida, el C. de S. les haya dirigido mandatos e impuesto sanciones (V. por ej. las res. del C. de S. cuyos destinatarios eran la facción serbia en Bosnia-Herzegovina (913-1993 y 1034-1995), la UNITA en Angola (resoluciones 811, 823, 834 y 851-1993, 1127-1997, 1173-1998, 1237-1999), o las facciones somalíes (res. 1071-1996).

Es obvio, sin embargo, que *algo se mueve*, sobre todo cuando los movimientos o grupos armados que utilizan la fuerza contra un Estado son más fuertes y escapan al control del que los alberga. Las acciones terroristas, sobre todo después del 11-S, han endurecido el debate. Nuestra posición está abierta a aceptar que el derecho de legítima defensa puede cubrir la reacción frente al ataque armado de un sujeto no estatal o de un actor no sujeto de DI. En este sentido no vemos obstáculo insalvable a la subsunción dentro de la legítima defensa de las operaciones militares desencadenadas por Estados Unidos y Gran Bretaña como consecuencia de atentados terroristas imputados a actores no estatales (*Al-Qaeda*) con la complicidad de gobiernos no reconocidos (*talibanes*) de Estados miembros de las NU (Afganistán). Tampoco lo vemos para la invocación de este derecho por Israel cuando reacciona frente a las acciones que sobre su territorio ejecuta *Hezbollah*...

Naturalmente, la premisa es el *ataque armado* en los términos antes descritos —esto es, ha de considerarse si las acciones *terroristas* son o equivalen a un *ataque armado*— siendo ambas *cursivas* susceptibles de disenso al apreciarse en cada caso concreto (v. Cap. XXVIII). La respuesta, por otro lado, habrá de concentrarse en el espacio bajo control del agresor y sobre sus recursos, sin extenderse (a menos que también se le impute la autoría) al territorio y recursos del Estado que lo engloba. En este sentido, las operaciones de Estados Unidos y sus socios en Afganistán debían haber distinguido entre la persecución de *Al-Qaeda* y la intervención en la guerra civil afgana en beneficio de los señores de la guerra que formaban la llamada *Alianza del Norte* que condujo al colapso a corto plazo del régimen talibán. Asimismo, si Israel se considera víctima de las insidias de *Hezbollah*, desde sus bases en el sur del Líbano, su respuesta en agosto de 2006 —suponiendo que las acciones del movimiento chiíta libanés respondían a los estándares del *ataque armado*— debió circunscribirse a las comarcas, al sur del río Litani, bajo control de *Hezbollah*.

En todo caso, la licitud del ejercicio de ese derecho está sujeta a condiciones, punto del que nos ocupamos a continuación.

585. Condiciones de ejercicio de la legítima defensa

El ejercicio de la legítima defensa queda supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones por el Estado que sufre el ataque armado. Unas se

derivan de una práctica inveterada —*necesidad, proporcionalidad e inmediatez*—; otras corresponden a su articulación con el sistema de seguridad colectiva —*provisionalidad y subsidiariedad*—. De no ser satisfechas, el recurso a la fuerza será ilícito, incurriendo el Estado en responsabilidad internacional.

En relación con las primeras suele invocarse la posición expresada por Daniel Webster en el *caso Carolina*, ya citada, como precedente autoritativo. El carácter consuetudinario de los requisitos de *necesidad y proporcionalidad* en el ejercicio de la legítima defensa ha sido reconocido por la CIJ (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986). Estados Unidos ha reconocido expresamente su exigencia.

Así, cuando el 20 de agosto de 1998 quiso justificar como un ejercicio del “derecho de legítima defensa confirmado por el art. 51 de la Carta” el bombardeo de media docena de campos de entrenamiento de *Al Qaeda* en el Afganistán y una industria farmacéutica en las afueras de Jartum (Sudán), dos semanas después de los atentados con bombas realizados contra las embajadas de Estados Unidos en Nairobi (Kenia) y Dar es Salaam (Tanzania) (v. Cap. XXVIII), su embajador ante las NU, Bill Richardson, precisaba en la carta que el mismo día dirigía al Presidente del C. de S. que: “los objetivos, el momento y el método de ataque fueron cuidadosamente elegidos para minimizar los riesgos de daños colaterales a civiles y respetar el DI, incluidas las reglas de necesidad y proporcionalidad”.

La *necesidad* implica que el uso de la fuerza es el único medio al que puede recurrir el Estado, no teniendo otros a su alcance para detener la agresión.

La acción defensiva debe ser también *proporcionada* a la naturaleza e intensidad del ataque y *suficiente* para desactivarlo. La *proporcionalidad* se refiere al *quantum* de fuerza que el Estado atacado debe emplear para repeler el *quantum* de fuerza del agresor y está en función no sólo del tipo de fuerza comprometida sino también de la finalidad de la legítima defensa: desactivar el ataque armado.

El 19 de octubre de 1987, cuarenta y ocho horas después de que el *Sea Isle City*, petrolero kuwaití rematriculado en Estados Unidos fuera blanco de un misil presuntamente iraní, aviones de los Estados Unidos bombardearon dos plataformas petroleras iraníes en el golfo Pérsico. Estados Unidos alegó legítima defensa. Según la CIJ Estados Unidos debía probar (lo que no hizo): 1) que habían sido atacados; 2) que Irán era responsable; 3) que las acciones atribuidas a Irán podían por su naturaleza ser calificadas como un ataque armado conforme al art. 51 de la Carta y al DI consuetudinario; 4) que su reacción había sido necesaria y proporcionada; y 5) que las plataformas petroleras constituían un objetivo militar legítimo (CIJ, *Plataformas petrolíferas*, 2003).

El 18 de abril de 1988 Estados Unidos, invocando de nuevo legítima defensa, bombardeó otras plataformas petroleras de Irán en el marco de una operación (*Mantis Religiosa*) de mayor envergadura, respuesta a una serie de incidentes, el último de los cuales había sido el choque del navío de guerra *Samuel B. Roberts* contra una mina similar a las utilizadas por los iraníes en la misma zona. Según la CIJ, a la vista de la prueba presentada, no podía concluirse la autoría iraní de este hecho, ni que el bombardeo de las plataformas constituyera una respuesta justificada de Estados Unidos frente a un ataque armado de Irán. Las plataformas petroleras no eran objetivos militares, pues no se había probado una presencia o actividad militar importante en ellas; los bombardeos no superaban los estándares de necesidad y proporcionalidad en ningún caso. La Corte concluye que las acciones armadas de Estados Unidos no estaban justificadas (*ib.*).

Tratándose del recurso a las armas nucleares, la AG declaró en 1961, en plena *guerra fría*, que su empleo constituía una violación directa de la Carta y un crimen

contra la Humanidad (res. 1653-XVI, de 1961), lo que reiteró regularmente en años posteriores. Sin embargo, respondiendo a la cuestión planteada por la misma Asamblea en 1994, la CIJ estimó que si bien estas resoluciones revelaban un deseo ampliamente compartido en la comunidad internacional, su consideración como norma consuetudinaria chocaba con las tensiones que subsisten entre, de una parte, una *opinio iuris* naciente y, de otra, una adhesión aún fuerte a la práctica de la disuasión (en cuyo marco se reserva el derecho de utilizar estas armas en legítima defensa contra un ataque armado que ponga en peligro intereses vitales de un Estado en materia de seguridad). Once de los catorce jueces que participaron en la votación declararon que el DI (consuetudinario y convencional) no comportaba una prohibición completa y universal de la amenaza o empleo de las armas nucleares *en cuanto tales*, aunque siete de esos once, incluido el Presidente, M. Bedjaoui, afirmaron que en la medida en que la amenaza o el empleo de tales armas, como de cualesquiera otras, había de ser compatible con las exigencias del DI aplicable en los Conflictos Armados y, especialmente, del DI Humanitario, la amenaza o el empleo de armas nucleares, dadas sus características, sería “generalmente contrario” a tales exigencias; “con todo, a la vista del estado actual del DI y de los elementos de hecho a disposición de la Corte, no puede concluirse de manera definitiva” —sostienen los siete— “que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que estuviera en juego la supervivencia misma de un Estado” (*Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, 1996).

Tomando como premisa que la prohibición de la amenaza y el empleo de la fuerza armada y la legítima defensa operan en DI general con independencia de la naturaleza de las armas, no existiendo normas generales que prohíban a los Estados dotarse de las que tengan por conveniente, la CIJ estima que no existe en el momento actual una norma que comporte una interdicción completa y universal de estas armas *en cuanto tales*. La Corte advierte la dificultad en todo caso de satisfacer las condiciones de *necesidad* y de *proporcionalidad* que reclama la legítima defensa, especialmente a la luz del Derecho de los conflictos armados que ha de respetarse en todo caso (incluidas las consideraciones de orden ecológico) y del Derecho de la Neutralidad. La utilización de estas armas no parece conciliable en particular, dice la Corte, con los principios cardinales del DI Humanitario; de ahí que concluya que “la amenaza o el empleo de armas nucleares sería *generalmente* contrario a las reglas del DI aplicables en los conflictos armados y, especialmente, a los principios y reglas del Derecho humanitario” (énfasis añadido). Sólo *generalmente* porque, volviendo sobre sus pasos, la Corte introduce en su discurso elementos que pueden suponer la prevalencia agónica del interés del Estado por su supervivencia sobre los principios humanitarios. En efecto, la Corte considera que no cuenta con los mimbres suficientes para poder concluir con certeza que el empleo de armas nucleares sería necesariamente contrario a los principios y reglas del derecho aplicable a los conflictos armados *en toda circunstancia*, pues no puede ignorar el derecho fundamental del Estado a la supervivencia. En consecuencia la Corte declara que “a la vista del estado actual del DI” no puede concluir “de manera definitiva que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería lícita o ilícita en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que la supervivencia misma de un Estado estaría en entredicho”. Cabe recordar que sólo el voto de calidad del Presidente Bedjaoui permitió salir adelante este párrafo del dispositivo de la opinión consultiva solicitada por la AG., empatados los jueces (siete a favor, siete en contra), siendo la mitad derrotada una mezcla heterogénea formada por jueces que hubieran querido una condena sin paliativos de las armas nucleares y otros su bendición como último recurso. Añade la Corte, ya por unanimidad, que existe una obligación de perseguir de buena fe y llevar a término negociaciones que conduzcan al desarme nuclear. Se trata de una obligación no sólo de comportamiento, sino de resultado.

Finalmente, la acción en legítima defensa debe guardar *inmediatez* con el desarrollo del ataque armado. La falta de inmediatez puede transformar la legítima defensa en *represalias armadas*, prohibidas por el art. 2.4 de la Carta.

Así cabe considerar las acciones de bombardeo aéreo de los Estados Unidos contra las plataformas petroleras iraníes en el golfo Pérsico el 19 de octubre de 1987 y 18 de abril de 1988. Amén de incumplirse otras condiciones de la legítima defensa, no hubo inmediatez. El Secretario de Defensa se traicionó al advertir, después de las acciones del 19 de octubre, que quizás serían necesarias nuevas *represalias* contra Irán.

Sin embargo, el lapso temporal no debe enjuiciarse en términos absolutos. La inmediatez debe considerarse a la luz del tiempo necesario para preparar la respuesta armada, la subsistencia del ataque o la ocupación extranjera del territorio y el juego que pueda dar el sistema de seguridad colectiva.

En relación con esto último, las condiciones derivadas de la articulación de la legítima defensa con el sistema de seguridad colectiva aparecen concretadas en el art. 51 de la Carta. La legítima defensa debe ser *provisional* y *subsidiaria* de la acción del C. de S., lo que es congruente con la responsabilidad primordial que se atribuye al órgano de la ONU en el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales. Por ello, al Estado o Estados que ejercen la legítima defensa se les exige la inmediata comunicación al C. de S. de las medidas adoptadas y, en su caso, en vías de ejecución. Porque, si bien no se requiere autorización alguna del C. de S. al efecto, el Estado afectado debe detener su respuesta armada cuando el órgano de la ONU haya tomado las “medidas necesarias” para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

El cumplimiento por un Estado de la obligación de información al C. de S. de las medidas que se adoptan a título de legítima defensa puede ser interpretado incluso como un indicador de que dicho Estado está convencido de que su acción armada se encuentra justificada y amparada por dicha excepción. Aunque hay quienes se muestran contrarios a esta interpretación, la CIJ lo ha constatado así en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986).

No siempre es fácil, por otro lado, determinar cuando ha de cesar la acción de legítima defensa por entenderse que el C. de S. ha tomado ya las medidas necesarias.

Tomemos como ilustración el conflicto Irak-Kuwait (1990-91), en el que el Consejo adopta desde la fecha de la invasión del Emirato un conjunto escalonado de medidas siguiendo los poderes conferidos por el Capítulo VII: solicitud de retirada Iraquí del territorio kuwaití, incardinable en las medidas provisionales de art. 40 (res. 660 (1990), de 2 de agosto); un embargo comercial, es decir, una medida que no implica el uso de la fuerza del art. 41 (res. 661 (1990), de 6 de agosto) y, finalmente, la autorización del uso de la fuerza con base en el art. 42 (resolución 678 (1990), de 29 de noviembre). Si Kuwait y otros Estados a solicitud del Emirato, hubiesen repelido la invasión y ocupación de su territorio, ¿deberían haber detenido su acción ese mismo día, 2 de agosto, al aprobarse la res. 660? ¿Debieron hacerlo el 6, al aprobarse la res. 661? ¿Acaso más tarde, el 29 de noviembre, la res. 678 les hubiera permitido continuar o reanudar su acción, ahora con otro fundamento legal?

Dos son los interrogantes que se ciernen sobre la articulación de la legítima defensa con el sistema de seguridad colectiva: 1) cuales son las medidas *necesarias*

para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales en el caso concreto; y 2) quién debe determinarlo.

La escasa práctica internacional no coadyuva a despejar estos interrogantes, antes de 1990 por la parálisis del C. de S. a causa de los reiterados vetos de sus miembros permanentes y, después, por el carácter fundamentalmente interno de la mayoría de los conflictos armados de la década de los noventa —Yugoslavia, Somalia, Liberia, Chechenia, Sudán, Albania...— en los que la invocación de la legítima defensa está de más.

En nuestra opinión, la lógica postula que, una vez iniciada la legítima defensa, ésta sólo se paralizará si se logra el objetivo de repeler el ataque o en el momento en que las medidas militares del C. de S. provean efectivamente a la defensa del Estado agredido. Sostener que éste debe cejar en la defensa de su territorio en el momento en que el C. de S. adopta decisiones del Capítulo VII, aunque impliquen el uso de la fuerza, sin esperar a su ejecución, invalida claramente el sentido de la legítima defensa.

En cambio, si producida la agresión no se hubiera ejercitado la legítima defensa, no es razonable que el Estado agredido que ha urgido la intervención del C. de S. en la resolución de la crisis, pretenda invocarla —desvanecida la inmediatez de la respuesta— a menos que sus efectos permanezcan (por ocupación del territorio, permanencia de unidades en posiciones ofensivas...) y la acción del C. de S. sea inviable por la interposición del veto de uno de los miembros permanentes.

CXXXI. ¿OTROS USOS DE LA FUERZA LÍCITOS?

586. *Planteamiento*

La justificación de otros empleos de la fuerza armada se ha buscado, no por la vía del ensanchamiento de la noción de legítima defensa, sino a través de la explotación de la propia formulación del art. 2.4 de la Carta que hace referencia al uso de la fuerza “contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las NU”. Estos usos de la fuerza, de ser admisibles, se configurarían no como excepciones a la prohibición, sino como resquicios que la misma presenta, justificadores de acciones unilaterales de los Estados compatibles o, incluso, encaminadas a lograr alguno de los propósitos de las NU. Y aquí se encuentra, precisamente, la dificultad inicial: cómo eludir que el primer propósito que formula la Carta es *el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*. A tal concepción se aferran quienes defienden una prohibición de la fuerza lo más comprensiva posible y entienden por tanto que, a salvo la legítima defensa, todo uso de la fuerza no autorizado por el C. de S. es incompatible con los propósitos de

la Carta. La mayoría de los Estados miembros de NU no comulga, sin embargo, con esta interesada jerarquización de los propósitos de la Organización, desde el instante en que muchos deben su existencia a la reversión del orden internacional propiciada por el proceso descolonizador, encaminado al logro de otro de los propósitos de la Carta: la libre determinación de los pueblos (art. 1.2). Es más, en una sociedad con escasos recursos institucionales el uso de la fuerza por los Estados no es incompatible en ciertos casos —se dice— con el propósito mismo del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

No es posible cerrar, empero, los ojos a los riesgos de aceptar una prohibición de la fuerza armada *relativa*, comenzando por la dificultad de concretar cuáles son los usos de la fuerza admisibles y continuando con los peligros de su utilización abusiva y descontrolada, en tanto que unilateral y descentralizada. De ahí que son escasos los supuestos que se han abierto camino hacia la licitud y ésta, cuando es sentida, no lo ha sido unánimemente. La aceptación guarda conexión indudable con la progresión valorativa de determinados propósitos de las NU, con su creciente pujanza normativa y sociológica.

Es por ello que la licitud de los usos de la fuerza que se alinean con el ejercicio de la *libre determinación*, fundamentalmente la legitimidad de lucha armada de los movimientos de liberación colonial y contra la ocupación extranjera, ha tenido y tiene numerosos partidarios en el mundo en desarrollo y en los sectores progresistas del mundo desarrollado; de ahí el interés de quienes les son políticamente adversos de confundirlos indiscriminadamente con los movimientos y acciones terroristas.

Los defensores del orden establecido son, sin embargo, sensibles, a otros usos lícitos de la fuerza armada frente a una violencia que no se concreta en un ataque armado y la sociedad internacional organizada, las NU, es incapaz de detener y reprimir. Es el caso, por ej., de la toma de rehenes, con riesgo de sus vidas, un auténtico *estado de necesidad*, se dice (v. Cap. XIX). La lucha contra el *terrorismo* internacional encontraría también aquí una justificación alternativa a la *legítima defensa*, cuando sus acciones no se identifican con el *ataque armado* (v. Cap. XXVIII).

Finalmente, en relación con otros propósitos, es reconocible en la práctica internacional una polémica tendencia a legitimar el uso de la fuerza para la *protección de los derechos humanos* violentados en un país determinado (v. Cap. XXXI)

587. Uso de la fuerza y reivindicación territorial de naturaleza colonial

La historia de la descolonización revela que la satisfacción de las reivindicaciones territoriales que forman algunas de sus cuentas se ha consumado mediante actos de fuerza del Estado reclamante. En detrimento de Portugal, en 1961

Dahomey ocupó el fuerte de San Juan Bautista de Ajuda y la India consumó su control sobre Goa, Diu y Damao mediante una intervención militar...

En 1982 Argentina ocupó militarmente las islas Malvinas, después de un largo proceso iniciado en 1964, año en que el *Comité de los Veinticuatro* incorporó las islas y sus dependencias a la lista de territorios no autónomos pendientes de descolonización. En 1965 la AG aprobó su primera resolución (res. 2065-XX), reconociendo la disputa con Gran Bretaña e invitando a las partes a negociar una solución pacífica en la que se tuvieran en cuenta los intereses de los habitantes. En los años siguientes Argentina no tuvo inconveniente en llegar a acuerdos funcionales, de cooperación con Gran Bretaña en beneficio de la población de las islas (construyó el aeródromo de la capital, estableció la primera y única línea aérea regular, aseguró el transporte de mercancías y el abastecimiento de combustible...). Pero en este largo tiempo nada se avanzó en relación con la devolución del territorio, que NU respaldaba. Gran Bretaña se negaba sistemáticamente a tratar de la transferencia de la soberanía, votaba en contra de las resoluciones de la AG, iniciaba por su cuenta la exploración de los fondos marinos de las islas. ¿Qué caminos quedaban abiertos ante la inacabable e irritante ignorancia de las resoluciones de la AG? ¿Sería ilegal el uso de la fuerza?

El C. de S. (res. 502, de 1982) calificó de *quebrantamiento de la paz* la acción argentina. Sin embargo, cabe sostener dialécticamente que el *empleo de la fuerza para satisfacer una reivindicación territorial de naturaleza colonial* aceptada como tal por las NU no es contrario a Derecho cuando existe una proporción entre los medios empleados y el objetivo perseguido, lo que solo caso por caso podrá ser apreciado.

Tratándose de las Malvinas cabe recordar que la ocupación argentina se verificó sin que se derramara una sola gota de sangre británica. El recurso a la fuerza no atentaba contra la integridad territorial ni la independencia política de Gran Bretaña porque en el Derecho de la Descolonización la condición jurídica del territorio colonial es distinta a la del territorio metropolitano; tampoco podía afirmarse, sin la oportuna demostración, que fuese contrario o incompatible con los Propósitos de las NU, cuando uno de sus objetivos históricamente mas pujante ha sido, precisamente, la descolonización. Y si la lucha de los pueblos coloniales contra la potencia ocupante que se resiste a aplicar sus principios es legítima, ¿por qué negar que lo sea la del Estado usurpado, amputado de una porción de su territorio, cuando de descolonizar también se trata? (v. Cap. IV).

La violencia no es recomendable pero, una vez supuesta, el Derecho no ha de servir como una de las armas dialécticas adaptadas a las conveniencias de quienes defienden de manera radical posiciones de privilegio cuyo mantenimiento es odioso. Así las cosas, será la ponderación de otros factores la que determinará en un momento dado el empleo de la fuerza: el tono general de relaciones entre los Estados involucrados y la red de intereses recíprocos que el tiempo haya ido tejiendo, la igualdad o desigualdad de su poder en términos relativos y la

implicación de sus aliados, la dimensión y valor del territorio y la consideración o no de su recuperación o conservación como un interés vital, la traslación de dificultades políticas domésticas a un plano internacional... Cuando el cálculo es erróneo, como lo fue el del gobierno argentino, se abre paso una tragedia de amplias proporciones humanas, políticas y geoestratégicas, con el consuelo en este caso de la liquidación de la dictadura militar en la República.

Una vez que, de hecho, la situación colonial ha sido eliminada, el empleo de la fuerza por la potencia desalojada para reponer el *statu quo ante*, indeseable desde el punto de vista de los objetivos perseguidos por el DI de la Descolonización, no encuentra amparo jurídico. No hay legítima defensa, pues no hay ataque armado en curso contra su integridad territorial o su independencia política; su fuerza busca un fin que las NU no pueden endosar, actúa contra el territorio de un Estado que ha hecho efectiva una reivindicación hasta entonces burlada. Es contraria, pues, al art. 2.4 de la Carta. Desde esta perspectiva, la reacción británica frente a la acción argentina en las Malvinas, armando la mayor flota conocida desde la Segunda Guerra Mundial, declarando un bloqueo primero naval y luego total de amplios espacios marinos bajo el eufemismo de *zonas de exclusión marítima*, haciendo una guerra sin declaración y vetando en el C. de S. cualquier proyecto de resolución en el que la solicitud de *alto el fuego* no aparejase la retirada incondicional de las tropas argentinas, fue un comportamiento de signo imperialista y colonialista.

588. *Uso de la fuerza versus uso de la fuerza. Protección de nacionales*

En principio, el recurso a la fuerza para replicar a los usos de la fuerza armada que no alcanzan la consideración de *ataque armado* y que la sociedad internacional organizada es incapaz de detener y reprimir no puede ser prohibido por el Derecho. En 1976 un comando israelí ocupó temporalmente el aeropuerto de Entebbe (Uganda) con el fin de rescatar a los pasajeros de un avión secuestrado por un comando palestino que contaba con la complicidad de las autoridades ugandesas. En 1980 una fuerza norteamericana penetró en territorio iraní con la misión de liberar a las personas adscritas a su misión diplomática, mantenidas como rehenes por el gobierno revolucionario, cuya liberación había sido ordenada, sin éxito, tanto por la CIJ (O. de 15 de diciembre de 1979) como por el C. de S. (res. 457 y 461 de 1979). ¿Cabe considerar ilícitos estos actos? Las exigencias de respuesta que se plantean a un gobierno inmerso en este tipo de situaciones no se disuelven con la invocación de reglas categóricas, sobre todo teniendo en cuenta las limitaciones de las resoluciones de los órganos de las NU, incluido el C. de S., cuyas órdenes no fueron acatadas en los casos mencionados. Cuando el objetivo que se persigue al recurrir a la fuerza se considera legítimo por la sociedad internacional tal como se refleja en los órganos de las NU, las expresiones de condena son retóricas o se evaporan al tiempo que se aceptan discretamente sus consecuencias.

La comprensión con que deben contemplarse estos usos de la fuerza —y su licitud— está condicionada a que las acciones estatales sean: 1) puntuales en razón de espacio y tiempo, 2) limitadas y proporcionales en los medios, 3) supeditadas a la ineficiencia del sistema de seguridad colectiva, 4) huérfanas de la colaboración, en su caso, del Estado territorial a los efectos de resolver la

situación conflictiva, y 5) encaminadas estrictamente a la protección de las vidas de las personas. En determinadas ocasiones, logrado el consentimiento del Estado territorial, las dudas sobre la licitud del uso de la fuerza se desvanecen con mayor facilidad, como ocurrió con la intervención alemana en el aeropuerto somalí de Mogadiscio (1977) o la de Egipto en La Valetta (1985). Ningún otro orden de consideraciones (políticas, estratégicas, de defensa del interés nacional...) puede enturbiarlas, pues su mixtificación las abocaría a la ilicitud.

El planteamiento es el mismo cuando la fuerza que se pretende ejercer en territorio de un país tercero para la protección de los nacionales trae por causa la reacción frente a grupos terroristas. De hecho, parte de los supuestos que han dado lugar a la práctica estatal que examinamos son consecuencia de actividades de terrorismo internacional y, en este contexto, el Estado que lo padece puede sentirse tentado a traspasar los límites, dirigiendo su reacción contra países a los que imputa colaboración con el terrorismo. ¿Queda legitimado el bombardeo de Trípoli y Bengasi (1986) por fuerzas de los Estados Unidos, motivado (entre otros argumentos) por la oleada de atentados terroristas habida el año anterior en suelo europeo (aeropuertos de Roma y Viena; discoteca berlinesa frecuentada por las tropas norteamericanas estacionadas en la ciudad alemana; cruentísimo atentado a un avión de la TWA) tras la que se quiso ver la *longa manu* del régimen libio? La inmoderada reacción de los Estados Unidos, desproporcionada en los medios (por el uso indiscriminado de la fuerza), ilícita en la finalidad (en tanto que punitiva), incurrió en el ámbito más grave de la prohibición del art. 2.4 de la Carta, pues consistió en un auténtico ataque armado, sin que pueda servir excusa alguna, incluida la protección de nacionales o la legítima defensa, para sanar la ilicitud de las represalias armadas.

La repulsa con que debe contemplarse el fenómeno terrorista y lo necesario de contar con armas (las armas del Derecho) para combatirlo eficazmente no justifica un uso indiscriminado de la violencia realizado inclusive contra Estados, anatematizados en ocasiones sin pruebas concluyentes del apoyo que otorgan o la conexión que pudieran tener con movimientos terroristas (v. Cap. XXVIII). Más aún cuando se realiza al margen de los mecanismos de seguridad colectiva o del recurso a los medios no armados de la aplicación coactiva del DI, como las contramedidas (v. Cap. XX). De ahí que no deba olvidarse que la práctica internacional del uso de la fuerza en protección de nacionales en el extranjero trae de antiguo un largo recorrido y ha soliviantado tanto a una mayoría de los Estados (que la han padecido) como de amplios sectores doctrinales, una vez que fue consagrada la prohibición del uso de la fuerza en el art. 2.4 de la Carta.

589. *Algunas consideraciones sobre la guerra cibernética*

Las infraestructuras esenciales, civiles y militares, del Estado moderno, así como de los otros sujetos y actores de las relaciones internacionales, están

computerizadas. Eso, que los hace fuertes, los hace también muy vulnerables a los ataques cibernéticos, de manera que en la actualidad es posible neutralizar a las fuerzas armadas del adversario sin disparar un tiro, como es posible trastornar la prestación de servicios vitales desde la buhardilla de un *hacker* atrevido, alimentado por decenas de revistas especializadas y miles de *sitios* en la *red*. De ahí los escenarios de una guerra *cibernética*, una forma de hacer la guerra no convencional, que no implica tampoco el recursos a armas de destrucción masiva

Desde este punto de vista un sujeto puede acumular poder sin grandes inversiones en armas ni despliegues territoriales, un atajo para devenir *gran potencia*. Piénsese, por ej., en Australia. Un Estado mediano o una entidad no estatal, bien dotada cibernéticamente, podrían desafiar a una gran potencia amenazando sus infraestructuras vitales. Rusia, por ej., se ha considerado más vulnerable que otras grandes potencias debido al hecho de que muchos de sus equipos han sido importados. De hecho son miles las intrusiones cibernéticas no autorizadas que se producen cada año en los sistemas militares y de defensa estatales, con origen en particulares o en agentes de otros Estados y entidades no estatales.

¿Bajo que condiciones puede un Estado utilizar la fuerza cuando es objeto de un ataque cibernético? En nuestra opinión un desarrollo lógico de la consideración legal de los usos viciosos de la cibernética en las relaciones internacionales puede seguir los siguientes pasos:

1. Una tipificación precisa de las diferentes acciones, distinguiendo las que persiguen sólo la obtención de información de las que tienen un propósito destructivo en sentido amplio y entre acciones ofensivas y defensivas. Una cosa es usar la cibernética para obtener información, como una nueva forma de espionaje, y otra utilizarla para neutralizar la línea de mando de una unidad militar o de una planta nuclear, o recurrir a la fuerza armada para responder, selectiva o masivamente, a un ataque cibernético.

2. Una distinción del uso de la cibernética con fines criminales por individuos o grupos organizados (cuya prevención y represión ha de hacerse mediante leyes y tratados de cooperación policial, asistencia judicial y penal, facilitando en su caso la extradición) y el uso de la cibernética por Estados y otros sujetos y actores internacionales.

3. Establecer la relación, si existe, entre Estados y OI y otros sujetos y actores no estatales en una doble dirección: la atribución al Estado de las acciones de los *hackers* cuando se sirve de ellos para emboscar su autoría y, viceversa, el control por actores no estatales poderosos (por ej. movimientos u organizaciones terroristas) de la voluntad de Estados fallidos. Al efecto es decisiva la capacidad de desandar el camino (*backtrack*) de la intrusión.

4. Considerar las normas internacionales aplicables a los diferentes ataques cibernéticos. Obtener información por medios cibernéticos debe ser tratado como

una forma de espionaje, no como un uso de la fuerza. El espionaje por medios cibernéticos ¿es ilegal? Si no lo es, ¿debe serlo? El responsable inmediato puede ser un *insider*. O ser el producto de elementos introducidos en el *hardware* al fabricarse los equipos... Es en todo caso un acto inamistoso que permite medidas de retorsión. Si es ilegal, permitiría también represalias no armadas.

5. Las acciones destructivas sí son ilegales debiendo considerarse prohibidas por el artículo 2.4 de la Carta. La intervención y la agresión cibernética en grados menores al ataque armado ¿pueden dar lugar a una respuesta cibernética similar? ¿Y a una respuesta armada convencional para destruir capacidades cibernéticas o plataformas de propaganda en la *Web*? Todo depende de cómo entendamos la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales según la Carta y el DI consuetudinario.

6. Cabe la legítima defensa (art. 51) si las acciones destructivas alcanzan una cierta importancia. La respuesta puede ser cibernética o convencional, así como sus objetivos. Las exigencias de necesidad, proporcionalidad e inmediatez han de aplicarse en todo caso y ha de respetarse el *ius in bello*. No cabe duda que una acción coercitiva por medios electrónicos satisfará mejor la exigencia de proporcionalidad que las armas convencionales si el objeto de la acción es neutralizar el equipo desde el que se produjo el ataque cibernético.

7. Dentro del ataque armado la acción cibernética es un arma más (por ej., para impedir suministro de armas, energía, alimentos, diseminar informaciones falsas, provocar el estallido de bombas o dirigir las operaciones armadas...). Se ha hablado así de la *computerización* de la guerra convencional (en Afganistán, 2001, en Irak, 2003), de un campo de batalla *virtual*.

8. Además de las normas de la Carta (y del DI consuetudinario) hay otros convenios multilaterales con reglas pertinentes.

9. Los rasgos diferenciales de las acciones cibernéticas como armas aconseja el establecimiento de una normativa *ad hoc*, a través preferiblemente de una Convención multilateral bajo los auspicios de NU (D. Delibasis). Piénsese, así, en la inmediatez del efecto dañoso, la dificultad de identificar la fuente original del ataque y sus autores, la posibilidad de que éste se desencadene a partir de elementos introducidos en el *hardware*, llamados a activarse en una fecha o al producirse un hecho determinado.

10. Son aplicables, desde luego, a los individuos implicados en estas acciones los mecanismos de cooperación internacional aplicables a individuos y bandas criminales (crimen organizado).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Sobre la prohibición del uso de la fuerza, en lengua española*: A. Rodríguez Carrión, *Uso de la fuerza por los Estados*, Málaga, 1974; C. Díaz Barrado, *El uso de la fuerza en las relaciones*

internacionales, Madrid, 1991; R. Bermejo, *El marco jurídico internacional en materia del uso de la fuerza*, Madrid, 1993; C. Márquez, *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en el DI*, Madrid, 1998; C. Gutiérrez Espada, "La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada", *Cur. DI Vitoria* 1989, 185; *id.*, "El 'uso de la fuerza' en el informe del Secretario General de NU preparatorio de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (septiembre de 2005)", *REEI*, n° 10, 2005; A. Ruiz Miguel, "Guerras justas e injustas: entre la moral y el Derecho", *Cur. DI Vitoria* 1991, 95; A. Marín, "Del *ius ad bellum* en la Escuela de Salamanca al uso de la fuerza en la sociedad internacional actual", en *La Escuela de Salamanca y el DI en América*, Salamanca, 1993, 83; J.M. Ruda, "El principio del no uso de la fuerza en América", *ibid.*, 169; C. Díaz Barrado, "La prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones", en F. Mariño (ed.), *Balance y perspectivas de NU en el cincuentenario de su creación*, Madrid, 1996, 141; M. Medina, "La prohibición de la fuerza en el siglo XXI", *Hom. J.A. Carrillo*, Sevilla, 2005, v. II, 879. **En otras lenguas:** Ch. Alibert, *Du droit de se faire justice dans la société internationale depuis 1945*, París, 1983; S. Cateforopoulou-Stratis, *Le recours à la force dans la société internationale*, Lausana, 1986; A. Cassese (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, 1986; L. Henkin y otros, *Right v. Might: IL and the Use of Force*, Nueva York, 1989; S.L. Fidler Damrosch y D.J. Scheffer, *Law and Force in the New International Order*, Colorado, 1991; A. Clark y R.J. Beck, *IL and the Use of Force*, Londres, 1993; C. Gray, *IL and the Use of Force*, Oxford, 2000; J. Samtleben, "Das gewaltverbot als allgemeine regel des Völkerrechts. Eine Fallstudie", *Hom. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, v. I, 663.

2. La sentencia de la CIJ en el asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1986), en lengua española: A. Zamora, *El conflicto EE.UU.-Nicaragua*, Managua, 1996; J.L. Piñol, "Los asuntos de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de este Estado", *RI:DI*, 1987, 99; A. Rodríguez Carrión, "El DI en la sentencia de la CIJ en el asunto Nicaragua-EE.UU.", *Cur. DI Vitoria* 1987, 15; **en otras lenguas:** C. Lang, *L'affaire "Nicaragua-EE.UU." devant la CIJ*, París, 1990; J. Verhoeven, "Le droit, le juge et la violence", *RGDIP*, 1987, 1159.

3. Sobre la legítima defensa, en lengua española: M. Ortega, *La legítima defensa del Estado*, Madrid, 1991; E. Arroyo, "Reflexiones en torno a la legítima defensa como causa excluyente de la ilicitud en DI", *Anales U. de la Laguna*, 1982-83, 75; C. Gutiérrez Espada, "Algunas reflexiones en torno a la legítima defensa", en C. Jiménez Piernas (ed.), *La responsabilidad internacional*, Alicante, 1991; A. Fernández Tomás, "El recurso al artículo quinto del Tratado de Washington tras los acontecimientos del 11 de septiembre: mucho ruido y pocas nueces", *REDI*, 2001, 205; J. González Vega, "Los atentados del 11 de septiembre, la operación 'Libertad duradera' y el derecho de legítima defensa", *REDI*, 2001, 247; L.I. Sánchez Rodríguez, "Una cara oscura del DI: legítima defensa y terrorismo internacional", *Cur. DI Vitoria* 2002, 267; M. Pérez González, "La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva", *REDI*, 2003, 187. **En otras lenguas:** Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, 1994 (3ª ed., 2001); S.A. Alexandrov, *Self-Defence against the Use of Force in IL*, La Haya, 1996; A. Constantinou, *The Right of Self-Defence under Customary Law and Article 51 of the UN Charter*, Atenas-Bruselas, 2000; D. Rodin, *War and Self-Defence*, Oxford, 2002; S.D. Murphy, "Terrorism and the Concept of 'Armed Attack' in Article 51 of the U.N. Charter", *HIJL*, 2002, 41; O. Corten y F. Dubuisson, "Opération 'Liberté immuable': une extension abusive du concept de légitime défense", *RGDIP*, 2002, 51.

4. Sobre la licitud del recurso a las armas nucleares y la op. cons. de la CIJ en 1996, en lengua española, P. A. Fernández Sánchez (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, IV Jornadas de DI Humanitario, Sevilla, 1997; A. Iglesias Velasco, "¿Son legales las armas nucleares? Opiniones consultivas de la CIJ en los asuntos de la *Legalidad de la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* y de la *Legalidad de la amenaza o empleo de las armas nucleares*", *Annales (A. Centro de la UNED, Barbastro)*, 1993-94, 93; *id.*, "Los ensayos nucleares franceses a la luz del DI", *Cuad. Jurídicos*, 1996, 58. **En otras lenguas,** P. Bekker, "Advisory Opinions of the World Court on the *Legality of Nuclear Weapons*", *ASIL Newsletter*, 1996, 1; G. Abi-Saab, "The Court and the Bomb: A Case of Mutual deterrence?", *Transnational Law & Contemporary Problems*, 1997, pp. 429 y ss.; M. G. Kohen, "L'avis consultatif de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi*

d'armes nucléaires et la fonction judiciaire", EJIL (1997), pp. 336 y ss.; A.S. Millet, "Les avis consultatifs de la CIJ du 8 juillet 1996", *RGDIP*, 1997, 141 R. Ranjeva, "L'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires et le problème de la guerre juste", *CEBDI*, vol. II (1998), pp. 21-33. Asimismo, L. Boisson de Chazournes y Ph. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, 1999.

5. En relación con otros usos de la fuerza, en lengua española: C. Gutiérrez Espada, *Uso de la fuerza y DI después de la descolonización*, Valladolid, 1988; J. González Vega, *Conflictos territoriales y uso de la fuerza*, Madrid, 1994; M.A. Ruiz Colomé, *Guerras civiles y guerras coloniales*, Madrid, 1996; J.M. Ortega, *La intervención de la OTAN en Yugoslavia*, Oviedo, 2001; J. Pueyo, "Represalias, uso de la fuerza y crímenes internacionales en el actual orden jurídico internacional", *Cur. DI Vitoria* 1988, 45; J.A. Vallés, "Reflexiones sobre el estado de necesidad y el uso de la fuerza en la reciente práctica internacional", *Annales*, nº 8-9, 1991, 117; C. Gutiérrez Espada, "¿No cesaréis de citarnos leyes viendo que ceñimos espada?", *ADI*, 2001, 25. **En otras lenguas:** N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht, 1985; H.A. Wilson, *IL and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford, 1988; A.R. Coll, J.C. Ord y S.A. Rose (eds.), *Legal and Moral Constraints on Low-Intensity Conflicts*, Newport, 1995; M.W. Zacher, "The Territorial Integrity Norm: International Boundaries and the Use of Force", *IO*, 2001, 215. V. tb. biblio. Cap. XXXI (intervención humanitaria).

Capítulo XXVII

El sistema de seguridad colectiva

CXXXII. CONSIDERACIONES GENERALES

590. La reacción institucional: de la Sociedad de Naciones

El mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales es el primero de los propósitos de las NU (art. 1.1 de la Carta) y para conseguirlo se propone “tomar medidas colectivas eficaces” que permitan prevenir y eliminar las amenazas a la paz y suprimir su quebrantamiento y los actos de agresión, siendo obligación de los Estados partes prestar a la Organización “toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza” de conformidad con la Carta y abstenerse de darla “a Estado alguno contra el cual la Organización estuviese ejerciendo acción preventiva o coercitiva” (art. 2.5).

Este sistema de seguridad colectiva constituyó una reacción a las patentes debilidades y quiebras del sistema establecido por el Pacto de la S. de N. En virtud de éste (art. 16) el miembro que emprendía una guerra *ilegal* era considerado *ipso facto* como autor de un acto de guerra contra todos los demás. Como consecuencia de esta calificación —que quedaba en manos de cada Estado— se imponía la ruptura inmediata —obligatoria y automática— de toda clase de relaciones con el transgresor. Las sanciones militares eran, en cambio, facultativas, teniendo el Consejo únicamente el deber de recomendar a los gobiernos dispuestos a aplicarlas los efectivos militares con que contribuir a las fuerzas que harían respetar los compromisos de la Sociedad y limitándose la obligación de los restantes a facilitar el paso de dichas fuerzas por su territorio. La única medida que, realmente, podía decidir el Consejo —y eso por unanimidad— era la de excluir de la Organización al culpable.

En suma, las sanciones del Pacto resultaban: 1) estrechas en su ámbito material de aplicación, debido al limitado alcance normativo en ese momento de la prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales; 2) rígidas en su aplicación, a causa del automatismo de las obligatorias, y 3) escasamente institucionalizadas, por la descentralización de la calificación de la guerra y la debilidad de las competencias atribuidas al Consejo.

591.... a la Organización de las Naciones Unidas

“Mantener la paz y la seguridad internacionales” es el primer propósito de las NU. De ahí el interés por solucionar las *controversias* cuya persistencia sea susceptible de poner en *peligro la paz y la seguridad internacionales* y prevenir y eliminar las *situaciones* (concepto que alivia la calificación de las partes y el objeto propio de las controversias) que puedan conducir a fricciones internacionales o dar origen a controversias capaces de provocar *quebrantamientos de la paz* (arts. 1.1, 11.3, 12.1, 33, 34 y 35 de la Carta).

Dado que la responsabilidad *primordial* de mantener la paz y la seguridad internacionales es conferida al C. de S. “a fin de asegurar una acción rápida y eficaz por parte de las NU” (art. 24.1), es explicable que ese protagonismo se proyecte también en la diplomacia preventiva que incluye el encauzamiento y solución por medios pacíficos de controversias y situaciones.

Los poderes que se otorgan al Consejo a tal efecto se encuentran en el Capítulo VI de la Carta (arts. 33-38). La *diplomacia preventiva* es, asimismo, piedra angular del *Programa de Paz* (1992) presentado por el Secretario General, y de declaraciones de la AG (por ej., res. 43/51, de 1988; 46/59, de 1991, 47/120, de 1992...).

Los límites impuestos a la intervención de la AG en el arreglo pacífico son concluyentes de su subordinación respecto del C. de S. Así, la Asamblea: 1) no hará recomendación alguna mientras el Consejo esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta con respecto a una controversia o situación, a no ser que lo solicite el propio Consejo (art. 12.1), y 2) deberá deferir al Consejo toda cuestión que requiera acción (art. 11.2). A tales limitaciones ha de unirse la generalidad con la que han sido descritas las competencias de la Asamblea en materia de arreglo pacífico (arts. 10, 11 y 14), frente a la especificidad de las asignadas al Consejo en el Capítulo VI de la Carta. La práctica de NU ha acentuado la primacía del Consejo.

Competencia *primordial* no debe, sin embargo, ser confundida con *exclusiva*. Tampoco cabe desconocer el desarrollo de las funciones político-diplomáticas atribuidas y/o ejercidas por el Secretario General que, de mero *instigador* del sistema de arreglo (art. 99) y *factor* del Consejo y de la Asamblea (art. 98), ha pasado a ser, frecuentemente, una primera instancia en la solución de situaciones conflictivas y controversias internacionales. Como ha constatado la *Cumbre Mundial 2005* NU ha evitado muchos conflictos gracias a los buenos oficios del Secretario General (doc. final, res. 60/1, diciembre de 2005).

CXXXIII. EL PAPEL DEL CONSEJO DE SEGURIDAD SEGÚN LA CARTA

592. *El Capítulo VI de la Carta*

Ha de subrayarse, en primer lugar, que *cualquiera de las partes en una controversia que vea en su continuación una amenaza a la paz y seguridad internacionales debe someterla al Consejo si han fracasado otros medios de arreglo* (art. 37.1).

La *Declaración de Manila* (1982) recuerda a los Estados Miembros la trascendencia que tiene el cumplimiento de esta *obligación*. Conviene precisar que si bien el tenor del art. 37 parece exigir una iniciativa

conjunta, no hay tal; la posibilidad que tienen las partes de dirigirse unilateralmente al Consejo en virtud del art. 35.1 y la misma práctica de la Organización lo confirman (por ej., denuncia de Gran Bretaña contra Albania tras los incidentes ocurridos en el estrecho de Corfú, 1946).

La actuación del C. de S. puede excitarse por otras vías:

1) *Por propia iniciativa* del Consejo, que puede *investigar* toda *controversia* o *situación* susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia (art. 34) y exhortar a los interesados a una solución pacífica (arts. 33.2 y 36).

2) *En virtud de un llamamiento de la AG*, que puede demandar la atención del Consejo hacia *situaciones* susceptibles de poner en peligro la paz y seguridad internacionales (art. 11.3), como frecuentemente ha venido haciendo en asuntos relativos a la discriminación racial y la descolonización (por ej., urgiendo el proceso de descolonización de Namibia, res. 42/14B, de 1987, que condujo a la independencia de este país en 1990).

3) *A solicitud de un Estado miembro*, sea o no parte en la controversia, esté o no directamente implicado en la situación (art. 35.1).

Ejemplos nunca han faltado en los que la iniciativa la han tomado Estados terceros a la controversia o situación (por ej., fueron México y Noruega los que sometieron a la consideración del Consejo el conflicto entre Irán e Irak (1980).

4) *A instancia de un Estado no Miembro*, siempre que éste: *a*) sea parte en la *controversia* y *b*) acepte de antemano las obligaciones de arreglo pacífico impuestas por la Carta (art. 35.2).

Así lo hizo, por ej., Corea del Sur —miembro de la ONU sólo desde 1991— para demandar, en 1983, la atención del Consejo respecto del incidente provocado por la destrucción del Boeing 747 de la compañía Korean-Air-Lines sobre espacio aéreo soviético (v. Cap. XXIII)

La ausencia de partes *stricto sensu* en las *situaciones* excluye a los no miembros de esta vía de acceso al sistema; a la misma conclusión cabe llegar en los supuestos contemplados en los artículos 37.1 y 38 de la Carta (v. *infra*).

5) *El Secretario General* puede llamar la atención del C. de S. hacia cualquier *asunto* —controversia o situación— que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (art. 99), función de *iniciativa* que ha cumplido en numerosas ocasiones.

6) *Todas las partes en una controversia* pueden, asimismo, solicitar la intervención del C. de S. a los efectos de llegar a un arreglo pacífico (art. 38). Debe señalarse —y así lo ha hecho el Secretario General en el *Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados* (1991)— que al mediar el consentimiento de todos los interesados las facultades del Consejo se extienden a controversias en las que no ha de estar necesariamente en juego la paz y seguridad internacionales.

Excepcionales son hasta la fecha las ocasiones brindadas al Consejo para actuar a solicitud de todas las partes implicadas (aunque no ha faltado la acumulación de solicitudes unilaterales de las partes enfrentadas

(por ej., cuando India y Pakistán sometieron al Consejo la cuestión relativa al Estado de Jammu y Cachemira, 1948). Cabe por tanto esperar que, en aras de satisfacer las metas que se ha marcado NU en la esfera preventiva, los Estados recurran al art. 38 con más frecuencia. La *Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y situaciones* (1988) hace votos de que así sea.

Las funciones del C. de S. en la solución pacífica de la controversia o situación sometida a su consideración pueden ser las de agente *indirecto* o *directo*:

1) Como *agente indirecto* el C. de S. puede instar a los interesados a una solución pacífica de la controversia mediante la experimentación de los métodos de arreglo tradicionales, sean políticos o jurisdiccionales (arts. 33.2 y 36.1). A este respecto la Carta propone al Consejo dos directrices: *a*) tomar en consideración los procedimientos que las partes hubieren adoptado para el arreglo de su controversia (art. 36.2) y *b*) tener en cuenta que, como regla general, las controversias de orden jurídico deben someterse a la CIJ de conformidad con su Estatuto (art. 36.3). (V. Cap. XVIII).

Medios *políticos* fueron, por ej., los sugeridos por el C. de S. a Irán e Irak, a los que exhortó a la aceptación de cualquier ofrecimiento adecuado de mediación, conciliación o el recurso a los organismos regionales competentes (res. 479, 1980), o, más recientemente, los que en un primer estadio de su controversia se aconsejaron a Ruanda y Uganda, a las que el Consejo señaló la necesidad de lograr una solución política negociada en el marco de los acuerdos de paz firmados en Arusha (res. 812, 1993).

2) Como *agente directo* el Consejo puede ejercer, por sí o por personas u órganos designados al efecto, una labor de buenos oficios, mediación, investigación o conciliación (art. 36.1), a fin de, si lo estiman necesario en aras del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, aconsejar los términos de arreglo que considere apropiados (art. 37.2).

A tal efecto el C. de S. está expresamente facultado por la Carta para iniciar en todo momento una *investigación* acerca de si la prolongación de una controversia o situación es susceptible de poner en peligro la paz y seguridad internacionales (art. 34) y, sobre esa base, decidir si es oportuno recomendar los términos de un arreglo (arts. 36.1 y 37.2).

La decisión de investigar unos hechos es una facultad que el Consejo ejerce con frecuencia (por ej., res. 496, 1981, en virtud de la cual se decidió el desplazamiento de una Comisión, integrada por tres de sus miembros, a las islas Seychelles para determinar las circunstancias en que se había verificado una invasión de mercenarios y discernir las responsabilidades dimanantes). La *Declaración sobre la determinación de los hechos* (1991) enfatiza la importante función preventiva que los órganos políticos de NU, en general, y el C. de S., en particular, pueden llevar a cabo mediante el recurso presto a este procedimiento.

Precedido o no del recurso a la investigación de los hechos, el C. de S. puede ejercer, normalmente a través de una comisión *ad hoc*, funciones de *buenos oficios*, *mediación* o *conciliación*.

Cuando las actuaciones del Consejo —como agente directo o indirecto— son infructuosas y la controversia o situación es *realmente* susceptible de poner en

peligro la paz y seguridad internacionales, habrá llegado el momento de que el Consejo recomiende los *términos de arreglo que considere apropiados* (art. 37.2). Tratándose de un órgano quíntaesencialmente político, no es ocioso recordar que en el desempeño de sus funciones ha de proceder de acuerdo con los propósitos de la Carta (art. 24.2) y que ésta, al enunciarlos, dispone el arreglo pacífico de las controversias “de conformidad con los principios de la justicia y el DI” (art. 1.1).

La intervención del C. de S. en el marco del Capítulo VI de la Carta no supone la puesta en marcha de un mecanismo que permita, mediante una decisión vinculante, poner fin a la controversia (o superar la situación) susceptible de amenazar la paz y seguridad internacionales. El instrumento puesto en manos del Consejo es la *recomendación*, cuyas facultades *decisorias* se activarán sólo cuando el deterioro de la controversia o situación hayan conducido a una *amenaza real* para la paz, rasgando así el velo entre los Capítulos VI y VII de la Carta. Ciertamente, las recomendaciones que el Consejo haga conforme al Capítulo VI pueden ser políticamente muy persuasivas, pero en términos jurídicos la única obligación de las partes se reduce a examinarlas de buena fe y obrar en consecuencia. Se trata por tanto de un instrumento insuficiente para conseguir resultados, que a la vez se presta a manipulaciones por lo que a la adopción de la recomendación se refiere.

En el marco del Capítulo VI los miembros, permanentes o no, del Consejo que sean *partes en una controversia se abstendrán de votar*, dice el art. 27.3 de la Carta. La excepción, justificada por el nobilísimo *nemo iudex in causa sua*, limitaba además el riesgo de que el veto de un miembro permanente paralizara el sistema de arreglo. Pero a éstos no les fue difícil burlar la excepción. No sólo porque los *Grandes* podían sentir como propias las controversias de sus *aliados y clientes*, sino también porque, según la interesada interpretación del art. 27.3 que prosperó, la excepción no alcanza a las *situaciones* y la calificación de un caso como *situación o controversia* se ha considerado una cuestión sustantiva sujeta a la regla de mayoría inclusiva de todos los miembros permanentes. Del *nemo iudex in causa sua* puede pasarse —y se ha pasado (por ej. caso *Lockerbie*, v. *infra*) al *semper iudex pro domo sua*.

Obsérvese, de otra parte, que los Estados especialmente interesados en una *situación* (art. 31) o partes en una *controversia* (art. 32) que no tengan asiento en el Consejo —o incluso que no sean miembros de NU pero sean partes en la controversia— podrán ser invitados a participar en la discusión relativa a dicha situación o controversia pero sin derecho de voto, siendo además el Consejo el que decidirá la oportunidad y condiciones de su intervención.

Si, por otro lado, trasvasamos del Capítulo VI al Capítulo VII (arts. 39-51) la base jurídica de las resoluciones del Consejo, atinentes ahora a la *acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*, los miembros permanentes podrán olvidarse de las molestias del art. 27.3 y, simultáneamente, pasar de las *recomendaciones* a las *decisiones* vinculantes.

593. *El Capítulo VII de la Carta*

En el sistema de seguridad colectiva establecido por el Capítulo VII de la Carta es necesario que el C. de S. determine la existencia de una *amenaza a la paz*, un *quebrantamiento de la paz* o un *acto de agresión* (art. 39) para que se ponga en marcha la acción prevista en el Capítulo. El objetivo primario ahora es mantener o restablecer la paz, no hacer justicia, solucionar definitivamente una controversia o adoptar *sanciones* contra los infractores, objetivos, en su caso, secundarios.

A tal efecto el Consejo actúa de manera eminentemente *política*. Según el art. 27.3 de la Carta las decisiones del Consejo sobre todas las cuestiones que no sean de procedimiento serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros entre los que se cuenten todos los miembros permanentes. El acuerdo de éstos (China, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Rusia, antes Unión Soviética) es, pues, imprescindible.

De acuerdo con el tenor literal del art. 27.3 bastaría la abstención o la ausencia de uno de los miembros permanentes para imposibilitar la adopción de resoluciones que no fueran estrictamente procesales. Pero la práctica modificó pronto esta interpretación, entendiéndose ya desde 1947 que la *abstención* de un miembro permanente no debía impedir la formación de la voluntad orgánica, costumbre modificativa de una regla convencional que encontró el refrendo de la CIJ (*Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia de África del Sur en Namibia*, 1971). No puede decirse lo mismo de la *ausencia*. Durante la *guerra de Corea* (1950) el Consejo pretendió adoptar resoluciones, ausente la URSS como protesta por la aceptación de las autoridades de Taiwan como representantes de China en el Consejo. La URSS volvió de inmediato para paralizar con su veto la acción del órgano y hoy está bien establecida la doctrina de que la *ausencia* de un miembro permanente, si bien no impide al órgano deliberar, bloquea la toma de decisiones como si de un veto se tratara.

La generalidad de los *tipos* del art. 39 de la Carta facilita toda suerte de iniciativas y maniobras. Sólo la *agresión* ha sido objeto de una definición abierta y meramente indicativa, que no limita la discrecionalidad del Consejo (res. 3314-XXIX, anexo, de 1974, v. Cap. XXVI).

Una vez subsumida una situación en uno de los tipos del art. 39 el Consejo podrá: 1) instar a las partes a la observancia de las medidas provisionales (alto el fuego, retirada de tropas, tregua, armisticio...) que juzgue necesarias o aconsejables (art. 40); 2) recomendar o decidir medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada, tales como la *interrupción total o parcial de las relaciones diplomáticas, económicas y de toda clase de comunicaciones* (arts. 39 y 41); y 3) ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción necesaria (demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por las fuerzas de miembros de las NU) para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales (arts. 39 y 42).

La mera formulación de las medidas de que dispone el C. de S. sugiere un *crescendo* lógico (una *progresión dramática*, en palabras de P. M. Dupuy). Pero su escalonamiento no es preceptivo. Nada impide que, ante situaciones de singular gravedad, el Consejo recurra directamente a las medidas militares, o que, como demostró su intervención durante la crisis Irak/Kuwait (1990-1991), manifieste

su impaciencia ante la tardanza de un embargo comercial en surtir sus efectos *balsámicos*, acogiéndose con prontitud a la vía armada (v. *infra*).

Hay, por otro lado, una diferencia esencial entre ambos tipos de medidas. Mientras que las decididas por el Consejo conforme al art. 41 son obligatorias para los miembros de las NU desde su entrada en vigor, las que implican el recurso a la fuerza armada conforme al art. 42 ven condicionada su aplicación a la firma de convenios especiales (art. 43), convenios que no han llegado a celebrarse. El sistema de seguridad colectiva exige, además, que el uso de la fuerza armada responda a planes hechos por el C. de S. con la ayuda del Comité de Estado Mayor (art. 46) o, dicho de otro modo, que el C. de S. conserve en todo momento el control sobre la aplicación de las medidas militares.

Los Estados miembros “convienen en aceptar y cumplir las decisiones del C. de S.”, siempre que se tomen “de acuerdo con esta Carta” (art. 25). Esta puntualización, unida a la previsión de que en el desempeño de sus funciones el Consejo “procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las NU” (art. 24.2) limita la amplia discrecionalidad del Consejo en el ejercicio de su responsabilidad, dentro y fuera del Capítulo VII de la Carta (CIJ, *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia de África del Sur en Namibia*, 1971), y ofrece, eventualmente, un asidero, por genérico que sea, a quienes lo discuten (sean Estados miembros, *obligados* a cumplir las resoluciones *vinculantes* del Consejo, o bien órganos internacionales judiciales o arbitrales llamados a pronunciarse sobre su aplicación en el marco de un asunto que les haya sido sometido, v. Cap. XXVIII)

CXXXIV. LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DURANTE LA GUERRA FRÍA (1945/1989)

594. *El Capítulo VII hasta cierto punto*

Durante los años de la *guerra fría* el sistema de seguridad colectiva evitó una conflagración mundial a costa de *ignorar* numerosos conflictos localizados. En esos años se sentenció que un mundo bipolar escindido en irreconciliables bloques ideológicos que respondían a los intereses de poderes hegemónicos en competencia había paralizado el Consejo, quebrando de paso los buenos augurios en favor del cumplimiento de la prohibición del uso de la fuerza.

Siendo la unanimidad de los *Grandes* el basamento del mecanismo de la seguridad colectiva, quedaban sustraídas al juego del Capítulo VII una porción de conflictos, a saber, aquéllos en que directa o indirectamente estuviesen implicados los miembros permanentes del Consejo o sus clientes y protegidos. Para imponer su política un miembro permanente necesita a los demás; para impedir la de los demás se basta a sí solo.

En los quince primeros años de la Organización (1945-60) una Unión Soviética en minoría recurrió al veto más de cien veces, con gran escándalo propagandístico occidental. Luego declinó su aprovechamiento hasta pasar a una estricta abstinencia en el quinquenio gorbachoviano (1986-90). La línea estadística de los Estados Unidos fue, justamente, la inversa. Absolutamente morigerado en los primeros veinte años de la Organización, recurrió al veto cuarenta y nueve veces entre 1966 y 1985 y veintitrés más entre 1986 y 1990.

Paralizado por el juego de intereses de sus miembros permanentes, el C. de S. se vio incapaz de responder a la fuerza ejecutada por ellos. Así, proyectos de resolución para condenar la intervención militar soviética en *Afganistán*, en 1979, el bombardeo aéreo de las ciudades abiertas de Trípoli y Bengasi (Libia), en 1986, o la invasión de Panamá, en 1989, por Estados Unidos, fueron bloqueados por el veto de la URSS en el primer caso y por el veto norteamericano (acompañado por Gran Bretaña y Francia) en los otros dos.

Sin embargo, la consideración de la práctica obliga a conclusiones más matizadas:

1) En relación con los *tipos* del art. 39 el C. de S. hizo referencia numerosas veces a la *amenaza a la paz* que implicaban situaciones originadas por relaciones interestatales y otras que traían su origen de conflictos internos con posibles ramificaciones en el exterior (así, segregación racial en Rodesia del Sur y Sudáfrica, conjugada con las políticas de sus gobiernos frente a los Estados de su entorno). Sólo excepcionalmente se calificó una situación como *quebrantamiento de la paz* (la intervención militar de Corea del Norte en territorio de Corea del Sur, res. 82, de 1950; la de Argentina en las Malvinas, res. 502, de 1982; la de Irak en Irán, sólo en 1987, res. 598, siete años después de iniciado el conflicto). Nunca se recurrió a la *agresión* para calificar situaciones que aparentaban serlo, sin que la definición trabajosamente elaborada por la Asamblea para *iluminar* al Consejo (res. 3314-XXIX, anexo, de 1974) fuese aprovechada.

Aunque pueden espigarse entre las resoluciones del Consejo algunas que se refieren a la agresión armada o a los actos agresivos de ciertos Estados, la impresión es que aparecen en el texto con una significación retórica, más que legal, pues a menudo se dice en el mismo texto que tales actos son una "amenaza para la paz" internacional. Así fueron calificados como actos de agresión o actos agresivos una porción de los ejecutados por África del Sur y por Rodesia del Sur contra Estados vecinos (V., por ej., res. 387 y 393, de 1976, 411 y 418, de 1977, 428, de 1978, 527, de 1982, 546, de 1984 y 577, de 1985) o el *raid* aéreo efectuado por Israel contra la base de la OLP en Túnez en 1985 (res. 573, de 1985). También se suele mencionar la condena por el Consejo de la "agresión armada" perpetrada el 16 de enero de 1977 contra la R.P. de Benin por un grupo de mercenarios (res. 405, de 1977), pero lo que se pretendió en este caso fue invocar la autoridad del Consejo para respaldar la tesis de que la autoría de la agresión puede ser no estatal, punto muy discutido (v. Cap. XXVI).

En la guerra con Irak, Irán insistió en que se discerniese la responsabilidad del conflicto. El Consejo, por razones políticas, no quiso hacerlo por sí mismo y por la res, antes mencionada (la 598, de 1987) pidió al Secretario General que examinase en consulta con las partes la cuestión de "confiar a un órgano imparcial" la investigación de dicha responsabilidad, informando al Consejo "lo antes posible". Pasaron más de cuatro años antes de que el Secretario General, Pérez de Cuéllar, mencionase —en un informe al Consejo (diciembre, 1991)— "la agresión de Irak contra Irán... en violación de la prohibición del uso de la fuerza, que se considera como una de las reglas de *ius cogens*". Para entonces Irak se encontraba ya bajo el régimen de *sanciones* impuesto por el Consejo tras fracasar su aventura en Kuwait... (v. *infra*).

2) En relación con las medidas decididas en el marco del Capítulo VII cabe llamar la atención sobre el hecho de que en dos de los casos calificados como un *quebrantamiento de la paz* el Consejo no pasó de las medidas provisionales *ex art. 40*.

En el conflicto de las Malvinas el C. de S. invocó el art. 40 para solicitar la retirada argentina y llamar a las partes al arreglo de su controversia (res. 502, de 1982), con escaso predicamento. Asimismo el Consejo, después de remolonear durante largo tiempo, exigió de Irak e Irán (res. 598, de 1987) la observancia de un alto el fuego y el arreglo pacífico de sus controversias.

Sólo en otro caso de *quebrantamiento de la paz*, la intervención militar de Corea del Norte en Corea del Sur, se fue más allá, al punto de autorizarse y recomendarse el uso de la fuerza a los Estados miembros en general para atajar la invasión (res. 84, de 1950), decisión adoptada aprovechando que el representante soviético se encontraba ausente y por lo tanto, cuanto menos, de dudosa constitucionalidad (v. *supra*). La autorización y recomendación de una medida que implicaba el uso de la fuerza —un bloqueo naval— se formuló también, años después, a Gran Bretaña (res. 221, de 1966), a fin de que como potencia administradora hiciese efectivo el embargo comercial de Rodesia del Sur, que se había independizado unilateralmente e instaurado un régimen de minoría blanca en violación flagrante del principio de libre determinación (res. 216 y 217, de 1965). El recurso a medidas militares obligatorias para los Estados miembros (art. 42) parecía imposible, al fallar su premisa (la existencia de los convenios especiales previstos por la Carta (art. 43).

Rodesia del Sur (que entonces no era miembro de NU), por la *debellatio* de la minoría blanca e instauración de una República segregacionista, y África del Sur, por su política de *apartheid*, fueron los dos únicos casos (en cuarenta y cinco años) en que el Consejo decidió medidas *ex art.* 41.

A Rodesia del Sur se le impusieron tales medidas en 1966 (res. 232), ampliadas y reforzadas hasta suponer un bloqueo completo (res. 253, de 1968, 277, de 1970, 388, de 1976, y 409, de 1977). Fueron levantadas cuando el régimen blanco rodesiano depuso su actitud (res. 460, de 1979, y 463, de 1980) y la antigua colonia británica, con el nombre de Zimbabwe, fue admitida como miembro de NU (res. 477, de 1980).

La AG condenó al régimen sudafricano e impulsó su aislamiento, mientras que el C. de S., que en 1963 había *recomendado* un embargo de armas y equipo militar (res. 181), fue elevando el tono de sus resoluciones para hacer *obligatorio* en 1977 el embargo (res. 418 y 421). Era la primera vez que en NU se adoptaban contra un Estado miembro *sanciones* fundadas en el Capítulo VII de la Carta. Con posterioridad, tras requerir un esfuerzo redoblado para asegurar la efectividad de la medida (res. 473 y 475, de 1980, 588, de 1984, y 591, de 1986), el Consejo *recomendó* nuevas medidas de naturaleza económica, cultural y deportiva (res. 569, de 1985), levantadas sólo una vez que África del Sur renunció a su política de *apartheid* (res. 919, de 1994).

3) En cuanto a las *vías de escape* que se intentaron para oxigenar el sistema cuando se paralizaba por el desacuerdo de los miembros permanentes del Consejo, la más interesante se tradujo en la res. 377 A-V (*Unidos para la Paz*) de la AG, inspirada por los Estados Unidos (que en aquel entonces contaba con una influencia decisiva sobre la mayoría de los miembros de la ONU) para, en la ocasión de la *guerra de Corea* (1950), trascender a un Consejo sofocado por el veto soviético,

Según esta resolución si el Consejo no podía cumplir con su responsabilidad por el desacuerdo de sus miembros permanentes, la AG examinaría inmediatamente el asunto con el fin de dirigir a los miembros *recomendaciones* apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive el uso de las fuerzas armadas cuando fuere necesario; de no estar en ese momento reunida, la Asamblea sería convocada en sesión

extraordinaria de urgencia dentro de las veinticuatro horas siguientes a solicitud, bien del C. de S. mediante res. de carácter procesal (no sujeta a veto), bien de la mayoría de los miembros de la Organización.

Mucho se ha discutido sobre la constitucionalidad de la res. 377 A (V). Dentro del Capítulo VII era obvia la falta de competencia de la Asamblea. Fuera de él, las funciones y poderes que en su favor establecen los arts. 10 y 11 topaban con el límite expreso del núm. 2 de esta última disposición: toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacional que requiera acción será referida al C. de S. por la Asamblea, antes o después de debatirla. Sin embargo, para los partidarios de la resolución el Consejo tenía la responsabilidad *primordial* en el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, no la *exclusiva*, y si no respondía adecuada y oportunamente al primer y fundamental propósito de la Carta, la Asamblea estaba facultada para intervenir subsidiariamente en virtud de su amplia competencia general y composición plenaria. El límite del art. 11.2 se concretaba a las acciones coercitivas que sólo podía, en efecto, decidir con carácter vinculante el Consejo, pero no impedía a la Asamblea aprobar recomendaciones, no obligatorias para sus destinatarios (CIJ, *Ciertos gastos las NU*, art. 17.2 de la Carta, 1962).

En todo caso la experiencia coreana hizo aconsejable que el recurso posterior a los poderes que la AG se había otorgado vía res. 377 A (V) excluyese la recomendación de medidas militares. Estados Unidos perdió la fe en la AG a medida que perdió el control sobre la mayoría de sus miembros y las sesiones de la AG con base en esta resolución se han acabado convirtiendo para él en una fuente de mortificación, sobre todo en la medida en que es utilizada por los países árabes y musulmanes como una instancia de presión política de la Organización sobre Israel cada vez que Estados Unidos protege con el veto a su aliado estratégico de eventuales resoluciones condenatorias del C. de S.

Ya en los últimos años de este período la falta de reacción del Consejo ante las crisis (Irán y Afganistán en 1979; Malvinas y Polonia en 1982; Libia en 1986...) en que estaban interesados los Estados Unidos y sus aliados, unida a la menor disponibilidad para la causa occidental de las mayorías en que se sustenta la AG, provocó la emergencia de una práctica *sancionadora* de los países capitalistas desarrollados frente a terceros Estados (la URSS, Irán, Libia, Siria...) acusados de crímenes internacionales. Esta práctica, que implicó un recurso al embargo económico, se ejerció en clave de sustitución de la acción del C. de S., ejecutando incluso proyectos de resolución, sobre los que el órgano había deliberado y que se habían encontrado con el veto de un miembro permanente (habitualmente la URSS).

595. *El Capítulo VI “y medio”: las operaciones de mantenimiento de la paz*

Las operaciones de mantenimiento de la paz no se encuentran contempladas expresamente en la Carta. Su emergencia fue temprana, bajo la modalidad de grupos de observadores militares no armados, creados por el C. de S.

Así, ya en 1948 se constituyó el Organismo de las NU para la Vigilancia de la Tregua Palestina (UNTSO), cuya misión consistía en vigilar el cumplimiento del alto el fuego tras la primera contienda bélica entre Israel y los países árabes (1948) y que revistió la forma jurídica de un organismo subsidiario del C. de S., con fundamento en el art. 40 de la Carta (res. 50 y 54, de 1948 y 73 de 1949). Al año siguiente se creó un segundo grupo de observadores para verificar el alto el fuego entre India y Pakistán en Cachemira (UNMOGIP).

Pero fue el conflicto del Canal de Suez (1956), provocado por la intervención militar franco-británica contra el Egipto de G. A. Nasser (quien había decretado la nacionalización del Canal) y la simultánea invasión del Sinaí por Israel, el que ofreció la oportunidad para la primera operación de mantenimiento de la paz organizada como una fuerza armada de interposición bajo mando militar. Tuvo que ser la AG, como reacción ante un C. de S. paralizado por el doble veto de los miembros permanentes implicados en la crisis (Francia y Gran Bretaña), la que convocada en sesión de urgencia (en aplicación de la res. *Unidos para la Paz*) solicitó del Secretario General “un plan destinado a la constitución, con el consentimiento de las naciones interesadas, de una Fuerza internacional de Emergencia de las NU (UNEF) encargada de garantizar y supervisar la cesación de las hostilidades”.

Las operaciones de mantenimiento de la paz se han caracterizado tradicionalmente, siguiendo la teorización debida fundamentalmente al Secretario General de NU, Dag Hammarskjöld, como medidas de índole militar o paramilitar desarrolladas en el territorio y con el consentimiento de uno o más Estados miembros cuyo propósito esencial es, en una circunstancia de tensión internacional altamente peligrosa para la paz y seguridad internacional, contener y controlar un conflicto o una situación crítica, preservando o restableciendo la paz física y facilitando la atmósfera para que, a través de la negociación o cualesquiera otros medios de arreglo pacífico, los interesados traten de salvar con las palabras, no con las armas, sus diferencias.

Las operaciones de mantenimiento de la paz se han subsumido en las dos categorías ya mencionadas: 1) grupos de observadores militares no armados y 2) fuerzas armadas integradas bajo un mando militar.

Los primeros desempeñan un papel de supervisión, notificando el resultado de su observación por conducto reglamentario a las NU, cuyos órganos disponen así de una información imparcial en relación con el *mandato* recibido por los observadores: seguir el cumplimiento de un alto el fuego, determinar la infiltración de hombres o material hostil a través de las fronteras de un Estado... Su sola presencia permite, por otra parte, mantener abierto un canal de comunicación entre los sujetos enfrentados, desplegando así una dimensión humanitaria encaminada a solventar problemas cotidianos en la zona de conflicto.

Los contingentes armados (Fuerzas de mantenimiento de la paz de las NU) desempeñan, junto a las misiones de observación, otras misiones que, en cada caso, son precisadas en el mandato que reciben: impedir, en la medida de sus posibilidades, la reanudación de hostilidades entre comunidades o fuerzas en-

frentadas; neutralizar la zona en la que se despliegan los efectivos; controlar la limitación de armamentos; evitar la intervención extranjera; asegurar la restauración de la autoridad efectiva de un gobierno sobre su territorio; ayudar al mantenimiento del orden público...

Junto a la UNEF I, la fuerza desplegada en el conflicto del canal de Suez en 1956, el C. de S. autorizó la creación en 1960 de la ONUC, fuerza multinacional destinada a intervenir en la conflictiva situación del antiguo Congo Belga, originada por las disputas entre facciones internas, los intentos separatistas de la rica provincia de Katanga, la intervención militar de la antigua potencia colonial, apoyada en la protección de sus nacionales, y la injerencia de las superpotencias. La AG también participó en la configuración de la operación, extendiendo su mandato en ocasiones en que el C. de S. se encontraba incapacitado para hacerlo por causa del veto. Asimismo, en 1962 el tránsito entre la administración holandesa y la indonesia en Irián occidental fue salvado mediante el concurso de la UNSF/UNTEA, operación que contó con un importante componente civil y que posibilitó que, por primera vez, NU tuviese autoridad temporal sobre un vasto territorio. El conflicto entre la mayoría griega y la minoría turca en Chipre dio pie a una nueva operación (UNFICYP, 1964). El conflicto árabe-israelí ha suministrado más ocasiones provocadoras de nuevas operaciones: la guerra del *Yon Kipur*, en 1973, implicó el establecimiento de la UNEF II, desplegada en el Sinaí, y de la Fuerza de observación y separación de fuerzas en las alturas del Golán (UNDOF, 1974); y, finalmente, la invasión israelí del Líbano en 1978 propició UNIFIL.

Las fuerzas de mantenimiento de la paz no son fuerzas de combate, sino de policía. Sólo pueden emplear las armas en legítima defensa, respondiendo a ataques armados, incluido el intento por desalojarlas de las posiciones ocupadas e impedirles el desempeño de sus funciones. En ocasiones, no obstante, el mandato recibido ha sido extendido a la autorización del uso de la fuerza, por la índole del conflicto y el cariz de los acontecimientos en el que se encontraba inmersa la operación, como sucedió con la ONUC en 1961 en el Congo (C. de S., res. 169).

En el Congo llegaron a concentrarse veintitrés mil soldados que llevaron a cabo una acción militar vigorosa de imposición de la paz logrando poner término a los intentos secesionistas de Katanga sobre la base de archivar, siguiendo las directrices del Consejo, los principios (imparcialidad y neutralidad incluidos) que normalmente inspiraban a las operaciones de paz. Las pérdidas de vidas humanas fueron cuantiosas (entre ellas, doscientos cincuenta miembros de ONUC), incluyendo al propio Secretario General de NU, Dag Hammarskjöld, cuya gestión había sido durísimamente contestada por la Unión Soviética.

Las operaciones de mantenimiento de la paz han venido planteando problemas de competencia en relación con: 1) su autorización, 2) su ejecución y 3) su financiación:

1) En cuanto a su *autorización*, se ha discutido si la reconocida competencia del C. de S. es exclusiva o, alternativa/subsidiariamente, compartida por la AG. Ello depende de que la operación se considere una acción *coercitiva* en el sentido del Capítulo VII de la Carta, en cuyo caso la competencia correspondería sólo al Consejo, o no. Según la opinión más extendida (endosada por la CIJ, *Ciertos gastos de las NU*, art. 17.2 de la Carta, 1962) la constitución de una Fuerza (y con mayor motivo un grupo de observación), no merece la calificación de acción coercitiva tanto por la naturaleza de la función asignada, que no supone el uso de las armas

contra un Estado agresor, desobediente a los requerimientos del Consejo, como por el carácter voluntario del mecanismo, que se establece con el consentimiento del o de los Estados donde ha de asentarse y con contingentes y apoyo logístico libremente aportados.

El hecho confirmado por la práctica de que una operación de mantenimiento de la paz puede ser encomendada a un organismo regional o a un (grupo de) Estado(s) sin necesidad de una autorización de NU confirma su carácter no coercitivo.

Piénsese, por ej., en la organización por sucesivos acuerdos entre Estados Unidos, Egipto e Israel de la Misión de Apoyo de Estados Unidos en el Sinaí (1975) o en la Fuerza Multinacional y Observadores en el Sinaí (FMO, 1982), que sucedió a la UNEF II una vez que el C. de S., bloqueado por el veto soviético, no prorrogó su mandato. Lo mismo cabe decir de la Fuerza Multinacional en el Líbano (FMN, 1982) que, a propuesta de este país, y con el consentimiento de Israel, la OLP y Siria, cumplió en un corto espacio de tiempo con su mandato relativo a la evacuación de las tropas de la OLP y de Siria de Beirut.

Ahora bien, es prácticamente unánime el criterio de que en el caso de que la AG examine una cuestión que puede entrañar una operación de mantenimiento de la paz, lo procedente es que formule recomendaciones al Consejo para que sea éste el que la autorice y controle en atención a su responsabilidad primordial en la materia. El problema, naturalmente, surge cuando el veto de un miembro permanente paraliza al Consejo.

2) La *ejecución* de una operación de mantenimiento de la paz se lleva a cabo por un órgano integrado, esto es, compuesto por individuos que deben ser leales a las NU, imparciales y neutrales en el ejercicio de sus funciones. Jurídicamente tal órgano es, en principio, subsidiario del órgano que lo autoriza, al que corresponde la dirección general. Pero la escasa adecuación del Consejo y de la Asamblea (órganos colegiados, numerosos, distantes, deliberantes y sujetos a un procedimiento rígido) para este ejercicio ha reforzado el papel del Secretario General, que ha asumido la responsabilidad de su funcionamiento, de la ejecución de su mandato, a través, en su caso, de su Representante Especial o del Comandante de la Fuerza o grupo de observación por él designado con el consentimiento del órgano que autoriza la operación. Esto ha convertido las operaciones de mantenimiento de la paz en un híbrido, justificando que la terminología oficial las caracterice frecuentemente como órganos subsidiarios de las NU (no del Consejo o de la Asamblea).

Si bien es cierto que la intervención ejecutiva del Secretario General se ha consolidado, no lo fue sin encontrar seria resistencia en las Grandes Potencias, deseosas de conservar el control sobre todas las fases de la ejecución de la operación y, especialmente, de la Unión Soviética. Considerando que uno de los requisitos esenciales para garantizar el éxito de la operación estriba en la confianza depositada por el Consejo (o la AG) en el Secretario General y buscando un compromiso, en la práctica se estableció una comunicación fluida entre ambos órganos. Además, las operaciones son autorizadas por un plazo preestablecido,

generalmente semestral, lo que permite a los miembros permanentes detenerlas vetando la renovación del mandato.

3) En cuanto a la *financiación*, las operaciones son un *gasto de la Organización*, al ser autorizadas por resoluciones de sus órganos (C. de S. y AG) y encaminarse al cumplimiento de uno de los propósitos de las NU, el mantenimiento de la paz. Por ello, debe inscribirse en su presupuesto, correspondiendo a la AG su aprobación y el reparto entre los Estados miembros según el baremo normal de cuotas.

Tal aseveración (estimada por el Secretario General y lógicamente sostenida por la Asamblea) no fue compartida por algunos miembros permanentes del Consejo (y principales contribuyentes), quienes creían que correspondía al Consejo determinar las modalidades de financiación de las operaciones. Algunos de ellos (la URSS, Francia) se negaron a pagar, emboscando en la crisis financiera sus discrepancias políticas con la AG acerca de la autorización por ésta de determinadas operaciones (UNEF I) o la extensión del mandato de otras que el C. de S. había previamente aprobado (ONUC).

La CIJ dio razón a la tesis de la AG (*Ciertos gastos de las NU*, art. 17.2 de la Carta, 1962), pero ello no disolvió la enconada resistencia de los deudores, alcanzándose en 1964 el clímax cuando se supo que Estados Unidos estaba dispuesto a solicitar que se retirase el voto en la AG a los miembros cuya suma adeudada fuese igual o superior al total de las cuotas correspondientes a los dos años anteriores completos, tal y como dispone el art. 19 de la Carta. Puesto que la URSS amenazó con la retirada, hubo de llegarse al entendimiento de no poner a votación los proyectos de resolución, sometidos a la Asamblea. Ese fue el origen de la regla del consenso.

A partir de ese momento la práctica se inclinó por las contribuciones financieras voluntarias de los Estados, y así se realizó en relación con UNFICYP (en Chipre) ya en 1964. En ese sentido, la AG estableció en 1965 (y lo volvería a repetir en 1972) una Cuenta Especial para la financiación de las operaciones. Pero en los siguientes años la financiación de las operaciones relativas a Oriente Próximo corrió a cargo del presupuesto de la Organización, decisión facilitada por el levantamiento de las objeciones de los países socialistas. Así, la res. 3101 (XXVIII) de la AG, referida a la financiación de UNEF II, sentó el criterio de reparto colectivo de la carga financiera de las operaciones de mantenimiento de la paz, aun advirtiendo que tal decisión no prejuzgaba las posiciones de principio de los Estados miembros en relación con la financiación genérica de las operaciones y haciendo un llamamiento en favor de las contribuciones voluntarias. Además, la distribución de la carga financiera se realizó calificando a los Estados en cuatro categorías, según un orden decreciente de contribución: *a)* los miembros permanentes del C. de S., *b)* los demás Estados desarrollados, sean o no miembros permanentes de dicho órgano, *c)* los Estados en vías de desarrollo y *d)* una lista cerrada de determinados Estados en vías de desarrollo cualificados por su situación económica especialmente calamitosa, como Afganistán, Nepal, Níger, Somalia, Sudán y Yemen.

Sin embargo, nada se resolvió definitivamente, pues unos entendían que el coste de la operación debía ser afrontado mediante arreglos especiales entre las partes directamente interesadas en que se llevase a cabo la operación, o bien mediante contribuciones voluntarias, y sólo en defecto de tales arreglos la Asamblea debía establecer las cuotas de cada miembro de acuerdo con el art. 17.2 de la Carta, atendiendo a su capacidad económica, a la responsabilidad particular de los miembros permanentes del Consejo y a la afectación de determinados Estados por la situación. Según otros, el C. de S. había de decidir en cualquier caso la financiación de la operación conforme al principio de que *al agresor incumbe el pago*.

En ese sentido las operaciones desplegadas en Irian Occidental (UNTEA, 1962) y Yemen (UNYOM, 1963) fueron financiadas con cargo a las contribuciones de los Estados concernidos. En la práctica, la negativa de algunos miembros a abonar las cuotas correspondientes a determinadas operaciones que no cuentan con su apoyo conduce al endeudamiento de la Organización y a que los Estados que aportan efectivos y apoyo logístico obtengan tarde y mal el reembolso al que tienen derecho.

CXXXV. LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA POSGUERRA FRÍA

596. *La acción del Consejo de Seguridad en la Guerra del Golfo (1990/1991)*

Las circunstancias *ambientales* que rodearon el conflicto Irak/Kuwait (1990-1991) propiciaron un giro pronunciado en la actitud del C. de S. Disipados los enfrentamientos político-ideológicos que antaño culminaban con la interposición del veto por uno de los miembros permanentes, Estados Unidos se encontró además con un conflicto favorable a la conformación de una amplia coalición de Estados conformes en que la fagocitación de un Estado por otro no debía quedar impune. Ello facilitó la retórica de un *Nuevo Orden Internacional* que veía a la *comunidad* de Estados capaz de imponer los dictados del DI a través de los mecanismos coactivos de un sistema de seguridad que, por fin, iba a ser auténticamente colectivo.

La rapidez de la reacción de la ONU frente a la invasión Iraquí del Emirato fue inusitada. El 2 de agosto de 1990 el C. de S. (res. 660) condenó la “invasión” de Kuwait, ocurrida ese mismo día, considerándola un *quebrantamiento de la paz* (art. 39), y decretó medidas provisionales (art. 40) exigiendo la retirada Iraquí del territorio ocupado; como tal llamamiento fue desoído, en sólo cuatro días el Consejo adoptó un embargo comercial contra Irak por la “invasión y ocupación” del Emirato (res. 661) y a la semana declaró nula y sin efecto su “anexión” (res.

662). Para entonces ya se había desencadenado una oleada de medidas de presión económica por parte de los países occidentales (supervivencia de antiguas prácticas descentralizadas). Estas resoluciones supusieron una impecable *resurrección* del sistema de seguridad colectiva, actuante en el estricto marco de la legalidad. Y esta fue seguramente la mayor virtud de la crisis del Golfo.

Su continuidad, en cambio, sembró la incertidumbre acerca de su adecuación con los presupuestos del sistema. Una primera duda se cernió sobre la actuación del C. de S. cuando éste decidió el mismo agosto autorizar a “los Estados miembros que cooperan con el gobierno legítimo de Kuwait y despliegan fuerzas navales en la región a tomar las medidas necesarias, según las circunstancias del momento, bajo la autoridad del C. de S., para detener a todos los buques mercantes” (res. 665); es decir, una perífrasis autoritativa de un bloqueo naval destinado a dar eficacia al embargo comercial anteriormente decretado.

Posteriormente, la curva progresiva de los acontecimientos obligó al Consejo a dar un paso más: la res. 678 (noviembre de 1990) autorizó a los Estados miembros a recurrir a todos los medios, incluyendo el uso de la fuerza, para restablecer la soberanía kuwaití y la paz en la región. Tal autorización implicó una delegación del Consejo en favor de los Estados miembros, poniendo en sus manos: 1) el control del uso de la fuerza armada en el campo de operaciones; y, lo que resulta más grave, 2) la decisión sobre cuando debía cesar, esto es, en qué momento se consideraba restablecida la paz en la región.

Esta resolución no puede calificarse como un supuesto de aplicación de las medidas militares del art. 42 de la Carta, pero ha de aceptarse que —hasta cierto punto— se acomodaba al espíritu del Capítulo VII, pues éste quedaría sin sentido, y con él el sistema de seguridad colectiva, si su operatividad se supeditase fatalmente a la existencia de los convenios especiales del art. 43. Donde se resquebraja, sin embargo, el espíritu de la acción colectiva para despeñarse por la senda del unilateralismo es en la ausencia de control del C. de S. sobre los aspectos *macro* (juicio sobre el cumplimiento del objetivo fijado por NU) y *micro* (conducción del operativo armado) del ejercicio de la fuerza; lo que llevó a exclamar al Secretario General que la del Golfo fue una guerra *legal*, pero no una *guerra de las NU*.

Finalmente la *guerra* se cerró con otra aportación del C. de S. a los nuevos tiempos: la res. 687 (1991), cuyo prolijo contenido sorprende a la luz de los poderes del Consejo. En ella: 1) se aborda la demarcación de la frontera entre Irak y Kuwait; 2) se establece una zona desmilitarizada a ambos lados de la frontera y una misión de observación de NU (UNIKOM) encargada de vigilarla, realizar operaciones de limpieza de minas y retirada de armas e, incluso, asistir a la Comisión de demarcación de la frontera; 3) se concretan múltiples y complejas obligaciones relativas al desarme de Irak: entre ellas, la invitación a ratificar la Convención de 1972 relativa a la prohibición y eliminación de armas biológicas, la renuncia a dotarse de determinado armamento (cohetes balísticos de más de

ciento cincuenta kms. de alcance, armas nucleares...) y a no oponerse a su destrucción o neutralización bajo supervisión internacional; 4) se mantienen las medidas coercitivas adoptadas con anterioridad por el C. de S. contra Irak, aunque con otra finalidad: la conformidad de la conducta Iraquí con la propia res. 687 (1991); y, en fin, 5) se establecen mecanismos institucionales para determinar la reparación debida por Irak, vinculando el pago de las mismas al establecimiento de un Fondo de Indemnización que se nutre, entre otras fuentes, de la venta de petróleo autorizada por el C. de S.

Así pues, la res. 687 (1991) supuso un desbordamiento de las funciones tradicionales asignadas al Consejo en el marco del sistema de seguridad colectiva. Adoptada en virtud del Capítulo VII, encuentra dudoso fundamento en las disposiciones del mismo y se asemeja más a un *diktat* de paz; en ello abunda que se requiriese el consentimiento Iraquí para que surtiese efecto el alto el fuego y se comenzaran a aplicar el resto de sus previsiones.

La derrota iraquí vino acompañada por los cantos de sirena (¿occidentales?) a los levantamientos secesionistas de las minorías kurda (en el norte) y chiita (en el sur) del país, abocadas a sufrir la reacción de un régimen, el de Sadam Hussein, que defendía ya la propia integridad territorial; a renglón seguido, los padecimientos de la población civil en dichas zonas dieron pie a reclamos de asistencia e injerencia humanitaria que se tradujeron en acciones institucionales, unas, y *grupales* —y hasta individuales—, otras. El C. de S., actuando fuera del marco del Capítulo VII, estableció, en efecto, en el Norte de Irak una zona de protección (res. 688, de 1991), destinada a servir de amparo a la asistencia humanitaria de la población kurda; pero fueron Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña, actuando por su cuenta, quienes establecieron sendas zonas de *exclusión aérea* sobre Irak al Norte del Paralelo 36 (abril de 1991) y al Sur del Paralelo 32 (agosto de 1992) y más adelante del Paralelo 33, a las que siguieron derribos de aviones y bombardeo de baterías antiaéreas, instalaciones de radar e inclusive, díque por accidente, de instalaciones civiles.

597. El “nuevo espíritu” del Consejo de Seguridad

Una de las claves desencadenantes de la nueva actitud del C. de S. fue la conformación en su seno de un nuevo clima de colaboración (de concertación) entre los miembros permanentes que, iniciado con las políticas incentivadas por M. Gorbachov, no se agotó *el día después* del conflicto del Golfo. La concertación condujo a un remedo de *Directorio* con fundamento en: 1) la fortaleza hegemónica de los Estados Unidos, 2) el apoyo solidario de sus aliados occidentales, 3) la evidente debilidad política y económica de Rusia y 4) la prioridad dada por China a su propio desarrollo en un marco de *ensimismamiento* político.

Fue el propio Consejo el que imprimió un impulso teórico a su renovada responsabilidad en el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales cuando en su primera reunión a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno (31 de enero de 1992) manifestó (Declaración del Presidente del Consejo) la vocación de hacer frente a los nuevos riesgos para la seguridad internacional mediante el reforzamiento de la eficacia de las NU, solicitando del Secretario General la elaboración de un estudio y recomendaciones para vigorizar la acción de la

Organización en los ámbitos de la diplomacia preventiva, el mantenimiento y el restablecimiento de la paz.

El fruto del encargo, un *Programa de Paz* (1992), destiló una concepción global tanto de los riesgos y desafíos de la paz internacional como de la necesaria estrategia omnicomprendensiva para atajarlos. Globalidad porque para el Secretario General, B. Boutros-Ghali, *paz* no es sinónimo de ausencia de violencia (manifestación epidérmica de más profundas quiebras). Para combatirlas el *Programa* propone cuatro esferas de acción (tradicionales de NU las tres primeras): 1) *diplomacia preventiva*: medidas destinadas a evitar controversias, a que se conviertan en conflicto las que ya existen o a que éstos se extiendan, si se producen; 2) *establecimiento de la paz*: medidas encaminadas a que las partes lleguen a un acuerdo por medios pacíficos; 3) *mantenimiento de la paz*: el despliegue de una presencia de NU (personal militar, policial y, frecuentemente, civil) sobre el terreno, con el consentimiento de todas las partes interesadas, y 4) *consolidación de la paz*: medidas destinadas a individualizar y fortalecer estructuras que tiendan a reforzar y consolidar la paz a fin de evitar la reanudación del conflicto. El documento aborda exhaustivamente éstas y otras cuestiones (entre ellas, la propuesta de creación de *unidades de resguardo de la paz*, el papel de la CIJ, la cooperación de NU con los acuerdos y organismos regionales, la financiación de la Organización...).

La propuesta del Secretario General, discutida minuciosamente en los órganos de NU, tuvo su continuación en distintos momentos (Informe sobre el *Aumento de la capacidad de mantenimiento de la paz de las NU*, 1994, en el que propuso el nuevo concepto de *imposición de la paz*; *Suplemento de un Programa de Paz*, 1995, que refleja ya un cierto escepticismo, consecuencia del desairado papel de la Organización en algunas de las crisis humanitarias del momento (v. Cap. XXXI).

Si desde su constitución, en el otoño de 1945, hasta el 2 de agosto de 1990 en que Irak invadió Kuwait el C. de S. había adoptado seiscientos cincuenta y nueve resoluciones, en los dieciséis años siguientes, hasta el 1 de noviembre de 2006, su número ha sido de mil sesenta y dos, y eso sin contar las también cada vez más numerosas declaraciones del Presidente del Consejo.

El Consejo, pues, ha sido muy laborioso en los últimos años, ocupándose de asuntos muy variados. Ciertamente la lista de puntos en su orden del día es engañosa, pues muchos de ellos, o son repetitivos, o están durmientes desde hace tiempo y se mantienen ahí por el empeño de quienes los propusieron en guardar su memoria; pero una treintena de temas han regado los debates y originado decisiones.

El Consejo ha deliberado sobre las amenazas a la paz y seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo o por la proliferación de armas de destrucción en masa, se ha ocupado de aspectos transversales de los conflictos armados como el que plantea la aplicación de las *sanciones*, la conscripción de los niños, las armas pequeñas, la protección de los civiles y la cooperación con las Organizaciones Regionales o con los Estados que aportan contingentes para el mantenimiento de la paz, así como de un buen número de conflictos civiles internacionalmente relevantes (en África, región donde se concentra el mayor número, cabe citar los de Angola, Burundi, Côte d'Ivoire, Liberia, R. D. del Congo, Sierra Leona, Somalia, Sudán y Uganda; en Europa, los de Bosnia y Herzegovina, Croacia, Georgia (Abjasia), Macedonia y Serbia (Kosovo); en América, Haití, en Asia, Afganistán, Chipre...) y de otros conflictos estrictamente internacionales (Croacia-Serbia, por Prevlaka, Etiopía-Eritrea, India-Pakistán, Irak-Kuwait, Oriente Próximo...) y descolonizadores (Timor-Leste, Sahara Occidental), amén de cumplir con otras obligaciones orgánicas (como la admisión de nuevos miembros, las elecciones del Secretario General o de los jueces de la CIJ y otros tribunales internacionales).

El *nuevo espíritu* de colaboración de los miembros permanentes permitió no sólo debatir sobre un amplio abanico de cuestiones, sino también tomar medidas

para hacerles frente, en su caso en el marco del Capítulo VII de la Carta. Lejos del tratamiento de *choque* de que fue objeto Irak cuando invadió Kuwait (1990-1991), un embargo omnicompreensivo y fulminante, el C. de S. se ha inclinado habitualmente por un *tratamiento gradual*, optando en primer lugar por los embargos de armas y equipamiento militar, eventualmente la interrupción de comunicaciones aéreas y las medidas de índole diplomática (reducción del nivel y dimensión de las misiones, restricción de la entrada y tránsito de las autoridades concernidas...), para luego seguir con medidas de naturaleza económica, cultural, científica o deportiva.

Ese gradualismo creciente se advierte por ej. en la res. 873 (1974) relativa a Haití, pero sobre todo en relación con la RF de Yugoslavia, que vio cómo el Consejo la sometía a un embargo general sobre el comercio, un embargo aéreo, la suspensión de los contactos deportivos, culturales y de la cooperación científica y técnica (res. 757, de 1992) e, incluso, la interrupción total de las comunicaciones terrestres y marítimas, la prohibición de la prestación de servicios financieros y la congelación de los fondos (res. 820, de 1993).

La aplicación de las medidas decididas por el Consejo, especialmente las de índole económica, planteó problemas en relación con: 1) la vigilancia de su cumplimiento; 2) los efectos indeseables sobre la población (inocente) de los Estados *sancionados* y 3) los perjuicios causados a otros Estados, vinculados muchas veces económica o comercialmente con los *sancionados*.

En relación con 1) el Consejo ha encomendado la vigilancia del cumplimiento de sus medidas a comités del propio Consejo, integrados por todos sus miembros, normalmente mediante el examen de informes requeridos de los Estados, del que dimanar, de ser preciso, las debidas recomendaciones; en relación con 2) las resoluciones del Consejo suelen contener cláusulas de *excepción humanitaria* (a cuya aplicación proveen los comités de seguimiento del Consejo); cada vez es más frecuente, sobre todo después de las experiencias de la antigua Yugoslavia, Irak y Haití, evitar las medidas de *amplio espectro* para imponer otras —las llaman *inteligentes* (como algunas bombas)— que afectan directamente al *establecimiento civil y militar* del Estado concernido o a sus facciones; en relación con 3) la propia Carta contempla (art. 50) un mecanismo de consultas del Consejo con los Estados con problemas económicos derivados de la aplicación de las medidas, derecho que ha sido recordado retóricamente en algunas ocasiones por el C. de S. Los resultados no han sido hasta ahora satisfactorios, lo que conduce al cabo de un tiempo al incumplimiento.

“Las sanciones son un instrumento vital”, ha señalado el Secretario General de la ONU en su informe de 21 de marzo de 2005. “Ocupan un espacio intermedio y necesario entre la guerra y las palabras. En algunos casos... pueden ayudar a lograr acuerdos. En otros, pueden combinarse con la presión militar para debilitar y aislar a grupos rebeldes o a Estados que violan de manera flagrante las resoluciones del C. de S.”

Las sanciones, sin embargo, fracasaron y han sido criticadas cuando sus objetivos no se fijaron eficazmente, cuando el C. de S. no las hizo cumplir, sea por afectar a intereses estratégicos de Estados poderosos, sea por la capacidad insuficiente de los Estados para aplicarlas, sea por el cansancio, o cuando han repercutido fatalmente sobre la población civil, perversamente golpeada por sus *benefactores* (v. Informe sobre *las amenazas, los desafíos y el cambio* del Grupo de Alto Nivel, diciembre de 2004)

Esto último fue elocuente en el caso de Irak, cuyo bloqueo económico fue manipulado por Estados Unidos y Gran Bretaña para promover la caída de Saddam Hussein fomentando la miseria y la desesperación popular, golpeando con dureza a los grupos humanos más vulnerables. A partir de 1995, gracias a los continuos informes del Secretario General sobre los daños causados a la población, las sanciones se fueron suavizando, estableciéndose un programa de *Petróleo por Alimentos* bajo control del Consejo; pero su levantamiento tropezó con la oposición sistemática de Estados Unidos y Gran Bretaña (que, finalmente, en marzo de 2003, acabaron por agredir frontalmente a Irak, derrocando a Saddam, v. Cap. XXVIII).

Esta experiencia, en absoluto singular, ha animado la búsqueda de sanciones selectivas, *inteligentes*, que por los ámbitos de su aplicación y sus destinatarios castiguen a los criminales (las partes beligerantes y sus dirigentes) y no a sus víctimas (la población civil). De ahí que se hayan aplicado más a finanzas, diplomacia, armas, aviación, viajes, comercio de diamantes y de recursos estratégicos...; incluso se han *personalizado* en algunos casos. Asimismo, se ha procedido a la *temporalización* de su aplicación, de manera que un miembro permanente del Consejo de Seguridad no pueda, gracias al veto, forzar legalmente el mantenimiento de medidas coercitivas que la mayoría desearía levantar.

Mirando al futuro el Secretario General ha insistido (informe de 21 de marzo de 2005) en el carácter selectivo de las sanciones, la reducción al mínimo del sufrimiento de terceros inocentes, la capacitación de los Estados y la previsión de mecanismos de vigilancia bien dotados.

La *Cumbre Mundial 2005* recalca que las sanciones siguen siendo un instrumento importante para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, sin recurrir al uso de la fuerza, resolviendo velar para que sean cuidadosamente selectivas en pos de objetivos claros, y se apliquen de manera que se mitiguen las posibles consecuencias adversas (incluidas las socioeconómicas y humanitarias) para la población y los terceros Estados. De acuerdo con el documento final (res. 60/1) las sanciones deben aplicarse y supervisarse eficazmente con elementos de referencia y rendición de cuentas claros y revisarse periódicamente, de manera que estén en vigor sólo el tiempo necesario para lograr sus objetivos. Asimismo, habría que desarrollar un mecanismo para solventar los problemas económicos especiales provocados por la aplicación de las sanciones y procedimientos justos y transparentes para incluir y excluir a personas y entidades de las listas de sanciones, así como para conceder exenciones por motivos humanitarios.

La correcta vigilancia del cumplimiento de las medidas de embargo decretadas ha conllevado en ocasiones la adopción de otras medidas suplementarias que implican la autorización a los Estados miembros para llevar a cabo bloqueos navales o aéreos.

Así, por ej., en el conflicto de los Balcanes se autorizó (res. 787 (1992) el empleo de "todas las medidas para detener todo transporte marítimo hacia la región o desde ésta con el fin de inspeccionar y verificar las cargas y destinos y de velar por el estricto cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones 713 (1991) y 757 (1992)"; asimismo se habilitó a los Estados ribereños del Danubio para actuar sobre el transporte fluvial; otro tanto ocurrió en relación con Somalia (res. 794, de 1992), para lograr la estricta aplicación del embargo de armas y equipo militar establecido por la res. 733 (1992), y en Haití (res. 875, de 1993), para el cumplimiento del embargo sobre productos petrolíferos y armas establecido previamente por las resoluciones 841 y 873, de 1993.

La formulación eufemística adoptada en las res. 665 y 678 (1990), relativas a la *guerra del Golfo*, que elude la mención del uso de la fuerza para poner el énfasis en la autorización a los Estados de "todos los medios que puedan ser necesarios" para alcanzar un fin determinado ha hecho fortuna, siempre con referencia

explícita al Capítulo VII y, eventualmente, al Capítulo VIII (*acuerdos regionales*), de la Carta.

Esta formulación ha cubierto algo más que las medidas de bloqueo; también, por ej. las de establecimiento de *zonas de exclusión aérea* (Bosnia y Herzegovina, res. 781, de 1992, y 816, de 1993; Eslavonia Oriental, Baranja y Sirmium Occidental, en Croacia, res. 1037, de 1996), hasta abarcar, en numerosas ocasiones (generalmente en el marco de conflictos internos) el uso de la fuerza armada para imponer la paz, planteando problemas no ya de dirección, sino de control por un Consejo finalmente reducido a la recepción de informes periódicos, del Secretario General y de los Estados u OI autorizadas.

Es significativa la evolución de las operaciones en Bosnia y Herzegovina. Antes del acuerdo de paz de Dayton-París (1995) la intervención de la fuerza aérea de la OTAN, amparada en resoluciones del C. de S., dependía de una autorización del Comandante de las Fuerzas de la ONU (UNPROFOR), por delegación del Secretario General. Después, UNPROFOR fue sustituida, en el plano militar, por la Fuerza militar multinacional de ejecución del Acuerdo (IFOR). El propio Acuerdo de Dayton determinó que sus partes (Bosnia-Herzegovina, Croacia y la R. F. de Yugoslavia) se dirigidieran al C. de S. para que autorizara su despliegue, lo que el Consejo hizo (res. 1031, de 1995), dejando en las manos de la OTAN la responsabilidad del cumplimiento del mandato de IFOR, que incluía la autorización del uso de la fuerza cuando fuese necesaria para asegurar el cumplimiento del Acuerdo.

Según la doctrina que parece deducirse de la negativa de Estados Unidos y de otros miembros permanentes del C. de S. a someter sus fuerzas a mandos y controles que no sean los propios, una vez *impuesta la paz* por un Estado o grupo de Estados en operaciones simplemente autorizadas por el Consejo, podría éste, pacificado el territorio, confiar su mantenimiento a una misión clásica de *casco azul* y proceder, en su caso, a las tareas complejas y multidisciplinarias de *consolidación de la paz*, contando para ello —si procede— con la colaboración de organismos regionales.

El recurso a una fuerza *desproporcionada* en relación con el objetivo declarado y la eventual comisión de crímenes de guerra y violaciones del DI humanitario por unidades actuando bajo la cobertura de resoluciones del Consejo ha planteado problemas de responsabilidad engorrosos, amén de dañar la imagen de la Organización. El Secretario General se ha visto obligado a recordar a los Estados miembros su obligación de enjuiciar a los efectivos de sus contingentes nacionales acusados de la comisión de delitos (Informe sobre *un concepto más amplio de la libertad*, marzo 2005).

Inspirándose en recomendaciones del Grupo de Alto Nivel que suscribió el Informe sobre *las amenazas, los desafíos y el cambio* (diciembre 2004) el Secretario General recomendó que el C. de S. aprobase una resolución exponiendo las directrices de una autorización o un mandato para hacer uso de la fuerza, a saber, 1) la gravedad de la amenaza; 2) el propósito correcto; 3) el ser un último recurso; 4) la proporcionalidad (por escala, duración e intensidad) de los medios para hacer frente a la amenaza; y 5) la posibilidad razonable de éxito, sin que las consecuen-

cias sean peores que la inacción. Intentando justificar de este modo sus decisiones el Consejo ganaría en transparencia, credibilidad y respeto (Informe sobre *un concepto más amplio de la libertad*, marzo 2005).

Cabe citar, por último, las medidas adoptadas en relación, sobre todo, pero no sólo, con conflictos internos de discutida incardinación en el Capítulo VII de la Carta, en particular la constitución de tribunales internacionales para la persecución de crímenes internacionales cometidos en la antigua Yugoslavia (res. 808 y 827, de 1993) y en Ruanda (res. 955, de 1994) o la de comisiones de investigación sobre determinados asesinatos políticos, como el del antiguo jefe de gobierno libanés, Hariri (res. 1595 y, sobre todo, 1636, de 2005).

La vía jurídica escogida por el C. de S. para el establecimiento de los tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda fue justificada por el propio Secretario General arguyendo: 1) la celeridad del procedimiento, ajustada a la urgencia de la situación que se pretendía combatir, frente a la premiosidad del procedimiento de celebración y entrada en vigor de un tratado, y 2) su presunta eficacia y la obligatoriedad ínsita a una decisión del Consejo, conminatoria en especial para los Estados con nacionales involucrados en los crímenes. Si la vía hubiese sido un tratado, aquéllos podrían haber eludido la jurisdicción del tribunal absteniéndose de ser partes en él. Ahora bien, resulta dificultoso rastrear en el Capítulo VII de la Carta la base jurídica que habilita al C. de S. para adoptar una medida de este tipo, pues no puede incardinarse en ninguna de las descritas en la tríada de poderes allí referidos: medidas provisionales (art. 40), medidas sin recurso al uso de la fuerza (art. 41) y medidas de carácter militar (art. 42). Desde algún sector doctrinal se ha entendido que se trataría de una medida del art. 41, pero es aventurado sostener que la constitución del tribunal y el ejercicio de su jurisdicción, condenando a los autores de crímenes de guerra o de genocidio, trae por finalidad que sean cumplidas las previas decisiones del Consejo enfocadas al restablecimiento de la paz internacional. Ambos tribunales, en tanto que creados por el Consejo, se configuran como órganos subsidiarios sin precedente en la ya abundante práctica del órgano principal. Y éste es el mayor inconveniente: la radical divergencia de funciones entre el órgano principal (políticas, encaminadas al mantenimiento de la paz) y el subsidiario (judiciales, dirigidas a la aplicación del DI humanitario y a la persecución de sus violaciones)... (V. Cap. XXX).

598. *Las operaciones de (mantenimiento de la) paz (de segunda generación)*

A partir de 1989 las operaciones de (mantenimiento de la) paz se multiplican. Si en el período 1948-1988 las NU fueran responsables de la organización de dieciséis operaciones, entre 1989 y 2006 su número se ha doblado (cuadruplicándose sus costes). En octubre de este año había más de ochenta mil militares y quince mil civiles de ciento doce países, implicados en dieciocho operaciones. Más que nunca. Este espectacular aumento ha sido acompañado de una notable diversificación y enriquecimiento de las funciones desempeñadas y de las finalidades perseguidas al compás de la evolución producida: 1) en la naturaleza de los conflictos que pretenden cauterizar y, por tanto, 2) en el mismo concepto de paz y seguridad internacionales sostenido por las NU y sus Estados miembros. De ahí que se haya hablado de operaciones de mantenimiento de la paz de *segunda generación* o de *operaciones de paz* sin más, a fin de abarcar acciones que rebasan las tareas del *mantenimiento*.

La labor del C. de S. sigue siendo efectiva allí donde se ponen en marcha, con cooperación de las partes en conflicto y anuencia de los miembros permanentes del Consejo, operaciones de mantenimiento y de consolidación de la paz que responden a mandatos claros y realistas y cuentan con los recursos humanos y materiales precisos para su satisfacción. No siempre es así.

A partir de 1989, en efecto, las operaciones no sólo se multiplican, sino que se diversifican. Sigue habiendo operaciones de corte clásico, unas heredadas del pasado (como la UNFICYP en Chipre desde 1964 o la decana de las operaciones, existente desde 1948, la UNTSO en Palestina, dedicadas ambas a la vigilancia del alto el fuego) otras, recientes, (como la Misión de Observadores de las NU en Tayikistán, UNMOT, 1994, con el mandato de supervisión del cese el fuego entre las partes enfrentadas en el conflicto interno). Pero en 1989, en efecto, se puso en marcha, finalmente, el Grupo de Asistencia de NU a la Transición en Namibia (UNTAG), creado diez años antes por el C. de S. para supervisar una tarea —la transición en el viejo territorio del África del Sudoeste, incluida la celebración de elecciones— distinta de las tradicionalmente cubiertas por las operaciones de paz y un año después la Misión de las NU para el Referéndum en el Sáhara Occidental (MINURSO, 1990), integrada por componentes civiles, de seguridad y militares, con la finalidad de ejecutar el plan de paz que, en 1988 y a propuesta del Secretario General, aceptaron Marruecos y el Frente Polisario. El mandato plural de MINURSO afectaba a aspectos tradicionales de la operaciones, como la vigilancia del cese de hostilidades, la reducción de la presencia militar marroquí en el territorio y el acantonamiento de los contingentes militares en determinadas localidades; pero también incluía otras funciones innovadoras, derivadas de un concepto integral de paz, como la organización de un referéndum para la autodeterminación y la ejecución de un programa de repatriación. Asimismo, en marzo de 1992 el C. de S. extendió el mandato de la Misión de NU para la Verificación en Angola (UNAVEM II) a la supervisión del proceso electoral en dicho país, función que hizo de ella una operación de *segunda generación*.

A partir de la cesura marcada por el *Programa de Paz* (1992), las consideraciones aportadas por éste se proyectan en un incremento considerable del número y complejidad de las operaciones, como demuestran, entre otras, las que han actuado en Centroamérica tras los Acuerdos de Esquipulas (ONUCA, 1989), El Salvador (ONUSAL, 1991), Camboya (UNTAC, 1992), Mozambique (ONUMOZ, 1992), Somalia (ONUSOM II, 1993), Angola (UNAVEM III), 1995), Guatemala (MINUGUA, 1995), Haití (UNMIH, 1996)... Se trata de operaciones multifuncionales, que abordan misiones de índole no militar (asistencia humanitaria, supervisión de procesos electorales, control del orden público, restauración de aparatos administrativos...), como consecuencia de la nueva concepción sobre el mantenimiento de la paz acuñada en NU. En 2000, el examen a fondo de las actividades de la Organización por un *grupo de alto nivel* propiciado por el Secretario General, Kofi Annan, dio pie a una serie de recomendaciones, concretas y prácticas (*Informe Brahimi*) que, en lo posible se han venido aplicando. El mismo C. de S. creó en 2001 un Grupo de Trabajo sobre las Operaciones de Mantenimiento de la Paz.

Las operaciones de paz de *segunda generación* se caracterizan (L.I. Sánchez Rodríguez) por:

1) Desplegarse en *conflictos específicos* que se desarrollan dentro de los Estados y en cuya lucha participan no sólo ejércitos regulares sino también milicias y civiles con mal definidas jerarquías de mando; que se caracterizan por

el desmoronamiento de las instituciones estatales y la interrupción del imperio de la ley; en los que los acuerdos de alto el fuego son, cuando se concretan, frágiles, y que dan lugar a situaciones de emergencia humanitaria, agudizadas porque las partes en conflicto obstruyen con frecuencia de manera deliberada la asistencia que prestan organismos internacionales.

2) Dar cumplimiento a *mandatos complejos*, que extienden sus funciones a tareas propias de la *consolidación de la paz* y, por tanto, equilibran o superan, en gran medida, los perfiles militares tradicionales que caracterizan a las operaciones de *primera generación*. Ello es consecuencia de los acuerdos entre las partes en conflicto y NU, que abarcan una amplia gama de cuestiones y no se aplican de manera autónoma, pues los esfuerzos sostenidos e intensos de las misiones de mantenimiento de la paz son esenciales para velar por su aplicación, con programas a largo plazo para erradicar los orígenes del conflicto y fomentar la reconciliación nacional.

La importancia y complejidad de estos programas ha conducido a la creación de una *Comisión de Consolidación de la Paz* como órgano intergubernamental consultivo para ayudar a los países que salen de un conflicto armado (v. Cap. XXXI).

3) Requerir una *estructura operacional compleja*, dada la diversidad de componentes (civiles, policiales, junto a los militares) que las integran y aportando la importante novedad de la figura del Representante Especial del Secretario General, garante de un mando integrado y único.

En el *Suplemento al Programa de Paz* (1995) el Secretario General señalaba tres cuestiones relevantes: a) la necesaria distinción de tres niveles de autoridad en materia de mando y control: uno, de dirección general política, que corresponde al C. de S.; otro, de dirección ejecutiva, a cargo del Secretario General, y un tercero, de mando sobre el terreno, encomendado por éste al jefe de misión (su Representante Especial, el Comandante de la Fuerza o el Jefe de Observadores); b) el principio de unidad de mando sobre el terreno, fuertemente cuestionado (y vinculado al fracaso de la Organización) en algunos casos (Somalia, por ej.). Prácticas como las directrices u órdenes unilaterales de los Estados a sus contingentes nacionales comprometen su legitimidad e, incluso, evidencian los objetivos políticos estatales que subyacen a la misma, y c) la necesidad de que NU cuente con una fuerza de reacción rápida, reserva estratégica del C. de S., que se desplegaría cuando existiera una necesidad urgente de tropas de mantenimiento de la paz, paliando situaciones críticas en las que ningún gobierno conviene en aportar contingentes, como ocurrió cuando el C. de S. decidió en 1994 ampliar UNAMIR (Ruanda).

La existencia de estas operaciones de nuevo cuño no ha modificado, sin embargo, algunos *requisitos comunes* a todas ellas, sea cual sea su generación: 1) el preceptivo consentimiento de las partes implicadas en el conflicto, 2) la neutralidad de NU en el desempeño de las funciones, y 3) la no utilización del uso de la fuerza, salvo en caso de legítima defensa. Y no sólo eso. Desafortunadas experiencias han reforzado la conveniencia de que estos requisitos sean respetados (v. Cap. XXXI).

Los *cascos azules* (clásicas operaciones de mantenimiento de la paz bajo control operativo del Secretario General a través de sus representantes) pueden utilizar

la fuerza en defensa de la misión que les ha sido asignada, pero su presencia en un territorio se basa en el consentimiento de las partes, facciones o bandas en conflicto, de manera que si éste decae, una de dos, o bien se retiran, o bien se modifica su mandato y, para tener éxito, se adecuan sus recursos. NU no ha sido capaz, sin embargo, de aplicar este método a las operaciones en que la paz ha de imponerse a quienes las combaten y, en este sentido, el C. de S. ha optado por autorizar a los Estados miembros el uso de la fuerza (bajo la fórmula habitual de autorizar “todos los medios necesarios” para lograr un determinado fin). Se han formado así *fuerzas multinacionales* bajo el liderazgo de uno o dos países, alianzas u organizaciones regionales...

Son, por otro lado, demasiados los miembros que se ofrecen, individualmente o en grupo, sólo a condición de que el Consejo se limite a autorizar su acción, dejándoles luego las manos libres para moverse entre eslóganes publicitarios.

Este es el caso, sobre todo, de Estados Unidos, cuya ley prohíbe aportar tropas a misiones dirigidas por jefes no norteamericanos (a menos que el Presidente apele ante el Congreso a intereses de seguridad nacional). Para Estados Unidos NU no son el cauce más eficaz para llevar a cabo operaciones de paz cuando el riesgo de combate es alto y la cooperación local baja. Su propósito ha sido servirse de la ONU como herramienta de una política de Estado, eventualmente compartida por otros, o de hacerla fracasar para justificar la entrada, libres de trabas, de organismos regionales, alianzas militares y coaliciones de fortuna. Es significativo que una resolución del Congreso de los Estados Unidos levantara el embargo de armas en Bosnia-Herzegovina, con absoluto desprecio de la decisión adoptada en su día por el C. de S. (res. 713, de 1991), lo que trajo como primera consecuencia la retirada estadounidense de la operación montada para vigilar el embargo y, según se dice, una implicación discreta en el tráfico de armas del gobierno bosnio (musulmán).

Se ha discutido si era o no conforme con la Carta que el Consejo delegue sus funciones relativas al uso de la fuerza armada en Estados miembros, individualmente o en grupo, mediante una autorización otorgada sin reserva de control sobre la ejecución de las medidas a todos los que deseen enrolarse en la operación. En todo caso, parece imprudente que el Consejo autorice medidas tan genéricas.

Aunque los costes de las operaciones (cuatro mil quinientos millones de dólares US en el año fiscal julio 2005-junio 2006) apenas representa el uno por ciento del monto total del gasto militar mundial, su *financiación* sigue siendo muy problemática. Los costes se han disparado en relación directa tanto con su número, más elevado, como con la índole variada y extensa de sus actividades y prestaciones. Puesto que cada operación se inscribe en el presupuesto con una cuenta especial, la suma de todas ellas constituye el presupuesto de las operaciones de paz, separado y muy superior al presupuesto ordinario de la Organización,

En 2000 la AG (res. 55/235) decidió una nueva escala de cuotas para el prorrateo de los gastos de las operaciones, aplicable a partir del 1 de julio de 2001. Se parte de: 1) la responsabilidad colectiva de todos los miembros en la financiación; 2) la responsabilidad especial de los miembros permanentes del C. de S.; 3) la mayor capacidad de contribuir de los países desarrollados; 4) la toma en consideración, cuando las circunstancias lo justifiquen, de la situación de los Estados víctimas de acciones que den lugar a una operación, así como la de los involucrados en alguna forma en ellas; y 5) la posibilidad bienvenida de realizar contribuciones voluntarias. Sobre estas bases la AG decide fijar a los miembros permanentes cuotas superiores a las que les

corresponden en el presupuesto ordinario (nivel A), a los países desarrollados se les aplica la misma cuota que les corresponde en el presupuesto ordinario (nivel B), distribuyéndose los demás países miembros, según su PNB *per capita* en sucesivos niveles (del C al J) que se benefician de descuentos sobre dicha cuota que oscilan entre el 7,5% y el 90% (de los países menos adelantados). Los países latinoamericanos se encuentran en el nivel I, con descuentos del 80%, salvo Argentina (nivel F, descuento del 60%), Uruguay (nivel H, descuento del 80 y optativo del 70%) y Haití (nivel J, descuento del 90%). Estos descuentos son sufragados a prorrata por los miembros permanentes del Consejo.

Debido a los considerables retrasos en el pago de sus contribuciones por parte de los Estados miembros y para poder responder a las necesidades de financiación a corto plazo derivadas de la emergencia de gastos imprevistos y de la puesta en marcha de las nuevas operaciones, se creó en 1992 (res. 47/217 AG) un Fondo de Reserva para las operaciones de paz. Este Fondo, que se nutre de los saldos excedentarios de las operaciones culminadas, está en la actualidad, paradójicamente, nutriendo el presupuesto ordinario de la Organización, toda vez que la negativa de los Estados Unidos a cumplir puntualmente con sus obligaciones financieras debido a una política conducente a ahogar la gestión de la Organización para forzarla a aceptar sus propuestas, la ha colocado ante una crisis de envergadura. Debe señalarse, asimismo, que la *National Security Revitalization Act* y la *Peace Powers Act* de los Estados Unidos exigen reducciones de la contribución financiera de los Estados Unidos a las operaciones de paz de la ONU, hasta dejarlas en el veinte por ciento, porcentaje que, además, ha de englobar los gastos incurridos por Estados Unidos en acciones militares propias ejecutadas con autorización, pero sin mandato ni supervisión, del C. de S.

En 1996 las demoras e incertidumbres en los pagos de las cuotas de los Estados miembros colocaron a la Organización en una posición de caja negativa dos veces en el transcurso de 1996, lo que obligó a tomar préstamos de las cuentas de mantenimiento de la paz. La situación es recurrente. En 2006 el Congreso de los Estados Unidos, en su propósito de forzar la reforma administrativa y de gestión de la ONU, debatió proyectos legislativos que permitirían al Presidente congelar cada año la mitad de las contribuciones si el gasto de la Organización no se ajustaba a determinados criterios.

Los miembros permanentes pueden tener la tentación de *vetar* una operación o su renovación por consideraciones propias de su política particular, ajenas a la virtud del caso (por ej., China en relación con MINUGUA, atendiendo a la política de reconocimiento y relaciones diplomáticas de Guatemala con Taiwán) o bien por discrepar con la fórmula prevista para su financiación.

599. Gloria y deserción del Consejo de Seguridad

La productividad de los últimos quince años no impide apreciar críticamente la práctica del Consejo. El Consejo, en efecto, ha renunciado a la centralidad en el recurso institucional a la fuerza armada; ha dejado en manos de los Estados miembros las operaciones de *imposición* de la paz, ignorándolas o limitándose a su autorización más formal; ha buscado compensar su evasión de la tarea para la que fue primordialmente concebido asumiendo otras (normativas, judiciales, financieras y presupuestarias) que la Carta mantiene en el ámbito de las relaciones entre los Estados concernidos u orienta a otros órganos (AG, CIJ); ha permitido a sus miembros permanentes toda clase de licencias, incluso ser juez y parte de sus diferencias con terceros, manipulando las calificaciones; ha alimentado la arbitrariedad aplicando distintas varas a situaciones materialmente similares haciendo en algunos casos, como el de Israel, del agravio comparativo regla; no ha tutelado los derechos de los Estados miembros enfrentados con los

miembros permanentes del Consejo; y ha carecido de voluntad y energía para hacer cumplir sus propias resoluciones cuando una de las partes cuenta con las debidas *influencias* (Sáhara Occidental). Por último, el Consejo no ha tenido escrúpulos en socavar las competencias de la CPI, con una aplicación rampante de las competencias que le atribuye el art. 16 de su Estatuto, para ordenar la exclusión de toda instrucción o procedimiento criminal contra nacionales de Estados no partes en el mismo que participen en operaciones de mantenimiento de la paz autorizadas por el Consejo (Res. 1422 de 2002, y 1487 y 1497 de 2003).

Todo ello lo ha hecho el Consejo no sólo con el visto bueno de los Estados Unidos, sino a instancias suyas, estirando abusivamente sus competencias con interpretaciones desmedidas de uno de los tipos — la *amenaza a la paz*— que desencadenan los poderes formidables del Capítulo VII de la Carta —poderes que, por otra parte, no está en condiciones de controlar— o ejerciéndolas con cierta superficialidad, si nos atenemos a los resultados. Llegados a un cierto punto, las resoluciones del Consejo han sido para sus artífices como las bulas alejandrinas, que otorgaban a un príncipe, con exclusión de los demás, tareas de cristianización. El Consejo, pues, *no siempre actúa cuando y como debe* sino que, por el contrario, *a veces actúa cuando y como no debe*,

Teniendo esto en cuenta, la hostilidad de los republicanos más arriscados, que suspiran por una *Liga de Estados democráticos* donde no haya más veto que el de Washington y sea posible tratar *sicut feras* a los Estados rebeldes, hacia las NU y, en particular, hacia el C. de S., no sólo es —utilizando una de sus descalificaciones preferidas— *antiamericana*, pues fue Estados Unidos el principal impulsor de la Organización, sino también profundamente *irracional*.

Lejos de representar a todos los miembros de la ONU, como exige la Carta, el Consejo se ha convertido en un instrumento de las grandes potencias y, en particular, de Estados Unidos cuando, siendo perseverante, ha moderado sus objetivos y rebajado el tono.

De ahí la práctica de los miembros permanentes, consolidada sobre todo en los últimos años, de actuar en un primer nivel de consultas oficiosas cerradas a los demás, cociendo en *petit comité* proyectos que, luego, si maduran, se ofrecen al resto para su formalización. Esta forma de proceder no está taxativamente prohibida por el Reglamento del Consejo; pero vacía de contenido principios fundamentales de la Carta y es, por lo menos, dudoso que el alegato de eficacia subyacente al escamoteo compense los costes en transparencia y participación en la toma de decisiones y el perjuicio que supone para la autoridad moral de las decisiones mismas. Un reflejo esperpéntico de la discriminación entre los miembros permanentes y no permanentes del Consejo se advirtió con el tratamiento que se dio a la circulación del informe presentado por Irak sobre sus armas de destrucción masiva (diciembre de 2002). (V. Cap. XXVIII).

Un dato que conviene resaltar es que cuando Estados Unidos y/o la OTAN y sus Estados miembros recurren unilateralmente a la fuerza armada (Kosovo, Afganistán, Irak) lo hacen en la seguridad de que las instituciones que debían proveer al respeto de la Carta son incapaces siquiera de reaccionar por vía de protesta. En este sentido la actitud del C. de S. y del mismo Secretario General de las NU ante el bombardeo sistemático de Serbia o del Afganistán revelaron la acomodación al mismo de quienes debían ser los guardianes de la Carta, más

atentos a cohonestar las acciones infractoras por consideraciones de realismo político y presión mediática que a mantener en alto, aun testimonialmente, la legalidad internacional.

Una vez ejecutadas las acciones armadas, individuales o grupales, Estados Unidos no ha tenido reparo en acudir de nuevo al Consejo para obtener cobertura de sus políticas a partir de hechos consumados, conseguir o ampliar medidas coercitivas que prolonguen sus efectos, de manera que terceros países se vean obligados a ejecutarlas, o endosar los acuerdos alcanzados *extra muros*, sea en Kumanovo (para Kosovo, res. 1244, de 1999) o en Bonn (para el Afganistán, res. 1383, de 2001), incluidos los despliegues de fuerzas *internacionales*. La práctica del Consejo a partir de 1991 confirma su disposición a, en el mejor de los casos, el *embobamiento* cuando los derechos de los miembros *malditos* son conculcados por Estados Unidos, solo o con sus aliados. El Consejo ya no sería el responsable principal de la seguridad colectiva sino sólo un instrumento alternativo al que podía acudir de nuevo para ampliar las medidas coercitivas al servicio de una política hegemónica.

La acción armada iniciada el 20 de marzo de 2003 en Irak ha llevado a sus últimos extremos esta línea de acción unilateral. En este caso la fuerza aplicada ha sido más intensa y generalizada y los motivos aducidos (posesión de armas de destrucción masiva, vinculación con el terrorismo) se han percibido más claramente como pretextos para derribar un régimen hostil y sustituirlo por otro (¿habremos de llamarlo *democrático*?) que le consienta el despliegue adelantado de su fuerza para el control de los recursos energéticos y la intimidación de quienes en la vecindad descabalada del Próximo y del Medio Oriente se revuelven contra los dictados de Washington. Al comenzar 2003 Irak, mucho más débil que en 1991, no era una amenaza creíble para la paz internacional (v. Cap. XXVIII).

Es significativo que la tesis de la *guerra justa*, reverdecida por ilustres personalidades *americanas* para reivindicar el derecho de los Estados Unidos a hacerla en Afganistán ("What We're Fighting For", *Propositions* por D. Blankenborn), no haya tenido continuación en el caso de Irak; antes al contrario, algunas de esas personalidades se han pronunciado expresamente en contra ("Pre-emption, Irak, and Just War. A Statement of Principles, D. Blankenborn *et al.*").

Sin duda el Consejo, aun siendo un órgano político, no debe actuar arbitrariamente, sino dentro de la Carta; pero no existe en el sistema de Naciones Unidas cauce alguno para recurrir directamente la legalidad de sus resoluciones (v. Cap. XXVIII).

Si hablar de *desuetudo* pudo ser a principios de 1999 un ejercicio de cáustica provocación, pues no cabe invocar un precedente frente a un principio imperativo, a partir del 11-S (2001) se han ido acumulando indicios preocupantes. Nadie parece cuidar del acervo normativo de la Organización allí donde éste importuna los intereses de los Estados Unidos y de sus aliados más próximos y puede argüirse que incluso los principios imperativos necesitan para sobrevivir el apoyo continuado de la comunidad internacional *en su conjunto* (v. Cap. XXVIII).

CXXXVI. EL CONSEJO DE SEGURIDAD Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

600. *La asunción de competencia por el Consejo*

Tradicionalmente la doctrina e incluso, en ocasiones, el propio C. de S., han venido definiendo como *sanciones* las medidas adoptadas en virtud del art. 41 de la Carta. Sin embargo, aun aceptando que una OI puede *sancionar* a sus miembros en caso de violación de las reglas de la Organización, no cabe predicar esta condición de las medidas decididas por el C. de S. en virtud del Capítulo VII. Estas no son *sanciones*, porque su finalidad estriba en mantener la paz, amenazada, o restaurarla, si ha sido quebrantada. Como ya se ha apuntado, el C. de S. no es un órgano de aplicación del DI, que reacciona frente a los ilícitos con el automatismo propio de las instancias jurisdiccionales; es un órgano cuya función primordial y proceso de toma de decisiones podría explicar —y hasta justificar— que en ocasiones *cierre los ojos o mire a otro lado* una vez la amenaza se salva o la paz se restablece, evitando calificaciones o atribuyendo responsabilidades a los sujetos implicados. Las críticas al Consejo por su *doble rasero* o por el *agravio comparativo* nacen o, por lo menos, se agudizan cuando más allá del mantenimiento de la paz internacional se desliza al campo de la responsabilidad internacional, atribuyéndose competencias sancionadoras, punitivas. Veámoslo con mayor detenimiento.

Una calificación estricta de las situaciones presentadas ante el C. de S. no es realmente necesaria para poner en marcha las medidas requeridas para el mantenimiento o el restablecimiento de la paz. La práctica revela que basta a tal efecto con situar la acción en el marco del Capítulo VII, sin mayores precisiones, y recurrir en su caso al tipo más genérico de las *amenazas a la paz* internacional como fundamento de la acción. Se trata de facilitar la adopción de medidas evitando pronunciamientos políticamente problemáticos, innecesarios en tanto aquéllas no están determinadas por éstos.

Ahora bien, el hecho de que los tipos que desencadenan una acción en el marco del Capítulo VII se concretan normalmente en violaciones de normas internacionales que pueden ser muy graves, suscita la responsabilidad internacional del Estado al que se imputan, así como —en su caso— la responsabilidad penal de los agentes estatales implicados en crímenes internacionales, lo que plantea problemas en la determinación de las competencias de los órganos e instituciones llamadas a pronunciarse y en las relaciones que han de guardar entre sí (v. Caps. XIX, XXX).

Si la acción para el restablecimiento de la paz es, desde luego, competencia del C. de S. y, en su defecto, de la AGNU, la competencia del Consejo para fijar las consecuencias de la agresión en el plano de la responsabilidad internacional del Estado culpable es, por lo menos, dudosa y, en todo caso, concurrente con la de otros órganos, en particular los judiciales, con legitimación para intervenir en la

solución de diferencias interestatales. En cuanto al enjuiciamiento de los agentes estatales, esa misión no puede corresponder en ningún caso a órganos políticos, sino a jueces y tribunales (eventualmente creados por tales órganos). La cuestión estriba en determinar si cuando intervienen los jueces, sea en el plano de la responsabilidad internacional del Estado, sea en la penal individual de sus agentes, están condicionados y, si lo están, hasta qué punto, por las calificaciones del C. de S.

En 1996 el proyecto de arts. sobre la *responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, aprobado en primera lectura por la CDI, incluyó una disposición según la cual: “Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado... estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las NU relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (art. 39).

Esta regla fue duramente combatida por el entonces relator G. Arangio-Ruiz, que la consideró inaceptable y superflua. *Inaceptable*, porque “tendría el efecto de subordinar las disposiciones del proyecto sobre responsabilidad a la Carta, incluidos los procedimientos previstos para el mantenimiento de la paz” y, con ello, a las resoluciones del C. de S., lo que no garantizaba la igualdad de los Estados ni la primacía del Derecho sobre las relaciones internacionales; *superflua*, porque ya se contaba con el art. 103 de la Carta, que hace prevalecer las obligaciones de la Carta sobre cualesquiera otras.

Según la convincente argumentación del profesor italiano el C. de S. no tiene “poderes ilimitados”; derechos y obligaciones de los Estados en el ámbito de la responsabilidad internacional no podían verse afectados por el juego del Capítulo VII de la Carta, todo lo más podían ser objeto de atención en el ámbito del arreglo pacífico de controversias (Capítulo VI) en el que las facultades del Consejo son sólo recomendatorias. Pretender que un órgano político de composición limitada tenga poderes judiciales o normativos para tratar de los crímenes cometidos por los Estados era, llega a decir Arangio-Ruiz, “contrario a los principios más elementales de un ordenamiento jurídico civilizado”, de ahí que se reconociera una “función judicial importante para la CIJ en cuanto complemento indispensable de toda decisión preliminar de la AG o del C. de S. sobre la posible existencia de un crimen”.

El relator no tuvo entonces éxito, pero cinco años después (2001) el proyecto de arts definitivo se inclinó por una redacción más neutral, al disponer simplemente que: “Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las NU” (art. 59) Las espadas quedan en alto y sería imprudente sostener que las calificaciones del C. de S. son preceptivas y vinculantes para otros órganos, especialmente los judiciales, llamados a pronunciarse sobre la responsabilidad internacional de un Estado.

Hay medidas, como el requerimiento del cese y no reiteración del ilícito o, incluso, la *restitutio in integrum*, que forman parte, simultáneamente, del hemisferio de la paz y seguridad y del hemisferio de la responsabilidad internacional; pero hay otras, como las demás formas de la reparación (la indemnización, la satisfacción) o la nulidad y no reconocimiento de las ventajas logradas por el

infractor como consecuencia del ilícito, que son características de la responsabilidad (v. Cap. XIX) y en ellas no ha tenido empacho de entrar el C. de S. cuando lo ha considerado oportuno. Más allá del mantenimiento o del restablecimiento de la paz, el Consejo atribuye la comisión de ilícitos, determina sus consecuencias jurídicas, establece mecanismos para hacerlas efectivas. Puede decirse, incluso, que al pronunciarse sobre los efectos del ilícito en términos de responsabilidad el Consejo ha tenido en cuenta de hecho los tipos que ha mantenido “ocultos” en sus resoluciones. El art. 39 de la Carta se ha convertido, dice M. Aznar, “en el nuevo *ábrete Sésamo* que permite al C. de S. adentrarse en la cueva que abriga nuevos poderes coercitivos no claramente recogidos en el capítulo VII de la Carta y que podrían incidir en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado”.

Sin embargo, a pesar de entrar sin inhibiciones en el ámbito de la responsabilidad internacional, el Consejo ha mantenido su renuencia a precisar la calificación de situaciones que podían encajar en el tipo de la *agresión*. Ni siquiera en la *guerra del Golfo* (1990-1991) se produjo de manera explícita esa calificación.

El término “agresión” aparece en la res. 667 (septiembre, 1990), pero vinculado al irrespeto de la inviolabilidad de los locales diplomáticos y el secuestro de su personal en Kuwait. El carácter retórico de la mención es confirmado por el hecho de que tanto los textos francés e inglés de la res. hablan, no de “agresión”, sino de *actes agressifs*, *aggressive acts*. Ni siquiera al autorizar a los miembros de la Organización a utilizar todos los medios necesarios, en cooperación con el gobierno kuwaití, para forzar la retirada inmediata e incondicional de Irak del Emirato (res. 678, noviembre, 1990), se decidió el Consejo a formalizar la calificación de los hechos. Para encontrar una alusión a la “agresión iraquí” hay que llegar a la declaración de su Presidente, emanada tiempo después, el 31 de enero de 1992, para abordar con carácter programático la responsabilidad del Consejo en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Existe, no obstante, una calificación “oculta”. El Consejo no califica a Irak de Estado agresor, pero lo trata como tal a la hora de sacar conclusiones. El Consejo se ocupa expresamente de la clase, cuantía y procedimiento de la reparación. La afirmación *princípial* de la responsabilidad de Irak por las pérdidas, daños y perjuicios causados a Kuwait o terceros Estados, sus nacionales y empresas, por la invasión y ocupación *ilegal* del Emirato (res. 674, octubre, 1990), reiterada con el alto el fuego provisional (res. 686-1991, de 2 de marzo), fue ampliamente desarrollada en la res. 687 (abril, 1991), que fijó las condiciones para el cese definitivo de las hostilidades, procediendo entre otras medidas a la creación de un Fondo de Compensación para cubrir las pérdidas directas y los daños producidos, incluidos los medioambientales, y de una Comisión para administrarlo (res. 692, mayo, 1991). Esta Comisión ha examinado varios millares de reclamaciones y adjudicado indemnizaciones por miles de millones de dólares. En una de sus decisiones más importantes, la Comisión acordó imputar a Irak incluso las pérdidas sufridas por operaciones de sus adversarios durante las hostilidades...

Probablemente quepa dulcificar el carácter de estas medidas señalando que fueron aceptadas expresamente por Irak al serle planteadas, entre otras, como condiciones *sine qua non* del alto el fuego, pero de la práctica se desprende la escasa atención del Consejo —y de su Comisión *ad hoc*— hacia las normas generales de la responsabilidad internacional en relación con los elementos del ilícito o las circunstancias que excluyen la ilicitud, y la asunción de facultades decisorias en puntos que debían ser resueltos por las partes, acudiendo en su caso a órganos de naturaleza judicial o arbitral. El Consejo incursió incluso en la demarcación de la frontera internacional entre Irak y Kuwait, imponiéndola.

Obviamente, nada de esto funciona frente a un miembro permanente del C. de S. o uno de sus protegidos.

Compárese el trato recibido por el Irak agresor de 1990 y por el Irak agredido de 2003. Al primero se le impusieron por el Consejo fuertes reparaciones, duras sanciones, limitaciones de soberanía, inspecciones internacionales... Tratándose del Irak agredido, no se habla de la responsabilidad en que han incurrido Estados Unidos, Gran Bretaña y las "naciones dispuestas" a seguirlos en el ilícito, ni se consideran sus consecuencias jurídicas; por el contrario, los agresores se transforman en mandatarios bajo las formas más etéreas de control que puedan imaginarse, entregándose vidas y haciendas a quienes afianzan su expolio como respetables patrocinadores de conferencias de *donantes* (Madrid, octubre de 2003; Qatar, mayo de 2004). Los derechos fundamentales de Irak como parte en la Carta y miembro de la ONU son conculcados con la complicidad del Consejo (v. Cap. XXVIII).

601. *El papel de la Corte Internacional de Justicia*

La idoneidad de los órganos judiciales y arbitrales y, en particular, de la CIJ, para pronunciarse sobre la responsabilidad internacional deducida del uso de la fuerza en las relaciones interestatales no sólo es indiscutible, siempre que pueda contarse con un fundamento o título en que basar su competencia sobre un caso concreto, sino que es —a condición de que dicho fundamento exista y la Corte esté dispuesta a reconocerlo— la única esperanza para declarar la observancia o no de las normas y obligaciones internacionales y sacar las consecuencias de la responsabilidad en caso de incumplimiento.

Quienes redactaron la Carta de las NU eran conscientes de ello cuando expresamente previeron (art. 36.3) que, al hacer recomendaciones sobre los procedimientos apropiados para solucionar una controversia cuya continuación es susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, el C. de S. debía tomar en consideración que "las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la CIJ, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte".

De hecho, la primera demanda planteada a la Corte (por Gran Bretaña contra Albania) a cargo de los incidentes del *Estrecho de Corfú*, en 1947, fue precedida por una recomendación en este sentido del C. de S. (res. 22, 1947). Obviamente, las grandes potencias tomaron nota de lo desagradable que podía resultar el ejercicio independiente de la administración de justicia y, en adelante, no sólo escatimaron las recomendaciones incitadoras de la Carta, sino que fueron más lejos, pretendiendo la inadmisibilidad de demandas que tienen que ver con controversias que, por su materia, consideran *políticas* y deben, en su opinión, reconducirse siempre al C. de S.

La CIJ no ha aceptado un *domaine réservé* del Consejo ni siquiera en los casos cuyo objeto versaba sobre el uso de la fuerza; por el contrario, ha considerado posible desarrollar su función —decidir sobre una controversia jurídica— en paralelo a la función política del Consejo en el mantenimiento de la paz. Más aún, la Corte ha considerado que su intervención podía tener un añadido efecto benéfico para disolver las amenazas a la paz o superar las consecuencias dañinas de su quebrantamiento y, en este sentido, ha llegado a ordenar cautelarmente, a petición de parte, la suspensión de hostilidades y actos armados.

Hemos tenido ejemplos muy señeros de recurso a la CIJ por Estados que se han considerado agredidos. La Corte ha analizado los fundamentos de su jurisdicción, cuando han sido contestados por los demandados, y la admisibilidad de la demanda, sin que el conocimiento del caso por el C. de S. en virtud de sus competencias en el ámbito de la seguridad colectiva haya influido para sacar el caso de su lista.

Hace veinte años la demanda de Nicaragua (9 de abril de 1984) contra Estados Unidos (CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*) marcó un hito, especialmente por ser el demandado un miembro permanente del C. de S. que clamaba por el respeto de las competencias de un órgano cuyo ejercicio estaba decidido a arruinar a fin de aislar su política injerencista y coercitiva no ya de la condena, sino del mero debate. La Corte no entró en este juego.

Para comenzar, el 10 de mayo de 1984 ordenó medidas cautelares indicando que Estados Unidos debía poner fin inmediatamente a toda acción cuyo objeto fuese limitar la entrada y salida de puertos nicaragüenses, en particular por la colocación de minas, e instándole a respetar el derecho a la soberanía e independencia de Nicaragua, no comprometiéndolo con actividades militares y paramilitares prohibidas por los principios de DI. Después, la Corte afirmó su competencia, consideró admisible la demanda e idóneo el ejercicio de su jurisdicción (s. de 26 de noviembre de 1984). Finalmente, la Corte declaró al demandado infractor de un puñado de principios fundamentales del DI (s. de 27 de junio de 1986). Sólo el desistimiento de Nicaragua de su demanda para fijar la reparación debida (el 12 de septiembre de 1991) impidió una sentencia que habría cerrado el círculo de la responsabilidad de Estados Unidos, por lo menos en un plano judicial declarativo.

Asimismo, en el tiempo presente comprobamos como el C. de S. maneja desde hace años la miserable crisis de la R.D. del Congo —sus resoluciones se cuentan por decenas y hay una operación de mantenimiento de la paz (MONUC) en el territorio— mientras, simultáneamente, siguieron su curso ante la Corte las demandas de este país contra Uganda “en virtud de los actos de agresión armada perpetrados... en violación flagrante de la Carta de las NU” y contra Ruanda por “violaciones masivas graves y flagrantes de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario”.

Aún podríamos hacer la lista más extensa considerando el pronunciamiento de la Corte (el 6 de noviembre de 2003) en el caso de las *Plataformas Petroleras* (R. I. de Irán c. Estados Unidos), la demanda de la misma R. I. de Irán contra Estados Unidos por el *incidente aéreo de 3 de julio de 1988* y las demandas de Nicaragua contra Honduras y Costa Rica por *acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, que no siguieron adelante por el desistimiento de los demandantes, o las demandas de la R. F. de Yugoslavia contra los países de la OTAN que bombardearon su territorio en 1999, demandas que naufragaron sólo por el hecho de que la Corte no apreció la existencia de fundamentos de jurisdicción (O. de 2 de junio de 1999 y ss. de 15 de diciembre de 2004).

Prácticamente el único límite que la Corte ha reconocido al ejercicio de su función se ha advertido en la adopción de medidas cautelares solicitadas por una parte cuando, más allá de su propio juicio de oportunidad, ha estimado que las medidas que se le solicitaban podían entrar en conflicto con órdenes emanadas de resoluciones del Consejo.

Cuando es así puede barruntarse que el Consejo, como se evidenció paladinamente en el caso *Lockerbie* (v. *supra*), ha asumido funciones de naturaleza judicial

incompatibles con su naturaleza de órgano político. Sometida Libia a las *sanciones* impuestas por el C. de S. (res. 748, de 1992, y 883, de 1993), Gran Bretaña y Estados Unidos invocaron las resoluciones del Consejo para sacar a la Corte del caso planteado en su contra por Libia con base en la Convención de Montreal sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971), que Libia consideraba infringida por los demandados en varios de sus artículos. Aunque la Convención de Montreal atribuyera a Libia los derechos que reivindica, éstos —decían británicos y norteamericanos— no podrían ser ejercidos por la prevalencia de las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993) en virtud de los arts. 25 y 103 de la Carta. A partir de estas resoluciones, de haber una diferencia sería la de Libia con el propio C. de S. diferencia que, obviamente, no entraba en las previsiones de la Convención de Montreal.

Este discurso bastó para que la Corte se abstuviera de adoptar las medidas cautelares solicitadas por Libia (O. de 14 de abril de 1992) con su demanda del 3 de marzo, pero no para que renunciara a conocer del caso. En las ss. de 27 de febrero de 1998 la Corte rechazó las excepciones de incompetencia e inadmisibilidad de la demanda y reservó, para cuando procediese al examen de fondo, la excepción sobre la pérdida de objeto de las demandas libias, pues dicha excepción, estimó la Corte, no tenía un carácter exclusivamente preliminar sino que, por el contrario, guardaba una “íntima conexión” con el fondo.

El desistimiento, a raíz de una solicitud conjunta de las partes (cartas de 9 de septiembre de 2003 y orden del Presidente de la Corte del 10) resultante de un acuerdo extrajudicial, nos ha privado de un pronunciamiento sobre puntos de gran interés, a saber, la incompatibilidad entre los derechos de las partes en la Convención de Montreal y sus obligaciones según las mencionadas resoluciones del C. de S., la prevalencia de éstas según los arts. 25 y 103 de la Carta y la consideración, a tal efecto, de su conformidad con (los Principios y Propósitos de) la Carta (artículo 24.2), aunque si nos atenemos al paso cansino del procedimiento, no parece que las partes (y los jueces), estuvieran impacientes por despejar las incógnitas.

En todo caso, en relación con la afirmación de competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda las sentencias de 27 de febrero de 1998 fueron muy claras y directas: si la Corte era competente y la demanda admisible en la fecha de su depósito, los acontecimientos ulteriores, incluidas las resoluciones del C. de S. no podían ser tomados en consideración para alterar las conclusiones a las que se hubiera llegado. La fecha crítica, pertinente, decisiva era siempre la del depósito de la demanda. La sentencia descarta, pues, cualquier efecto de las res. 748 (1992) y 883 (1993), adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta, sobre la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda, por ser posteriores a la fecha de depósito de ésta; en cuanto a la res. 731 (1992) que es anterior, “no podría constituir un obstáculo a la admisibilidad”, dice la Corte, “pues se trata de una simple recomendación sin efecto vinculante”.

Naturalmente, está fuera del alcance de la Corte impedir que el Consejo siga interpretando libérrimamente sus competencias y hollando el territorio judicial, que no se conforma con su naturaleza.

602. *El Consejo de Seguridad y la responsabilidad penal individual*

Los dos planos de la responsabilidad, la internacional del Estado y la criminal de sus agentes, aunque muy relacionados entre sí, son autónomos.

Lo pone de manifiesto el Estatuto de la CPI cuando advierte que “nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al DI” (art. 25.4) y lo confirma el Proyecto de arts. sobre *la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2001) cuando puntualiza que sus artículos “se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del DI, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado” (art. 58).

Ya en el Estatuto de la CPI se reconocen al C. de S. algunos poderes formidables, como el que le faculta para pedir (realmente, ordenar), mediante resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, la suspensión por doce meses, renovable, de una investigación o un enjuiciamiento (art. 16). Recordemos que esta facultad —tan criticada por la dependencia política que impone a la Corte— ya ha sido utilizada de manera abusiva por el Consejo (res. 1422-2002, 1487 y 1497-2003).

Pero es que, además, a diferencia de los otros crímenes (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra) sobre los que la CPI puede ejercer su competencia (arts. 5.1, 6, 7 y 8) desde la entrada en vigor del Estatuto (el 1 de julio de 2002), el ejercicio de competencia sobre el crimen de agresión queda en suspenso mientras no se apruebe “una disposición de conformidad con los arts. 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará... (de manera) compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las NU” (art. 5.2).

Eso no ocurrirá mañana y, talvez, no ocurra jamás. Los arts. 121 y 123 del Estatuto, rectores de su enmienda y revisión, son en sí mismos muy exigentes. En su virtud, transcurridos siete años desde la entrada en vigor del Estatuto, esto es, a partir del 1 de julio de 2009, el Secretario General de las NU convocará una conferencia de Estados partes; en ella, las propuestas sobre el crimen de agresión deberán contar, a falta de consenso, con dos tercios de votos favorables. Las propuestas aprobadas entrarán en vigor un año después de que siete octavos de los Estados partes hayan depositado sus instrumentos de ratificación o de adhesión y sólo entre ellos.

El lector inocente podría sorprenderse, teniendo en cuenta que desde 1974 se cuenta con una definición de la agresión adoptada por consenso por la AGNU, después de veinte años de trabajos (res. 3314-XXIX, de 14 de diciembre, anexo), definición que la CDI adoptó como guía cuando en 1994 aprobó un proyecto de Estatuto de CPI.

Según una extendida opinión, el principal motivo desencadenante de la situación actual tiene que ver con el profundo desacuerdo sobre el papel del C. de S. en la persecución del crimen de agresión. De no ser por eso el debate y negociación de la definición (y elementos) del crimen y de las condiciones de ejercicio de la competencia podrían haber prosperado en un plazo razonable.

Los mismos Estados que tratan de imponer el control absoluto del C. de S. sobre las acciones de la CPI son también los que formulan propuestas definitorias del crimen tendentes a restringir sustancialmente los actos inculminables. Sus iniciativas no parecen dirigidas a definir el crimen sino, más bien, a redefinir la agresión a efectos de la persecución y responsabilidad criminal.

La idea del *umbral* a partir del cual la agresión se convierte en crimen es en sí misma razonable y todas las propuestas mencionadas pueden ser retomadas como manifestaciones de ella; no obstante, también pueden parecer redundantes en la medida en que la *importancia y gravedad* de la agresión: 1) está implícita en los tipos del art. 39 de la Carta de NU, donde se menciona la agresión a continuación del *quebrantamiento de la paz*; 2) está expresa en la res. 3314 (XXIX), donde “el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de *suficiente gravedad*” es una de las circunstancias pertinentes para que el C. de S. concluya “que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada”; y 3) está asimismo expresa en el Estatuto de la Corte Penal, al afirmarse su jurisdicción sobre los crímenes *más graves*. ¿Se pretende ahora sugerir que sólo los actos más graves del más grave de los crímenes más graves deben someterse a la jurisdicción de la Corte? ¿o más bien, lo que va de suyo, que hay usos de la fuerza prohibidos por el DI que sólo cuando traspasan un determinado umbral de gravedad son calificables de agresión, como ya en su día declaró la CIJ en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*? De ser así: 1) la agresión es premisa del crimen; 2) si hay agresión, hay crimen; y 3) la definición del crimen sólo requiere determinar quienes se vinculan con la agresión, de que manera y en que medida.

La cuestión más peliaguda (y la respuesta más controvertida) es la relativa a la competencia de los jueces de la CPI para establecer la agresión. Frente a quienes se pronuncian en sentido afirmativo con base en el ejercicio independiente de la función judicial, se levantan otros —muy especialmente los voceros de los miembros permanentes del C. de S.— que sostienen que el ejercicio de dicha función depende inexcusablemente de la previa calificación de los hechos por el Consejo.

A la hora de pronunciarse lo primero que hay que advertir es que el Estatuto de la Corte reclama sólo que la disposición definiendo el crimen y las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte sea “compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas” (art. 5.2). Eso sería así aunque el Estatuto callara, en virtud de la prevalencia de las obligaciones de la Carta en caso de conflicto con otras obligaciones convencionales (art. 103 de la Carta).

Extender los poderes del Consejo en relación con la actividad de la Corte es, desde luego, posible; pero el Estatuto no obliga a ello. La compatibilidad con la Carta de una futura disposición relativa al ejercicio de competencia sobre el crimen de agresión no exige una calificación previa del Consejo como requisito *sine qua non*, como no lo requiere el Estatuto de la CIJ cuando ésta conoce, en paralelo a menudo con el Consejo, de casos que implican el uso de la fuerza.

Por supuesto, la declaración por el Consejo de que determinados hechos son una agresión desbrozará el camino de la Corte, aun conservando su competencia para reconsiderar a sus propios efectos dicha calificación. Asimismo, una declaración del Consejo en sentido contrario haría muy difícil la persecución penal de los sujetos a los que se hayan imputado los hechos. Pero si lo primero es altamente improbable, lo segundo es casi inverosímil. El Consejo es un órgano político que vota resoluciones políticas atendiendo a consideraciones que, de ser sustentadas por un juez, estimaríamos tal vez prevaricadoras. Evacuar su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz o en su restablecimiento no exige del Consejo una calificación precisa conforme a los tipos del art. 39 de la Carta. A los efectos de condicionar la actuación de la CPI frente al crimen de agresión cabría a lo sumo postular una previa acción del Consejo en el marco del Capítulo VII. La previsión del Estatuto de la Corte sobre el ejercicio de su competencia cuando el Consejo, actuando dentro de este marco, remita al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o más de los crímenes que le son sometidos por el Estatuto (art. 13, b), podría extenderse al crimen de agresión sin requerir del Consejo una precisa calificación de dicha situación, pues esa indeterminación suele ensanchar la base consensual de sus resoluciones sin limitar el abanico potencial de sus acciones.

Buscando un paso entre las dos orillas, la de los que propugnan la independencia absoluta de la CPI en el ejercicio de su competencia y la de los que patrocinan su absoluta dependencia del C. de S. en la calificación de la agresión, se han hecho numerosas propuestas de compromiso

Realmente quienes predicán la intervención previa y vinculante del C. de S., lejos de tratar de proteger sus competencias según la Carta de las NU, lo que persiguen es extender al Estatuto de la CPI el privilegio del veto de sus miembros permanentes y la impunidad para ellos y sus protegidos. Exigiendo la calificación del Consejo la Corte se convierte en su herramienta judicial cuando la resolución se aprueba y, cuando no, queda a la merced de cada uno de los miembros permanentes. Si la Corte Penal debiera depender del pronunciamiento previo de otro órgano declarando la agresión, lo lógico sería atribuir dicha competencia al órgano judicial principal de NU, la CIJ.

Una vez en vigor el Estatuto de la Corte Penal es carencia gravísima la hibernación de su competencia sobre el crimen de agresión debido, sobre todo, al afán de los miembros más conspicuos de la sociedad internacional por reducir el tipo criminal y someter en todo caso la persecución y el enjuiciamiento al control exclusivo de los miembros permanentes del C. de S. Si consideramos que el crimen de agresión, por su naturaleza, sólo es perseguible ante instancias judiciales internacionales, estamos muertos (aunque podamos resucitar más adelante).

CXXXVII. EL PAPEL DE LOS ACUERDOS REGIONALES EN EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ

603. *El Capítulo VIII de la Carta y su práctica hasta 1990*

El núcleo normativo de las relaciones entre la ONU y los acuerdos regionales se encuentra en el Capítulo VIII (artículos 52-54) de la Carta. Por su localización y contenido su objeto fue reconocer y legitimar la existencia de esos *acuerdos* e incardinar su acción en el arreglo pacífico de las controversias de carácter *local* y en el mantenimiento de la paz y la seguridad *regionales*.

Sustancialmente las disposiciones del Capítulo VIII fueron el resultado del interés manifestado en la Conferencia de San Francisco (1945) por los países latinoamericanos y árabes, en defensa de los instrumentos de regionalismo político con los que contaban y que proyectaban afianzar. La Conferencia trató de aplacar sus inquietudes con el reconocimiento del derecho de legítima defensa colectiva (cuyo ejercicio no requiere autorización del C. de S.); pero no pasó por sus demandas a favor de una acción regional coercitiva independiente del Consejo en los demás casos.

El Capítulo VIII de la Carta no define lo que deba entenderse por *acuerdo regional*, la expresión que titula el Capítulo. El articulado se refiere a continuación a los *acuerdos u organismos regionales*, lo que sugiere que los redactores de la Carta adoptaron un criterio laxo en relación con la mayor o menor institucionalización y eventual subjetividad internacional dimanante de los instrumentos convenidos.

En términos generales cabe proponer que los *organismos* gozan de una institucionalidad mayor que la de los *acuerdos*, pero su mención copulativa revela un espíritu no formalista, atento sobre todo a la identificación en un instrumento dado de mecanismos para la solución pacífica de controversias entre las partes y el mantenimiento de la paz y de la seguridad en un área geográfica limitada.

La Carta no ofrece, por el contrario, ninguna pista sobre la significación de la *regionalidad*, si bien, atendiendo al sentido natural y ordinario del término, a la condición de los patrocinadores del Capítulo VIII y a la práctica hasta 1990, cabe afirmar que durante un largo tiempo se presumía que las partes en un acuerdo u organismo regional se ubicaban en el *continuum* territorial concernido por dicho instrumento.

Sobre esta base tres son los elementos definitorios del *acuerdo u organismo regional*: 1) *competencial*: que sus reglas prevean una acción para resolver los asuntos que afectan al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, 2) *geográfico*: que sean partes Estados ubicados territorialmente en una región geográficamente definida, y 3) *finalista*: que sea conforme con los fines y principios de la Carta.

Siendo estos elementos *conditio sine qua non* para la existencia de un acuerdo u organismo regional, no son sin embargo suficientes para alcanzar la capacidad de obrar conforme a los postulados del Capítulo VIII. Para ello es preciso, según

se desprende de la práctica, que se produzca un reconocimiento en ese sentido de los órganos de NU y, en particular, del C. de S.

Durante decenios la ONU fue restrictiva en el reconocimiento de acuerdos y organismos regionales a los efectos del Capítulo VIII.

La OEA fue, apenas establecida, la primera Organización en ser reconocida mediante una resolución de la AG (res. 253-III, de 1948); pronto la siguió la Liga de Estados Árabes (res. 477-V, de 1950) y más adelante la OUA (res. 2011-XX, de 1965), hoy UA. Después fue el C. de S. el que, caso por caso, en situaciones que suponían una amenaza o un quebrantamiento de la paz ha dado el espaldarazo a acuerdos y organismos regionales, solicitando su ayuda o legitimando su intervención.

Un análisis de la contribución de los acuerdos y organismos regionales al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales exige abordar, al menos, tres cuestiones: 1) si es prioritario recurrir a ellos en las situaciones que amenazan la paz y la seguridad *regional*; 2) cuál es el ámbito de actuación que la Carta les reconoce y cómo se articula su relación con el sistema global de seguridad colectiva; y 3) si su contribución ha de circunscribirse a las situaciones que afectan sólo a sus Estados miembros. Veamos estos puntos con más detenimiento:

1) Acuerdos y organismos regionales han podido sustentar la pretensión de aislar de la ONU todos los problemas políticos y de seguridad de la región, afirmando su prioridad y hasta, excepcionalmente, su monopolio, mediante una interpretación expansiva del art. 52.2 y 3 de la Carta, según el cual las partes en dichos acuerdos y los miembros de tales organismos harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local en el ámbito regional antes de someterlas al C. de S.

Estas pretensiones se han formulado principalmente en aquellas organizaciones regionales, como la OEA, en donde una posición hegemónica permitía a uno de sus Estados miembros un control sobre la Organización que no podía ejercer, al menos en la misma medida, en el C. de S. Un Estado que consigue dominar una Organización regional no sólo puede realizar a través de ella su propia política, sino que puede desplazar a las relaciones de la ONU con dicha Organización la censura que hubieran merecido sus acciones unilaterales. De ahí la oposición contumaz de los Estados Unidos y de sus clientes a que el C. de S. conociera de las crisis en su *patio trasero* (Guatemala, 1954; Cuba, 1960; República Dominicana, 1965; Nicaragua, 1980's; Grenada, 1983; Panamá, 1989...).

Ante esta clase de iniciativas ha de recordarse que el propósito fundamental de las NU de mantener la paz y la seguridad internacionales no conoce fronteras geográficas y que, conforme al art. 24 de la Carta, se ha atribuido al C. de S. la responsabilidad primordial de lograrlo. Los acuerdos y organismos regionales cuentan con una preferencia lógica y natural cuando así lo quieren las partes interesadas; son muy útiles en la alerta temprana y la diplomacia preventiva, pero atribuirles una competencia forzosa en primera instancia supondría limitar los derechos de los miembros de la ONU que lo son también de un acuerdo u organismo regional y, asimismo, convertiría una facultad del Consejo —la de remitir el asunto a dicho acuerdo u organismo— en una obligación que en parte alguna ha sido establecida y cuyo cumplimiento forzaría a una elección entre los

distintos acuerdos y organismos *regionales* superpuestos e interesados en una misma área geográfica.

Aún es más impertinente invocar el art. 52 de la Carta para combatir la jurisdicción de la CIJ una vez establecida. En el asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* ésta planteó una excepción preliminar sosteniendo que el arreglo de las controversias fronterizas en la región del lago Chad correspondía en exclusiva a la Comisión de la Cuenca del lago Chad. La Corte rechazó que esta Comisión entrara, por sus competencias, en el ámbito del Capítulo VIII de la Carta, advirtiendo que aunque así fuera la existencia de procedimientos regionales de negociación no podía impedir a la Corte ejercer sus funciones.

2) ¿Cuál es la incardinación de los acuerdos y organismos regionales en el sistema global de seguridad colectiva? El art. 53.1 de la Carta sitúa a los organismos regionales en una doble relación de subordinación respecto del C. de S.

Por un lado, éste puede aprovecharlos (si se dejan) para aplicar medidas coercitivas —que impliquen el uso de la fuerza— bajo su autoridad.

De ahí que el art. 43.3 previera que los convenios especiales para la acción armada decidida por el Consejo podían concertarse con grupos de miembros y que el art. 47.4 anticipara la eventualidad de subcomités regionales del Comité de Estado Mayor que había de asesclarle.

Por otro lado, si bien los acuerdos y organismos regionales pueden decidir medidas *coercitivas*, no pueden aplicarlas sin contar con la autorización expresa del C. de S., cuyo control se extiende a la oportunidad misma de la acción. Cualesquiera otras actividades emprendidas o proyectadas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad regionales basta con que sean comunicadas al Consejo (art. 54 de la Carta).

Qué se entienda por *medida coercitiva* es, como puede suponerse, de la mayor trascendencia para trazar la divisoria a partir de la cual la autorización expresa del Consejo es preceptiva. Naturalmente, como la interpretación jurídica es un arte generalmente bien pagado, se han sugerido mil piruetas para llevar la divisoria a un punto en que se pierda de vista. Una de las más ingeniosas es la que estima *no coercitiva* la medida que, aunque comporte el empleo de fuerza armada, sólo se *recomienda*. Otra sugiere que no son coercitivas las medidas *preventivas*, aunque, nuevamente, sean armadas. Pero lo más juicioso es entender *coercitiva* toda medida que tenga que ver con el empleo o la amenaza de la *fuerza* prohibida por el DI General y, en particular, por el art. 2.4 de la Carta. Esa fuerza es desde luego la armada y también, según opiniones bien fundadas, la no armada cuando está animada por un propósito de intervención en los asuntos internos de uno o más Estados (v. Caps. III y XXVI)

Cabe concluir, pues, que un acuerdo u organismo regional puede adoptar y aplicar —poniéndolo en conocimiento simplemente del C. de S.— las mismas medidas que un puñado de Estados, al margen de la Organización, podría adoptar y aplicar de forma paralela y simultánea o concertada. La concreción de esas medidas dependerá en último término del alcance que se de a la prohibición de la

amenaza y el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, pero incluyen, desde luego, el ejercicio colectivo del “derecho inmanente” de legítima defensa en los términos en que es reconocido por el art. 51 de la Carta, fundamento por otro lado de numerosas alianzas, como el TIAR (1947) o la OTAN (1949), que convierten en obligación entre las partes ese derecho.

3) ¿Puede un organismo regional adoptar medidas coercitivas contra un tercer Estado, no miembro de dicha Organización? Puede, sí, hacerlo comunicando las *no coercitivas* y solicitando para las *coercitivas* autorización del Consejo que, en este caso, deberá extremar su juicio de oportunidad.

Ha de tenerse en cuenta que la economía del Capítulo VIII de la Carta está asentada sobre la base de que la acción regional se produce dentro de los límites territoriales de los Estados partes en el acuerdo u organismo correspondiente, a menos que sea el Consejo el que solicite su asistencia para aplicar medidas coercitivas a un tercer Estado. Aparte este supuesto, la lógica de la contribución regional al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales opera excluyendo las acciones contra terceros, pues si éstos constituyen una amenaza o quebrantan la paz será el Consejo el que habrá de ejercer la responsabilidad que le asigna la Carta.

604. La práctica en la posguerra fría

La terminación de la *guerra fría* y el afloramiento de numerosos conflictos civiles y fronterizos en todas las latitudes del orbe dieron lugar a que la laxitud conceptual de *acuerdos y organismos regionales* se proyectase en la práctica.

Así, la CSCE (luego OSCE) fue reconocida por el C. de S. a los efectos del Capítulo VIII en 1992 (res. 743); incluso antes, fueron apreciados por el Consejo los esfuerzos de la UE en el conflicto yugoslavo (res. 713, 724, 727). La OTAN, una alianza político-militar con fundamento en el art. 51 de la Carta, fue reconocida como organización apta para desempeñar responsabilidades en el mantenimiento de la paz poco después (res. 816, de 1993). Asimismo, en 1994 la operación de las NU en Georgia (UNOMIG) comenzó a trabajar conjuntamente con la fuerza de mantenimiento de la paz de la *Comunidad de Estados Independientes* (CEI)...

En los tiempos más recientes (julio, 2003) una fuerza de la UE liderada por Francia trató de estabilizar la situación en Bunia (Ituri, R.D. del Congo) y preparó el despliegue en esa zona de la MONUC. Actualmente, la UE, además de una decena de misiones civiles, cuenta con misiones militares en R.D. del Congo, Antigua República Yugoslava de Macedonia y Bosnia y Herzegovina y con una misión de apoyo cívico-militar en Darfur.

En África, una organización de cooperación económica, la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) se lanzó en 1990, por invitación del gobierno liberiano en el marco de un conflicto civil, a una operación militar de pacificación (ECOMOG) bajo el liderazgo de Nigeria, siendo avalada *a posteriori* por el C. de S. (declaración del Presidente de 22 de enero de 1991; res. 787, de 1992, y 813, de 1993)... En Liberia (octubre, 2003) y luego en *Côte d'Ivoire*, las fuerzas de la CEDEAO allanaron el camino (aún de espinas en este último país, donde también están presentes las fuerzas *francesas*) al despliegue de los *casos azules* (UNMIL, ONUCI)... Gracias a una organización regional de Estados del Cuerno de África (el IGAD) pudo consensuarse entre clanes, en Somalia, en 2004 una Carta y un gobierno federal de transición que, sin embargo, en octubre de 2006 aún no había podido poner el pie en Mogadiscio, controlado por las fuerzas de los *tribunales islámicos*, y apenas resistía su embate en Badoia, gracias a una discreta intervención de Etiopía... El IGAD ha tenido asimismo, un papel relevante en la conclusión del Acuerdo Global de Paz de Naivasha (31 de diciembre de 2004)

con el que se pretende poner fin a la guerra que durante más de veinte años ha conducido el MPLS en el sur del Sudán...

Esta práctica encontraba el aval del Secretario General, B. Boutros-Ghali (*Un Programa de Paz*, 1992), para quien, ante la inevitable variedad de regiones y situaciones, era recomendable abordar la cooperación y la división del trabajo caso por caso, con un espíritu de *creatividad* y siempre bajo el prisma de que la responsabilidad primordial reside en el C. de S.

De acuerdo con las directrices del Secretario General, respaldadas por la AG (res. 49/57, de 1994), la calificación de acuerdos y organismos regionales ha sido de un extraordinario pragmatismo, con base en un criterio funcional, atento a la asunción efectiva de tareas en el campo del arreglo pacífico de diferencias y el mantenimiento de la paz. Ni la etiqueta genérica de un acuerdo u organismo, ni su composición, ni su condición jurídica formal, ni su ámbito material principal o territorial de actuación, ni su creación *ad hoc* para manejar un determinado conflicto ha sido óbice para enmarcar sus relaciones con las NU dentro del Capítulo VIII de la Carta y buscar los acuerdos de colaboración oportunos.

Un planteamiento así ha permitido sinergias de las NU, no ya con los organismos regionales tradicionales, sino con muchos otros, de muy heterogénea naturaleza, vocación y dimensión.

Por lo que hace a la UE, su actuación en el marco del Capítulo VIII, no sólo se refleja, explícita o implícitamente, en numerosas resoluciones del C. de S., sino que la misma Unión la ha dado por supuesta, al asumir como cumplimiento del art. 54 de la Carta la comunicación al C. de S. de las declaraciones PESC y al dar respuesta (20 de abril de 1993) al *Programa de Paz* del Secretario General.

En la práctica, las resoluciones del C. de S. albergan regulares invocaciones, con base en el Capítulo VIII de la Carta, a la colaboración de los acuerdos u organismos regionales, compensadas con el recordatorio del carácter primordial de la responsabilidad del C. de S. Los ejemplos son incontables.

Una política así sigue siendo animada en estos tiempos de reforma. El Informe del *Grupo de Alto Nivel* (diciembre, 2004) considera, en efecto, que las NU deberían alentar el establecimiento de *agrupaciones* regionales y subregionales, especialmente en partes sumamente vulnerables del mundo en que no existen actualmente organizaciones de seguridad eficaces. Esta afirmación de principio se acompaña de la recomendación de una ampliación de la consulta y cooperación entre la ONU y las organizaciones regionales, así como de la posibilidad de financiar con cargo a NU operaciones ejecutadas por estas organizaciones, utilidades de equipo de la ONU, integración en sus dispositivos de reserva y, muy especialmente, la formación de capacidad en un proceso de diez años y dentro del marco estratégico de la Unión Africana. En su Informe de marzo de 2005 el Secretario General hizo suyas la práctica totalidad de estas recomendaciones que, luego, en términos más genéricos, han sido adoptadas en la *Cumbre Mundial 2005* (doc. final, res. 60/1, diciembre 2005) con alguna salvedad significativa (como la omisión de toda referencia a la financiación mediante cuotas prorrateadas de operaciones regionales autorizadas por el C. de S.).

No obstante cabe preguntarse, considerando la práctica de los últimos años, si acaso la responsabilidad *primordial* del C. de S. se ha traducido de hecho en una

entrega incluso temeraria en manos de acuerdos y organismos regionales *lato sensu* de un número considerable de operaciones de mantenimiento y de imposición de la paz. La subcontratación de alianzas militares como la OTAN, dispuestas a coordinarse más que a subordinarse para, finalmente zafarse, de la ONU pone de relieve el riesgo de que una autoridad débil y sin estructuras propias acabe entregada a sus *condottieros*.

De entre los múltiples aspectos del *Nuevo Concepto Estratégico* (abril, 1999) de la OTAN cabe destacar ahora el relativo a las que llama "operaciones de respuesta ante crisis no contempladas en el artículo 5". Estas operaciones armadas se pueden producir allí donde los miembros de la Alianza sientan afectados sus intereses de seguridad común, particularmente en el *área euro-atlántica*, pero también en su periferia, fuera de ella: se trata de "mantener a distancia los riesgos abordando las crisis potenciales en una fase temprana" y "en caso de crisis que pongan en peligro la estabilidad euroatlántica y puedan afectar a la seguridad de los miembros de la Alianza, las fuerzas armadas aliadas podrían ser llamadas a llevar a cabo operaciones de respuesta ante crisis". Las misiones son variadas y numerosas y la Alianza ha de contar con la voluntad política y la capacidad militar necesaria para atender su amplísimo espectro guiándose por los principios de *solidaridad aliada* y *unidad estratégica*. El *Nuevo Concepto* admite retóricamente la responsabilidad primordial del C. de S. en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, pero reclama para sí la centralidad, excluyendo toda precisión sobre las relaciones (y mucho menos la subordinación) de la Alianza con el C. de S. en el manejo de las crisis que rebasan claramente el ámbito de la legítima defensa colectiva, fundamento original del Tratado de Washington. El único control explícito en el manejo de una crisis o en cualquier uso de la fuerza por la OTAN es el de las autoridades políticas de la Alianza (el Consejo Atlántico y el Secretario General) de las que se reclama un control estrecho en todas las fases de una operación. La OTAN reitera la oferta ya hecha en 1994 al C. de S. de las NU, también a la OSCE, para apoyar operaciones de mantenimiento de la paz u otras operaciones bajo su autoridad, pero siempre sobre bases puntuales y de conformidad con los propios procedimientos OTAN. Naturalmente, no deja de ser inquietante que los miembros de esta Alianza hayan articulado mediante un simple acuerdo político, sin la autorización parlamentaria que las Constituciones estatales suelen exigir para la conclusión de los tratados, procedimientos cuya aplicación puede ser incompatible con las obligaciones jurídicas de la Carta y del mismo tratado constitutivo de la OTAN.

Refiriéndose a las operaciones de la OTAN fuera de "las regiones de su competencia" el Informe del *Grupo de Alto Nivel* (diciembre, 2004) afirma que le parecen bien "mientras las operaciones estén autorizadas por el C. de S. y se rinda cuenta de ellas al Consejo". Cuando no es así, parece que el propósito fuera servirse de la ONU como herramienta de una política de Estado, eventualmente compartida por otros, o de hacer fracasar a la Organización para justificar la entrada, libres de trabas, de organismos regionales, alianzas militares y coaliciones de fortuna. De esta manera, la ONU puede acabar *ocupada* por un proyecto *particular(ista)* o acosada por falsos *regionalismos* fraccionalistas, de confrontación, muy lejos de esos otros regionalismos que, aplicados al principio de subsidiariedad, son el mejor complemento de una Organización mundial.

La tendencia a *regionalizar* las operaciones es en sí misma positiva, atendiendo al principio de subsidiariedad, a condición de que no esconda una evasión de responsabilidad colectiva ante una situación intolerable. Se trataría de encomendar las misiones a las Organizaciones regionales representativas allí donde se produce el conflicto (OEA, CARICOM, UA, CEDEAO, IGAD...), mientras NU ofrece un soporte diplomático y político y la coordinación de la asistencia

humanitaria y se pide a los países más desarrollados o a sus organizaciones (como la OTAN o la UE) apoyo logístico, transporte aéreo y comunicaciones, equipamiento sofisticado, entrenamiento, financiación.

Pero la situación en Darfour, en el oeste de Sudán, ejemplifica hoy mejor que ninguna otra las posibilidades y límites de esa *regionalización*. En un principio parecía más que razonable, dada la evidente resistencia de los países occidentales a aportar efectivos y la consideración de que sólo una presencia de fuerzas africanas (la MUAS, organizada por la UA) podía acompañar sobre el terreno, dadas las resistencias locales a la presencia de unidades *coloniales* la salida a una situación que, se dice, no puede ser militar sino sólo política. Sin embargo, la MUAS entró en el territorio con manifiestos déficits humanos, materiales, logísticos y financieros, multiplicados por el sabotaje del gobierno de Jartum, lo que la ha conducido al fracaso y a la necesidad de establecer una operación de NU cuando la situación es hoy peor que ayer y, al paso que se va, sólo mejor que mañana (v. Cap. XXVIII).

En términos prácticos ya sería suficientemente satisfactorio con que las previsiones del Capítulo VIII de la Carta fueran, primero, respetadas y, luego, aplicadas cabalmente, aprovechando toda su potencialidad, con la adecuada inserción de las organizaciones regionales en las operaciones de paz de NU, bajo el debido control del C. de S. y la capacitación humana y material de dichas organizaciones en el mundo en desarrollo, especialmente en África, donde a menudo han de desplegarse tales operaciones.

En esta línea cabe apreciar la res. 1631 (2005) del C. de S. en cuyo preámbulo se recalca que la contribución de las Organizaciones regionales “debe hacerse de conformidad con el Capítulo VIII de la Carta” y en cuyo articulado se reitera su obligación, con arreglo al art. 54, de mantener al Consejo plenamente informado de sus actividades. La resolución, rebosante de buenas intenciones, menciona, además, la oportunidad que la —entonces— prevista —y ahora existente— *Comisión para la Consolidación de la Paz* puede significar para la cooperación y el contacto con las Organizaciones regionales y subregionales (un punto omitido en el *Documento Final de la Cumbre Mundial*). Amén de la previsión de reuniones periódicas, mejoras de enlace, informes regulares del Secretario General y evaluaciones de la cooperación, la resolución parece interesada en mencionar el papel de las Organizaciones regionales y subregionales en la lucha contra el tráfico ilícito de armas pequeñas, el arreglo pacífico de las controversias y la lucha contra el terrorismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. En cuanto al sistema de seguridad colectiva hasta la crisis del Golfo (1990-91), en lengua española: A. Carrillo, *La crisis constitucional de las NU*, Madrid, 1966; J. Soubeyrol, *Las iniciativas coercitivas de la ONU y la legalidad interna de la Organización*, Valladolid, 1970; E. Rubio, *El sistema de seguridad colectiva en las NU*, Murcia, 1999; A. Fernández Tomás, “El desvanecimiento del sistema de paz y seguridad colectiva de las NU”, *Afers Internacionals*, 1989, 8. **En otras lenguas:** E.B. Haas, *Why We Still Need the UN. The Collective Management of International Conflicts, 1945-84*, Berkeley, 1986; V. Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in IL. UN Action in the Question of Southern Rhodesia*, Dordrecht, 1990; I.F. Dekker y H.H.G. Post, *The Gulf War of 1980-88. The Iran-Irak War in International Legal Perspective*, Dordrecht, 1992; O.P. Richmond, *Maintaining Order, Making Peace*, Nueva York, 2002; E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the UN Security Council*, Oxford, 2004; K. Herndl, “Reflexions on the Role, Functions and Procedures of the Security Council of the UN”, *R. des C.*, 1987, t. 206, 289.

2. En cuanto a la crisis del Golfo (1990-91), en lengua española: F. Mariño, *La acción de la CE y de los Estados miembros en la crisis del Golfo*, Granada, 1991; L. Millán, *La CE ante la crisis del*

Golfo, Valladolid, 1993; J. Acosta, *La crisis Irak-Kuwait*, Barcelona, 1994; M. Ortega, L. Pérez-Prat y F. Garcimartín, "El DI y la crisis del Golfo", *REDI*, 1990, 673; A. Remiro, "La crisis del Golfo y el nuevo orden internacional", *PE*, 1990, 90; J.A. Perea, "El uso de la fuerza en el DI: el conflicto del Golfo arábigo", *A. Jurídico y Económico Escorialense*, 1990-91, 127; P. Andrés, "Las NU y la guerra del Golfo", *Tiempo de Paz*, 1991, 50; A. Mangas, "Normas internacionales y objetivos militares en la guerra del Golfo pérsico", *ibid.*, 24; M. Pérez González, "Conflicto del Golfo, sanciones internacionales y uso de la fuerza: la posición de España", *ibid.*, 36; A. Dastis, "El uso de la fuerza armada en el Golfo: una justificación jurídica", *REDI*, 1991-1, 109; P. Andrés, "Réplica: cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Irak", *ibid.*, 117; L.I. Sánchez Rodríguez, "La invasión de Kuwait por Irak y la acción del Consejo de Seguridad de las NU", *Cur. DI Vitoria* 1991, 15 (tb. en su libro *DI público. Problemas actuales*, Madrid, 1993, 271); *id.*, "Problemas jurídicos en torno a la guerra del Golfo", *La Ley*, nº 2.693, 1991; J.L. Piñol, "Crisis y guerra del Golfo pérsico: comentarios jurídicos", *Cuad. Jurídicos*, 1991-92, 34; J. Acosta y J.L. Piñol, "Legitimidad, legalidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza armada contra Irak", *ADI*, 1994, 15. **En otras lenguas:** B. Stern, *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, París, 1991; J.N. Moore, *Crisis in the Gulf: Enforcing the Rule of Law*, Nueva York, 1992; M. Weller (ed.), *Irak and Kuwait: The Hostilities and Their Aftermath*, Cambridge, 1993; J. Verhoeven, "Etats alliés ou NU? L'ONU face au conflit entre l'Irak et le Koweït", *AFDI*, 1990, 145; P.M. Dupuy, "Après la guerre du Golfe...", *RGDIP*, 1991, 621; Ph. Weckel, "Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de Sécurité", *AFDI*, 1991, 165; U. Villani, "La nuova crisi del Golfo e l'uso della forza contro l'Irak", *RDI*, 1999, 463.

3. Sobre el sistema de seguridad colectiva a partir de la guerra del Golfo (1990-91), en lengua española: M. Ortega, *Hacia un Gobierno mundial*, Salamanca, 1995; S. Ripol, *El desarrollo de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad de las NU*, Oñate, 2003; A. del Valle (ed.), *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la seguridad*, Madrid, 2003; C. García Segura y A. Rodrigo (eds.), *El imperio inviable: el orden internacional tras el conflicto de Irak*, Madrid, 2004; E. Barbé (ed.), *¿Existe una brecha transatlántica? Estados Unidos y la UE tras la crisis de Irak*, Madrid, 2005; A. Guerra y J.F. Tezanos (eds.), *La paz y el DI*, Madrid, 2005; C. Ramón (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Valencia, 2005; J.A. Carrillo, "El Consejo de Seguridad y el mantenimiento de la paz: aspectos recientes", *Cur. DI Vitoria* 1992, 15; V. Abellán, "La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las NU", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 3; S. Torres, "Perspectivas en la contribución de las NU al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales: comentarios y observaciones sobre la declaración de los miembros del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992", *ibid.*, 727; J. Cardona, "Nuevo orden mundial y mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", *Cur. DI Vitoria* 1993, 215; *id.*, "La aplicación de medidas que implican el uso de la fuerza armada por el Consejo de Seguridad para hacer efectivas sus decisiones", *REDI*, 1995, 9; *id.*, "La 'externalización'/'privatización' del uso de la fuerza por las NU", *Hom. J.A. Carrillo*, Sevilla, 2005, v. I, 317; A. Iglesias Velasco, "Los nuevos rumbos de la ONU en el mantenimiento de la paz internacional", *NU-UN*, 1994, 22 y 1995, 28; A.G. López Martín, "Embargo y bloqueo aéreo en la práctica reciente del Consejo de Seguridad", *REDI*, 1994, 39; R. Piriz y G. Álvarez, "Algunos aspectos jurídicos que se plantean en relación con 'Un Programa de Paz'...", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchuga*, Montevideo, 1994, 479; J. Alcaide, "El sistema de las NU y los crímenes internacionales de los Estados", en P.A. Fernández Sánchez (ed.), *La ONU, 50 años después*, Sevilla, 1996, 151; P.A. Fernández Sánchez, "La participación de las NU en la pacificación de conflictos", *ibid.*, 25; C. Gutiérrez Espada, "El sistema de seguridad colectiva en los albores del siglo XXI", en F. Mariño (ed.), *Balance y perspectivas de NU en el cincuentenario de su creación*, Madrid, 1996, 165; *id.*, "Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la 'Guerra de Kosovo')", *ADI*, 2000, 93; S. Ripol, "El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo", *REDI*, 1999-1, 59; A. Remiro, "Carta de las NU-Nuevo Orden: ida y vuelta", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 359; R. García Pérez, "La 'responsabilidad de proteger': un nuevo papel para NU en la gestión de la seguridad internacional", *REEI*, nº 11, 2006. **En otras lenguas:** R.J. Dupuy (ed.), *Le développement du rôle du Conseil de Sécurité*, Dordrecht, 1993; N.D. White, *Keeping the Peace: The UN and the Maintenance of International Peace and Security*,

Manchester, 1993; B.B. Ferencz, *New Legal Foundations for Global Survival: Security through Security Council*, Nueva York, 1994; *Le chapitre VII de la Charte des NU*, París, 1995; O. Corten y B. Delcourt, *Droit, légitimation et politique extérieure: l'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruselas, 2000; D. Saoroshi, *The UN and the Development of Collective Security. The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford, 2000; Ch. Tomuschat, *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, La Haya, 2002; N.D. White, *Collective Security Law*, Hampshire, 2003; P.M. Dupuy, "Sécurité collective et organisation de la paix", *RGDIP*, 1993, 617; G. Gaja, "Réflexions sur le rôle du Conseil de Sécurité dans le nouvel ordre mondial", *ibid.*, 297; B. Urquhart, "The UN and International Security after the Cold War", en Roberts y Kingsbury (eds.), *UN. Divided World*, Oxford, 1993 (2ª ed.), 81; M. Bennouna, "L'embargo dans la pratique des NU (Radioscopie d'un moyen de pression)", *Cur. Euromediterraneos Bancaja de DI*, v. 1, 1997, 205; P. Weckel, "L'emploi de la force contre la Yugoslavia ou la Charte fissurée", *RGDIP*, 2000, 19; S. Chesterman, "Passing the Baton: The Delegation of Security Council Enforcement Powers from Kuwait to Kosovo", *Essays L. Haopei*, Londres, 2001, 148; L.A. Sicilianos, "L'autorisation par le Conseil de Sécurité de recourir à la force: une tentative d'évaluation", *RGDIP*, 2002, 5; M. Catena, "La missione ONU in Kosovo: mantenere o fare la pace", *LCI*, 2002, 579; G. Palmisano, "L'ammissibilità del ricorso alla forza armata a fini umanitari e la Guerra di Kosovo", *LCI*, 2003, 17; M. Bedjaoui, "L'avenir de la sécurité collective", *Liber amicorum J.A. Pastor*, cit., 303.

4. Sobre la validez de las decisiones del Consejo de Seguridad, en lengua española: M. Ortega, *Hacia un gobierno mundial*, cit.; A. Sanjosé, "Las consecuencias jurídicas de los actos *ultra vires* de las OI, en particular, de la ONU", *REDI*, 1990, 443; V. Abellán, "La ampliación del concepto de 'mantenimiento de la paz y seguridad internacional' por el Consejo de Seguridad de las NU: Fundamento jurídico y discrecionalidad", *Hom. M. Díez de Velasco*, cit., 3; R. Casado, "Consideraciones sobre el control de las decisiones del Consejo de Seguridad de NU", *ADI*, 1994, 335; C. Fernández Casadevante, "El poder y el Derecho en las NU: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad", en *Las NU y el DI*, Barcelona, 1997, 40. **En otras lenguas:** Y.Z. Blum, *Eroding UN Charter*, Dordrecht, 1993; M. Bedjaoui, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité*, Bruselas, 1994 (versión inglesa: *The New World order and the Security Council. Testing the Legality of its Acts*, La Haya, 1995); H. Thierry, "Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la CIJ", *R. des C.*, 1980, t. 167, 387; J.E. Álvarez, "Judging the Security Council", *AJIL*, 1996, 1.

5. Sobre el asunto Lockerbie en particular, en lengua española: P. Andrés, "¿De maximis non curat praetor...? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto *Lockerbie*", *REDI*, 1992, 327; E. Orihuela, "La actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto *Lockerbie*: Paradigma de incontrolable abuso de poder", *REDI*, 1992, 395; **en otras lenguas:** T.M. Franck, "The Powers of Appreciation: Who Is the Ultimate Guardian of UN Legality?", *AJIL*, 1992, 519; E. McWhinney, "The International Court as Emerging Constitutional Court and the Co-ordinate UN Institutions: Implications of the Aerial Incident at Lockerbie", *CYIL*, 1992, 261; V. Gowlland-Debbas, "The Relationship between the ICJ and the Security Council in the light of the *Lockerbie Case*", *AJIL*, 1994, 643; R.St.J. Macdonald, "The ICJ and the Security Council of the UN", *Liber amicorum F. Jiménez de Aréchaga*, cit., 457; M. Plachta, "*Lockerbie Case*: The Role of the Security Council in the Enforcing of the Principle *Aut Dedere Aut Iudicare*", *EJIL*, 2001, 125.

6. Sobre las operaciones de mantenimiento de la paz y el recurso a la fuerza armada por NU o la imposición de la paz por NU, en lengua española: P.A. Fernández Sánchez, *Operaciones de las NU para el mantenimiento de la paz*, 2 v., Huelva, 1998; A. Iglesias Velasco, *Las operaciones de mantenimiento de la paz: concepto, evolución histórica y características (1948-2002)*, Madrid, 2003; *id.*, *Los problemas del mantenimiento internacional de la paz*, Madrid, 2003; F. Harto de Vera, *Investigación para la paz y resolución de conflictos*, Valencia, 2005; F. Vacas, *El régimen jurídico del uso de la fuerza por las operaciones de mantenimiento de la paz de NU*, Madrid, 2005; L.I. Sánchez Rodríguez, "La contribución de España a la paz y la seguridad", *AV*, 1994, 220; *id.*, "Las operaciones de mantenimiento de la paz: aspectos actuales", en F. Mariño (ed.), *Balance y perspectivas...*, cit., 189;

J. Cardona, "Las operaciones de mantenimiento de la paz de las NU: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?", *Cur. Iuromediterráneos Bancaja de DI*, v. VI, 2002, 759; A. Iglesias Velasco, "Los procesos de pacificación de los conflictos armados en Centroamérica", *Rev. Facultad de Derecho de México*, 2005, n° especial, 225. En 1991 el Ministerio de Defensa español editó un volumen sobre *Misiones de paz. Militares españoles en el Mundo, 1979-91*, con amplia información sobre la participación de España en estas operaciones. **En otras lenguas:** P.F. Diehl, *International Peacekeeping*, Baltimore, 1993; A.B. Fetherston, *Towards a Theory of UN Peace-Keeping*, Nueva York, 1994; S.R. Ratner, *The New UN Peacekeeping: Building Peace in Lands of Conflict after the Cold War*, Nueva York, 1995; D. Warner (ed.), *New Dimensions of Peacekeeping*, La Haya, 1995; *The Blue Helmets*, Nueva York, 1996 (3ª ed.); C. Emanuelli, *Les casques bleus: policiers ou combattants?*, Montreal, 1997; M.G. Manwaring (ed.), *Towards Responsibility in the New World Disorder: Challenges and Lessons of Peace Operations*, Londres, 1998; R. Kolb, *Droit humanitaire et opérations de paix internationales: les modalités d'application du DI humanitaire dans les opérations de maintien ou de rétablissement de la paix auxquelles concourt une OI (en particulier les NU)*, Ginebra, 2002; G. Bono, 'Peace-Enforcement' Tasks and 'Policy Communities', Aldershot, 2003; T.M. Franck, *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, 2003; R. Dwan, *International Policing in Peace Operations. The Role of Regional Organizations*, Oxford, 2003; P. Allan y A. Keller (eds.), *What Is a Just Peace?*, Oxford, 2005; R. Caplan, *International Governance of War-Torn Territories: Rule and Reconstruction*, Oxford, 2005; J. Dobbins, K. Crane, S.G. Jones, A. Rathmell, B. Stele y R. Teltschik, *The UN's Role in Nation-Building: From the Congo to Irak*, 2005; B. Kondoch, *International Peacekeeping*, Aldershot, 2005; V. Kronenberger y J. Wouters (eds.), *The EU and Conflict Prevention: Policy and Legal Aspects*, Cambridge, 2005; N. Rees y J.T. O'Neill, *UN Peacekeeping in the Post-Cold Era*, Londres, 2005; M. Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Leiden, 2005; B. Urquhart, "The UN Collective Security and International Peacekeeping", en *Negotiating World Order*, Nueva York, 1986, 59; L. Fou-Tchin, "UN Peace-Keeping Operations", *R. des C.*, 1987, t. 201, 385; J.I. Rikhye, "Sovereignty and International Intervention in Internal Affairs of States: Peacekeeping Operations", en E.R. May (ed.), *The Dumbarton Oaks Conversations and the UN 1944-94*, Washington, 1998, 71; S. Dorigo, "Imputazioni e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di *peacekeeping* delle NU", *RDI*, 2002, 903; P. Daillier, "Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix", *R. des C.*, 2005, t. 314, 233.

7. En cuanto a las organizaciones regionales, en lengua española: S. de la Torre, *Un modelo de seguridad para Europa. La Carta de seguridad europea de la OSCE*, Madrid, 2004; V.M. Sánchez, *La potestad coercitiva de las organizaciones regionales para el mantenimiento de la paz*, Barcelona, 2005; A. Iglesias Velasco, *Europa ante la paz y la seguridad internacionales*, Oviedo, 2006. **En otras lenguas:** J. Chil (ed.), *Regional Cooperation for Development and the Peaceful Settlement of Disputes in Latin America*, Dordrecht, 1987; G. Berridge, *Return of the UN? Diplomacy in Regional Conflicts*, Londres, 1991; M. Weller (ed.), *Regional Peacekeeping and International Enforcement: the Liberian Crisis*, Cambridge (Mass.), 1994; C. Walter, *Vereinten Nationen und Regionalorganisationen*, Berlín, 1996; M. Benchikh (ed.), *Les OI et les conflits armés*, París-Budapest-Turín, 2001; R. Dwan, *International Policing in Peace Operations. The Role of Regional Organizations*, cit.; A. Abass, *Regional Organizations and the Development of Collective Security*, Oxford, 2004; F. Lattanzi y M. Spinedi, *Le organizzazioni regionali e il mantenimento della pace nella prassi di fine XX secolo*, Nápoles, 2004.

Capítulo XXVIII

La ocupación hegemónica de la seguridad colectiva

CXXXVIII. CONSIDERACIONES GENERALES

605. Seguridad del “Norte”, amenaza del “Sur”

La percepción de que el *Norte* ha de guardarse de la *amenaza del Sur* conduce irremisiblemente a plantear sus relaciones en términos de *seguridad*. El 11-S no ha hecho sino exacerbar la percepción. No hay más agenda que la que impone el *Norte* y, a su cabeza, Estados Unidos. Él identifica las amenazas, sus responsables, los métodos para combatirlas. La sugerencia de que el *Sur* también puedes sentirse amenazado por el *Norte* es impertinente. Probablemente el *Sur* desearía dedicar más tiempo y recursos a otros problemas, que no a la lucha contra el terrorismo o la proliferación de armas de destrucción masiva, graves problemas, pero no los únicos problemas y, para el *Sur*, no los más importantes. No hay demasiadas esperanzas de que, más allá de algunas concesiones retóricas, sus reivindicaciones vayan a ser consideradas. La pescadilla se muerde la cola cuando al rechazar el papel secundario que se les ofrece algunos países y grupos humanos del *Sur* ganados para la confrontación se entregan a políticas terroristas y armamentísticas que no hacen sino aumentar la ansiedad del *Norte*, dispuesto a recurrir unilateralmente a la fuerza armada en pos de la esquivia *seguridad* si las instituciones multilaterales no endosan sus posiciones.

El objeto de este Capítulo es examinar bajo el prisma de la actuación del C. de S. la lucha contra el terrorismo internacional y la proliferación de armas de destrucción masiva, donde se advierte la imposición de formas de cooperación que coartan la discrecionalidad soberana de los miembros de las NU, y la inclinación del Consejo a cohonestar las acciones armadas unilaterales de Estados Unidos y de sus protegidos, lo que se ha advertido especialmente en la invasión y ocupación de Irak en marzo de 2003 y en el tratamiento del conflicto del Próximo Oriente. De ahí el título del Capítulo, *la ocupación hegemónica de la seguridad colectiva*, y la conveniencia de cerrarlo con unas referencias de política legislativa sobre la reforma del C. de S. y la articulación del control de validez de sus decisiones.

CXXXIX. EL TERRORISMO INTERNACIONAL

606. *Una definición problemática*

Hasta los crímenes del 11-S los *terroristas* se presentaban como el espolón descerebrado y fanático de movimientos separatistas del Estado o *antisistema*, eran la expresión desesperada y radical de movimientos de liberación de la dominación colonial o de la ocupación extranjera, o respondían a políticas de Estado para afrontar la solución de sus problemas o realizar sus objetivos, domésticos o internacionales, a través de agentes criminales dispuestos a sembrar el terror público mediante la aplicación de métodos violentos con efectos indiscriminados. Ahora, los crímenes del 11-S evidencian la existencia de una red de organizaciones y células terroristas transnacionales que se sirven —pero son independientes— de los Estados y los actos terroristas se destacan entre las *amenazas a la paz y la seguridad internacionales*; incluso se sostiene que siendo equivalentes a un ataque armado son susceptibles de desencadenar el derecho inmanente de *legítima defensa* (v. Cap. XXVI)..

Podemos entender el terrorismo internacional como una aplicación de violencia a la población civil de forma indiscriminada con el fin de, mediante el terror, satisfacer objetivos políticos en el marco de las relaciones internacionales. No obstante, el terrorismo presenta zonas muy grises, partiendo de su misma definición. Quienes padecen el terrorismo doméstico de quienes quieren cambiar el orden político o separarse del Estado buscan el fleco de la mala vecindad para internacionalizar la lucha, si les conviene. A su vez, los *terroristas* y sus padrinos se presentarán como *combatientes por la libertad* y buenos samaritanos. Crímenes comunes con móviles políticos, especialmente los magnicidios, se proponen a menudo como actos terroristas por quienes los padecen; pero también tienen su público en la galería de héroes. Los países árabes e islámicos suelen enfrentarse a la cuestión con recelo, pues —con la mente puesta en Palestina— temen su poder de atracción sobre lo que entienden actos legítimos de liberación de la ocupación extranjera; más aún teniendo en cuenta la facilidad con que los gobiernos de Israel aplican la etiqueta terrorista a cualquier acto violento contra sus fuerzas de ocupación.

607. *Los tratados en la lucha antiterrorista*

A pesar de los problemas definitorios, la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo ha sido objeto de numerosos convenios internacionales multilaterales —de vocación universal o regional— y bilaterales

Limitándonos a los multilaterales de vocación universal cabe citar los Convenios sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 1963), para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970), para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971), complementado por el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten

servicio a la aviación civil internacional (Montreal, 1988), sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973), contra la toma de rehenes (Nueva York, 1979), sobre la protección física de los materiales nucleares (Viena, 1980), para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 1988), sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección (Montreal, 1991), para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 1997) y para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999). Todos están en vigor. Recientemente, el 13 de abril de 2005 se abrió a la firma la Convención internacional para la supresión de los actos de terrorismo nuclear, que aún no ha entrado en vigor.

Esta línea convencional sigue siendo maestra en las medidas para prevenir y eliminar el terrorismo, como se refleja en las resoluciones que la AGNU ha venido adoptando a partir de 1972, más recientemente en las del mismo C. de S. y en las incitaciones del Secretario General de la Organización.

Las primeras resoluciones de la AG versaron sobre las “medidas para prevenir el terrorismo internacional”, destacando la 3034 (XXVII), que decidió establecer un Comité Especial sobre el Terrorismo integrado por treinta y cinco miembros. A partir de 1989 las resoluciones de la Asamblea —reiteradas con periodicidad anual desde 1994— se refieren a las “medidas para eliminar”, no ya prevenir, “el terrorismo internacional (v., por ej., res. 44/29..., 55/158). La Asamblea ha denunciado paralelamente, a partir de 1988, la violación de derechos humanos fundamentales que acarrea el terrorismo (res. 48/122..., 54/164).

Las sucesivas resoluciones del C. de S. que han afrontado este tema en su formulación general a partir de 1999 (res. 1269, de 1999; res. 1368 y 1373, de 2001; res. 1566, de 2004; res. 1624, de 2005) abundan en la invitación a los Estados miembros a obligarse por —aplicar y cooperar en la aplicación de— los convenios relativos al terrorismo y en la conveniencia de elaborar nuevos instrumentos internacionales a medida que las circunstancias lo aconsejen.

En los últimos años se sopesa la conveniencia de elaborar un convenio general sobre terrorismo internacional que sirva de marco jurídico global (res. 54/110, de 1999). La definición del terrorismo, su distinción con el derecho de los pueblos a la libre determinación y la relación del convenio general con el racimo de convenios ya en vigor son algunos de los puntos aún hoy problemáticos.

Los avances espectaculares en la exigencia de una responsabilidad internacional penal de los individuos han favorecido, por otro lado, la contemplación de los actos terroristas como crímenes de DI (crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad). Es cierto que, al menos hasta el 11-S, el terrorismo era un tipo criminal infrecuente en las leyes penales estatales y que su inclusión expresa entre los crímenes perseguibles ante la CPI no logró el apoyo suficiente en la Conferencia de Roma, distinguiéndose la delegación de los Estados Unidos en una oposición tan frontal que se extendió, incluso, a la *res. E* que recomendaba la reconsideración de esta cuestión en una próxima Conferencia. A pesar de todo, los actos que generalmente consideramos terroristas encajan en tipos que califican como crímenes contra la humanidad (v. art. 7.1 del Estatuto de la CPI).

La vinculación, directa o indirecta, de un terrorista y/o un grupo terrorista a las autoridades, reconocidas o no, de un Estado arruina las posibilidades abiertas por los mecanismos de cooperación dispuestos mediante tratados, que se basan en la igualdad, buena fe y la confianza recíprocas. Esos tratados suelen incorporar la regla *aut dedere aut iudicare* y ¿quién está dispuesto a confiar en la administración de justicia del Estado directa o indirectamente vinculado con los presuntos criminales?

El descreimiento en los mecanismos habituales de cooperación internacional unido a la consideración de los actos terroristas como una terrible amenaza a la paz y seguridad internacionales, puede conducir al C.de S., debidamente espolcado por miembros permanentes con intereses en juego que considera esenciales, a adoptar decisiones audaces.

608. *El terrorismo como amenaza a la paz y seguridad internacionales*

El caso *Lockerbie* es particularmente interesante por ser el primero en que el C.de S. invoca el capítulo VII de la Carta para, calificando una determinada acción terrorista como amenaza a la paz y seguridad internacionales, decidir la adopción de sanciones contra un Estado miembro (Libia) que se niega a acatar la orden de entrega de los presuntos autores a los Estados perjudicados por la acción (Estados Unidos y Gran Bretaña), formulada por el mismo Consejo.

A pesar de que el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971) no hace de esa entrega forma obligada de cooperación sino que, entre otras alternativas (artículos 5 y 7), permitía a Libia la persecución criminal de sus nacionales acusados de terrorismo aéreo (*aut dedere aut iudicare*), el C. de S. endosó las pretensiones anglosajonas y reclamó (res. 731, de 21 de enero de 1992) la entrega de dos agentes, considerados autores materiales de la colocación de la bomba que el 22 de diciembre de 1988 destruyó un *yumbo* de la *Pan-Am* sobre suelo escocés, causando doscientas setenta muertes; a continuación, invocando expresamente el Capítulo VII de la Carta, impuso *sanciones* a Libia (res. 748, de 31 de marzo) aplicables a menos que entregase a sus nacionales en el plazo perentorio de quince días. Las *sanciones* fueron ampliadas posteriormente (res. 883, de 11 de noviembre de 1993).

Es muy discutible que la acción del C. de S. fuera conforme con los principios de la Carta dentro de los cuales ha de acomodarse el ejercicio de sus competencias. Sea cual sea la opinión que mereciera el régimen libio, ¿era bueno para el despliegue ordenado de las relaciones internacionales que su negativa a aceptar las imputaciones que se le hacían —y la controversia que era su natural consecuencia— no se sometieran a los métodos de solución pacífica, incluido el judicial, por Libia ofertados? El discurso del C.de S. sólo es inteligible si se ha decidido que la *Jamahiriya Árabe Libia* es un Estado *terrorista*, al margen ya de la sociedad internacional y, por lo tanto, privado de sus derechos y garantías legales como Estado soberano y miembro de las NU. El Consejo suplanta a la CIJ, ignorando la directiva que hace la misma Carta (artículo 36.3) de considerar que “las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte” (v. *infra*)

¿Qué ocurrió después? Estados Unidos procedió unilateralmente al promulgar la *Iran and Libya Sanctions Act of 1996* (Ley D'Amato-Kennedy) cuyo objetivo era sancionar —impidiendo o dificultando sus negocios en Estados Unidos— a las empresas de terceros países que invirtiesen más de cuarenta millones de dólares

anuales en el sector del petróleo en Libia (o en Irán, país igualmente techado de “peligroso promotor del terrorismo internacional”) o incumpliesen las resoluciones del C. de S..

Por otro lado, después de múltiples mediaciones, el C. de S. (res. 1192, de 1998) endosó el acuerdo de las partes para someter a los acusados a un tribunal escocés que debía constituirse en los Países Bajos y suspendió las sanciones impuestas a Libia una vez que el Secretario General informó al Consejo de que los dos acusados habían llegado al país de los tulipanes. Eso ocurrió el 5 de abril de 1999. El Tribunal escocés constituido en La Haya dictó sentencia el 31 de enero de 2001, absolviendo por falta de pruebas a uno de los acusados y condenando al otro a cadena perpetua. La lectura de la sentencia permite sostener que la decisión de los jueces se basó en conjeturas, no en pruebas, y desde las instancias de la Liga de Estados Árabes y de la UA se ha exigido la libertad de quien ha sido, dice, “condenado por razones políticas”. Ante la pasividad del Consejo para, por otra parte, levantar definitivamente las sanciones impuestas en su día a Libia (lo que sólo se hizo una vez que Libia se avino a todas las exigencias anglosajonas, res. 1506, de 12 de septiembre de 2003), la Liga de los Estados Árabes (res. 6068, de 2001) llegó a declararlas nulas, apoyando el derecho de Libia a conseguir compensaciones por los daños materiales y humanos que le habían ocasionado.

Muy oportunamente, para dejar en evidencia el doble rasero del C.de S., Libia recordó el 21 de junio de 2001, en carta al Presidente del Consejo, el “ataque terrorista” perpetrado contra Libia por Estados Unidos el 15 de abril de 1986:

Aunque la AG (res. 41/38, de 1986) condenó el bombardeo de los Estados Unidos, el Consejo no fue capaz de adoptar ninguna medida porque los Estados Unidos y sus aliados hicieron uso del derecho de veto. En cambio, “en 1992, el C. de S. fue impelido a actuar para, a la velocidad del rayo, dar respuesta a las exigencias planteadas por los Estados Unidos de América en relación con la cuestión de Lockerbie...”.

El bombardeo produjo treinta y seis víctimas mortales civiles, entre ellas una hija adoptiva de *Muammar el Gadafi*. Se trató de una represalia armada, a todas luces prohibida por las normas internacionales en vigor, fundada en el atentado con bomba que sufrió días antes la discoteca berlinesa *La Belle* con resultado de muerte de tres personas (dos de ellas soldados norteamericanos) y dos centenares de heridos. Cabe recordar que, con anterioridad al atentado de la discoteca, el 25 de marzo de 1986, Libia había sufrido el hundimiento de dos unidades navales en el Golfo de Sirte y la pérdida de sus tripulaciones —cincuenta y dos personas— como consecuencia del ataque de la Armada de los Estados Unidos. He ahí el círculo vicioso de la violencia.

El segundo caso en que el C.de S. se lanzó a ordenar la entrega de presuntos autores de actos criminales, calificados como terrorismo internacional, tuvo que ver con el intento de asesinato en Addis-Abeba del Presidente de Egipto, Hosni Mubarak. Su destinatario fue Sudán, cuyo gobierno se consideraba detrás del frustrado magnicidio y a cuyo territorio habían huido al parecer los imputados.

El Consejo siguió el modelo *Lockerbie* al ordenar, en una primera resolución, la inmediata extradición a Etiopía de los tres implicados, conforme al tratado bilateral de extradición suscrito por Etiopía y Sudán (1964), y el desistimiento de toda asistencia y apoyo a las actividades terroristas y de protección a sus elementos (res. 1044, de 1996), y pasar, en una segunda resolución, incumplida la primera, a la constatación de que dicho incumplimiento constituía una amenaza a la paz y seguridad internacional y procedía, en aplicación del Capítulo VII de la Carta, la imposición de sanciones diplomáticas —a las que luego se añadieron otras que afectaban a los vuelos internacionales de las líneas aéreas sudanesas— hasta la fecha en que el Consejo verificase el cumplimiento por el gobierno de Sudán de las obligaciones impuestas (res. 1054 y 1070, de 1996).

Dos años más tarde, —el 7 de agosto de 1998— se produjeron los atentados con bombas contra las embajadas estadounidenses en Nairobi (Kenia) y Dar-Es-Salaam (Tanzania) con doscientos veinticuatro víctimas mortales y cuatro mil heridos. El C.de S. condenó “enérgicamente” estos hechos (res. 1189, de 13 de agosto), instando a Estados y OI a cooperar en las investigaciones en curso en Estados Unidos, Kenia y Tanzania para capturar y entregar rápidamente a la justicia a los autores de “esos actos cobardes y criminales” y “encomiando la reacción” de los gobiernos de estos países.

Esa cooperación permitió la captura el mismo día de los atentados, en Nairobi, de uno de ellos, jordano, y cinco días después, de otro, saudita. Un tercer terrorista, tanzano, fue detenido en África del Sur en octubre de 1999. Todos ellos, considerados miembros de *Al Qaeda*, fueron extraditados a los Estados Unidos y sometidos a juicio en enero de 2001, junto con un ciudadano estadounidense de origen libanés arrestado en Texas en septiembre de 1998. Fueron condenados a cadena perpetua (18 de octubre de 2001) y al pago de una indemnización de treinta y tres millones de dólares que podría hacerse efectiva con los fondos congelados a *Osama bin Laden* y a sus asociados en virtud de la Orden Ejecutiva del Presidente de 20 de agosto de 1998.

Sin embargo, al día siguiente de que se adoptase la resolución del Consejo que acabó dando sus frutos, Estados Unidos decidió acciones armadas que ejecutó el 20 de agosto, trece días después de los atentados, invocando *legítima defensa*. Sudan estaba en la lista de países terroristas del Departamento de Estado y el Presidente Clinton —al tiempo que bombardeaba los posibles campos de entrenamiento en Afganistán de los secuaces de *Osama bin Laden* (a quien se atribuían los atentados)— decidió bombardear también en las afueras de Jartum la fábrica de medicamentos y vacunas de uso veterinario *Al – Shifa’* —que satisfacía el cincuenta por ciento de las necesidades de Sudán— alegando que allí se fabricaban precursores químicos del agente nervioso VX.

Todo parece indicar que la *Casa Blanca* carecía de pruebas en el momento de ordenar la acción armada. Sin embargo, la solicitud de Sudán al C. de S. —hecha inmediatamente después de sufrir el bombardeo— de que enviase una comisión de investigación para verificar los hechos relacionados con los motivos invocados por Estados Unidos para destruir la planta industrial nunca ha sido atendida, a pesar de contar con el apoyo del Movimiento de Países No Alineados, de la Conferencia Islámica y de los grupos africano y árabe en las NU.

Las sanciones a Sudán fueron levantadas sólo el 28 de septiembre de 2001 (res. 1372), una vez que Estados Unidos se abstuvo de vetar el proyecto de resolución (patrocinado por los miembros del Consejo pertenecientes al Grupo del Movimiento de los Países No Alineados). Para entonces, Sudán se había adherido a los convenios internacionales pertinentes sobre la eliminación del terrorismo, incluidos los acuerdos interárabes e interafricanos, había ratificado el convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997) y había firmado el convenio para la represión de la financiación del terrorismo (1999).

609. La situación del Afganistán

Desde 1994 y hasta 1998 (res. 1193) se habían sucedido las declaraciones del Presidente del C. de S., como las resoluciones de la AG y de la CDH, sobre todas

las miserias del inacabable conflicto civil del Afganistán, trufado de injerencias extranjeras.

La res. 1193 (agosto de 1998), adoptada en medio de un grave deterioro de la situación, manifiesta preocupación “por la permanencia de terroristas en el territorio del Afganistán” (y por la producción y tráfico de estupefacientes) y exige a todas “las facciones afganas” abstenerse de “acoger y entrenar a terroristas y sus organizaciones” (y poner término a todas las actividades relacionadas con las drogas), pero sorprendentemente, a pesar de su adopción ocho días después del bombardeo por Estados Unidos de los presuntos campos de entrenamiento de *Al Qaeda* en el territorio bajo control de los *talibanes*, no hace la menor referencia a este hecho.

Los objetivos de los bombardeos, había manifestado el Presidente Clinton, fueron elegidos porque servían directamente las actividades de terroristas comprometidos con ataques al personal e instalaciones de los Estados Unidos. El propósito principal de la operación, señaló Thomas Pickering, Subsecretario de Estado para Asuntos Políticos, no era la represalia; era impedir nuevos ataques terroristas contra objetivos Americanos. “Necesitamos un montón de cooperación”, señaló Madeleine Albright, Secretaria de Estado, “pero como hemos dejado bien claro... adoptaremos una acción unilateral cuando consideremos que nuestro interés nacional ha sido amenazado”.

La res. 1267 (octubre de 1999) marca un punto de inflexión al adoptarse expresamente en el marco del Capítulo VII de la Carta, inculpar a los *talibanes* de proteger las actividades terroristas de *Osama bin Laden*, ordenar su entrega a los Estados Unidos o a cualquier otro país interesado en su persecución penal en el término de un mes y anunciar la aplicación, de no mediar la entrega, de medidas coercitivas obligatorias para todos los miembros de las NU. La resolución establecía un Comité —al que se conocerá como *Comité 1267*— para la aplicación de las sanciones y anunciaba la eventual consideración de otras medidas “contra Osama bin Laden y sus asociados”.

Merece subrayarse que la primera resolución, del C. de S. decidiendo medidas generales para combatir el terrorismo internacional se adopta sólo cuatro días más tarde, el 19 de octubre. La res. 1269 (1999) “condena inequívocamente todos los actos, métodos y prácticas terroristas... independientemente de su motivación y dondequiera y por quienquiera que sean cometidos, en todas sus formas y manifestaciones, *en particular los que pueden representar una amenaza para la paz y seguridad internacionales*” (énfasis añadido).

La res. 1333 (diciembre de 2000) califica el incumplimiento de los mandatos del C. de S. por los *talibanes* de “amenaza a la paz y seguridad internacionales” y actuando siempre en el marco del Capítulo VII de la Carta, añade nuevas medidas coercitivas a las decididas en la res. 1267 (1999).

De esta resolución conviene, además destacar la solicitud al Secretario General para que, en consulta con el Comité de Sanciones: 1) proceda al nombramiento de un comité de expertos para que en término de sesenta días haga recomendaciones sobre la forma más eficaz de supervisar el embargo de armas y el cierre de los campos de entrenamiento terroristas; y, 2) presente un informe sobre las implicaciones humanitarias de las medidas impuestas en el plazo del noventa días. Las medidas debían entrar en vigor al cumplirse un mes de la adopción de la resolución y extenderse por un plazo de doce meses, lo que situaba su término en el 19 de

enero de 2002, fecha en la que el Consejo debía pronunciarse sobre su renovación y modificación. Con dicho límite se perseguía evitar el efecto perverso que en otros casos ha supuesto la imposibilidad o dilación en el levantamiento de medidas coercitivas decididas con anterioridad, debido a la oposición de uno o más miembros permanentes del Consejo (v. *infra*).

En julio de 2001 el C. de S. trató de reforzar la eficacia de las sanciones estableciendo un mecanismo para su seguimiento, así como para ayudar a los Estados, particularmente a los vecinos del Afganistán bajo control *talibán*, a incrementar su capacidad para aplicarlas (res. 1363).

610. Los crímenes del 11-S, ¿legítima defensa?

Los crímenes del 11-S fueron objeto de una condena prácticamente unánime e inequívoca. En su res. 1368 (2001) el C. de S. se manifestó “*decidido a combatir por todos los medios las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo*” y expresó su disposición a *tomar todas las medidas necesarias para responder a los ataques terroristas perpetrados y para combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las NU*. Sin embargo, a pesar de la reiteración de estas afirmaciones (res. 1373) nadie reclamó del Consejo la asunción de su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por el contrario, el 8 de octubre fue convocado a instancias de Estados Unidos y Gran Bretaña para ser informado de la acción militar que habían emprendido en el Afganistán de los *talibanes* bajo la cobertura del derecho de *legítima defensa* (art. 51 de la Carta), derecho que, previsoriamente, se había *recordado* en uno de los párrafos preambulares de la res. 1368 (2001) y *reafirmado* en la res. 1373 (2001), siempre a propuesta de Estados Unidos.

No era la primera vez que el gobierno norteamericano invocaba la *legítima defensa* para justificar acciones armadas ejecutadas para replicar actos terroristas (v. *supra*). Ahora el Presidente G. W. Bush contaba con una autorización del Senado para “usar toda la fuerza necesaria y apropiada contra aquellas naciones, organizaciones o personas que en su opinión planearon, autorizaron, ejecutaron o ayudaron a realizar los ataques terroristas... o albergaron a tales organizaciones o personas” (*U.S. Senate Joint Resolution 23*, de 14 de septiembre de 2001).

En un plano regional, sus aliados en la OTAN desempolvaban el art. 5 del Tratado fundacional de Washington, que no había habido ocasión de invocar en cincuenta años de *guerra fría*, para —una vez establecido el origen *exterior* de los ataques— darse cita en la legítima defensa colectiva. Al mismo punto de encuentro llegaron las partes en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR).

También parecía satisfecho el Secretario General, que en su declaración del 8 de octubre, tras referirse a la determinación del C. de S. de “combatir por todos los medios las amenazas a la paz y seguridad internacionales”, recordaba que “el Consejo también reafirmó el derecho inherente a la legítima defensa individual o colectiva de acuerdo con la Carta de las NU. Siguiendo este contexto”, agregaba Kofi Annan, “los Estados afectados han dispuesto sus acciones militares actuales en Afganistán”. El mismo C. de S. asentía, pues no se conoce reacción pública del órgano ni de sus miembros a la acción de los Estados Unidos y sus aliados.

Sin embargo, los conceptos son recalitrantes y no se dejan llevar fácilmente por las corrientes de opinión cuando son empleados en un determinado contexto jurídico. Es perfectamente explicable en términos políticos que Estados y órganos de NU involucrados en la reacción frente a los crímenes del 11-S se agarren a la *legítima*

defensa para no afrontar la engorrosa realidad de que el sistema de *seguridad colectiva* diseñado por la Carta de las NU se ha venido abajo. También lo es que los ciudadanos hayan percibido la primera reacción de los Estados Unidos en términos de defensa. Pero en el debate jurídico hay que hilar más fino. La *legítima defensa* es siempre una excepción dentro de un sistema en el que el poder coercitivo está depositado en instituciones comunes, en nuestro caso el C.de S.

Por añadidura, la *legítima defensa* se justifica, dentro de un sistema de *seguridad colectiva*, por el hecho de que el *ataque armado* está *en curso* y ha de atajarse en tanto las instituciones comunes toman las medidas pertinentes. Esta circunstancia no se produce habitualmente en los actos terroristas. Reaccionar frente a ellos utilizando la fuerza en el país que los alberga, sin autorización del C.de S., puede ser un acto de *represalia*, no de legítima defensa. Pero las *represalias armadas* son incompatibles con las obligaciones de los miembros de las NU.

Quienes estiman procedente la *legítima defensa* en este caso han sostenido la oportunidad de equiparar los actos terroristas de grupos organizados como *Al Qaeda* al *ataque armado*, a la *agresión* de un Estado, pues son más fuertes que muchos de ellos y acaban infiltrando sus órganos; la mención de la *legítima defensa* en las resoluciones 1368 y 1373 (2001) habría abierto el camino a dicha equiparación, separándose de los precedentes; además, la operación de Estados Unidos (y Gran Bretaña) satisfaría las condiciones sustanciales de *necesidad*, *inmediatez* y *proporcionalidad* de la respuesta que caracterizan su ejercicio adaptadas a la circunstancia de un ataque terrorista, así como las de procedimiento que impone la Carta, pues las medidas fueron comunicadas inmediatamente al C. de S. y sólo han de cejar una vez que el Consejo decida la acción necesaria para restablecer la paz y seguridad internacionales, lo que no ha ocurrido (v. Cap. XXVI).

Cada una de estas afirmaciones puede ser contestada. Así, podría argüirse que las referencias a la *legítima defensa* se hacen en párrafos preambulares de las resoluciones 1368 y 1373 (2001), en un momento, además, en que ni siquiera estaba indiciada la autoría de los aborrecibles crímenes; que en la parte dispositiva (núm. 1) de la res. 1368 los ataques terroristas se califican como *amenaza a la paz internacional*, no como *ataque armado* (sin el cual no hay *legítima defensa*); que en esta misma resolución expresa el Consejo su disposición a tomar *todas las medidas necesarias* para responder a tales ataques, *con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las NU*. Asimismo en época *non suspecta* (abril de 1999) el *Nuevo Concepto Estratégico* de la OTAN distinguía entre el *ataque armado* y otros *riesgos de naturaleza más amplia*, entre los que mencionaba el terrorismo.

En todo caso, lo más relevante es que lo que se propone como interpretación amplia o extensiva del concepto de *legítima defensa* acaba desnaturalizándolo, pues los objetivos que se fijan las acciones de Estados Unidos (y Gran Bretaña) no

se limitan a atajar el ataque armado (la cadena de actos terroristas en curso) — que hasta ahí podría llegar la extensión de la noción— y dejar todo lo demás al sistema de seguridad colectiva, esto es, al C. de S. La *legítima defensa* no puede dilatarse indefinidamente y, desde luego, es un disparate pretender, como avisa el Representante Permanente de Estados Unidos en su misiva del 7 de octubre al Presidente del C. de S., que una vez avance la investigación “acaso lleguemos a la conclusión de que nuestra legítima defensa requiere más acciones contra otras organizaciones y otros Estados”.

El concepto que mejor define la operación militar de los Estados Unidos (y sus aliados) en Afganistán es la *autotutela* o autodefensa, la institución en cuya virtud cada Estado, por sí o mediante las oportunas alianzas, persigue la satisfacción de sus intereses, recurriendo eventualmente a la fuerza armada. El *unilateralismo* de los Estados Unidos, exacerbado a partir del 11-S, es una opción definitiva por la *autotutela* que los demás, ante la gravedad de los hechos y la conveniencia de liberarse a sí mismos de ataduras, han aceptado implícita o tácitamente.

El *unilateralismo* de los Estados Unidos se percibe mejor considerando que, si de lo que se trataba era de perseguir a *Osama bin Laden*, deshacer su organización terrorista y destruir sus campos e infraestructura en el Afganistán y acabar con los *talibanes*, el C. de S. habría brindado la autorización requerida, como en su día hizo para hacer posible conforme a la Carta la *guerra del Golfo*. Ha de recordarse que el Consejo ya había ordenado la entrega del saudita como consecuencia de crímenes anteriores y se estaban aplicando sanciones a los *talibanes* por ello. Pero Estados Unidos no ha pedido esa autorización ni ninguna otra y parece reservarse el derecho de seguir persiguiendo *terroristas* en *legítima defensa*, esto es, en *autotutela*, allí donde los olfatee, una vuelta al sistema decimonónico, adaptado a las nuevas tecnologías.

En los tres primeros meses las víctimas civiles de la operación militar de los Estados Unidos superaron, según cálculos conservadores las del 11-S, a pesar del compromiso expresado en la carta del embajador norteamericano al Presidente del C. de S. de minimizar los *daños colaterales*. Atendiendo al tipo de armamento, duración de los bombardeos y los barrios y aldeas atacadas, cabe sugerir que normas esenciales del DI de los conflictos armados y del DI Humanitario fueron infringidas. *Talibanes* y presuntos terroristas apresados no recibieron, por otro lado, el tratamiento exigido por los Convenios de Ginebra para los prisioneros de guerra. Por el contrario, las detenciones ilegales, las torturas y la falta absoluta de garantías individuales fueron moneda corriente, una forma de proceder absolutamente incompatible con el estado de derecho democrático (que incluye las obligaciones internacionales de los Estados).

611. El “nuevo” papel del C.de S.

La (auto) marginación del C. de S. de las funciones que le atribuye la Carta (y que declara en sus resoluciones estar siempre dispuesto a asumir), se combinó en este caso con: 1) el manejo de las misiones humanitarias y la búsqueda de una solución política al conflicto civil afgano, dentro de los límites permitidos por la intervención armada y los objetivos de los Estados Unidos; y, 2) la asunción de nuevos cometidos, urgidos por Estados Unidos para facilitar la ejecución de su política antiterrorista.

1) Mientras Estados Unidos (y Gran Bretaña) con la bula de la legítima defensa y la indulgencia plenaria del C. de S. bombardean a discreción, tratan de servirse

de los *señores de la guerra* y de los jefes tribales para resguardarse de los frentes terrestres y se mueven e instalan donde tienen por conveniente en pos de su objetivo antiterrorista, NU trata de tejer penosamente una salida política a la crisis, auspiciando una conferencia de las “partes afganas” (sin *talibanes*) y endosando los acuerdos inducidos por sus representantes (y las diplomacias paralelas de las grandes potencias) con un plan de reconstrucción del Estado (res. 1378, de 14 de noviembre)..

Al día siguiente de la firma del “Acuerdo sobre las disposiciones provisionales en el Afganistán en espera de que se restablezcan las instituciones permanentes de gobierno” (*Acuerdo de Bonn*, de 5 de diciembre de 2001), el C.de S. (res. 1383-2001), tras declarar su disposición a “cooperar con la comunidad internacional (léase Estados Unidos) para que se deje de usar el Afganistán como base para el terrorismo”, hizo suyo el Acuerdo e instó a “todos los grupos afganos” a su plena aplicación, cooperando con la “Autoridad provisional” que asumió sus funciones el 22 de diciembre. Dos días antes el Consejo (res. 1386-2001) autorizó, según lo previsto en el anexo 1 del Acuerdo de Bonn, el despliegue de una “Fuerza internacional de asistencia para la seguridad” (ISAF) con mandato de apoyar a la Autoridad provisional “en el mantenimiento de la seguridad en Kabul y las zonas circundantes” El Consejo fundamenta expresamente su resolución en el Capítulo VII de la Carta, pues “la situación en el Afganistán sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”. Organizada y comandada, inicialmente, por Gran Bretaña, la Fuerza debía ser sufragada por los Estados participantes (aunque se preveía la constitución de un Fondo Fiduciario para encauzar eventuales contribuciones a los Estados miembros o a las operaciones pertinentes). Su Mando debía presentar informes periódicos al Consejo por intermedio del Secretario General.

En 2002 el C. de S., en lo que ha considerado “el papel esencial e imparcial” de las NU en Afganistán (v., por ej., res. 1662, de 2006) estableció (res. 1401) una misión de asistencia (UNAMA), que se hizo cargo de los procesos electorales (res. 1471, de 2003) que condujeron a las elecciones presidenciales de 2004 y a las legislativas y provinciales de 2005, al tiempo que respaldaba y coordinaba los proyectos de reconstrucción del Estado financiados a través de Conferencias de donantes (v., por ej., res. 1659, de 2006), con resultados desiguales, en la medida en que *ad intra* era difícil extirpar el poder de los *señores de la guerra* locales, acabar con el cultivo de la adormidera, primer rubro del PNB afgano, y con las discriminaciones... mientras los “ataques terroristas cada vez más intensos, provocados por los talibanes, Al Qaida y otros grupos *extremistas* suponían una “creciente amenaza” (res. 1662, de 2006, énfasis añadido). La ISAF aumentó sus efectivos, extendió su despliegue más allá de Kabul, pasó a ser controlada por la OTAN y se deslizó, con el beneplácito del Consejo (v., por ej., res. 1536, de 2004, y sobre todo 1707, de 2006), a operaciones de combate (“medidas necesarias para cumplir su mandato”) en “estrecha consulta... con la Coalición que lleva a cabo la operación *Libertad Duradera*” (res. 1510, de 2003, y sucesivas), lo que más adelante llamará el Consejo “sinergias operativas” (res. 1659, de 2006)... de conformidad con las funciones que corresponda desempeñar a cada una según la evolución de la situación” (res. 1662, de 2006) y el “aumento de la coordinación” (res. 1707, de 2006). El Consejo llama al pleno respeto de los derechos humanos y del DI humanitario, pero no parece interesado en conocer las denuncias de su violación por las fuerzas de la *comunidad internacional* en la lucha *antiterrorista* (la operación *Libertad duradera*) que se desarrolla en Afganistán.

2) Pero no se trata sólo de eso. Si el C. de S. no ha ejercido *todas* las funciones que la Carta le atribuye, tampoco ha ejercido *sólo* las funciones que le atribuye la Carta y han sido los mismos Estados Unidos los que han urgido la asunción de nuevos cometidos, al servicio de su propia política antiterrorista.

En enero de 2002 el Consejo renovó y *mejoró* las medidas coercitivas aplicables a los talibanes, miembros de *Al Qaeda* y asociados que figurasen en una lista periódicamente actualizable, alimentada por los Estados (res. 1390). Congelación

de cuentas bancarias y activos financieros, prohibición de viajes y embargo de armas y materiales conexos debían aplicarse por los Estados bajo la supervisión del *Comité 1267*, ante el que debían rendir informes periódicos. Asistido por un Grupo o Equipo de Vigilancia, las competencias del Comité han ido aumentando (res. 1452, de 2002, 1455, de 2003, 1526, de 2004, 1617, de 2005), aunque sus frutos han sido magros hasta ahora.

Los riesgos de error y arbitrariedad en la identificación de personas físicas y jurídicas incluidas o susceptibles de serlo en esta poco honrosa lista (la *lista consolidada*), unidos a las exigencias de *reserva* y *confidencialidad* con que se manejan estos asuntos, son difícilmente compatibles con las garantías individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconocen a los ciudadanos en los estados de derecho democráticos. De ahí las aprensiones que en algunos países afloran cuando son llamados a satisfacer obligaciones impuestas por un Consejo que, buscando sólo la eficacia, ha sido hasta ahora poco sensible a estas consideraciones, aunque en las resoluciones más recientes se advierte una leve atención a las mismas (v., por ej., res. 1617, de 2005).

Por otra parte, el Consejo está dispuesto a asumir funciones de naturaleza legislativa. Considerando el terrorismo en sí mismo una amenaza a la paz y seguridad internacionales, ha decidido combatirlo, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, con medidas preventivas y represoras de la financiación de los actos de terrorismo, suministro de armas, circulación, reclutamiento, refugio o cualquier otra utilización del territorio estatal por terroristas, intercambio de información, auxilio policial y judicial, endurecimiento de las leyes penales y exclusión de la motivación política para denegar la extradición (res. 1373, de 28 de septiembre de 2001).

Amén de por su contenido sustantivo, esta resolución es significativa por otros conceptos: en primer lugar, porque invoca como antecedentes las resoluciones 1269 (1999) y 1368 (2001), resoluciones que en todo caso no buscaban expresamente su fundamento en el Capítulo VII de la Carta y, con carácter general, se limitaban a insistir en la vía de los convenios internacionales como método para eliminar el terrorismo; en segundo lugar, porque su patrocinador fue Estados Unidos, diez días antes de ejecutar su acción de *legítima defensa*, lo que evidencia su deliberado propósito de hurtar al Consejo las competencias sobre el uso de la fuerza que le corresponden según el Capítulo VII de la Carta, endosándole otras que es, cuando menos, dudoso que le correspondan.

La res. 1373 (2001) que, previamente cocinada, se aprobó “por unanimidad en cinco minutos, viene a *imponer* a los miembros de las NU una parte de los contenidos del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999), sustituyendo su voluntad soberana. Las medidas decididas son, muchas de ellas, *obligaciones de comportamiento* que acaban cayendo en cascada sobre las Cámaras legislativas. Para evitar que sus *órdenes* queden en agua de borrajas, el Consejo no sólo expresa “su determinación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la aplicación plena de esta resolución.”, sino que “decide establecer... un Comité del C.de S. integrado por todos los miembros del Consejo, para verificar(la)” y exhorta a todos los Estados a la presentación de

informes periódicos sobre las medidas adoptadas conforme a un calendario propuesto por el Comité.

El 26 de marzo de 2004 el Consejo decidió consolidar la estructura del *Comité contra el Terrorismo* con la creación de una Dirección Ejecutiva cuyo titular sería nombrado por el Secretario General previa consulta con el Consejo y a reserva de su aprobación. De esta manera prevaleció la idea, patrocinada por Estados Unidos, de que fuera un órgano subsidiario del Consejo —y no una oficina bajo la dependencia directa del Secretario General— el que, en NU, centralizase la lucha contra el terrorismo. Asimismo, en octubre del mismo año (res. 1566) se constituyó un grupo de trabajo compuesto por todos los miembros del Consejo.

Canonizando expresiones que se repiten en un sinnúmero de resoluciones del C. de S. y de la AG, la *Cumbre Mundial 2005* (doc. final, res. 60/1) ha reiterado el reconocimiento de que la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo ha de conducirse de conformidad con el DI, debiendo asegurarse los Estados que las medidas que toman satisfacen sus obligaciones internacionales, en particular las concernientes a los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el DI humanitario. Sin embargo, la práctica de los Estados Unidos bajo la Administración de G. W. Bush y la de otros gobiernos asociados no parece ajustarse escrupulosamente a la normativa internacional. No sólo eso, tratándose de la miseria de las acciones de los respetables y democráticos países desarrollados, contamos con las cabezas mejor articuladas y las plumas mejor pagadas para distinguir en DI entre el *terrorismo*, prohibido y por definición anti-occidental, y los *códigos operativos de conducta* a los que se someten las *operaciones encubiertas*, entre el *asesinato* y las *bajas selectivas*, entre el *secuestro* y las *entregas extraordinarias*, entre la *tortura* y la *aplicación moderada de la fuerza* para obtener confesiones, todo ello debidamente autorizado por los órganos competentes. Es de agradecer que el secreto, blindado por las más severas penas, de tales operaciones, evite a los ciudadanos saber demasiado, en la tranquilidad de que los agentes del Estado se atienen fielmente a los procedimientos reglamentarios.

CXL. LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA

612. Sobre el desarme

No hay normas generales de DI que impongan a los Estados prohibiciones o limitaciones en su política de armamento, debiendo estarse a las obligaciones consentidas por cada uno de ellos, habitualmente mediante tratados, a salvo los embargos de armas y las medidas sancionadoras (como las impuestas a Irak como consecuencia de la *guerra del Golfo*) decididas por el C. de S conforme al Capítulo VII de la Carta. Cuestión distinta es si su uso (en supuestos de legítima defensa o de autorización del C. de S.) puede ser incompatible con las normas que rigen los conflictos armados y con el DI humanitario (v. Cap. XXVI).

Cuando, a mediados de los ochenta, Estados Unidos alegó ante la CIJ la *excesiva militarización* de Nicaragua como prueba de las intenciones *agresivas* del régimen sandinista y justificación de las actividades injerencistas del gobierno Reagan, la Corte declaró "impertinente e inútil" pronunciarse "desde el momento en que no existen en DI otras reglas más que las que el Estado afectado quiere aceptar, por tratado o en otra forma, que impongan una limitación del nivel de armamento de un Estado soberano, *siendo válido este principio para todos los Estados sin excepción*" (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986, énfasis añadido).

La Carta trató de servir políticas de desarme y regulación de armamentos al disponer que la AG podría hacer recomendaciones sobre los principios rectores (art. 11) y puso a cargo del C. de S. el establecimiento de un sistema de regulación que permitiese mantener la paz y la seguridad con la menor desviación posible de recursos humanos y económicos (art. 26).

En su Primer período extraordinario de sesiones dedicado al tema (que sólo se produjo en 1978) la AG concibió un mecanismo que, buscando la máxima eficacia, distinguió entre órganos deliberantes (la misma AG y la Comisión de Desarme, órgano subsidiario de composición plenaria) y de negociación (el Comité de Desarme, rebautizado Conferencia de Desarme en 1982, compuesta por cuarenta Estados, entre ellos los poseedores de armas nucleares). Un cúmulo de dificultades retrasan los logros. A los distintos puntos de vista que los Estados tienen acerca de las exigencias de su propia seguridad y la heterogeneidad de las armas y fuerzas sobre las que se ha de negociar se une una buena dosis de falta de sinceridad y de confianza mutua, lo que sitúa el control internacional y la verificación en el centro del debate (v. Cap. XV).

No obstante, sobre el fondo utópico de la celebración de "un tratado universal de desarme general y completo bajo un control internacional eficaz" (v., por ej., *Declaración sobre los Principios*, res. 2625-XXV, de 1970), contamos ya con un racimo de tratados de limitación de armamentos, incluso de destrucción de las armas existentes, caso de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (1972), en vigor desde 1975, y de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993), que entró en vigor en 1997.

613. *La no proliferación nuclear*

Por lo que se refiere a las armas nucleares, el desarme es un objetivo prioritario. Para lograrlo se pretende actuar una política de no proliferación *horizontal y vertical*. Con la primera se sellarían las puertas del *Club Atómico*; con la segunda, los miembros del *Club* deberían cesar en la carrera de armamentos, poniendo fin a su perfeccionamiento cualitativo (nuevas armas) y a su aumento cuantitativo y renunciando, a continuación, a su producción para ir reduciendo gradual y equilibradamente su número y despliegue. La cesación de todos los ensayos se considera particularmente útil para impedir la progresión.

La no proliferación horizontal se consagró con el Tratado de 1 de julio de 1968 (TNP), en vigor desde el 5 de marzo de 1970. El TNP estructura sus equilibrios —sumamente discriminatorios— sobre una diferenciación básica que permite reconocer dos tipos de Estados Partes: los poseedores de armas nucleares que, además, hayan fabricado o hecho explotar ingenios nucleares antes del 1 de enero de 1967 (art. 9.3) y los demás.

La primera es una categoría cerrada. Los Estados no partes en el TNP que hayan devenido nucleares *de facto* con posterioridad al 1 de enero de 1967 no pueden adherirse al tratado como poseedores *de iure*, es decir, en la primera categoría, reservada a Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, China y la Unión Soviética (hoy Rusia). India, Israel y Pakistán, al margen del TNP, disponen actualmente de armamento nuclear. También lo posee Corea del Norte, que fue parte y puede que lo siga siendo si se considera que su denuncia —facultad que el tratado reconoce bajo determinadas condiciones (art. 10.1)— no ha sido válida (v. *infra*). Como contrapunto, otros Estados con contrastada capacidad nuclear han renunciado a políticas proliferadoras, adhiriéndose al TNP, resultado que no es ajeno a la presión ejercida (con incentivo de ayudas económicas y garantías) por Estados Unidos. Tal es el caso de Sudáfrica (1991) —que destruyó su arsenal— Bielorrusia, Kazajistán y Ucrania, que entregaron sus armas atómicas soviéticas a Rusia, o Argentina (1995), una vez encauzada la relación con sus vecinos por la vía de la cooperación. También es parte Irán, cuya observancia del tratado está hoy sometida al escrutinio internacional, sobre todo por la presión de los Estados Unidos (v. *infra*).

Los miembros del *Club Atómico*, parte del TNP, se comprometen a no traspasar armas nucleares a nadie, ni directa ni indirectamente, y a no alentar, inducir o ayudar en forma alguna a otros para que las fabriquen o adquieran (art. 1), pero no renuncian a desplegar y emplazar sus propias armas en el territorio de otros Estados, si lo consienten sus gobiernos. Las *zonas desnuclearizadas* o libres de armas nucleares existentes tienen su fundamento en otros tratados.

Es *zona desnuclearizada* aquélla en la que un grupo de Estados conviene mediante tratado la ausencia total de armas nucleares bajo control internacional y es reconocida como tal por la AG. En la medida en que llegan allí donde no alcanza el TNP, vienen a complementarlo; el mismo TNP reconoce su compatibilidad, al sostener “el derecho de cualquier grupo de Estados a concertar tratados regionales a fin de asegurar la ausencia total de armas nucleares en sus respectivos territorios” (art. 7).

En la actualidad existen seis zonas desnuclearizadas. Tres de ellas —Antártida, Espacio ultraterrestre y Fondos marinos— corresponden a espacios despoblados a los que el hombre ha tenido acceso en virtud del progreso científico y tecnológico, que se desean preservar para actividades pacíficas y hasta se declaran —Espacio ultraterrestre, fondos marinos más allá de determinado límite— patrimonio común de la Humanidad. Las otras tres afectan, en cambio, a áreas de población: América Latina (Tratado de Tlatelolco, 1967), el Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga, 1985) y África (Tratado de Pelindaba, 1995).

La Antártida (tratado de 1 de diciembre de 1959) y el Espacio ultraterrestre (tratado de 27 de enero de 1967) son algo más que zonas desnuclearizadas, son zonas desmilitarizadas. El tratado sobre la Antártida prevé la información previa de las expediciones, estaciones ocupadas y personal y equipo militar participante, así como la observación aérea y el libre y total acceso de observadores nacionales a cualquier área o instalación. Los Fondos Marinos no han sido desmilitarizados pero sí desnuclearizados y liberados de cualesquiera otras armas de destrucción masiva a partir de las doce millas de la costa, límite del mar territorial del Estado ribereño, único que en esa franja podría en su caso emplazar armas (tratado de 12 de febrero de 1971). El tratado articula un control basado en la observación directa por los Estados Partes de las actividades de los demás, completado con consultas y, de persistir las dudas o no identificarse al responsable, verificaciones convenidas por los Estados Partes interesados. Eventualmente la cuestión podría remitirse al C. de S.

La idea de desnuclearizar América Latina fue lanzada por Brasil en 1962, tras la crisis de los *misiles* soviéticos en Cuba, y apoyada por la AG en 1963 (res. 1911-XVIII), desembocando en el Tratado de Tlatelolco (1967). El

Organismo para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina (OPANAL), creado por el Tratado, supervisa su aplicación en concierto con la AIEA. Un año anterior al TNP, el tratado permite a las Partes la realización de explosiones de artefactos nucleares con fines pacíficos, aun sometiéndolas a una verificación rigurosa (notificación previa a la AIEA, información precisa y presencia de personal técnico de esta Agencia y del OPANAL). El Tratado se completa con dos importantes protocolos. El I invita a asumir sus obligaciones a los Estados no latinoamericanos con responsabilidades *de iure* o *de facto* sobre territorios incluidos en la zona objeto del tratado (Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Holanda); lo que todos han hecho. El II convoca a los Estados poseedores de armas nucleares para que respeten el *status* de desnuclearización y no amenacen ni empleen sus armas contra los Estados Partes. Todos los miembros del *Club Atómico* han aceptado, aunque con ocasión del conflicto de las Malvinas (1982) se especuló sobre la observancia por Gran Bretaña de esta obligación.

Los Estados no poseedores de armas nucleares partes en el TNP se obligan a no recibirlas, no fabricarlas y no recabar o recibir ayuda para su fabricación (art. 2), pero conservan el derecho *inalienable* a desarrollar la investigación y las aplicaciones pacíficas de la energía nuclear según sus necesidades, intereses y prioridades, comprometiéndose a facilitar el más amplio intercambio de equipo, materiales e información científica y tecnológica (art. 4).

No obstante, teniendo en cuenta: 1) que no es posible llevar a cabo un programa de explosiones nucleares con fines pacíficos sin lograr al mismo tiempo una capacidad de fabricación de armas, y 2) que el combustible utilizado por los reactores contiene plutonio que, aislado en plantas de reelaboración, puede servir para producirlas, los Estados no poseedores renuncian a tales explosiones y ponen el montaje y explotación de sus instalaciones nucleares bajo la supervisión de la AIEA.

La Agencia es un organismo autónomo dentro del sistema de las NU, creado en 1957, con sede en Viena, que realiza el control verificando el diseño de las centrales y revisando todas sus operaciones y movimiento e inventario de materiales mediante inspecciones *in situ* y el examen de informes periódicos elaborados por los Gobiernos con base en detallados registros que son preceptivos.

A la AIEA no le corresponde asegurarse de si un Estado adquiere armas nucleares. El sistema de salvaguardias tiene como única finalidad verificar el cumplimiento de las obligaciones convenidas “con miras a impedir que la energía nuclear se desvíe de usos pacíficos hacia armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos” (art. 3). Sin embargo, en casos excepcionales se han incrementado los poderes de la Agencia para que su inspección cubra otros ámbitos, como sucedió con la inspección de la totalidad de las actividades nucleares iraquíes tras su invasión de Kuwait (C. de S., res. 687, de 1991).

La sumisión de cada país al sistema de salvaguardias se concierta individual o colectivamente mediante la celebración de un acuerdo internacional —*acuerdo de salvaguardia*— con la AIEA (art. 3.4). Los miembros del *Club Atómico* no están obligados, pero pueden voluntariamente abrir sus instalaciones a la Agencia. Los Estados no partes pueden verse forzados a aceptar la inspección en virtud de contratos suscritos con exportadores de tecnología nuclear. En 1997 se adoptó un Protocolo adicional que permite a la AIEA inspecciones sin previo aviso de las instalaciones nucleares de los países que se obliguen por el Protocolo.

Las Partes en el tratado se obligaron a no proporcionar materiales básicos o fisionables especiales ni equipo para su tratamiento, utilización o producción a

quienes no se sometiesen a las salvaguardias de la AIEA. A cambio, debían ser asequibles a los Estados no poseedores sobre bases no discriminatorias los beneficios potenciales de toda aplicación pacífica de explosiones nucleares. Para concretar este propósito el tratado previó (art. V) que —aparte eventuales acuerdos bilaterales— la AIEA negociaría lo antes posible un acuerdo multilateral especial. Pero los años han transcurrido sin que ese acuerdo se haya materializado y los Estados no poseedores denuncian el exiguo volumen de la asistencia técnica y de la información recibida.

Caso de incumplimiento del *acuerdo de salvaguardia* el Estatuto de la AIEA incorpora un sistema de arreglo de controversias, que incluye la posibilidad de acudir a la CIJ, y sanciones que pueden dar lugar, entre otras medidas, a la suspensión del Estado Parte en el ejercicio de sus derechos y privilegios, la reducción o la interrupción de la ayuda técnica, además de la comunicación al C. de S. en el marco de su responsabilidad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

El carácter discriminatorio del tratado, que exige renunciara a los Estados no poseedores sin, por otra parte, garantizar que éstos reciban los beneficios de la aplicación pacífica de la energía nuclear, se explica porque su principal objetivo es contrarrestar la multiplicación de los países poseedores del arma atómica. De ahí que no ataque la dimensión vertical de la proliferación nuclear, de ahí que no exija a los países poseedores que cesen de perfeccionar su arsenal o de engrandecerlo, sin perjuicio de los llamamientos a un desarme general contenidos en el propio TNP (art. 6). La escasa receptividad de las potencias nucleares en este sentido desequilibra todavía más el tratado y lo hace más oneroso para las que no lo son.

La cesación de los ensayos de armas nucleares se ha venido estimando como un medio idóneo para detener la proliferación vertical, cualitativa. El 5 de agosto de 1963 Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética firmaron el tratado que prohibía tales ensayos en la atmósfera, debajo del agua y en el espacio ultraterrestre, así como en cualquier otro medio si la explosión causara la presencia de desechos radiactivos más allá del territorio del Estado que la efectúe. El tratado permitía las explosiones subterráneas, de las que ha habido centenares. El propósito de avanzar hacia una prohibición general y completa de las pruebas se tradujo inicialmente en la exclusión, acordada por Estados Unidos y la Unión Soviética el 3 de julio de 1974 y acatada por Gran Bretaña, de las experiencias subterráneas con potencia superior a ciento cincuenta kilotones (ciento cincuenta mil toneladas de TNT), un umbral que en la práctica no se alcanzaba ya de ordinario.

En la década de los noventa los miembros del *Club Atómico* —con la excepción de China— declararon unilateralmente moratorias. La URSS lo hizo en 1991 (y Rusia, su sucesora, la hizo indefinida en 1995). La moratoria estadounidense (1992), ha sido prorrogada sucesivas veces. La misma posición mantiene Gran Bretaña. Francia realizó una —muy contestada internacionalmente— última

campana de ensayos entre septiembre de 1995 y febrero de 1996, tras la cual el Presidente Chirac manifestó el compromiso francés de sumarse a un futuro tratado de interdicción de tales prácticas. Esta actitud se explica en parte porque la experiencia acumulada en los ensayos permitía obtener resultados equivalentes mediante ejercicios de simulación en laboratorio. También explica la negativa a seguir el mismo camino de China y de otras potencias nucleares, más retrasadas en la investigación y experimentación. De hecho, en mayo de 1998 India primero y Pakistán a continuación procedieron a ensayos nucleares (condenados por el C. de S., res. 1172, que estableció el nexo entre la proliferación nuclear y las amenazas a la paz y seguridad internacionales, aunque en el caso concreto no extrajo de ello ninguna consecuencia).

La res. 48/70 de la AG, de 16 de diciembre de 1993, fue un hito, al acoger la “disposición de todos los Estados poseedores de armas nucleares y del resto de la comunidad internacional a proceder a la negociación multilateral de un tratado de prohibición completa de los ensayos”, de la que se encargó la Conferencia de Desarme. Tres años después, el 10 de diciembre de 1996, la AG adoptó el tratado, cuya entrada en vigor quedó supeditada a su ratificación por los cuarenta y cuatro países que cuentan con instalaciones nucleares, militares o civiles.

Cabe dudar, no obstante que así sea, debido sobre todo al abandono por Estados Unidos de un patrocinio en el que fue hiperactivo (hasta el punto de someter a *sanciones* a India y Pakistán) durante la Administración Clinton, y a las resistencias de los países con armamento nuclear que no son miembros del *Club Atómico*. Al negar la autorización para la ratificación, el Senado de los Estados Unidos condenó el tratado al fracaso, dando la espalda, según el Presidente Clinton, a cincuenta años de liderazgo norteamericano contra la propagación de armas de destrucción masiva.

Sea cual sea la valoración crítica que merezca la opinión de la CIJ sobre la *licitud de la amenaza o empleo de las armas nucleares* (1996) —que salva por los pelos la doctrina de la OTAN sobre una respuesta nuclear frente a un ataque masivo con armas convencionales— es obvio que si las armas nucleares *como tales* no modifican las normas generales del *ius ad bellum* —siendo problemáticas sólo a la luz del *ius in bello* (v. Cap. XXVI)— la política de dotarse de armamento nuclear es un derecho soberano del Estado, a menos que renuncie libremente a ella y, en este sentido, se entiende que la Corte acabe su dictamen pronunciándose unánime sobre la existencia de una obligación de conducir de buena fe y llevar a término negociaciones para un desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz.

En esta dirección es plausible que Estados Unidos, junto con la UE, hayan ejercido —con éxito— la mayor presión posible para lograr la continuidad por tiempo ilimitado del Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP) y hayan retirado ventajas comerciales y de otro tipo a quienes se resisten a entrar en él como Estados Partes no nucleares. El hecho, sin embargo, de que no se hayan aplicado

las mismas medidas a Israel, ya potencia atómica, a pesar de las demandas árabes, es un ejemplo más del doble rasero de que se beneficia este país. Cabe suponer que para la Administración norteamericana las armas nucleares de Israel están en manos *responsables*, un criterio que, seguramente, sus vecinos no comparten. Asimismo, la Administración Bush ha decidido (2006) establecer una relación de cooperación nuclear estratégica con India, que no es parte en el TNP, sólo condicionada a que someta *algunas* de sus instalaciones nucleares civiles a las salvaguardias de la AIEA. Estas y otras circunstancias (el escaso avance en la no proliferación vertical, el que Estados Unidos y sus aliados no se hayan comprometido a no ser los primeros en usar armas atómicas, el que el conjunto de miembros del *Club Atómico* no haya ofrecido serias garantías de no utilización de tales armas contra Estados no poseedores...) condujeron a que la Conferencia quinquenal de examen del TNP concluyera en mayo de 2005 sin que fuera siquiera posible adoptar un documento final).

La propuesta de una zona desnuclearizada en Oriente Próximo fue planteada ya en 1974 por Irán y Egipto en la AG, adoptando ésta desde entonces numerosas resoluciones. El tema del *armamento nuclear israelí* fue incluido como punto aparte en el orden del día de la AG en 1979 a instancias, precisamente, de Irak, transformándose luego en un tópico de enunciado más amplio (*El riesgo de proliferación nuclear en el Oriente Próximo*). La AG endosó el punto de vista árabe tendente a la participación de todos los países de la región, incluido Israel, en el TNP (res. 49/78). El tema permanece en la agenda de la Asamblea.

614. La proliferación como amenaza a la paz y seguridad internacionales: el caso de Corea del Norte

La declaración del Presidente del C. de S. de 31 de enero de 1992, con ocasión de su primera reunión a nivel de jefes de estado o de gobierno, afirmando de manera genérica que “la proliferación de armas de destrucción masiva constituye una amenaza contra la paz y seguridad internacionales”, comprometiéndose los miembros del Consejo a tomar las medidas apropiadas para prevenir la diseminación de tecnologías unidas a la investigación y producción de tales armas, pudo sembrar una cierta inquietud sobre los aprovechamientos desviados que los miembros permanentes del Consejo podían buscar en cada caso concreto, más aún cuando corresponde a la AG la consideración de los principios que rigen el desarme y la regulación de armamentos (art. 11.1 de la Carta).

Ha de recordarse que al asumir Bill Clinton la Presidencia en 1993 su primer Secretario de Defensa, Les Aspin, afirmó el derecho *preferente* de Estados Unidos —solo o con sus aliados— para atacar instalaciones nucleares de los proliferadores del Tercer Mundo con el fin de eliminar el riesgo del primer golpe. Adviértase que la doctrina enunciada por Les Aspin —una suerte de legítima defensa preventiva— vendría a dar la razón al bombardeo en junio de 1981 de la central nuclear iraquí de Osirak por la aviación israelí, en su momento condenada por el C de S. con el voto favorable de los Estados Unidos (res. 487) y por la AG (res. 36/27..., 41/12). Incluso el *Nuevo Concepto Estratégico* de la OTAN (abril de 1999) se expresa en términos más morigerados cuando señala que: “El principal objetivo de no proliferación de la Alianza y de sus miembros es prevenirla y, si se produce, *reconducirla a través de medios diplomáticos*” (énfasis añadido).

Durante varios años la *sospechosa* —a pesar de ser parte en el TNP y signataria con Corea del Sur de una declaración sobre desnuclearización de la península— Corea del Norte fue el principal objetivo de la política contraproliferadora de los Estados Unidos. A partir de febrero de 1993 Corea del Norte obstaculizó las inspecciones de la AIEA y en marzo anunció su intención de retirarse del TNP (ejerciendo un derecho que los depositarios del Tratado cuestionaron —declaración de 1 de abril— considerando que no se daban las circunstancias previstas por el Tratado para su denuncia). La Junta de Gobernadores de la AIEA estimó que Corea del Norte había incumplido los acuerdos de salvaguardia, comunicándolo al C. de S., un hecho sin precedentes. El Consejo adoptó una declaración (8 de abril de 1993), seguida de una resolución del Consejo (res. 825, de 11 de mayo) exhortando al régimen norcoreano a que reconsiderara su intención de denunciar el TNP, lo que Corea del Norte hizo, y abriera sus plantas nucleares a los inspectores de la AIEA, lo que hizo sólo parcialmente, mientras se desarrollaban negociaciones. Declaraciones similares del Presidente del Consejo se produjeron en 1994 (31 de marzo y 30 de mayo). De hecho no pudieron desvanecerse las sospechas de desviación de uranio enriquecido para la fabricación de armas nucleares. Estados Unidos amagó con un abanico de medidas unilaterales, incluido el bombardeo de instalaciones. Corea del Norte notificó su retirada de la AIEA. Finalmente se encontró una salida bilateral negociada.

El 21 de octubre de 1994 Estados Unidos y Corea del Norte suscribieron un *Marco Acordado* —expresión que escondía un acuerdo vinculante entre partes habitualmente hostiles— por el que Corea se comprometió a congelar —y posteriormente dismantelar— sus reactores nucleares e instalaciones conexas, bajo control de la AIEA, a cambio del suministro por Estados Unidos de reactores de agua ligera con una capacidad de generación de dos mil megawattios eléctricos para el 2003 y del suministro de quinientas mil toneladas métricas anuales de aceite combustible pesado hasta su entrada en funcionamiento. El C. de S se hizo eco de este acuerdo, subrayando que la congelación de las actividades nucleares coreanas era una medida voluntaria más allá de las obligaciones del TNP y del acuerdo de salvaguardias de Corea del Norte con la AIEA (Declaración del Presidente de 4 de noviembre de 1994), una formulación que se repetirá más adelante cuando Irán proceda a idéntica suspensión de actividades.

Los compromisos asumidos se fueron, sin embargo, al traste cuando (mayo 2001) Corea del Norte entendió que Estados Unidos demoraba deliberadamente el cumplimiento de sus obligaciones, planteaba nuevas exigencias (sobre la política de *missiles* o la existencia de instalaciones nucleares subterráneas) y la desconfianza y el mal entendimiento se acentuaban (con la Administración de G. W. Bush). En enero de 2003 Corea del Norte anunció la denuncia del TNP (que, según los indicios, antes había incumplido). En febrero de 2005 declaró oficialmente que poseía armas nucleares, pues estaba en su derecho a fabricarlas.

Este derecho no puede negarse a los Estados no partes en el TNP. En el caso de Corea del Norte se plantean dos tipos de objeciones: 1) la responsabilidad por los ilícitos cometidos mientras ha sido parte en el TNP, y 2) la validez y efectos de su denuncia del Tratado, tratándose de una facultad no incondicional, sino sometida a la concurrencia de unas circunstancias que los depositarios en su día discutieron. De hecho, las informaciones referidas al estado de ratificaciones y adhesiones al TNP siguen presentando a Corea del Norte como parte. Asimismo en la res. 1695 (2006) del C. de S. se *lamenta* que Corea del Norte “haya anunciado que

se retira” del TNP, no se constata su retirada, aunque más adelante se la insta a “volver cuanto antes al Tratado... y las salvaguardias de la AIEA”... En esta resolución el Consejo condena el lanzamiento de misiles balísticos por Corea del Norte (el 5 de julio de 2006), exige la suspensión de este programa y pide a todos los Estados miembros que impidan la adquisición por —o la transferencia a— Corea del Norte de misiles, material, tecnología y artículos conexos, así como la transferencia de recursos financieros en relación con estos programas u otros de armas de destrucción en masa. Una Declaración conjunta de China, Estados Unidos, Rusia, Japón y las dos Coreas, de 19 de septiembre de 2005, había incluido el compromiso de una moratoria en el programa de misiles, que los hechos habían desmentido...

Pero la res. 1695 (2006) no invoca el Capítulo VII de la Carta, lo que sí ha hecho, en cambio, la res. 1718 (2006) al adoptar medidas con arreglo al art. 41 consecuentes con la condena del ensayo nuclear efectuado por Corea del Norte el 9 de octubre de 2006 desatendiendo “de forma flagrante”, dice el Consejo, “sus resoluciones pertinentes, en particular la res. 1695 (2006)” y generando “una calara amenaza a la paz y la seguridad internacionales”. Las medidas adoptadas pretenden interrumpir el comercio de armas y de artículos de lujo de Corea del Norte y los programas de capacitación y asistencia en materia armamentística, así como congelar los fondos y los desplazamientos de las personas implicadas en los programas de armas de destrucción masiva y de sus familiares, con algunas excepciones. Un Comité del Consejo ha de cuidar de su seguimiento y aplicación. El objetivo es llevar a Corea del Norte incondicionalmente a una mesa de negociaciones con Estados Unidos, Japón, China, Rusia y Corea del Sur que conduzcan a la desnuclearización verificable de la península coreana. Entretanto el lenguaje de la resolución es más fuerte que las medidas adoptadas, al exigir de Corea del Norte que “se retracte inmediatamente del anuncio de su decisión de retirarse del TNP”, que se “reincorpore” al mismo y a las salvaguardias del OIEA, que ofrezca a este Organismo “medidas de transparencia que vayan más allá de estas exigencias” y, en definitiva, que abandone todas las armas nucleares (y de destrucción masiva) y los programas nucleares y de misiles balísticos, “de manera completa, verificable e irreversible”.

615. El caso de Irán... y la inconsecuencia

Irán, Estado parte también en el TNP y con acuerdo de salvaguardia suscrito con la AIEA, concentró la atención cuando en septiembre de 2002 se descubrió la existencia de un programa nuclear clandestino que, destinado al enriquecimiento del uranio, podría ser utilizado para producir armas nucleares, lo que violaba el TNP y el acuerdo de salvaguardia con la AIEA. Mediante una negociación conducida por Francia, Gran Bretaña y Alemania, con el visto bueno de Estados Unidos, Irán aceptó (noviembre de 2004) la suspensión de sus actividades relacionadas con el enriquecimiento y la conversión del uranio, incluidas las de investigación y desarrollo, “una medida de fomento de la confianza de carácter voluntario y jurídicamente no vinculante” (res. de la Junta de Gobernadores 2004/90), y también la aplicación provisional del Protocolo adicional de la AIEA, que permite inspecciones por sorpresa. Sin embargo, en septiembre de 2005, la Junta de Gobernadores de la AIEA (res. 2005/77) constató el reiterado incumplimiento de Irán de las resoluciones de la Agencia. El 9 de enero de 2006 Irán anunció la reanudación de sus investigaciones y desarrollo nuclear “con fines pacíficos” y la terminación de la aplicación provisional del Protocolo adicional. En un informe del Director General de la Agencia se indicaba que Irán poseía documentación con diseños para fabricar armas nucleares, no habiendo evidencias de que hubiera instalaciones para su producción, pero no pudiéndose tampoco concluir que no existen materiales y actividades nucleares no declaradas.

Dada la situación, la Junta de Gobernadores de la AIEA acabó por decidir (marzo de 2006) la elevación de un informe formal al C. de S. Este, tras una declaración del Presidente (29 de marzo), aprobó la res. 1696 (de 31 de julio). Si en la primera exhorta a Irán, tal como le había solicitado la Junta de Gobernadores de la AIEA (res. 2006/14), a que se avenga a la suspensión de actividades bajo control de la Agencia para facilitar una solución diplomática que garantice que el programa nuclear iraní tiene fines exclusivamente pacíficos, en la segunda “actuando con arreglo al art. 40 del Capítulo VII de la Carta” *exige* que Irán suspenda dichas actividades y se someta a la verificación de la AIEA. El Consejo hace suyas las propuestas de los miembros del *Club Atómico* y Alemania (con el apoyo de la UE) relativas a un “mecanismo amplio y a largo plazo” que permita entablar relaciones de cooperación con Irán y apoya con firmeza la autoridad de la AIEA. Insta a todos los Estados a impedir la transferencia a Irán de artículos y tecnología que puedan contribuir a las actividades de enriquecimiento y reprocesamiento de uranio, así como a los programas de misiles balísticos, y expresa su intención de adoptar “las medidas apropiadas para persuadir a Irán” a cumplir esta resolución y las exigencias de la AIEA, con arreglo al art. 41 del Capítulo VII de la Carta, si no lo ha hecho para el 31 de agosto.

No se discute el derecho *inalienable* de Irán a la investigación y desarrollo de actividades de enriquecimiento de uranio con fines pacíficos bajo el control de la AIEA (no obstante la pretensión de Estados Unidos a suprimirlo en una eventual revisión del art. 4 del TNP); simplemente no se tiene confianza en que así sea, teniendo en cuenta la historia de ocultación iraní. De ahí que se busquen otras fórmulas (como el enriquecimiento de uranio iraní en instalaciones rusas) y la ratificación por Irán del protocolo adicional de la OIEA. Irán, mientras, insiste en mantener abierta una negociación sin condiciones previas y advierte su disposición, de no ser así, a denunciar el TNP. Frente a quienes insisten en buscar una solución negociada que tenga en cuenta los intereses estratégicos de Irán, un país incluido por la Administración de G. W. Bush en el *eje del mal* y en la vecindad de potencias nucleares *de facto* (Israel, Pakistán, India) y de países (Irak, Afganistán) *intervenidos* por los Estados Unidos, otros (sobre todo en Israel y en las instancias más radicales de la Administración de G.W. Bush) advierten que de no ejecutarse acciones militares contra las instalaciones iraníes, Irán se convertirá en pocos años en una nueva potencia nuclear.

¿Hasta dónde llegará el Consejo? Cuando en noviembre de 2004 —doce años después de la declaración presidencial antes mencionada— el C. de S. adoptó su primera resolución genérica sobre proliferación de armas de destrucción masiva (res. 1540) afirmó que la proliferación de las armas nucleares, químicas y biológicas, así como sus sistemas vectores, constituye una *amenaza a la paz y la seguridad internacionales* y expresó su determinación para adoptar las medidas adecuadas a fin de prevenir los riesgos inherentes a este hecho; pero subrayó la importancia de la cooperación multilateral y de los medios pacíficos, de conformidad con la Carta, para solucionar los problemas. Realmente, la parte operativa de

la resolución se centra en la articulación de mecanismos de control del tráfico ilícito de armas de destrucción masiva que implique a agentes no estatales, terroristas.

El Consejo, en efecto, se manifiesta *sumamente preocupado* por el tráfico ilícito de tales armas y vectores y de los materiales conexos, que pueden acabar en manos de organizaciones y grupos terroristas. A fin de combatir esta amenaza el Consejo decide, “actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta”, que todos los Estados deben prohibir cualquier clase de actividad comprendida en el ámbito de la resolución a los agentes no estatales, es decir, a personas o entidades que no actúen bajo la autoridad legítima del Estado, y establecer los controles más rigurosos para contabilizar estos artículos, garantizar su seguridad, vigilar su exportación, los fondos y servicios con ella relacionados e identificar los usuarios finales. La resolución decide establecer un Comité de seguimiento —el *Comité 1540*— por un periodo —dice— no superior a dos años, ante el que los Estados han de rendir informes sobre la aplicación de la resolución, el primero en un plazo no superior a seis meses.

El 27 de abril de 2006 (res. 1673) el C. de S. decidió prorrogar el mandato del *Comité 1540* hasta la misma fecha del 2008, subrayando la importancia de que los Estados rindan los informes requeridos y fortaleciendo las capacidades de diálogo y asistencia del Comité.

El hombre corriente puede sentir un cierto descreimiento sobre la bondad para la *comunidad internacional* de la política contraproliferadora de los Estados Unidos, cuando —junto a las consideraciones ya hechas— advierte que no sólo es el primer productor y exportador de armas, sino que pretende dotarse de un exclusivo escudo contra ataques nucleares (*National Missile Defense System*, NMD), previa denuncia (efectiva el 13 de junio de 2002) del Tratado ABM (con la Unión Soviética) en vigor durante treinta años, que basaba la disuasión en una garantía de respuesta nuclear eficaz gracias a la limitación de los sistemas de defensa. Cabe sospechar que de lo que se trata es de sentar las bases de un poder militar apabullante y la supresión de toda fuerza disuasoria en manos ajenas.

El inmovilismo, si no la regresión, de Estados Unidos en relación con los instrumentos multilaterales para combatir la proliferación de armas de destrucción masiva se ha advertido también en el ámbito de las armas biológicas. A pesar del énfasis que se puso hace ya mucho tiempo en que la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas (1972), era la primera en la historia del desarme que suponía la destrucción de arsenales existentes, la investigación sobre *bioguerra* ha seguido adelante al permitir la Convención la investigación y desarrollo de programas con fines defensivos. Hasta que punto fueran realmente *defensivos* los programas es discutible. La antigua Unión Soviética mantuvo un plan masivo de *armas* biológicas que Rusia canceló en 1992. Estados Unidos, a su vez, desarrolló más de trescientos estudios en los años ochenta y la Administración no tuvo reparo en urdir falsas historias de incumplimientos de la Convención por otros Estados para justificar sus planes, naturalmente *defensivos*. Era obvio que la credibilidad del cumplimiento de la Convención estaba en entredicho por la carencia de mecanismos de control, citándose a Irak, Irán, Libia, Corea del Norte y Siria, en los informes de la CIA difundidos en 2001, entre los países con armas biológicas o en camino de poseerlas, a pesar de que todos ellos, salvo Siria, eran partes en la Convención. Para colmar el grave defecto de verificación de ésta se inició en 1995 la negociación de un Protocolo; pero el 25 de julio de 2001, la Administración de G. W. Bush no sólo rechazó el texto del proyecto sino su mismo “enfoque”, arruinando las expectativas de su conclusión.

CXLI. LA INVASIÓN Y OCUPACIÓN DE IRAK (2003)

616. *Una acción armada no autorizada*

El 20 de marzo de 2003 Estados Unidos, con Gran Bretaña y una “coalición de naciones dispuestas”, desencadenó contra Irak una guerra de agresión. La prueba del crimen resulta de hechos notorios, origen de serias violaciones de las normas del DI aplicables en los conflictos armados y del DI humanitario que se han prolongado durante la ocupación militar del territorio iraquí.

No obstante, fuera o no por guardar las apariencias y satisfacer a los gobernantes de algunas de esas naciones “dispuestas” a acompañarlo en la acción, el Presidente Bush trató de presentar el recurso unilateral y masivo a la fuerza armada como una operación conforme con las normas internacionales. Una y otra vez Estados Unidos insistió en compañía de sus satélites que eran ellos los garantes de la legalidad internacional y del respeto de las resoluciones del C. de S.

El discurso legitimador se centró en la afirmación de que la acción armada contaba ya con autorización del Consejo, aunque para ello tuvo que remontarse al 29 de noviembre de 1990, cuando la res. 678 autorizó a “los Estados Miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait” a utilizar “todos los medios necesarios” a fin de expulsar del Emirato a las fuerzas armadas de Irak y restablecer la paz y seguridad internacionales en la región.

Según el criterio del Departamento de Estado, incondicionalmente asumido por los portavoces de los gobiernos afectos, la res. 687, que el 3 de abril de 1991 dispuso un cese el fuego, sólo “suspendió” la aplicación de la autorización dada por la res. 678 (1990) a condición de que Irak cumpliera una serie de rigurosas exigencias, entre ellas, la eliminación de su arsenal de armas de destrucción masiva. En el pasado, Estados Unidos (y Gran Bretaña) no se habían privado de bombardear Irak invocando el incumplimiento sustancial de estas condiciones y, ahora, la resolución 1441 (2002) habría reactivado la autorización, pues tras referirse al incumplimiento de las resoluciones anteriores como una amenaza a la paz y seguridad internacionales, concedía a Irak una “última oportunidad”, advirtiendo que, de no aprovecharla, se expondría a “graves consecuencias”.

Esta teoría de las *resoluciones encadenadas* (P. Andrés) encuentra su más cumplida expresión en la carta que el mismo 20 de marzo de 2003 dirigió al Presidente del C. de S. el Representante Permanente de los Estados Unidos, John D. Negroponte, comunicándole el comienzo de las operaciones militares de las “fuerzas de la coalición”. La carta del Representante de los Estados Unidos concluye, por su cuenta, que “el Gobierno del Irak decidió no aprovechar esta última oportunidad en el marco de la resolución 1441 (2002) y ha cometido claramente nuevas violaciones”, en vista de lo cual, “ya no existe la base para la cesación del fuego y el uso de la fuerza está autorizado en virtud de la resolución 678 (1990)”. No es ocioso ahora dejar constancia que la carta norteamericana vincula las operaciones militares a “las constantes violaciones graves por el Irak de sus obligaciones de desarme estipuladas en las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, incluida la resolución 1441 (2002)” y declara que su propósito es “garantizar el cumplimiento de esas obligaciones”.

Desde un punto de vista legal este discurso carece de base. La autorización del uso de la fuerza por la resolución 678 (1990) acabó con la aprobación de la

resolución 687(1991). El cese el fuego no se estableció entre Irak y los países de la coalición forjada por Estados Unidos para sacar a Irak de Kuwait; fue dispuesto por el propio C. de S. una vez que el gobierno iraquí consintió expresamente las condiciones que el Consejo imponía. A partir de ahí era el Consejo y sólo él el órgano llamado a verificar la observancia de las condiciones y decidir las consecuencias de un incumplimiento sustancial de las mismas. Así, algunas de las acciones armadas angloamericanas en los años anteriores habían sido endosadas por el Consejo y otras no; con independencia de su incapacidad intrínseca para condenar los actos ilícitos de dos de sus miembros permanentes.

La resolución 1441 (2002) no hizo sino confirmar —y reforzar— este planteamiento. En ella se decide: 1) la instauración de un régimen de inspección reforzado “con el objetivo de llevar a una conclusión cabal y verificada el proceso de desarme”; 2) la comunicación al Consejo, para su evaluación, de las falsedades y omisiones de Irak en su preceptiva declaración sobre armamento, así como las injerencias en la inspección o la falta de plena cooperación en la aplicación de la resolución (que se consideran violaciones graves de la misma); 3) su reunión *inmediata*, una vez recibido el correspondiente informe, “a fin de examinar la situación y la necesidad de que se cumplan plenamente todas sus resoluciones”; y 4) el seguimiento de la cuestión.

Así, ni el sentido ordinario de los términos utilizados, ni la interpretación lógica y sistemática *bona fide* del texto, ni su objeto y fin en el contexto de la Carta, avalan que la resolución 1441 (2002), adoptada como las anteriores bajo la rúbrica de “la situación entre el Irak y Kuwait”, implicase un levantamiento de la suspensión de la autorización del recurso a la fuerza armada dispuesta por el Consejo en la resolución 687 (1991).

Los trabajos preparatorios de la resolución 1441 (2002) y las explicaciones de voto que siguieron a su aprobación confirman esta conclusión. Francia, Rusia y China difundieron ese mismo día una declaración conjunta descartando que la resolución implicara la autorización del uso de la fuerza por los Estados miembros. Pero son sus mismos patrocinadores (Estados Unidos, Gran Bretaña) los que desmienten sus posteriores interpretaciones. Así, el Representante de los Estados Unidos, Sr. Negroponte, declaraba tras la votación del proyecto que “como hemos dicho en muchas ocasiones a los miembros del Consejo, en esta resolución no hay *gatillos ocultos* ni ninguna *automatización* con respecto al uso de la fuerza. Si el Irak vuelve a cometer una violación de la que la UNMOVIC, la AIEA o un Estado miembro informen al Consejo, el asunto volverá a ser examinado en el Consejo como se exige en el párrafo 12 de la resolución”.

617. Acusaciones falsas para ejecutar una política de fuerza

Fue política de la Administración de G. W. Bush desacreditar por anticipado los frutos de una inspección sobre Irak que la res. 1441 (2002) había justamente endurecido, presentar pruebas falsas o amañadas, manipular la información y presionar hasta extremos intolerables a los jefes de la UNMOVIC y de la AIEA y a los miembros no permanentes del C. de S.

Irak fue acusado de contar con una infraestructura industrial y recursos humanos que podrían aplicarse a la fabricación y producción de armas biológicas, químicas o nucleares; de tratar de importar para satisfacer sedicentes objetivos civiles, productos susceptibles de uso militar; de haber conservado, oculta, una cierta cantidad de armas de destrucción masiva, así como cohetes de alcance superior a los ciento cincuenta kilómetros y la documentación necesaria para su desarrollo; de mantener abierta la experimentación en todos estos campos... Sin embargo, nada fue probado. La obligación de dismantelar su aparato de guerra ofensiva se sometió a una severa inspección, a menudo conflictiva. Todo sumado, lo que no liquidó la guerra, lo liquidó la inspección.

En particular, la ventaja que pudo suponer la ausencia de inspectores desde finales de 1998 hasta prácticamente finales de 2002 para reiniciar la experimentación y producción de armas químicas y biológicas no podía ser decisiva teniendo en cuenta la postración del Estado, el embargo de sus activos, el control de su comercio, especialmente severo en relación con los productos de doble uso, la vigilancia y acoso aéreo a que estaba sometido desde 1991 por parte de Estados Unidos y Gran Bretaña... Demasiados obstáculos para ser auténticamente "peligroso", por mucho que se quisiera magnificar la capacidad del régimen iraquí para la ocultación y el engaño, con instalaciones subterráneas y móviles, y su habilidad para obtener divisas del contrabando de petróleo hasta tres mil millones de dólares (en el 2001), esto es, bastante menos del uno por ciento del presupuesto de defensa de los Estados Unidos y una cantidad similar a la subvención que del presupuesto americano recibe anualmente Israel, el país de la región con mayor volumen de armas de destrucción masiva.

Si Irak no estaba cumpliendo en su totalidad las resoluciones del C. de S., también los derechos de Irak, según la Carta y como miembro de la ONU, estaban siendo violados sistemáticamente.

Una cuarta parte por lo menos de los ingresos derivados del programa "Alimentos por Petróleo" se destinaba al pago de indemnizaciones de guerra, según reglas y procedimientos que incumplían los más elementales estándares jurídicos. La aplicación del propio programa enfrentaba decisiones arbitrarias de los agentes de Estados Unidos (y Gran Bretaña) que habían dejado en suspenso la ejecución de cerca de un veinte por ciento de contratos y demorado muchos otros. Una semana sí y otra también Irak se dirigía al Presidente del C. de S. y al Secretario General para denunciar la invasión diaria de su espacio aéreo, el hostigamiento y ataques de aeronaves norteamericanas (y británicas), sin que el Consejo quisiera darse por enterado ni, por supuesto, dijera ni pío sobre la naturaleza ilegal de las zonas de exclusión decretadas por los (anglo)americanos. Las víctimas civiles de estas acciones sumaban más de trescientos muertos y un millar de heridos al iniciarse la guerra en marzo de 2003. Los compromisos de respetar la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de Irak y de convertir la región en una zona libre de armas de destrucción masiva, explícitos en la resolución 687 (1991), estaban en entredicho o eran letra muerta.

Desde el punto de vista del análisis legal es frustrante que no se quisiera prestar oídos a los alegatos iraquíes. Aunque de la experiencia iraquí (y otras similares) se sacaron ciertas conclusiones como la necesidad de adoptar sanciones "inteligentes" aplicables a los responsables de los crímenes y no a sus víctimas y limitar temporalmente su aplicación a menos que se decidiera mediante nueva resolución su renovación, nada sirvió para Irak, empeñados los angloamericanos en mantener sanciones adoptadas por tiempo indefinido, gracias a su privilegio de veto.

Al comenzar 2003 Irak no era una amenaza creíble para la paz internacional. Ni en la guerra que duró apenas tres semanas ni en la posguerra se encontró rastro alguno de armas de destrucción masiva, químicas o biológicas.

Para favorecer sus planes belicistas la Administración de G. W. Bush trató, desde el primer momento, de establecer una relación del régimen iraquí con los crímenes del 11-S y con *Al-Qaeda*, vinculando la “demostrada capacidad y disposición de Irak a utilizar armas de destrucción masiva” con el alto riesgo de que así fuera mediante un ataque por sorpresa de las fuerzas armadas iraquíes o facilitándolas a terroristas internacionales. Pero, una vez más, esta Administración no consiguió aportar prueba alguna. El terrorismo en Irak ha sido el resultado de la agresión angloamericana, no su premisa. La invasión y ocupación del territorio iraquí y la aniquilación de sus instituciones han desencadenado un nuevo polo terrorista en paralelo a la resistencia activa y pasiva de una parte no despreciable de la población (cuyas acciones calificaron interesadamente de *terroristas* los portavoces de las fuerzas ocupantes).

Conscientes de la imposibilidad de obtener en el Consejo la mayoría necesaria para avalar el recurso a la fuerza armada, Estados Unidos, Gran Bretaña —y la España (*de Aznar*), que como miembro no permanente se había incorporado al C. de S. en enero de 2003— urdieron un proyecto de resolución cuya parte dispositiva se limitaba a *decidir* —actuando bajo el Capítulo VII de la Carta— que Irak no había aprovechado la “última oportunidad” que se le brindó en la res. 1441 (2002). Esperaban, una vez aprobada la resolución, actuar por su cuenta. Pero su plan fracasó. Francia, Rusia y Alemania coordinaron sus posiciones, manifestándose contra la política de fuerza y la mayoría entendió que, aunque no fuera modélica, la cooperación de Irak con la inspección existía, que la tarea inspectora estaba produciendo resultados y que la vía adecuada para producir el desarme iraquí era mantener y, si acaso, reforzar la inspección.

Retirado el proyecto, sus patrocinadores lanzaron un ultimátum al mismísimo C. de S. y decidieron cargar sobre el Gobierno iraquí (por su “desafío” a las resoluciones) y sobre Francia (por su veto “irrazonable”, según dijo el primer ministro británico) la responsabilidad de la acción que se disponían a ejecutar. Al parecer la relevancia del Consejo estaba vinculada a la renuncia a su posición central en un sistema de seguridad colectiva y a su disposición para brindar cobertura —como ya había hecho en otras ocasiones— a las políticas de los Estados Unidos. En el camino el bando de la guerra fue corrigiendo *el tiro*, finalmente enunciado bajo el eslogan “Iraqi Freedom”.

En todo caso, el C. de S. no había delegado en cada uno de sus miembros, por conspicuos que fuesen, la apreciación de: 1) la infracción —y gravedad— de las obligaciones impuestas a Irak; y 2) las medidas a adoptar, en especial el recurso a la fuerza armada. Es el Consejo el que aprecia la amenaza, interpreta sus propias resoluciones, decide las consecuencias de su incumplimiento.

618. *Después de la agresión, la cohonestación: Las “nuevas” resoluciones del Consejo*

Al mantenerse firme frente a los proyectos belicistas y defender testimonialmente los principios de la Carta el C. de S. tuvo su día de gloria. Pero eso no impidió que, tal como había anunciado, Estados Unidos llevase adelante sus planes con un variopinto grupo de “naciones dispuestas” a seguir sus pasos.

Fue en este momento cuando la hostilidad visceral hacia NU de los fundamentalistas de la Administración de G. W. Bush ha sido más profunda y más próxima la tentación de instaurar un orden imperial que niega los principios fundamentales del DI y las competencias de las instituciones multilaterales, reclamando para Estados Unidos el derecho a la autotutela de sus intereses mediante la libre elección de medios, incluso armados.

Pero consumada la agresión la situación era frustrante. Hasta el 22 de mayo, en que el C. de S. aprobó la res. 1483, Irak era un territorio sin gobierno propio y una población bajo una ocupación ilegal extranjera. Las potencias ocupantes tenían como tales obligaciones derivadas de la situación, pero su cumplimiento no legitimaba la situación misma e impedía reconocer como representantes iraquíes a las personas designadas como tales por dichas potencias.

El incumplimiento flagrante y sistemático por Estados Unidos y los países de la coalición de una obligación que emana de una norma imperativa de DI implica una violación grave de dicha obligación (CDI, proyecto de arts. sobre *la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, art. 40). Sin perjuicio de otras consecuencias, ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por dicha violación ni prestará ayuda o asistencia para mantenerla; todo lo contrario, su deber es cooperar para ponerle fin, por medios lícitos (art. 41).

Procesalmente, sin embargo, no existe una vía judicial para establecer el gravísimo ilícito y en el C. de S. era impensable una condena, siquiera una lamentación, de los hechos.

En plena invasión de Irak la res. 1472 (28 de marzo de 2003), se refería a la “fase de emergencia” del programa “Petróleo por Alimentos” originada por las “excepcionales circunstancias” que vivía el país, limitándose a requerir de “las partes concernidas” el cumplimiento estricto de las reglas del *ius in bello*. Imposible ser más delicado. La mayoría de los miembros del Consejo consideró que ya había hecho bastante no permitiendo que Estados Unidos y sus adláteres se cubriesen con una resolución a la medida. Si alguno hubiera tenido la audacia de presentar un proyecto condenatorio, como se hizo —con resultados desastrosos— con ocasión del bombardeo de Serbia (abril de 1999), no hubiera contado con los votos suficientes y, de haberlos tenido, no habrían sido los necesarios, por el cantado veto de Estados Unidos y Gran Bretaña.

Pasar página y, al mismo tiempo, recuperar protagonismo sin perder la cara exigía retomar el pleno ejercicio de las competencias del Consejo según las resoluciones en vigor y “hacerse cargo” del país, administrándolo integralmente como en Kosovo hasta contar con instituciones locales auténticamente representativas. Sólo así podía limitarse el daño ya infligido, haciendo realidad el compromiso del Consejo con la libre determinación del pueblo de Irak, su integridad territorial y la soberanía sobre sus recursos. Sólo así podía evitarse que las serias violaciones de las normas de DI aplicables en los conflictos armados, al

prolongarse con la ocupación militar del territorio iraquí, acabarían salpicando a las NU.

Pero los planes de la Administración de George W. Bush eran otros, a saber, que el Consejo reconociese la *Autoridad* establecida por las fuerzas ocupantes y avalase sus medidas, transfiriéndole el control de todos los recursos iraquíes dentro y fuera del país, admitiendo para NU un papel secundario (aunque no tuviera inconveniente en etiquetarlo de “vital” o “crucial”). Si en el pasado no había tenido empacho alguno para, consumada su acción armada, individual o grupal, acudir al Consejo a fin de conseguir medidas coercitivas que prolongasen los efectos de sus políticas o endosar acuerdos alcanzados *extra muros*, sea en Kumanovo (para Kosovo) o en Bonn (para Afganistán), incluidos los despliegues de fuerzas *internacionales*, ahora en Irak hizo lo mismo.

Puede decirse que, finalmente, Estados Unidos se ha salido con la suya. La res. 1483 (2003), de 22 de mayo, asume la *Autoridad* establecida por las potencias ocupantes, con todas sus consecuencias, renunciando el Consejo a las *palancas* con las que aún contaba, como el programa *Petróleo por Alimentos*; la res. 1500 (2003), de 14 de agosto, acoge *con beneplácito* el establecimiento del Consejo de Gobierno de Irak “ampliamente representativo”, dice, a pesar de que sus miembros iraquíes han sido designados por la Autoridad ocupante y carece de un ámbito competencial realmente autónomo; la res. 1511 (2003), de 16 de octubre, afirma que la soberanía iraquí está investida provisionalmente en dicho Consejo de Gobierno y autoriza a una fuerza multinacional bajo un mando unificado (el de los Estados Unidos) a que tome las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en Irak; la res. 1518 (2003), de 24 de noviembre, recrea un comité del Consejo para rebañar y transferir al Fondo creado para la reconstrucción de Irak, bajo control último de los Estados Unidos, todos los recursos financieros del régimen de Sadam Hussein y de sus beneficiarios. Todas responden a proyectos presentados por Estados Unidos y Gran Bretaña. Ni una palabra, obviamente, sobre el derecho de resistencia frente al ocupante ni una referencia precisa a las obligaciones dimanantes de la ocupación. Nada sobre las denuncias de crímenes de guerra y violación de las Convenciones de Ginebra en relación con los prisioneros y la población civil.

Finalmente, la res. 1546 (2004), de 8 de junio, dio término formalmente a la *ocupación* y a las competencias de la *Autoridad* (angloamericana), proponiendo para NU un papel acrecido en el proceso político de la transición iraquí. Pero cabe preguntarse si acaso la resolución 1546 (2004) es la más perversa de todas las resoluciones. Los administradores de la ocupación se han convertido en embajadores de remotos países al frente de las más abigarradas misiones diplomáticas jamás conocidas. NU se puso al volante de un carro que no controla en un viaje tal vez a ninguna parte. La seguridad siguió en manos de Estados Unidos y de sus asociados, ahora a petición de un Gobierno Provisional urdido con miembros del Consejo de Gobierno designado en su día por la *Autoridad*, trasladándose así, en

principio, a las propias autoridades iraquíes la responsabilidad por los eventuales ilícitos de la fuerza multinacional.

Si de los acontecimientos que se han venido sucediendo parece desprenderse que el sector más integrista de la Administración de G. W. Bush ha perdido el pulso por un *Nuevo Orden Imperial*, al margen de las instituciones multilaterales, por ser insoportables sus costes humanos y materiales, también el C. de S. y las NU en general parecen haber cedido al designio hegemónico de los Estados Unidos, perfectamente expresado por sus apologetas cuando instaban a sus miembros a “seguir” a los Estados Unidos si querían evitar su “irrelevancia” (v. por ej., G.W. Bush ante la AG, 12 de septiembre de 2002). En este sentido las gentes del *establecimiento* se refieren con satisfacción a la recuperación de “la unidad del Consejo”.

Aunque nada en las resoluciones adoptadas avala una sanación de la invasión y ocupación de Irak, el C. de S. ha vuelto en todo caso a la senda de los malos precedentes sembrados en la última década, dejándose *contaminar*, como ha advertido C. Gutiérrez Espada al analizar críticamente las resoluciones, por el ilícito de algunos de sus Estados miembros.

El hecho de que estas resoluciones se hayan adoptado contemporáneamente al ejercicio del veto *americano* sobre proyectos condenatorios de las acciones ilegales, incluso criminales, de Israel en Oriente Próximo (la eventual deportación o amenaza a la seguridad de Yasser Arafat; la construcción de un *muro* en territorio palestino ocupado, cuya ilegalidad ha sido luego declarada por la CIJ en dictamen de 9 de julio de 2004, solicitado por la AG; el bombardeo de un campo de refugiados en Siria; el asesinato del jeque Yassin, líder de *Hamas*...) subraya este derrotero.

No estamos ante un cambio total de sistema, pero sí ante el vaciamiento y la manipulación de las normas en vigor y las instituciones vigentes por prácticas que hacen particularmente perversos los límites de la Carta cuando se trata de imponer la ley a los miembros permanentes del Consejo y politizan al máximo, más allá del marco de la Carta, sus resoluciones, dejando inermes a los Estados *malditos*.

Ciertamente Estados Unidos ha tenido que soportar otros costes políticos en el Consejo para facilitar la asunción de sus proyectos prioritarios. Así, por ej., una vez constatada su incapacidad para conseguir la mayoría necesaria (con la que pudo contar, en cambio, los dos años anteriores), ha debido renunciar a la renovación de las órdenes dirigidas a la CPI para la no instrucción de procedimientos contra nacionales de Estados no partes en el Estatuto de la Corte que estén participando en operaciones de paz autorizadas por el Consejo (aunque a menudo se ha llegado al mismo resultado caso por caso, al autorizar el Consejo operaciones particulares).

CXLII. EL CONFLICTO DE ORIENTE PRÓXIMO

619. Los territorios palestinos ocupados

Una adecuada perspectiva para examinar la actuación del C. de S. en relación con el Oriente Próximo es comparar la de los últimos años con la que siguió a la

ocupación de Gaza y Cisjordania como consecuencia de la *guerra de los seis días* (1967).

Siete de las doce resoluciones adoptadas por el C. de S. en 1967 tuvieron que ver con esta guerra. A su terminación, el C. de S. (res. 237) instó a Israel, vencedora en los campos de batalla, a que garantizase la protección de los habitantes de los territorios ocupados, facilitase el regreso de los desplazados y respetase escrupulosamente los principios humanitarios en el trato de los prisioneros de guerra y de los civiles conforme a los Convenios de Ginebra (1949) (v. Cap. XXX). Unos meses después el C. de S. (res. 242) sentó los *principios* de una *paz justa y duradera*: 1) el retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios ocupados; y 2) el respeto y reconocimiento de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona y de su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas. El Consejo afirmaba, además, la *necesidad* de garantizar este objetivo con medidas como la creación de *zonas desmilitarizadas*, la libertad de navegación por las vías internacionales y una *solución justa del problema de los refugiados*.

Como se volvió a la guerra en 1973 (*guerra del Yom Kippur*), el C. de S. hubo de *instar* de nuevo a las partes (res. 338) a la aplicación íntegra de la res. 242 (1967). Desde antes el Consejo advirtió que las medidas legislativas y administrativas para modificar el estatuto de Jerusalén y de los territorios ocupados, incluidas las expropiaciones de tierras, eran nulas (res. 252, de 1968; 298, de 1971). Israel no sólo no hizo caso, sino que fue a más, hasta acabar anexionando formalmente la parte oriental de la Ciudad Santa, lo que fue rechazado enfáticamente por el Consejo (res. 476 y 478, de 1980, v. Cap. XXIII).

Otro tanto ocurrió con los asentamientos de colonos judíos en los territorios ocupados. Obviamente no existían antes de 1967. Diez años después los colonos eran apenas cuatro millares. El C. de S. advirtió tempranamente que la política de asentamientos no tenía validez legal, constituía una violación manifiesta del Cuarto Convenio de Ginebra (1949) y era un serio obstáculo para una paz completa, justa y duradera en Oriente Próximo; incluso estableció una comisión de tres miembros para examinar la situación (res. 446, de 1979). Israel no sólo se negó a cooperar, sino que rechazó oficialmente las resoluciones del Consejo (v. res. 452, de 1979, 465 de 1980).

Al disponer de armas, los colonos más extremistas provocaron algunos incidentes luctuosos de los que se hizo eco el Consejo (res. 471, de 1980). Ya en 1990 los civiles palestinos muertos y heridos en enfrentamiento con las fuerzas de seguridad de Israel dieron pie a nuevas resoluciones, incluso al ademán de enviar misiones de encuesta, rechazadas por Israel (v. res. 672 y 673). Asimismo, el Consejo hubo de señalar la violación de las obligaciones de Israel conforme al Cuarto Convenio de Ginebra al hilo de la práctica sistemática de la deportación de civiles palestinos (v., por ej., res. 607, de 1988, 694, de 1991, 799, de 1992). Al comenzar la última década del siglo XX los colonos judíos eran ya cien mil.

Evocar estas resoluciones no sólo explica la sensación del *déjà vu* que producen los acontecimientos de los últimos años, sino la regresión vivida en la búsqueda

de esa paz, tanto por la violencia creciente como por la omisión de sus responsabilidades por el Consejo. El *proceso de paz* desencadenado por la Conferencia de Madrid (1991) y los acuerdos de Oslo (1993) entre la OLP e Israel entreabrieron la puerta a una solución. La OLP renunciaba a los métodos terroristas y reconocía a Israel que, a su vez, admitía la creación de un Estado palestino. La identidad palestina había crecido después de la *guerra de los seis días* y Jordania había renunciado (1988) a sus pretensiones soberanas sobre Cisjordania. La OLP, mutada en Autoridad Nacional Palestina (ANP) con competencias limitadas en Gaza y Cisjordania era el interlocutor válido y aceptado en una negociación que debía buscar acuerdos para acabar con los asentamientos judíos en los territorios ocupados, decidir el estatuto de Jerusalén oriental, resolver el problema de los refugiados, ofrecer fronteras seguras a Israel. Las partes se dieron cinco años para llegar a un arreglo global y duradero sobre la base de las resoluciones 242 (1967) y 338 (1973).

Podría explicarse que en estos años el C. de S. se mantuviera al margen mientras las negociaciones se desarrollaban con altibajos bajo la sesgada mediación de los Estados Unidos. De hecho entre 1993 y 2000 sólo se registran tres resoluciones del Consejo, motivadas por lamentables matanzas de civiles palestinos como consecuencia del recurso desproporcionado a la fuerza del ejército y la policía israelíes (res. 904, de 1994, 1073, de 1996, y 1322, de 2000).

Los acuerdos de paz están hoy más lejos que nunca. Israel, en lugar de frenar los asentamientos, como debía suponerse en un negociador de buena fe, multiplicó por cuatro el número de colonos (generalmente *ultras* en lo nacional y en lo religioso) en los quince años del *proceso de paz*, ha seguido extendiéndose por Jerusalén oriental y sus alrededores, alterándolo física y demográficamente, ha tratado de consolidar su ocupación con el levantamiento de un *muro* cuya ilegalidad ya ha sido declarada en términos contundentes por la CIJ (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados*, 2004), se ha empeñado en la violación sistemática como potencia ocupante de los Convenios de Ginebra, invocando la lucha antiterrorista, ha infringido una y otra vez los acuerdos con la ANP... Es explicable que en 2006 los radicales (*Hamas*), que rechazan el reconocimiento de Israel y los acuerdos suscritos con él por la OLP y la ANP, ganasen limpiamente las elecciones parlamentarias en los territorios ocupados, siendo boicoteados por Estados Unidos y la UE por su consideración como movimientos terroristas...

En estos años las resoluciones del Consejo han apoyado el “concepto de una región en que dos Estados, Israel y Palestina, vivan uno junto al otro dentro de fronteras seguras y reconocidas” y han exhortado a las partes a negociar conforme a planes elaborados por sucesivos enviados especiales norteamericanos (Tenet, Mitchell...) y, más adelante (res. 1515, de 2003), siguiendo la *hoja de ruta* elaborada por el *Cuarteto*, a saber, Estados Unidos, la UE, Rusia y NU (*sic*); pero ha pasado por alto que las hechuras del Estado llamado Palestina será, en el mejor de los casos, un *bantustán* de Israel.

Las resoluciones se refieren a "la continuación de los acontecimientos trágicos y violentos que se han producido desde septiembre de 2000", alusión a la segunda *intifada* que no menciona, a "la necesidad de que todos los interesados velen por la seguridad de la población civil" y de que "se respeten universalmente las normas del DI humanitario" y exigen "la cesación inmediata de todos los actos de violencia, incluidos todos los actos de terrorismo, provocación, incitación y destrucción" (v. por ej., res. 1397, de 2002). Ni una palabra sobre autores, responsables. Un lector no podría siquiera conocer la historia con planteamientos tan impersonales. Cuando las fuerzas armadas israelíes ocupan de nuevo ciudades palestinas, atacan y asedian al mismo Presidente de la Autoridad Palestina, el C. de S. (res. 1402, de 2002) se limita a exhortar "a las dos partes" a que procedan inmediatamente a aplicar un verdadero *cese el fuego* y a *pedir* que las tropas israelíes se retiren, no sin antes hacer referencia a los atentados suicidas cometidos con bombas en Israel y reiterar las exigencias de la res. 1397 (2002). El Consejo también expresa su beneplácito por la procesión de enviados especiales a la zona que envían los miembros del *Cuarteto* (por ej., res. 1403, de 2002) y cuando la matanza del campamento de refugiados de Jenin se manifiesta preocupado y exhorta a "levantar las restricciones que se han impuesto a las operaciones de las organizaciones humanitarias", destacando "la urgencia del acceso" a la población civil palestina y su beneplácito por la iniciativa del Secretario General de "producir información exacta sobre los acontecimientos... por medio de un equipo de investigación" (res. 1405, de 2002). Inútil será buscar en la resolución una sola mención a *Israel*, menos aún una *exigencia* de que su gobierno abra los territorios ocupados a una encuesta internacional. Hay que llegar a septiembre de 2002 (res. 1435) para que el Consejo *exija* por fin de Israel el rápido retiro de sus fuerzas de ocupación de las ciudades palestinas, reiterando la necesidad de respetar en todas las circunstancias el DI humanitario, incluido el Cuarto Convenio de Ginebra (1949). En 2004, al hilo de una matanza de civiles palestinos en la zona de Rafah y la habitual práctica israelí de demoler las viviendas de los familiares de los *terroristas* palestinos, el Consejo *exhorta* una vez más a Israel a que atienda sus necesidades de seguridad "dentro de los límites del DI" y le *pide* que respete las obligaciones que le impone el DI humanitario.

Las resoluciones del C.de S. han sido falaces al predicar la simetría, la equidistancia, de las formas frente a la asimetría de los ilícitos y la manifiesta desigualdad de las partes. Puede buscarse una atenuante para el Consejo en el hecho de que Estados Unidos bajo la Administración de Georges W. Bush ha impuesto su veto siempre que se ha querido condenar la violencia israelí, su uso desproporcionado de la fuerza, sus represalias armadas, sacar consecuencias de su incumplimiento de la res. 242 (1967), enviar observadores o misiones de investigación a los territorios ocupados. Lo ha hecho siempre que se ha querido adoptar una resolución con base en el Capítulo VII de la Carta, jamás mencionado. Así ha ocurrido en cerca de treinta ocasiones desde que Georges W. Bush asumió su primer mandato (2001).

El 27 de marzo de 2001 un proyecto de resolución presentado por los siete miembros no permanentes del Sur (Bangladesh, Colombia, Jamaica, Malí, Mauricio, Singapur y Túnez) obtuvo, junto a los votos propios, los de China y Rusia, votando en contra Estados Unidos y absteniéndose los miembros europeos, permanentes (Francia, Gran Bretaña) y no permanentes (Irlanda, Noruega). La situación se repitió el 17 de diciembre de 2001 cuando Estados Unidos se quedó sólo (Gran Bretaña y Noruega se abstuvieron) contra un proyecto presentado por Egipto y Túnez y enmendado por Francia, que condenaba el "uso excesivo de fuerza" por Israel, pedía el envío de observadores internacionales a los territorios de Gaza y Cisjordania y reiteraba que "Israel, el poder ocupante, tiene que cumplir escrupulosamente con sus obligaciones legales y responsabilidades bajo la Cuarta Convención de Ginebra, relativa a la protección de civiles en tiempo de guerra". Un año después, el 20 de diciembre de 2002, un proyecto de resolución presentado por Siria en que se denunciaba la muerte de varios agentes humanitarios de la ONU y la destrucción deliberada de un almacén del Programa Alimentario Mundial (PAM) e invitaba, una vez más, a Israel a respetar sus obligaciones conforme al Cuarto Convenio de Ginebra, fue vetado por Estados Unidos arguyendo que al condenar sólo a Israel por los incidentes el lenguaje del

proyecto no era propicio para el apaciguamiento en la región y la aproximación de la posición de las partes. El 26 de marzo de 2004 Estados Unidos vetó un nuevo proyecto de resolución condenando el asesinato del jeque Yassin, a pesar de que al mismo tiempo el proyecto condenaba todos los ataques terroristas contra civiles. Israel había presentado el asesinato de Yassin como una operación antiterrorista... El 13 de julio de 2006 Estados Unidos volvió a vetar un proyecto de resolución que consideró *desequilibrado*. Se trataba de reclamar la terminación de una nueva operación militar israelí y denunciar su recurso desproporcionado a la fuerza en Gaza al tiempo que se pedía la liberación de un soldado israelí capturado y el fin de lanzamiento de cohetes por grupos palestinos contra objetivos en Israel. Se solicitaba también que Israel liberara a los ministros y diputados palestinos ilegalmente detenidos y se recordaba a todas las partes interesadas la obligación de respetar el DI humanitario, incluida la Cuarta Convención de Ginebra. El último veto, al cierre de esta edición, se produjo el 11 de noviembre de 2006 cuando Estados Unidos se opuso a un proyecto de resolución que condenaba el ataque israelí de Beit Hanoun, con decenas de muertos y heridos civiles, encargaba al Secretario General el envío de una comisión de encuesta y solicitaba el inmediato fin de las operaciones militares de Israel en territorio palestino. También se recordaba a Israel su obligación de cumplir la Cuarta Convención de Ginebra y a la ANP la obligación de actuar inmediatamente para poner fin a la violencia, incluido el lanzamiento de cohetes sobre el territorio israelí. El proyecto solicitaba del *Cuarteto* la eventual creación de un mecanismo de protección de la población civil. Según Estados Unidos el texto no presentaba de manera equitativa los hechos, no mencionaba el terrorismo que era el verdadero obstáculo para la realización de las aspiraciones del pueblo palestino y no contribuía a restablecer la paz.

En todo caso, la actitud del Consejo en el conflicto de Oriente Próximo, sobre todo en los últimos años, ha sido el principal nutriente de la justificada acusación del doble rasero del Consejo. No hay, seguramente, en la historia de la Organización un infractor más persistente de sus resoluciones que Israel ¿Por qué, después de cuarenta años de recalcitrante desafío a la ley internacional como potencia ocupante de Gaza y Cisjordania no se le han impuesto sanciones, no se ha situado en los territorios ocupados una misión de mantenimiento de la paz, unos observadores siquiera? La pregunta es pertinente, sobre todo si se tiene en cuenta que ya, por lo menos, en 1980 el C. de S., tras constatar una vez más, “la persistente negativa de Israel” a dar cumplimiento a sus resoluciones, *reafirmaba* su *determinación* de “examinar medios prácticos” de conformidad con la Carta, para lograr su cabal aplicación (res. 476).

No creo que quepa una respuesta decorosa. Poco menos que testimonialmente y, por ello, pecando en ocasiones por exceso, las sesiones extraordinarias de la AG con base en la resolución *Unidos para la Paz* (v. Cap. XXVII) han sido el sucedáneo para dar paso a proyectos de resolución vetados en el Consejo, junto con los centenares de resoluciones que, especialmente a partir de 1974 (res. 3236-XXIX), se han ido sucediendo en las sesiones ordinarias, con un verbo más y más encendido. Veto *versus* mayoría mecánica. La Comisión (ahora el Consejo) de Derecho Humanos es la otra instancia en que los comportamientos de Israel han sido condenados regularmente.

620. El Líbano

La actitud del C. de S. en Líbano hace más alarmante la falta de respuestas convincentes. Líbano vivió en guerra civil entre 1975 y 1990. Los refugiados

palestinos fueron uno de los factores que complicaron el damero interno, ya de por sí bien complejo. En ese período Israel invadió dos veces el territorio libanés. La primera de ella, el sur, fue en 1978. El C. de S. montó una fuerza de mantenimiento de la paz (la FPNUL), solicitada por el gobierno del Líbano “con el fin de confirmar el retiro de las fuerzas israelíes, restaurar la paz y la seguridad internacionales y ayudar al Gobierno del Líbano a asegurar el restablecimiento de su autoridad efectiva en la zona” (res. 425 y 426, de 1978).

La secuencia de resoluciones del Consejo revela su preocupación por “los obstáculos opuestos a la aplicación cabal” de estas resoluciones y la falta de cooperación con la FPNUL, “principalmente por parte de Israel” que, por aquel entonces, en paralelo a sus incursiones, prestaba asistencia a “grupos armados irregulares”, “irresponsables”, “fuerzas *de facto*”, localizadas en el sur del país, e incluso se permitía el “bombardeo deliberado del cuartel general de la Fuerza... y del hospital de campaña”, que el Consejo condena pero frente al que no reacciona (res. 444 y 450, de 1979; 467, de 1980).

En 1982 Israel, que nunca había terminado de irse del sur del Líbano, decidió llegar hasta Beirut para, con la colaboración de las milicias cristianas, echar al mar a la OLP y *limpiar* los campamentos palestinos (Sabra y Chatila). El reforzamiento de la FPNUL (res. 501, de 1982) no pudo impedirlo y el Consejo acabó exhortando a “todas las partes” a un *cese el fuego* (res. 508) y *exigiendo* de Israel la retirada inmediata e incondicional de todas sus fuerzas militares “hasta las fronteras internacionalmente reconocidas del Líbano (res. 509) lo que, como puede adivinarse no fue del todo cumplido. Mientras, Siria se asentó militarmente en el valle de la Bekaa y se infiltró en los poderes del Estado libanés mediante grupos como *Amal* y los servicios de inteligencia.

Fue sólo en junio de 2000, veintidós años después de la adopción de la res. 425 (1978), cuando bajo la presión de la milicia armada de *Hizbollah*, de obediencia chií, el ejército israelí abandonó el sur del Líbano permaneciendo en las *granjas de la Chebaa*. El C. de S. formuló entonces un llamamiento al gobierno del Líbano para que garantizase su presencia y autoridad efectiva en el sur y consideró un redespiegue de la FPNUL a fin de centrarse en las tareas pendientes de su mandato original, restablecer la paz y seguridad en la zona (res. 1310, de 2000). No obstante, un año después, el Consejo advertía las “graves contravenciones y violaciones de la línea de repliegue, por aire, mar y tierra” (res. 1365, de 2001). La situación no cambió en los años siguientes (v. por ej. res. 1553, de 2004, 1614, de 2005, 1655, de 2006). El ejército libanés era incapaz de desplegarse en un espacio controlado eficazmente por *Hizbollah*, sucediéndose los incidentes a ambos lados de la *línea azul* con la presencia incierta de una Fuerza que en 1978 se había llamado *provisional*, condición en la que insisten una y otra vez las resoluciones del Consejo.

En estas circunstancias Estados Unidos y Francia, a quienes se unieron Gran Bretaña y Alemania, consiguieron los nueve votos requeridos para adoptar una resolución pidiendo que “todas las fuerzas extranjeras” que aún se encontraban en el Líbano, es decir, las sirias, se retirasen del país y exhortando a la disolución

y desarme de “todas las milicias libanesas y no libanesas”, lo que apuntaba directamente a *Hizbollah* y a las milicias palestinas, que impedían al gobierno libanés ejercer su plena soberanía sobre todo el territorio libanés. Al tiempo se apoyaba un proceso electoral libre y limpio sin injerencias extranjeras (res. 1559, de 2004). Fue, sin embargo, la consideración de que con esta resolución el Consejo conculcaba el principio de no intervención en asuntos internos y se exponía a ser censurado por aplicar dos pesos y dos medidas respecto de la política de ocupación israelí la que condujo a la abstención a los otros seis miembros del Consejo (China, Rusia, Argelia, Brasil, Filipinas y Pakistán). Más aún cuando el Ministro de Relaciones Exteriores libanés había solicitado la retirada del proyecto de resolución antes de su votación. Si alguien había puesto en peligro la soberanía del Líbano era Israel.

El atentado con bomba que costó la vida en febrero de 2005 al antiguo primer ministro Rafiq Hariri y a otras veintidós personas, seguido de una cadena de atentados, dio pie, con la aprobación, ahora sí, del nuevo gobierno libanés, sensible a los puntos de vista occidentales, a la formación de una comisión internacional de investigación, cuyas competencias fueron sucesivamente ampliadas, seguida de una serie de sanciones personales aplicadas a los sospechosos, una presión acrecida sobre Siria, invocando el Capítulo VII de la Carta, y finalmente un acuerdo de constitución de un tribunal internacional para juzgar a los responsables (res. 1595, 1636 y 1644, de 2005, y 1664, de 2006). (V. Cap. XXX).

Es escasamente inteligible en este contexto que bajo el pretexto del arresto de dos soldados israelíes por *Hizbollah* Israel se lanzara el 12 de julio de 2006 a una nueva invasión del sur del Líbano, con la FPNUL una vez más como espectadora privilegiada en un espectáculo de riesgo que acabó en cinco semanas con la vida de cerca de mil doscientos libaneses y ciento sesenta israelíes, cuarenta y tres de ellos civiles. Centenares de miles de personas se vieron desplazadas de sus hogares. Las infraestructuras libanesas sufrieron cuantiosos daños.

Los bombardeos alcanzaron Beirut y, también, un puesto de observación de la FPNUL, con resultado de muerte de sus cuatro ocupantes, en un nuevo “error operacional” según la habitual encuesta llevada a cabo por las autoridades israelíes, opuestas a cualquier investigación internacional. Estos hechos merecieron sólo el premio de una declaración de la Presidencia del Consejo, tan laborioso y exigente en otros casos. Un informe del Centro de Coordinación de la acción anti-minas de la ONU reveló que el noventa por ciento de las bombas de racimo (prohibidas) fueron lanzadas por Israel entre el 11 de agosto, fecha de la adopción de la res. 1701, que pide por fin el cese de hostilidades y el 14 de agosto, fecha del cese de hostilidades, abstracción hecha del bloqueo naval, que siguió por un tiempo, y las cotidianas incursiones de la aviación israelí.

Lo primero que llama la atención en la res. 1701 es la fecha, esto es, que el C. de S. necesitara un mes para solicitar la cesación total de las hostilidades. Antes, el 31 de julio, la res. 1697 había manifestado su “profunda preocupación” por lo que definió “la intensificación de las hostilidades en el Líbano e Israel desde el 12 de julio”; su dispositivo se había limitado a prorrogar por un mes el mandato de la FPNUL y a instar a las partes a que garantizaran la seguridad de su personal. La segunda observación tiene que ver con la asunción de la acción israelí como

reacción al “ataque lanzado por *Hizbollah* contra Israel el 12 de julio de 2006, que ya —se advierte— ha causado centenares de muertos y heridos en ambas partes, grandes daños en la infraestructura civil y centenares de millares de desplazados internos”. El C. de S. pasa por alto el uso desproporcionado de la fuerza por Israel, el irrespeto de los Convenios de Ginebra (1949), la descomunal desigualdad en el reparto y las consecuencias de la violencia... La tercera observación es la banalidad del Consejo cuando al *hacer hincapié* en la “necesidad de abordar con urgencia las causas que han dado origen a la crisis actual” la concreta en “la liberación sin condiciones de los soldados israelíes secuestrados” para sólo después *alentar* la “labor destinada a solucionar urgentemente la cuestión de los prisioneros libaneses detenidos en Israel”. El lenguaje es un divino tesoro. La cuarta observación es la sutil distinción que se hace entre Líbano y *Hizbollah*, movimiento con representación parlamentaria y gubernamental que para muchos libaneses no es el grupo terrorista que se predica en Israel y Estados Unidos, a las órdenes de Irán, sino un factor decisivo en la conservación de la unidad y la integridad territorial del Estado. La quinta observación es que el Consejo no solicita de Israel su inmediata retirada del territorio libanés, sino sólo la cesación de “todas las operaciones militares ofensivas”, pautando la retirada de sus fuerzas “en forma paralela” al despliegue del ejército libanés con la asistencia de fuerzas adicionales de la FPNUL con un mandato, ahora, más ambicioso, orientado a mantener libre de armas y grupos armados el sur del Líbano y proteger a la población civil bajo amenaza inminente de sufrir violencia física. A pesar de este despliegue, la aviación israelí ha venido violando regularmente el espacio aéreo del Líbano “por la necesidad de vigilar las transferencias de armas a *Hizbollah*”, sin que las denuncias de la FPNUL hayan inducido al C. de S. a la adopción de ninguna medida (hasta 20 de noviembre de 2006).

CXLIII. POLÍTICA LEGISLATIVA

621. *La reforma del Consejo, el cuento de nunca acabar*

Aunque sólo fuera para responder al crecimiento espectacular de miembros de la Organización, que ya son ciento noventa y dos, y guardar una más estrecha proporción entre su número y el de quienes componen sus órganos selectivos, el C. de S. debería ser reformado. Sin embargo, a pesar de las incitaciones para conmemorar con la reforma el *cincuentenario* de la Organización, luego el advenimiento del tercer *Milenio* (de la era cristiana) y más adelante los sesenta años de NU, no se ha logrado hasta ahora el encuentro de los más numerosos (dos tercios de los miembros de la Organización) con los más poderosos (los cinco miembros permanentes del Consejo), llave de paso de cualquier enmienda o reforma de la Carta (arts. 108 y 109).

Hay acuerdo en que la ampliación del Consejo ha de ser *limitada*: se quiere mejorar la *representatividad* sin perjudicar la *operatividad*. Sin embargo, hacer más genuina la representación, determinar su punto de encuentro con la *rapidez* y *eficacia* de la acción del Consejo, ajustar una distribución que sea equitativa no sólo desde el punto de vista de la geografía física, sino también de las otras geografías, la económica, la humana, la política o la del poder, de manera que los miembros del Consejo respondan globalmente a las más importantes masas territoriales, de población y de recursos de todas las regiones del planeta, es una tarea que se presenta entreverada de numerosos intereses particulares en conflicto.

Son frecuentes algunos errores cuando se discurre sobre la relación que guarda la *dimensión* de un órgano con la *representatividad* de su composición y la *rapidez* y *eficacia* de su acción. Siempre en el campo de la teoría de la Organización, puede decirse que un órgano grande puede ser menos representativo que otro más reducido, si en el primero sólo participan sujetos clónicos. Un millón de borregos no pueden representar el mundo animal como el arca de Noé. Así que un órgano amplio puede ser más rápido y aparentemente eficaz que otro pequeño, si es monocolor. Lo que importa, pues, es asegurar la representatividad y, sólo después, aplicarse a las técnicas de deliberación y voto que, compatibles con aquélla, favorezcan decisiones rápidas y eficaces.

Se entiende igualmente que los criterios de selección de candidatos enunciados por el art. 23 de la Carta siguen siendo válidos, como también lo es la concepción del Consejo como órgano que actúa “a nombre” de todos los miembros de la Organización (art. 24.1).

El apego de muchos a estos arts. es una denuncia —que a veces se hace explícita— de su —hasta ahora— descarriada aplicación. Hay, en efecto, numerosos indicios de que los miembros del Consejo, en particular los permanentes, no han actuado a menudo con la conciencia de ejercer un mandato de *todos* y en defensa del *interés general* (v. *supra*). Tampoco cabe decir, sin sonrojarse, que en la elección de los no permanentes se haya prestado *especial atención en primer término*, como dispone el art. 23.1, a su “contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y a los demás propósitos de la Organización”. La presencia de Ruanda en el Consejo durante el bienio 1994-1995 es un ejemplo esperpéntico.

Nunca el C. de S. fue menos representativo que ahora. De los miembros permanentes puede decirse, desde luego, al cabo de cincuenta años, aquello de que *ni son todos los que están ni están todos los que son*. La observación de que han cambiado las circunstancias que determinaron la designación y estatuto de los actuales se ha traducido en críticas brillantes, más como liberación de un cierto estado de espíritu que como premisa de propuestas viables de remoción. Los que ya están, de no mediar catástrofe, lo son a perpetuidad y la eliminación de la categoría misma sólo es concebible de perderse el planeta en un *agujero negro*. Lo único factible era, aparentemente, atender a las nuevas realidades del poder mediante la adición a los *antiguos combatientes*, victoriosos en la segunda guerra mundial, socios del exclusivo *Club Atómico* y beneficiarios del oligopolio del tráfico de armas, de quienes —como Japón y Alemania— tras perder la guerra han emergido de nuevo como dos de las principales potencias económicas de la Tierra e importantes —y puntuales— contribuyentes de la Organización (Japón es el

segundo, con más de un diecinueve por ciento y Alemania el tercero, con cerca de un diez por ciento del presupuesto ordinario en 2005, sólo superados por Estados Unidos, con el veintidós), lo que tiene su mérito en una Organización plagada de morosos. A ellos se añadirían uno o más países en representación del mundo en desarrollo.

Este plan fue inicialmente patrocinado en su versión minimalista (*dos más uno*; luego, *uno —Japón— más uno*) por los Estados Unidos, encontrando escaso eco en los otros miembros permanentes del Consejo, soterrada resistencia de los Estados medios más cualificados y la reivindicación por los miembros del grupo de los no alineados de más asientos permanentes. La última de las propuestas (presentada como *Modelo A* en el Informe sobre *las amenazas, el desafío y el cambio* —diciembre de 2004— del Grupo de Alto Nivel designado por el Secretario General y adoptado por éste en su informe sobre *un concepto más amplio de libertad*, de marzo de 2005) supondría seis nuevos miembros permanentes (dos africanos, dos asiáticos, uno de América latina y otro de Europa occidental), siendo implícita la designación de Alemania, Japón, India y Brasil (el G-4) entre ellos y estando más abierta la de los representantes de África (Egipto, Libia, Nigeria, Senegal, Angola, Kenya, África del Sur...). Según este *modelo* el Consejo se completaría con tres nuevos miembros no permanentes (África, Asia, América latina), elevándose así de 15 a 24 el número total de los miembros (seis por continente: África, Asia, América y Europa).

En julio de 2005 los miembros del G-4, después de una intensa campaña diplomática, creyeron contar con la alianza del grupo africano para sacar adelante una propuesta muy similar (los nuevos miembros no permanentes serían cuatro (África, Asia, América latina y Europa oriental) y el número total 25, pero no fue así, debido entre otras razones, a discrepancias sobre el número de miembros no permanentes atribuidos a África —la UA, deseando dos nuevos miembros no permanentes para el grupo africano, elevaría a cinco el número de nuevos miembros de esta clase, siendo 26 el número total— y el estatuto de los nuevos miembros permanentes (v. *infra*). No sólo todos los candidatos *oficiales* encuentran competidores sino que hay quienes ejerciendo una oposición frontal a la categoría misma prefieren —ya que no pueden liquidarla— esclerotizarla, y otros que, sencillamente, conservan viva la memoria de la guerra (como, por ej., Corea del Norte, incluso China, respecto de Japón). Según Estados Unidos ahora debería buscarse el consenso a partir de un acuerdo sobre los criterios de elegibilidad, proponiendo al efecto economía, población, poder militar, compromiso con los derechos humanos y contra el terrorismo, equilibrio geográfico y capacidad de contribución financiera a la Organización.

Frente al *modelo A* se ha presentado la alternativa del *Modelo B*, que promovía añadir al Consejo nueve nuevos miembros, ocho con mandato renovable de cuatro años y uno más con mandato no renovable de dos años, total veinticuatro (seis por continente: África, Asia y Pacífico, América y Europa). Este *modelo*, que asume la incorporación de miembros *semipermanentes*, ha sido reconvertido y simplificado en la propuesta del llamado grupo “Unidos por el Consenso” (Argentina, Canadá, Colombia, España, Italia, Pakistán...) según la cual bastaría con añadir diez nuevos miembros no permanentes, dejando como permanentes a los cinco actuales. De esta manera el número total sería de 25 (como en la propuesta del G-4), eliminándose la cláusula de no reelegibilidad inmediata incluida en la Carta (art. 23.2) y siendo cada grupo regional el que decidiría la rotación de los miembros del grupo.

Sea cual sea el número de miembros no permanentes que se proponga, su reparto geográfico es también polémico.

Los países en desarrollo —que conceden prioridad a la ampliación de miembros no permanentes sobre cualquier otra categoría— insisten, en particular, en la *sobrerrepresentación* de la Europa occidental, haciendo sus cálculos sobre el total de miembros del Consejo sin distinción, lo que rechazan los miembros del grupo en cuestión arguyendo que los miembros permanentes lo son atendiendo a criterios ajenos al reparto geográfico. Naturalmente, si se tuviera más fe en la dimensión política de la UE podría sugerirse que Francia, Gran Bretaña —y la postulada Alemania— deberían traspasarle la condición de miembro permanente, una vez hechos los necesarios ajustes en una Carta que sólo admite Estados. Pero los alemanes quieren añadirse a británicos y

franceses y sólo son *europesos* los países miembros de la Unión (Italia, España, Bélgica...) que ven verdes las uvas. Llama la atención, aunque no es una sorpresa, la incapacidad de los países miembros de la UE (que actualmente asumen el treinta y seis por ciento del presupuesto ordinario de la Organización y alrededor de la mitad de las contribuciones voluntarias a sus Fondos y Programas) para alcanzar una posición común en este punto, mientras sí lo hacen grupos como el africano, el asiático o, más en general, los países no alineados.

Ello no obsta para que desde hace tiempo el Estado miembro de la UE que ejerce la Presidencia semestral participe regularmente como observador en las reuniones del Consejo y ejerza el derecho de voz para exponer la posición común de la UE cuando el orden del día lo aconseja. Adviértase que el Tratado de Maastricht (1992) no pudo ir en este punto más allá de decir voluntariamente que: "... Los Estados miembros que son miembros permanentes del C.de S. *se esforzarán*, en el desempeño de sus funciones, por defender las posiciones e intereses de la Unión, sin perjuicio de las responsabilidades que les incumban en virtud de las disposiciones de la Carta de las NU" (artículo J.5.4, énfasis añadido). Cabe preguntarse si los miembros no permanentes del Consejo que son miembros de la Unión pueden acogerse a la misma regla o si lo suyo es, estrictamente, como también dispone el precepto citado, concertarse con los permanentes y tener cabalmente informados a los demás Estados miembros... El Tratado de Amsterdam (1997) mantiene tal cual la concertación y cabal información, pero por lo que hace a los miembros permanentes da un paso al prescribir, no ya que se *esforzarán en*, sino que *asegurarán* la defensa de las posiciones de la Unión, sin perjuicio de las responsabilidades que les incumban en virtud de las disposiciones de la Carta (art. 19 del texto consolidado del TUE). El tratado de Niza (2001) no ha modificado esta disposición.

El aumento del número de miembros permanentes *eo nomine* responde más a los *tics* del pasado que a una justa evaluación de las exigencias sobre la composición y el voto que se deducen de la emergencia de nuevas potencias contribuyentes y de la representación regional. Probablemente, para satisfacer estas exigencias bastaría con aumentar el número de miembros no permanentes y eliminar el último inciso del art. 23.2 de la Carta, que impide la reelección inmediata de los salientes, unida en su caso a una prolongación del actual mandato de dos años. En lugar de miembros permanentes, *miembros permanentemente en el Consejo*. En este sentido el llamado *modelo B* es más satisfactorio en clave democrática, de representación, proximidad y rendición de cuentas. En el caso de Europa no es lo mismo que los *alemanes* tengan derecho a estar en el Consejo a que los *europesos* elijan a los alemanes para que ejerzan la representación regional con una cierta continuidad.

En la práctica la frecuente presencia de ciertos Estados como miembros no permanentes del Consejo y la ausencia de otros reflejan su diferente *peso* en la Organización. Así, por ej., Brasil ha estado durante dieciocho años (en nueve mandatos) presente en el Consejo y Argentina dieciséis (en ocho), Colombia doce (en seis), Panamá, España y Venezuela ocho (en cuatro)... mientras que un cuarenta y tres por ciento de los miembros de la Organización no han gozado la experiencia ni una sola vez.

Sería también muy razonable —y eso no requiere modificación de la Carta— recomponer los actuales grupos regionales, pues algunos carecen ya de sentido. Baste mencionar el hecho de que los miembros de la UE estén repartidos actualmente en tres grupos distintos. Sin embargo, parece que la cuestión provoca un temor reverencial.

La mera ampliación del Consejo, al extender su base y reclamar un apoyo mayor para la adopción de decisiones, ha de mitigar los comportamientos

abusivos. Pero no basta para *democratizar* el sistema, reforzando la legitimidad y autoridad de sus decisiones.

Desde una perspectiva *democrática* el Consejo deja mucho que desear. La práctica de los conciliábulos de los miembros permanentes —o de algunos de ellos— tiene, al fin y al cabo, su razón de ser en el derecho de *veto*, una excepción consentida al principio de igualdad soberana y un privilegio cuya aparentemente inescusable legalidad ha sido oscurecida por el aprovechamiento unilateral y sectario de sus titulares que, desdeñando los límites que la misma Carta impone (artículo 27.3), han osado votar —y vetar— incluso en controversias en las que eran partes, escamoteando su abuso mediante *technicalities*.

Recordemos, sólo como muestra, el voto-veto de los Estados Unidos sobre los proyectos de res. concernientes al cumplimiento de la sentencia de la CIJ de 27 de junio de 1986 en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (así ocurrió el 31 de julio y el 28 de octubre del mismo año), o los votos de Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, patrocinadores de las resoluciones concernientes al asunto *Lockerbie* (v. *supra*).

Sería razonable convenir fórmulas de adopción de decisiones que respondan a mayorías (muy) reforzadas, sin veto, o que, conservándolo, condicionen su eficacia a su empleo por más de uno de los miembros permanentes o permitan su suspensión por una decisión de la AG adoptada por una mayoría cualificada; incluso cabría considerar favorablemente propuestas para facilitar la adopción de decisiones, como la del voto en contra que no implica veto si así lo declara el interesado, o propuestas para encarecer su uso, como la del veto *motivado* en la *vital importancia* del asunto para quien recurre a él, o limitar su campo de aplicación a las cuestiones realmente sustantivas del Capítulo VII de la Carta, precisándose lo mejor posible las que no lo son, o prohibirlo en situaciones de genocidio o violaciones masivas de derechos humanos... También cabría declarar el veto a extinguir a plazo fijo, por ejemplo el 2030, como propone Chile: “los miembros permanentes del C. de S. debieran reconocer que su derecho de veto no puede ser eterno”. Sin embargo, me temo que los miembros permanentes adoran el actual procedimiento de adopción de decisiones y no están dispuestos a renunciar, ni siquiera restringir, sus privilegios calificados por alguno (Cuba) como *cuasidivinos*. Así que la cuestión en el aire es sólo ésta: de ampliarse el número de miembros permanentes del Consejo, ¿habrán de contar los *nuevos* con el estatuto privilegiado de los *ancianos*?

La mayoría de quienes se han pronunciado expresamente lo ha hecho por la negativa. Y es negativa la respuesta implícita de quienes no han dicho ni pío. La idea de que semejante privilegio no debe extenderse, a la espera del día en que pueda suprimirse, es ampliamente compartida y cuenta con la simpatía de los miembros permanentes *históricos* que, bajo la cobertura de no propiciar una mayor disfuncionalidad en las tareas del Consejo, conservan su *diferencia* y, con ella, un mayor peso relativo. Los *nuevos* se verían así abocados a una permanencia de *clase B*. Los miembros del G-4 (para facilitar su nominación) proponen diferir

por quince años, una vez entre en vigor la reforma, la consideración del derecho de veto de los nuevos miembros permanentes.

La atribución del derecho de veto a todos los miembros permanentes del Consejo sin distinción puede sin embargo sustentarse, no sólo por quienes —con ánimo maquiavélico— consideran que la mejor forma de combatir el privilegio es expandirlo hasta cortocircuitar las actividades de dicho órgano, sino también por quienes asocian estrechamente las nuevas membresías permanentes con la representación de los grupos regionales.

¿Qué ganan en efecto África, Asia o América latina, como tales, por el hecho de que Nigeria, India o Brasil, por ej., sean miembros permanentes del Consejo, si en él estos países determinan soberanamente su voto —y su veto— atendiendo a intereses, no africanos, asiáticos o latinoamericanos, sino nigerianos, indios o brasileños?

Si el miembro permanente asume un papel de genuina representación regional y el grupo participa de —y controla— las tomas de posición ante los proyectos planteados, la idea de una especie de veto *regional* es progresiva y democratizadora, en la medida en que permitiría a los países en desarrollo reequilibrar institucionalmente un poder hoy totalmente decantado, en el respeto de la Carta, a favor de las grandes potencias occidentales. De ahí que la UA, aun considerando anacrónico, no democrático y disconforme con el principio de igualdad soberana el derecho de veto, reivindique su goce, mientras exista, por los nuevos miembros permanentes en los mismo términos en que lo disfrutaban los miembros permanentes actuales.

Las nuevas dimensiones de la seguridad —económicas y sociales— acentúan la conveniencia de una presencia más firme del *Sur*, si de lo que se trata es de implantar un orden pluralista, tendente al compromiso de intereses y no al avasallamiento de las grandes mayorías desheredadas. Desde la perspectiva de los países en desarrollo la eventual militarización de la respuesta a los problemas socioeconómicos que se plantean en clave de seguridad y la renovación ahora a escala universal de la doctrina de la soberanía limitada de los Estados (de la periferia), hacen inquietante la visión de un órgano cuya composición está fuertemente descompensada en favor de unos miembros, los más poderosos, dentro de una legalidad que los sitúa —con sus intereses— gracias al derecho de veto, por encima de toda regla y con escasas posibilidades de verificación efectiva de la conformidad de sus acciones con la Carta, sea por una instancia política (AG), sea por una instancia judicial (CIJ).

622. El control de la validez de las decisiones del C. de S.

Decisiones adoptadas en los últimos años por el C. de S. en el marco del Capítulo VII de la Carta que suscitan, al menos, dudas acerca de su conformidad

con la propia Carta, plantean la cuestión del control de su legalidad o *constitucionalidad*. Se tiene la impresión de que el Consejo, cuando los miembros permanentes están de acuerdo, opera como un poder absoluto, con una peligrosa tendencia a la arbitrariedad y al tratamiento desigual de situaciones idénticas o similares, y que, cuando no lo están, la que es absoluta es la impunidad del miembro permanente que ejerce el veto y de sus clientes. De esta manera es difícil cimentar la fe en el Consejo.

Aunque el art. 24 de la Carta se limita a disponer que en el desempeño de sus funciones el C. de S. procederá de acuerdo con los propósitos y principios de las NU, habiendo desechado la Conferencia de San Francisco una enmienda noruega que pretendía completarlo con un explícito sometimiento del Consejo a la Carta, la acción del Consejo ha de sujetarse a sus reglas. El carácter político del órgano, ha precisado la CIJ, no lo sustrae de la observancia de las disposiciones que regulan su actuación, dado que constituyen los límites de su poder (*Condiciones de admisión de un Estado miembro de NU -art. 4 de la Carta, 1947*).

Atendiendo a un argumento de orden general, no puede sostenerse que el órgano de una Organización que ha sido creada en un marco jurídico específico (su tratado constitutivo) pueda escapar a tal legalidad, esto es, a la voluntad de los Estados que la crearon. Y ello aunque el propio tratado silencie tal circunstancia. Lo mismo debe decirse del respeto del DI. Tampoco en este caso cabe afirmar que la actuación del C. de S. para restablecer la paz internacional, pueda tener como *rehén* al DI, ordenamiento al que deben someterse todos los sujetos.

Sentada la premisa de la posibilidad de actuaciones *ultra vires* del Consejo, puesto que la Carta y el DI general marcan límites al ejercicio de sus poderes, la Carta no contiene ninguna disposición que prevea un control de la conformidad con la Carta (y con las normas imperativas del DI) de tales actuaciones. La Carta ha evitado encargar tal función a la CIJ por la confluencia de razones de diversa índole, entre ellas: 1) el temor a paralizar o retardar la acción del C. de S. o a encorsetar su acción hasta un punto que le impida reaccionar con flexibilidad ante cambiantes circunstancias; y 2) la negativa a conceder a otro órgano el poder de decidir sobre la competencia del Consejo.

No obstante, aunque no existe el recurso que permita a un Estado miembro actuar directamente sobre la *constitucionalidad* —la conformidad con la Carta— de las resoluciones del Consejo para provocar una declaración de nulidad, sí parece posible que un órgano judicial se pronuncie sobre su aplicabilidad en la medida en que sea relevante en su proceso decisorio. No en balde, según el art. 25 “los Miembros de las NU convienen en aceptar y cumplir las decisiones del C. de S. *de acuerdo con esta Carta*” y no lo es la decisión que irrespete los propósitos y principios de las NU (art. 24.1). Un Estado o grupo de Estados podría rehusar el cumplimiento de una resolución obligatoria del Consejo por considerarla *ultra vires*. A partir de ahí cabe preguntarse si acaso sería conforme con la Carta que el Consejo impusiera *sanciones* al Estado o Estados que incumplen sus mandatos. La preferencia de las obligaciones

impuestas por la Carta sobre cualesquiera otras obligaciones tienen en la Carta sus propios límites y un órgano judicial no debe endosar acríticamente esa preferencia cuando se discute en su sede (v. Cap. XVI)

Este es uno de los puntos en que más provechosa sería una clarificación legal, pero reclamarla parece cosa de otro universo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Además de la biblio. sobre el sistema de seguridad colectiva (Cap. XXVII), puede consultarse:

1. Sobre el terrorismo y la respuesta internacional al mismo, en lengua española: C. Ramón, *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del DI*, Valencia, 1992; J. Alcaide, *Las actividades terroristas ante el DI contemporáneo*, Madrid, 2000; C. Fernández de Casadevante y F. Jiménez, *Terrorismo y derechos humanos: una aproximación desde el DI*, Madrid, 2005; E. González Lapeyre, "El terrorismo y el DI", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 911; J. Alcaide, "La 'guerra contra el terrorismo': ¿una 'OPA hostil' al Derecho de la comunidad internacional?", *REDI*, 2001, 289; R. Calduch, "La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional", *ibid.*, 173; C. Ramón "La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001", *ibid.*, 273; A. Remiro, "Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden", *ibid.*, 125; A. Iglesias Velasco, "La respuesta internacional ante los ataques terroristas contra Estados Unidos", *REEI*, n° 4, 2002; A. Fernández Tomás, "Seguridad internacional y terrorismo. Modelo norteamericano versus modelo europeo de respuesta", *Hom. J.D. González Campos*, cit., v. I, 249. **En otras lenguas:** J.J. Lambert, *Terrorism and Hostages in IL. A Commentary on the Hostages Convention 1979*, Cambridge, 1990; D.A. Charters (ed.), *Democratic Responses to International Terrorism*, Irvington-on-Hudson (NY), 1991; K. Bannelier, T. Christakis, O. Corten y B. Delcourt, *Le DI face au terrorisme*, París, 2002; L. Alexander, *Combating Terrorism. Strategies of the Countries*, Michigan, 2002; A. Bianchi (ed.), *Enforcing IL Norms against Terrorism*, Oxford, 2004; S.J. Kirschbaum (ed.), *Terrorisme et sécurité internationale*, Bruselas, 2004; E. McWhinney, *The September 11 Terrorist Attacks and the Invasion of Irak in Contemporary IL*, Leiden, 2004; F. Francioni, "Maritime Terrorism and IL: the Rome Convention of 1988", *GYIL*, 1988, 263; C.C. Joyner, "The 1988 IMO Convention on the Safety of Maritime Navigation: Towards a Legal Remedy for Terrorism at Sea", *ibid.*, 230; G. Plant, "The Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation", *ICLQ*, 1990, 27; N. Ronzitti, "Maritime Terrorism and IL", *AJIL*, 1992, 850; S.D. Murphy, "Terrorism and the Concept of 'Armed Attack' in Article 51 of the UN Charter", *HILJ*, 2002, 41; A.P. Rubin, "Legal Response to Terror: An International Criminal Court?", *ibid.*, 65; Y. Sandoz, "Lutte contre le terrorisme et DI: risques et opportunités", *SZIER*, 2002, 319; Simposium "A 'War against Terrorism': What Role for IL? US and European Perspectives", *EJIL*, 2003, 209; J.J. Paust, A. Roberts y K. Bennoun, "Legal Responses to Terrorism: Security, Prosecution and Rights", *ASIL Proceedings 97th*, 2003, 13; R. Mathieu, "Defence against Terrorism: What Kind of Co-operation between NATO and the EU?", *Agenda Internacional*, n° 23, 2006, 135.

2. Sobre la intervención en Afganistán, en lengua española: J. Cardona, "La Resolución 1386 (2001) del Consejo de Seguridad autorizando la fuerza internacional de asistencia para la seguridad en Afganistán: ¿un paso más en el debilitamiento de las NU?", *REDI*, 2001, 227; C. Gutiérrez Espada, "Sobre la respuesta armada contra Afganistán tras los actos terroristas del 11-S", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2001, 49; A. Pastor, "Soberanías fallidas y virtuales en el comienzo del nuevo milenio: Afganistán, Irak, R.D. del Congo, Sudán...", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 335. **En otras lenguas:** Y. Dinstein, H. Hoffman y D. Kritsiotis, "Humanitarian Law on the Conflict in Afganistan", *ASIL Proceedings 96th*, 2002, 23; J.E. Stromseth, E. Miller y D. Türk, "An Imperial Security Council? Implementing Security Council Resolutions 1373 and 1390", *ASIL Proceedings 97th*, 2003, 41.

3. En lo que hace a la proliferación de armas de destrucción masiva y al desarme, en lengua española: E. Barcia, *Salt*, Madrid, 1981; A. Remiro (ed.), *La amenaza de guerra nuclear*, Madrid, 1985; M. Aznar, *Los métodos de verificación en el DI del desarme (1945-95)*, Madrid, 1995; A. Pigrau, *El régimen de no proliferación de las armas nucleares*, Madrid, 1997; M.J. Cervell, *El DI ante las armas nucleares*, Murcia, 1999; *id.*, *El DI y las armas químicas*, Madrid, 2006; E.M. García Rico, *El uso de las armas nucleares y el DI: análisis sobre la legalidad de su empleo*, Madrid, 1999; R. Romeva, *Desarme y desarrollo*, Barcelona, 2000; I. Marrero, *Armas nucleares y Estados proliferadores*, Granada, 2005; A. Remiro, "España, ¿zona nuclear?", *Movimiento Europeo*, 1984-85, 15; *id.*, "España y el TNP", *Sistema*, 1985, 430; *id.*, "Zonas libres de armas nucleares y territorios no nuclearizados. El caso español", *Cur. DI Vitoria* 1986, 217; *id.*, "Armas nucleares y territorio español", *PE*, 1987-3, 112; F. Mariño, "Zonas libres de armas nucleares en el DI", *Cur. DI Vitoria* 1985, 145; *id.*, "El Tratado sobre fuerzas armadas convencionales en Europa", *REDI*, 1991, 57; M.J. Cervell, "El DI humanitario y las armas nucleares", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1999, 55; *id.*, "La denuncia del Tratado ABM (diciembre de 2001) por Estados Unidos", *REDI*, 2002-1, 509; M. Díez de Velasco, "En torno a las minas antipersonales y sus víctimas", *Hom. J.A. Carrillo*, cit., v. I, 495. **En otras lenguas:** G. Fahl, *IL of Arms Control. Loose-Leaf Commentary*, 4 v., Berlín, 1988; Ph.G. Schrag, *Global Action: Nuclear Test Ban Diplomacy at the End of the Cold War*, Boulder (Co.), 1992; *Landmines: A Deadly Legacy*, Nueva York, 1993; M.G. Bundy, W.J. Crowe y S.D. Drell, *Reducing Nuclear Danger: The Road Away for the Brink*, Nueva York, 1993; P.V. Ham, *Managing Non-Proliferation Regimes in the 1990's. Power, Politics and New Policies*, Londres, 1994; W. Krutzsch y R. Trapp, *A Commentary on the Chemical Weapons Convention*, Dordrecht, 1994; H. Müller, D. Fischer y W. Köttler, *Nuclear Non-Proliferation and Global Order*, Oxford, 1994; D. Bardonnet (ed.), *La Convention sur l'interdiction des armes chimiques*, Dordrecht, 1995; M. Weller y Ph. Hatfield (eds.), *The Control and Monitoring of Iraqi Weaponry of Mass Destruction*, Cambridge, 1995; Y. le Baut (ed.), *Les essais nucléaires français*, Bruselas, 1996; B. Roberts, *Weapons Proliferation and World Order: After the Cold War*, Londres, 1996; S.P. Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in IL*, Oxford, 1996; R.T. Jurrjens y J. Sizoo, *Efficacy and Efficiency in Multilateral Policy Formation. The Experience of Three Arms Control negotiations: Geneva, Stockholm, Vienna*, Londres, 1997; G. den Dekker, *The Law of Arms Control. International Supervision and Enforcement*, Leiden, 2003; B. Schmitt (ed.), *Effective Non-Proliferation: The EU and the 2005 NPT Review Conference*, París, 2005; J. Goldblat, "The Nuclear Non-Proliferation Regime: Assessment and Prospects", *R. des C.*, 1995, t. 256, 9; R. Müllerson, "The ABM Treaty: Changed Circumstances, Extraordinary Events, Supreme Interest and IL", *ICLQ*, 2001, 509; A. Cançado Trindade, "The Illegality under Contemporary IL of all Weapons of Mass Destruction", *Revista IBDH*, 6, 2005, 11.

Entre las publicaciones periódicas es esencial el *Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI) Yearbook* (desde 1979). Tb. los siguientes boletines e informes: el boletín de la OIEA (1959), *Arms Control Today* (Washington, mensual, 1970), *Desarme* (Centro de asuntos de desarme de NU, bimestral), *Bulletin of Arms Control* (Londres), y *The Military Balance* (IISS de Londres, anual, 1986).

4. Sobre la guerra de Irak, en lengua española: H. Blix, *¿Desarmando a Irak? En busca de las armas de destrucción masiva*, Barcelona, 2004; L. Zaccara y otros (eds.), *Irak: invasión, ocupación y caos*, Madrid, 2006; A. Remiro, "Guerras del nuevo orden: Irak, la agresión de los democráticos señores", *Cur. DI Vitoria* 2003, 17; *id.*, "Irak: un crimen de agresión según el DI", *Rev. Jur. Buenos Aires*, 2002-03, 15; P. Andrés, "El Consejo de Seguridad en la guerra contra Irak: ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?", *REDI*, 2003, 205; *id.*, "Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad", *Hom. J.A. Carrillo*, Sevilla, 2005, v. I, 155; C. Gutiérrez Espada, "La 'contaminación' de NU o las resoluciones 1483 y 1511 (2003) del Consejo de Seguridad", *ADI*, 2003, 81; M. Castillo, "La ocupación militar de Irak ante el DI", *REDI*, 2003, 223; J.M. de Faramiñán, "*Ratio belli versus ratio iuris* (sobre la guerra de Irak)", *Hom. J.A. Carrillo*, cit., v. I, 415; R. Paniagua, "La ocupación militar de Irak: en contra del Consejo de Seguridad y del DI", *ibíd.*, v. II, 985; L.I. Sánchez Rodríguez, "Poder imperial y DI. La *pax americana*", *ibíd.*, v. II, 1293; J.A. Pastor, "¿Nuevo gendarme de la paz y la seguridad internacionales? A propósito de la Guerra de Irak de la primavera de 2003", *Hom. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, v. I, 463. **En otras lenguas:** *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales*, París, 2004; A. Danchev y J.

MacMillan (eds.), *The Irak War and Democratic Politics*, Londres, 2005; O. Corten, "Opération Irak Freedom: peut-on admettre l'argument de l'autorisation implicite' du Conseil de Sécurité?", *RBDI*, 2003, 205; *AJIL*, 2003, "Agora: Future Implications of the Irak Conflict", 553 y 803; P. Picone, "La guerra contro l'Irak e le degenerazioni dell'unilateralismo", *RDI*, 2003, 329; L.A. Sicilianos, "Après l'Irak: où va le Conseil de Sécurité?", *Hom. J.A. Carrillo*, cit., v. II, 1311; v. tb. el dossier publicado en *RBDI*, 2003, 205.

5. Sobre Oriente Próximo, en lengua española: R. Mesa, *Palestina y la paz en Oriente Próximo*, Madrid, 1994; A. Iglesias Velasco, *El proceso de paz en Palestina*, Madrid, 2000; M.A. Bastenier, *Israel-Palestina: la casa de la guerra*, Madrid, 2002; R. Bermejo, *El conflicto árabe-israelí en la encrucijada: ¿es posible la paz?*, Pamplona, 2002; E.W. Said, *Nuevas crónicas palestinas. El fin del proceso de paz (1995-2002)*, Barcelona, 2002; I. Álvarez-Ossorio (ed.), *Informe sobre el conflicto de Palestina: de los Acuerdos de Oslo a la Hoja de Ruta*, Madrid, 2003; I. Gutiérrez de Terán (ed.), *Oriente Medio: el laberinto de Bagdad*, Sevilla, 2004; R. Bermejo, "Israel y la valla de seguridad contra el terrorismo palestino: algunas cuestiones de DI", *Hom. J.A. Carrillo*, cit., v. I, 219. **En otras lenguas:** J.N. Moore (ed.), *The Arab-Israeli Conflict*, 5 v., Princeton, 1974 y 1991; A.Z. Rubinstein (ed.), *The Arab-Israeli Conflict: Perspectives*, Nueva York, 1984; M. Tessler, *A History of the Israeli-Palestinian Conflict*, Bloomington, 1994; I. Pappe, *A History of Modern Palestine: One Land, Two Peoples*, Nueva York, 2004.

6. Sobre la reforma de NU, en particular, de su Consejo de Seguridad, en lengua española: R. Riquelme, *La reforma del Consejo de Seguridad de la ONU*, Madrid, 2000 y la biblio. citada; *id.*, "La interminable historia de la reforma del Consejo de Seguridad", *REDI*, 2005-2, 745; E.M. Rubio, "Sombras y luces en las dos dimensiones de la reforma del Consejo de Seguridad", en J. M. Beneyto (dir.) y P. Argerey (coor.), *Una Nueva Organización para Naciones Unidas*, Madrid (en prensa); **en otras lenguas:** I. Winkelmann, "Bringing the Security Council into a New Era: Recent Developments in the Discussion on the Reform of the Security Council", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, 35; D. Bourantonis, "Reform of the UN Security Council and Non-Aligned States", *International Peacekeeping*, 1998-1, 89; *id.*, *The history and Politics of UN Security Council Reform*, Milton Park/Abingdon, 2005; B. Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right to Veto*, La Haya, 1998; *id.*, "Pressure for UN Security Council Reform", en D. M. Malone (e.), *The UN Security Council. From the Cold War to the 21st Century*, Boulder, 2004, 341; O. Fleurence, *La réforme du Conseil de Sécurité. L'état du débat depuis la fin de la guerre froide*, Brusclas, 2000; P. Tavernier, "Soixante ans après: La réforme du Conseil de Sécurité des Nations Unies est-elle possible?", *Actualité et Droit International*, agosto 2005, 10; Y. Z. Blum, "Proposals for UN Security Council Reform", *AJIL*, 2005-3, 632.

PARTE SEXTA
**LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS Y
GENTES**

Capítulo XXIX

La protección internacional de los Derechos Humanos

CXLIV. CONSIDERACIONES GENERALES

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”, dispuso la *Declaración y Programa de Acción de Viena* adoptada por consenso de los más de ciento setenta Estados reunidos en la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (1993) y ha sido reiterado por todos los miembros de las NU al instaurar, el 15 de marzo de 2006, el Consejo de Derechos Humanos (AG, res. 60/251).

Universalidad, indivisibilidad e interdependencia, he ahí los pilares conceptuales en que trata de sustentarse el reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos.

623. Universalidad (e imperatividad)

La *universalidad* es inherente a los derechos humanos fundamentales porque se trata de derechos que son expresión de la dignidad intrínseca de todo individuo, debiendo, en este sentido, ser aceptados y respetados por todos los Estados, con independencia de su sistema ideológico-político, económico y socio-cultural. La Carta de las NU lo expresa de forma categórica exigiendo en su preámbulo su cumplimiento como esencial condición de paz y comprometiéndose (art. 55) a promover su respeto *universal*. Esta concepción, asumida por la no en balde titulada *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) y los numerosos instrumentos que la han desarrollado, fue confirmada por la *Conferencia Mundial* que, si bien llama la atención sobre la “importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, salvaguarda al fin el carácter universal de los derechos y libertades, sobre el que “no admite dudas” (*Declaración y Programa de Acción de Viena*, Parte I, párs. 1 y 5).

Debemos, pues, acercarnos con cautela al *relativismo* que predicán ciertos Estados (principalmente del mundo islámico, pero no sólo de él) en tanto puede ser la coartada para la violación de derechos fundamentales de individuos bajo su jurisdicción. No obstante, conviene hacer dos precisiones:

1) Si las diferencias culturales y religiosas, y aun las desigualdades económicas que persisten y se alargan como crueles realidades de la sociedad internacional actual, no deben alzarse como barrera contra el carácter universal de los derechos humanos fundamentales, tampoco la *normalización* de los valores subyacentes ha de convertirse en un instrumento de la dominación de los Estados del *Primer Mundo* sobre el resto. Una cosa es articular una política global de derechos humanos y otra, menos respetable, es *politizarla*, es decir, poner esa política al servicio de otras mediante comportamientos selectivos. Los países más poderosos no saben hurtarse a la tentación de hacer política —no *de*— sino *con* los derechos humanos.

2) La universalidad de los derechos humanos fundamentales no es incompatible, sino todo lo contrario, con la cooperación regional para su salvaguardia. Es obvio que la mayor afinidad de los vecinos de una región culturalmente homogénea facilita un enunciado más amplio y preciso de derechos y, en particular, una articulación orgánica y procesal más profunda y eficaz de control y garantía (v. *infra*).

Si la universalidad no ha de ser una expresión retórica, ha de concentrar su acción en el núcleo irreductible de derechos que componen *esferas de protección prioritaria*: represión de los actos de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, abolición de la esclavitud y la discriminación racial, lucha contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, abolición de la pena de muerte (al menos, por delitos cometidos por personas menores de edad); asimismo, ha de *identificar los grupos humanos más vulnerables* a la violación de sus derechos y libertades fundamentales: pueblos indígenas, refugiados, apátridas, emigrantes, mujeres, niños, reclusos, discapacitados..., haciéndolos beneficiarios de una protección particular.

Ha de subrayarse que la universalidad como objetivo presente en la Carta de las NU y en la *Declaración Universal* adquiere verdadera significación respecto de los derechos y libertades fundamentales que han dado vida a obligaciones *erga omnes* nacidas, en su núcleo duro al menos, de normas *imperativas* de DI. Se trata de los derechos a la vida y sus corolarios más inmediatos (garantías contra la esclavitud, la tortura, las detenciones y penas arbitrarias...), que no admiten suspensión bajo ninguna circunstancia o condición (Pactos de NU, 1966, art. 4; Convenio Europeo, art. 15; Convención Americana, art. 27). Podría así decirse que la *universalidad* de los derechos humanos fundamentales y su *imperatividad* internacional forman un tándem indisoluble.

Es justamente este el sentido en el que hace cerca de cuarenta años la CIJ admitió (*Barcelona Traction*, 1970), que “la prohibición de los actos de agresión, del genocidio y los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana” son normas de *ius cogens* en la medida que representan “obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto”. Años después la Corte ha tenido la ocasión de confirmar el carácter *erga omnes* de los derechos y obligaciones consagrados por la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (*Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro, 1996) y de algunas disposiciones de los Pactos de NU (1966) y del Cuarto Convenio de Ginebra (1949) (*Consecuencias jurídicas derivadas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004). Se le han planteado incluso algunos asuntos

que bajo la piel de las obligaciones en materia consular del Estado receptor frente al Estado que envía y a sus nacionales planteaban cuestiones que afectaban un derecho fundamental, como el de la vida frente a la pena de muerte, aunque la Corte haya optado por mantenerse en la tierra firme sobre la que se asentaba su jurisdicción (*LaGrand*, 2001; *Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004).

Lamentablemente, la crónica de los acontecimientos diarios pone de relieve que si la *universalidad* y la *imperatividad* de los derechos humanos fundamentales han calado ya en la sociedad civil y en los medios de comunicación, las consecuencias jurídicas en el orden internacional general de las violaciones domésticas de tales derechos están todavía *in statu nascendi* (v. Caps. XIX, XXXI). La protección de los derechos humanos se ha hurtado, sí, a la competencia reservada de los Estados, pero quienes debían ser sus guardianes sólo parecen dispuestos a apoyar enfáticamente cuantas declaraciones y convenios se dirigen a su protección a condición de que los mecanismos de control queden a sus expensas (v. *infra*).

Las violaciones de los derechos y libertades en 2006 siguen alcanzando unas proporciones sin precedentes, en un *crescendo* cuyo cenit escapa a la imaginación. El Informe que *Amnistía Internacional* publicó (en 2006) sobre el estado de los derechos humanos en el mundo durante 2005 constataba violaciones en ciento cincuenta países, afirmaba la manipulación por los gobiernos poderosos de la ONU y las instituciones regionales en beneficio de sus mezquinos intereses nacionales y en detrimento de los derechos humanos, señalando a Estados Unidos como ejemplo destacado de ello, pero no el único, “como ponen de manifiesto —dice el informe— el historial de Rusia en el Cáucaso y en Asia Central y la creciente cooperación económica de China con algunos de los gobiernos más represivos de África”. Es así como se sigue verificando el genocidio, la tortura, la intolerancia étnica y religiosa, la violencia contra la mujer y la infancia, las detenciones arbitrarias y desapariciones forzosas, las ejecuciones extrajudiciales o sumarias..., violaciones facilitadas y agravadas por los conflictos armados, el uso y abuso de la declaración de estado de excepción, así como por la situación de tiranía, extrema pobreza y endeudamiento exterior que padece un gran número de ellos.

624. Indivisibilidad e interdependencia

Que todos los derechos y libertades fundamentales constituyen en esencia una unidad es el segundo gran principio que ha de inspirar su promoción y respeto.

Derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y los más controvertidos derechos de solidaridad —derechos humanos de *primera*, *segunda* y *tercera generación*, según se dice— están unidos por vínculos indisolubles que dan forma a un conjunto indivisible e interdependiente. No es por eso de recibo enarbolar el subdesarrollo para justificar atentados a los derechos civiles y políticos (libertad, igualdad, seguridad, participación en la vida pública...), alegando que así se propicia más eficazmente el desarrollo económico y social de la población. El subdesarrollo condiciona, merma, desde luego el disfrute de los derechos humanos, pero no debe ser invocado como excusa absolutoria de su vulneración más flagrante (Declaración de Viena, 1993, Parte I, pár. 10).

La indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos impone también denunciar la discriminación en las obligaciones asumidas por los Estados y los mecanismos institucionales y procesales dispuestos para su observancia,

que ha favorecido a los derechos civiles y políticos, a los que la misma Declaración Universal dedicó diecinueve de sus treinta artículos.

A diferencia de los derechos civiles y políticos, que imponen a los Estados *obligaciones de resultado*, los económicos, sociales y culturales se traducen en *obligaciones de comportamiento progresivo*, supeditadas a la disponibilidad de recursos y a la política económica y social estatal. Hay una relativización de la obligación de asegurar el ejercicio de estos derechos que inevitablemente se proyecta en los límites impuestos a su *justiciabilidad* en los ordenamientos internos y, asimismo, condiciona los mecanismos, más blandos, establecidos para controlar su cumplimiento a nivel internacional.

Más compleja y, sobre todo, controvertida es la tercera categoría de derechos humanos a la que hemos hecho referencia. Para empezar, ni siquiera existe acuerdo sobre su denominación genérica: unos apuntan a sus beneficiarios, denominándolos por eso *derechos colectivos o de los pueblos*; otros subrayan el sentimiento que anima su consecución, razón por la que atienden al nombre de *derechos de solidaridad*; los hay que se conforman, en fin, con resaltar su relación cronológica con las otras categorías de derechos humanos para situarlos en el pelotón de la *tercera generación*. Sea cual fuere la etiqueta elegida, se acogen a ella el derecho a la paz, a la libre determinación de los pueblos, al desarrollo (sostenible) de manera que satisfaga equitativamente un medio ambiente sano y equilibrado, a un patrimonio común de la humanidad...

Nadie niega que derechos como los mencionados formen parte del ordenamiento jurídico internacional o, incluso, que sea imperativo el carácter de la mayoría de las normas que los protegen. Lo que está en cuestión es que su articulación pueda y deba realizarse en el ámbito de los derechos humanos.

Hasta ahora han sido vanas las iniciativas de algunos Estados, principalmente del *Tercer mundo*, así como de la doctrina afín y de ciertas ONG, por impulsar en NU un nuevo Pacto Internacional sobre los derechos de la *solidaridad*. A lo más que se ha llegado a nivel universal, abstracción hecha del derecho a la libre determinación (v. Cap. IV), es a proclamar la *dimensión humana* de tales derechos en instrumentos no convencionales de distinta naturaleza y alcance.

Es el caso del derecho al desarrollo, proclamado por la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, y así reiterado por la Conferencia Mundial (1993) como "derecho universal inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales" (Declaración y Programa de Acción de Viena, Parte I, párr. 10).

El escollo no está tanto en su enunciado como en la identificación de sus titulares y en la dotación de instrumentos adecuados para su defensa, lo que exige cambios significativos en el plano normativo y un considerable esfuerzo institucional que los miembros de NU no parecen dispuestos a enristrar, al menos por ahora.

La articulación jurídica de derechos colectivos en el marco de los derechos humanos sólo ha logrado positivarse a nivel convencional en un ámbito regional que le era propicio, el africano. Pero desgraciadamente la *Carta africana de derechos del hombre y de los pueblos*, nacida bajo los auspicios de la OUA (hoy UA), es sólo un ejemplo de lo fácil que es hacer literatura de consumo.

No obstante, la reivindicación de los derechos *colectivos* ha coadyuvado a generalizar la conciencia de que cualquier estrategia en pro del respeto de los derechos humanos sólo será posible mediante la acción concertada de todos los actores de la escena interna e internacional (particularmente Estados y OI). Por otro lado, la solidaridad, el objetivo de paz positiva, que subyace en los *nuevos* derechos es una garantía, un aval, para el cumplimiento de los derechos *tradicionales*, de la misma forma que el disfrute de éstos ha de beneficiar a aquéllos.

Así pretende significarlo el informe de 2005 (21 de marzo) del Secretario General, Kofi Annan, en el mismo título, *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, para a continuación subrayar que “el desarrollo, la seguridad y los derechos humanos no sólo son indispensables sino que se refuerzan mutuamente. [...] Así pues, no tendremos desarrollo sin seguridad, no tendremos seguridad sin desarrollo y no tendremos ninguna de las dos cosas si no se respetan los derechos humanos” (párrs. 16 y 17).

CXIV. LA PROTECCIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

625. *Preludios*

Como regla general el DI clásico sólo protegió a los individuos en cuanto *extranjeros*, de acuerdo a un *estándar mínimo* de justicia y civilización que el Estado anfitrión debía observar, siendo en todo caso el Estado de la nacionalidad de la víctima el único legitimado para exigir responsabilidad internacional al infractor por medio del ejercicio discrecional de la *protección diplomática* (v. Cap. XXII). El trato que el Estado dispensara a sus *súbditos* era, por tanto, una cuestión doméstica en la que los demás tenían la obligación jurídica de no intervenir.

Consecuencia de este planteamiento fue que la protección internacional de los derechos del hombre se localizó y limitó a compromisos puntuales: abolición de la esclavitud (Tratado de Londres de 1841, Acta General de Bruselas de 1890, Convención de Ginebra de 1926); protección de las víctimas de los conflictos armados (*ius in bello*), cuya codificación se inicia a mediados del siglo XIX (v. Cap. XXX); garantías de libertad religiosa y lingüística de las minorías nacionales, impuestas selectivamente, primero a los Estados nacidos del otrora Imperio Otomano y, luego, del Austro-Húngaro; establecimiento de *estándares mínimos* sobre los derechos laborales y libertades de los trabajadores (constitución de la OIT: Parte XII del Tratado de Versalles)...

La magnitud de los *crímenes contra la humanidad* cometidos durante la Segunda Guerra Mundial advirtió contra la estanqueidad de los derechos humanos en el ámbito de la competencia doméstica del Estado y la imperiosa necesidad de convertirlos en objeto de un régimen internacional. La Carta de las NU y la *Declaración Universal* fueron los instrumentos que sentaron las bases para esta evolución, traducida en el proceso de *humanización* que hoy caracteriza al DI.

626. *La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal*

La Carta de las NU reconoce al ser humano la titularidad de derechos y libertades fundamentales que los Estados tienen el deber de respetar y proteger,

sustenta como propósito de la Organización la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto y protección universal de tales derechos (preámbulo y arts. 1.3, 55.c y 56), confiere competencias a la AG y al C. E. y S. para su efectiva promoción y prevé para ello el establecimiento de comisiones, como órganos subsidiarios de este Consejo (arts. 13.1.b, 62 y 68).

Establecido el principio constitucional, era menester un programa para convertir las buenas intenciones en explícitas obligaciones jurídicas. El papel central en la ejecución de esta empresa fue asumido durante sesenta años por la *Comisión de Derechos Humanos* (CDH), creada en 1946 como órgano subsidiario del C. E. y S. [res. 5 (I) y 9 (II)], hoy reemplazada por el *Consejo de Derechos Humanos*, creado en 2006 como órgano subsidiario de la AG (res. 60/251, de 15 de marzo) (v. *infra*).

Fruto de un proyecto elaborado por la CDH, el 10 de diciembre de 1948 la AG aprobó, sin votos negativos, pero con ocho abstenciones (seis de países socialistas: URSS, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia y Yugoslavia, a los que se sumaron Arabia Saudita y África del Sur), la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Adoptada en virtud de una resolución de la AG (res. 217-III), la Declaración Universal carecía de fuerza jurídica obligatoria *per se*, pero hoy, dado el papel que ha desempeñado y desempeña en la promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales, puede afirmarse que los principios que consagra han logrado reconocimiento unánime como DI general.

Así se pudo constatar ya en la I Conferencia de las NU sobre Derechos Humanos (Teherán, 1968), que proclamó la obligatoriedad jurídica de la Declaración "para todos los miembros de la comunidad internacional", lo que fue reiterado en la *Conferencia Mundial* (Viena, 1993), donde más de ciento setenta Estados "reafirmaron su adhesión a los propósitos y principios enunciados en la Carta de las NU y en la Declaración Universal" (preámbulo de la *Declaración y Programa de acción de Viena*).

Diversos factores determinan y confirman el valor jurídico de la Declaración. *Originarios* unos, en tanto es manifiesto: 1) su contenido vocacionalmente normativo, es decir, su intención de enunciar principios jurídicos; 2) su envoltorio formal de *resolución-declaración* de la AG (v. Cap. XIV); y, 3) el apoyo recibido al tiempo de su adopción. *Sobrevenidos* otros, en tanto la expresión de la convicción jurídica común avalada por una práctica generalmente aceptada como Derecho se deduce de una serie de actos materiales posteriores a su adopción, como son: 1) las enfáticas referencias preambulares que en torno a la obligatoriedad de la Declaración hacen otras resoluciones de NU y gran parte de los tratados sobre derechos humanos, universales (por ej., los Pactos de 1966) y regionales (por ej., el Convenio europeo de 1950), lo que al tiempo denota su influencia en el posterior desarrollo del DI en la materia; 2) la invocación de sus disposiciones en orden a legitimar la actuación internacional sin base convencional que tiene lugar ante la violación grave y sistemática y de los derechos humanos (v. *infra*); y, 3) su incuestionable incidencia en las Constituciones estatales, a las que ha servido como fuente o modelo del enunciado de derechos y libertades fundamentales y parámetro interpretativo de sus preceptos.

Sirvan como muestra el art. 10.2 de la Constitución española (1978), en virtud del cual "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal... y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España"; así como el art. 75 de la Constitución de la República Argentina (1993), que concede a la misma Declaración (así como a la Declaración Americana de 1948 y a los convenios más emblemáticos sobre la materia) un papel excepcional, al prever que "tienen jerarquía constitucional".

Con la Carta de las NU, la Declaración Universal y los instrumentos que han sido su consecuencia, el trato de los individuos se ha ido hurtando progresivamente a la competencia reservada de los Estados para pasar a estar regido por principios y normas jurídicas internacionales, que imponen a éstos la obligación primaria de proteger los derechos y libertades fundamentales de todo ser humano sometido a su jurisdicción, sea nacional o extranjero.

Resulta así interesante subrayar cómo la promoción y el respeto de los derechos humanos, por su especial naturaleza, exige una constante interacción entre el orden interno y el internacional. Siendo justamente los Estados los que, en primera instancia, deben velar por el cumplimiento de los derechos y libertades individuales, sólo cuando lejos de ser sus valedores se tornan en sus verdugos se hace precisa la acción internacional (la *cuarta vía*, se la suele denominar). La subsidiariedad de la protección internacional es, asimismo, la premisa de la norma consuetudinaria, reiteradamente enunciada en instrumentos convencionales sobre derechos humanos que afirman la obligación de interponer y agotar los recursos de la jurisdicción interna del Estado demandado para que sea viable la acción ante instancias internacionales (por ej., Pacto de NU de derechos civiles y políticos, art. 41.1,c; Convenio Europeo, art. 35; Convención Americana, art. 46.1, a),

A partir de la Declaración Universal la labor de las NU ha seguido una doble línea de actuación:

- 1) La preparación y adopción de instrumentos convencionales de vocación universal, en los que se enumeran derechos y establecen los mecanismos procesales e institucionales para su promoción y protección (v. *infra*); y
- 2) La acción basada directamente en las atribuciones que la misma Carta y la Declaración Universal confieren a NU en la garantía y protección de los derechos humanos fundamentales cuando son vulnerados grave y sistemáticamente.

La *Comisión de Derechos Humanos* representó, mientras existió, un papel estelar en la realización de ambas actuaciones. En cuanto a la primera, se ha de recordar que, siendo éste uno de los sectores del DI elaborado mediante la fórmula *resolución-tratado* (v. Cap. XIV) es habitual que los instrumentos convencionales auspiciados por NU hayan estado precedidos de resoluciones adoptadas por la AG (y el C. E. y S.) sobre la base del trabajo previo de la Comisión, a la que asimismo correspondió preparar los proyectos de convención posteriormente negociados y adoptados en el seno de la misma AG. En cuanto a la segunda, fue igualmente la Comisión la que desde 1967 (res. 1235 y 1503 del C. E. y S.), conoció de violaciones masivas y flagrantes de los derechos humanos fundamentales, fuesen o no partes los Estados denunciados en los tratados que los protegen (v. *infra*).

El *Consejo de Derechos Humanos* asume hoy, según el mandato confiado por la AG (res. 60/251) esta doble función:

1) “será responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa” (num. 2),

Entre las primeras expresiones del cumplimiento de esta función cabe mencionar la aprobación, el 29 de junio de 2006, de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (v. cap. IV) y del proyecto de Convención contra las desapariciones forzadas, recomendando su adopción por la AG.

2) “deberá ocuparse de las situaciones en que se violen los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas” (num. 3) (v. *infra*).

627. Protección convencional. Instrumentos a su servicio

El abanico de instrumentos convencionales sobre derechos humanos de vocación universal es abigarrado. Sesenta años de intensa actividad legiferante auspiciada por las NU han propiciado la adopción de más de una veintena de convenios multilaterales generales (y eso sólo contando los que aparecen con esta etiqueta), a los que hay que sumar los elaborados con el patrocinio de diversos Organismos especializados, como la UNESCO en el ámbito socio-cultural y la OIT en el laboral.

El centro solar del sistema lo ocupan los Pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) y de derechos civiles y políticos (PIDCP) (1966, en vigor desde 1976). El PIDCP cuenta, además, con un Protocolo Facultativo relativo a la *abolición de la pena de muerte* (1989) del que son partes (en octubre de 2006) cincuenta y siete Estados, España entre ellos.

Con los *Pactos*, NU completó el programa de trabajo propuesto en 1947 por la CDH mediante el establecimiento de mecanismos procesales e institucionales para el control de los derechos en ellos definidos según el catálogo inicial de la Declaración Universal, con la exclusión del *derecho de propiedad privada* aludido en la Declaración (art. 17) y la adición (art. 1 de los Pactos) del *derecho de los pueblos a su libre determinación* y a la disposición de sus riquezas y recursos naturales (v. Cap. IV).

Una cláusula general del PIDCP permite a los Estados partes suspender las obligaciones contraídas en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”, siempre que tales medidas: 1) no sean incompatibles con las demás obligaciones impuestas por el DI, 2) no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, sexo, idioma, religión u origen social; y, 3) sean proclamadas oficialmente y comunicados sus motivos a los demás Estados partes (art. 4.1). Quedan en todo caso excluidos de suspensión (art. 4.2) los derechos definidos en los artículos 6 (a la vida), 7 (a no ser sometido a tortura), 8.1 y 2 (a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre), 15 (a la no retroactividad de la ley penal), 16 (al reconocimiento de su personalidad jurídica) y 18 (a la libertad de pensamiento, conciencia y religión). Aunque no son mencionados, los derechos de

habeas corpus y a un juicio justo (arts. 9.2 y 3 y 14) se consideran también intocables conforme a una práctica estatal constante (v. CtDH, *Observación General* núm. 29 sobre las “Situaciones de emergencia”, 2001).

Amén de los Pactos, NU ha propiciado la concertación de otros instrumentos convencionales, básicamente con un doble objetivo:

1) *La prohibición y sanción de actos particularmente lesivos para la dignidad humana*: así, las Convenciones para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948); imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad (1968); represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1950); suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y prácticas análogas (1956); eliminación de todas las formas de discriminación racial (1966); represión y castigo del crimen de *apartheid* (1973); contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes (1984)...; y

2) *La protección de los grupos humanos más vulnerables a la violación de sus derechos fundamentales*: así, las Convenciones relativas al Estatuto de los refugiados (1951) y su Protocolo (1967); Estatuto de los apátridas (1954); reducción de los casos de apatridia (1961); derechos políticos de la mujer (1952); nacionalidad de la mujer casada (1957); eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); derechos del niño (1989); protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de los miembros de su familia (1990).

Todos los tratados mencionados están en vigor y en cuanto tales vinculan a un amplio número de Estados, superando la mayoría, más o menos holgadamente, el centenar de partes.

Este es el caso, en particular, de los siete tratados que, con la excepción de la Convención sobre la protección de los trabajadores migrantes y sus familias (en vigor el 1º de julio de 2003), cuentan con órganos propios de control (v. *infra*), y por eso considerados la espina dorsal de los instrumentos auspiciados por NU.

Estados partes en los tratados que instituyen órganos de control a 1 de octubre de 2006		
Tratado	En vigor	Partes
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1966)	4/01/1969	170
PIDESC (1966)	23/01/1976	154
PIDCIP (1966)	23/03/1976	158
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)	3/11/1981	184
Convención contra la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes (1984)	26/06/1987	141
Convención sobre los derechos del niño (1989)	20/11/1990	192
Convención sobre la protección de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias (1990)	1/07/2003	34

La Convención sobre la eliminación y represión del crimen del *apartheid* (1973), con ciento seis Estados partes y que en su día contó con un órgano propio de supervisión (*Grupo de los Tres*, v. *infra*), parece haber quedado sin objeto con la abolición del *apartheid* en África del Sur. En aquel momento, según la CDH (res. 1995/10, de 17 de febrero) “el *apartheid* dejó de existir en todas partes”; no obstante, “cualquier situación potencial de segregación racial que pudiera existir fuera de Sudáfrica quedaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”.

Estas cifras, aparentemente confortables, se relativizan cuando se contrastan con el número:

1) De Estados miembros de NU, ciento noventa y dos en la actualidad;

Sólo la Convención sobre los derechos del niño (1989) ha logrado una participación cuasiuniversal si se advierte que sólo dos miembros de las NU, Estados Unidos y Somalia, no son partes en la Convención.

2) De Estados que han consentido los mecanismos de garantía instituidos con carácter facultativo en los tratados (o en sus protocolos).

Sirvan como muestra las cifras relativas al PIDCP: sólo un tercio de los Estados partes han declarado pertinente el procedimiento de *comunicaciones interestatales* previsto en su art. 41 y apenas superan la mitad los que han consentido el Protocolo Facultativo instituyendo las *reclamaciones individuales* (v. *infra*);

3) De Estados (casi la mitad, por ej., de las partes en la Convención sobre los derechos del niño y en el PIDCP) que han limitado o excluido sus obligaciones mediante la formulación de *reservas*, dudosamente compatibles un buen número de ellas con el objeto y el fin de los tratados sobre derechos humanos (v. Cap. XI).

Todo ello adquiere mayor relieve si atendemos al hecho de que la mayoría de los Estados dispuestos a aceptar el más alto grado de compromiso y control de su cumplimiento pertenece al grupo occidental, y aún en él se advierten significativas ausencias, como la de Estados Unidos, que sólo es parte en tres de los siete tratados antes mencionados (discriminación racial, contra la tortura y PIDCP, y no en el Protocolo a éste sobre la abolición de la pena de muerte), respecto de los que no ha aceptado los procedimientos en ellos instituidos con carácter facultativo.

Obsérvese, por otro lado, el recelo de los países occidentales respecto de tratados de derechos humanos que ponen el dedo en la llaga de las relaciones *Norte-Sur*, caso de la Convención para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios (1990), que ha tardado más de una década en contar con las veinte manifestaciones del consentimiento requeridas para su entrada en vigor (1º de julio de 2003) para sólo sumar como partes (treinta y cuatro en octubre de 2006) países exportadores de trabajadores (v. Cap. XXI).

Ante la situación descrita la *Declaración de Viena* (1993) recomendó, una vez más (antes: res. 41/120, 1986, de la AGNU), evitar la proliferación excesiva de instrumentos convencionales, potenciando a cambio la participación en los ya vigentes —incluidos sus procedimientos de control facultativos— a fin de conseguir su *aceptación universal y sin reservas*.

Es por eso que, desde entonces, NU más que elaborar nuevas convenciones sobre derechos humanos ha auspiciado la adición a las ya vigentes de Protocolos Facultativos, con un doble objetivo: *sustantivo*, dirigido a completar y/o desarrollar progresivamente derechos definidos en aquéllas, caso de los Protocolos a la Convención sobre los derechos del niño, relativo uno a la participación de niños en conflictos armados y, el otro, a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, adoptados en 2000 y que en octubre de 2006 ya contaban con más de cien Estados parte, incluido Estados Unidos); y *procesal*, a fin de fortalecer los procedimientos instituidos para su garantía y efectiva aplicación, así, los Protocolos Facultativos a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999, en vigor el 22 de diciembre de 2000), previendo la vía de comunicaciones individuales, y a la Convención contra la tortura (2002, en vigor el 22 de junio de 2006), estableciendo un sistema especial de inspecciones periódicas (v. *infra*).

628. *Órganos de control creados por tratados de derechos humanos*

Los tratados de derechos humanos más emblemáticos auspiciados por NU a partir de 1966 fueron dotados de órganos propios de supervisión del cumplimiento por los Estados partes de las obligaciones asumidas. Siete tratados cuentan en la actualidad con tales órganos.

El *Comité de Derechos Humanos* (CtDH) es, sin lugar a dudas, el más conocido, en atención a que ha de velar por el cumplimiento del PIDCP y de sus Protocolos. Los otros, homónimos del tratado cuyas disposiciones han de proteger, son: el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (el único creado en instrumento aparte del tratado, res. 1985/17 del C. E. y S.), el *Comité para la eliminación de la discriminación racial*, el *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*, el *Comité de los Derechos del Niño*, el *Comité contra la Tortura* y el *Comité de los Derechos de los Trabajadores Migratorios*.

Los mismos órganos están facultados para garantizar el goce y promoción de los derechos reconocidos en los protocolos a los que, en su caso, haya dado lugar el tratado; caso, del CtDH respecto del Protocolo al PIDCP relativo a la abolición de la pena de muerte (1989); y del Comité de los Derechos del Niño en lo tocante a los Protocolos de 2000 sobre la participación de niños en conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

Característica de estos órganos de control —que ha de valorarse positivamente— es la de su independencia, pues se trata de *comités de expertos* que ejercen sus funciones a título personal, elegidos por el colegio de los Estados partes en la convención que los instituye en atención a dos directrices: la integridad moral y reconocida competencia del candidato y la distribución geográfica equitativa del conjunto de sus asientos (v., por ej., art. 28 del PIDCP).

La composición numérica de estos órganos varía entre los diez miembros del Comité contra la Tortura y del Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes, a los veintitrés del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, siendo dieciocho la composición más habitual (así, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CtDH, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de los Derechos del Niño (según enmienda, en vigor el 18 de noviembre de 2002, del art. 18 de la Convención de 1989, que inicialmente previó un Comité de diez miembros).

La diversidad y heterogeneidad de órganos concebidos para la protección de los derechos humanos suscita un problema de coordinación que ha dado lugar a duras críticas acerca de la *inflación institucional* que en este punto padece NU. Ello explica que, con cierta periodicidad, se vengán convocando reuniones —de los Presidentes de los comités citados, del C. E. y S., de la propia AGNU (por ej., res. 57/300, adoptada en el marco del Programa del Secretario General para profundizar el cambio)— con el fin de adoptar medidas tendentes a la armonización de actuaciones, lo que compete al Alto Comisionado de las NU para los Derechos Humanos (v. *infra*).

Esta problemática situación se ha combinado con una notable *deflación funcional*, provocada por la disminución material y temporal de las actividades de los órganos de control como consecuencia del desinterés —y en algunos casos la incapacidad— de muchos Estados en cumplir sus compromisos sustantivos y sus obligaciones procesales y de financiación de tales órganos, una gota de agua en el marasmo de las dificultades financieras sufridas por NU.

629. Mecanismos (autónomos) de protección

Para asegurar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes los convenios mencionados han establecido tres tipos de mecanismos autónomos de protección a cargo de sus órganos de control: 1) *informes periódicos*, 2) *comunicaciones o quejas interestatales* y, 3) *denuncias de particulares*. A estos mecanismos, ya clásicos, cabe agregar el *sistema de visitas periódicas* previsto en el Protocolo Facultativo (2002) a la Convención contra la tortura (1984), que ha dado vida al Subcomité para la Prevención de la Tortura (denominado Subcomité para la Prevención), una vez en vigor el Protocolo (22 de junio de 2006).

Su objetivo (art. 1) consiste en prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes mediante el establecimiento de un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad. A tal fin, los Estados partes (veinticinco en octubre de 2006) se obligan a establecer a nivel nacional uno o varios órganos de visitas periódicas (denominado el *mecanismo nacional de prevención*, art. 3), así como a recibir y a colaborar con el Subcomité para la Prevención (art. 12), cuyas observaciones —de haberlas— serán comunicadas con carácter confidencial al Estado parte, y si fuere oportuno, al mecanismo nacional de prevención (art. 16).

Dada su naturaleza no jurisdiccional, las resoluciones de estos órganos, en cualquiera de los procedimientos citados, no tienen fuerza jurídica vinculante para sus destinatarios sino carácter recomendatorio, lo que no debe conducir, sin embargo, a desestimar su autoridad moral y política.

A diferencia de los sistemas regionales (v. *infra*), el sistema convencional de NU para la protección de los derechos humanos carece de mecanismos de control judicial en manos de tribunales internacionales especializados (y su creación no parece suscitar las adhesiones necesarias, a juzgar por el tratamiento que recibió en la *Conferencia Mundial* de 1993 una propuesta de Austria en este sentido). Ahora bien, conviene aclarar, en los términos de la Relatora de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos,

Sr^a Hampson, que “no tendría sentido crear dichos órganos [de expertos] si sus puntos de vista no se consideraran, por lo menos, como muy persuasivos [...]”; con arreglo al principio *pacta sunt servanda*”, añadió, “los Estados partes deben dar importancia a las conclusiones de un órgano de vigilancia establecido al efecto, aunque no sean estrictamente vinculantes”.

Cosa distinta es que los tratados de derechos humanos auspiciados por NU incorporen *cláusulas compromisorias* reconociendo la jurisdicción de la CIJ para dirimir las controversias que surjan en relación con la interpretación o aplicación de sus disposiciones; como, por ej., hacen la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (art. IX); el Estatuto de los refugiados (art. 38); el Estatuto de los apátridas (art. 38), así como las Convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 22), sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 29); contra la tortura (art. 30)... Se trata en todo caso del recurso a un método general de arreglo jurisdiccional de las controversias al que sólo tienen acceso los Estados partes en la Convención de que se trate y siempre que la jurisdicción de la Corte no haya sido objeto de reservas (v. Cap. XVIII).

Como ya hemos visto (v. Cap. XVIII) el art. IX de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948) ha sido invocado en varias ocasiones para fundar la jurisdicción de la Corte, unas veces con éxito (*Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro, 1996) y otras sin él (*Licitud del empleo de la fuerza*, 1999, 2004; *Actividades armadas en el territorio del Congo*, RD. del Congo c. Ruanda, 2006). En el primero de los casos citados la Corte afirmó su competencia para conocer del fondo del asunto en los términos más amplios desde un punto de vista material y temporal y aceptó que entra dentro de su jurisdicción declarar la responsabilidad de un Estado por los actos de genocidio que le sean imputables —y no sólo por su falta de prevención o represión de los mismos— con independencia de la fecha en que se hayan producido. En los otros casos, tanto Estados Unidos como España (1999) y Ruanda (2006) se beneficiaron de sus reservas de exclusión del art. IX de la Convención. Los demás miembros de la OTAN demandados por Serbia y Montenegro (entonces RF de Yugoslavia) en 1999, obligados por el art. IX, se beneficiaron de una interpretación del Estatuto de la Corte que, en la práctica, equivalía a privar al demandante de un derecho que la Convención le reconocía.

630. La obligación de informar

Todos los tratados de vocación universal dotados de órganos de supervisión imponen a los Estados partes la obligación de informar. Se trata del control más blando y considerado con la soberanía estatal de todos los posibles y el único contemplado en dos de los tratados considerados: el PIDESC (arts. 16 y ss.) y la Convención sobre los derechos del niño (art. 44), poniendo así en evidencia la discriminación —ya comentada— que todavía hoy sufre la gama derechos humanos de segunda generación (v. *infra*).

Las convenciones universales que prevén la obligación de informar la someten a una dinámica similar, de suerte que:

1) La información ha de versar sobre las medidas adoptadas por los Estados partes y los progresos realizados en su ordenamiento interno con el fin de asegurar

el respeto de los derechos protegidos, debiendo, en su caso, indicar las circunstancias y dificultades que afecten al grado de su cumplimiento (v., por ej., PIDC, art. 40; PIDESC, arts. 16 y 17).

En cuanto a la periodicidad de la información, los Estados partes se obligan a presentar un *informe inicial* (también denominado *general*) en un determinado plazo (por ej., un año exige el PIDCP y dos la Convención sobre los derechos del niño) a contar desde la fecha de entrada en vigor (general o particular) del tratado en cuestión; debiéndose en lo sucesivo remitir *informes periódicos* bienales (Convención sobre la eliminación de la discriminación racial, art. 9), cuatrienales (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 18; Convención contra la tortura art. 19) o quinquenales (Convención sobre los derechos del niño, art. 44).

La facultad conferida por el PIDCP al CtDH para que requiera de los Estados partes los segundos y sucesivos informes *cuando lo juzgue oportuno* (art. 40.1.b) se ha concretado en dos reglas nacidas de la práctica del Comité e incorporadas ya a su reglamento, a saber: *a*) en *situaciones normales* la periodicidad de la obligación de informar se fija en cinco años, plazo que, por analogía, también se habrá de aplicar a los informes sucesivos exigidos en el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 3), y *b*) en *situaciones excepcionales*, graves en cuanto a la violación de los derechos protegidos, el Comité o, si no estuviera reunido, su Presidente, podrá pedir a los Estados partes implicados que presenten con urgencia —normalmente en el plazo de tres meses— informes sobre la situación de que se trate (procedimiento aplicado, por ej., en relación con Irak, 1991; la RF de Yugoslavia, 1991 y 1992; Bosnia y Herzegovina, 1992; Croacia, 1992; Perú, 1992; Angola, 1993; Burundi, 1993; Ruanda, 1995; Estados Unidos, 2004; Sudán, 2005).

A Estados Unidos el Comité le pidió (el 27 de julio de 2004) información específica sobre las medidas tomadas en la lucha contra el terrorismo tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, particularmente sobre las implicaciones de la *Patriot Act* y sobre los problemas relativos al estatuto jurídico y al trato a las personas detenidas en Afganistán, Guantánamo, Irak y otros lugares fuera del territorio de los Estados Unidos. El informe específico de los Estados Unidos —remitido en noviembre de 2005, al tiempo que su tercer informe periódico— fue examinado por el Comité en julio de 2006 (sesión 87ª de 17 y 18 de julio), en la que dirigió al país concernido una amplia batería de recomendaciones acerca de las flagrantes violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales consagradas en el Pacto.

Otros órganos de control han seguido pasos similares, organizando *procedimientos de urgencia o alerta temprana* para evitar violaciones graves y masivas de los derechos protegidos en los instrumentos que han de guardar (así, por ej., lo han hecho el Comité para la discriminación racial y el Comité de derechos económicos, sociales y culturales).

2) La información se someterá, por conducto del Secretario General de NU, al órgano de control pertinente, quien la examinará en sesiones públicas y en presencia de representantes de los gobiernos de los Estados partes, así como de órganos y organismos especializados de NU y de ONG. Su objeto principal es establecer un *dialogo constructivo* comité-Gobierno y, a tal fin, los miembros del

órgano de control pueden, sobre la base de pautas o listas de cuestiones previamente confeccionadas, solicitar de los representantes estatales aclaraciones de hecho y de derecho.

3) La esencia de este mecanismo de protección consiste, finalmente, en los *comentarios generales* que sobre cada informe hacen los órganos de control, expresando sus opiniones, observaciones o recomendaciones, que serán incorporadas a los informes que periódicamente (anualmente, como regla general, bienalmente en el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 44.5) han de elevar a la AG (v., por ej., PIDCP, art. 45).

A pesar de que la obligación de informar es aparentemente fácil de observar, es creciente el número de Estados que no presentan los informes preceptivos, o lo hacen con notable retraso o vaguedad.

Según la base de datos de la Oficina del Alto Comisionado de NU para los Derechos Humanos, la situación a 18 de mayo de 2005 en lo referente a la presentación de informes era la siguiente:

COMITÉ	Total de informes pendientes	Pendientes más de cinco años
Comité de Derechos Humanos (por lo que hace a PIDCP y el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte)	190	85
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	154	93
Comité contra la Tortura	187	61
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	241	104
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	478	244
Comité de los Derechos del Niño (respecto de la Convención de 1989)	128	54
Comité de los Trabajadores Migratorios	25	0

Solapado con una posible falta de voluntad política, un factor se ha apuntado como la principal causa de demora, la carga acumulativa de cumplimentar informes en relación con la aplicación de los diversos convenios sobre derechos humanos que los prevén, lo que para los Estados en desarrollo supone una dificultad añadida a su deficiente estructura administrativa.

La CDH recomendó en su día varias soluciones (res. 1994/19); así: a) sustituir los informes periódicos por informes específicos y temáticos; b) utilizar el asesoramiento de los diversos órganos de control, así como la cooperación técnica del *Centro de Derechos Humanos*, con sede en Ginebra, que patrocinó seminarios a nivel regional para la formación de funcionarios gubernamentales; y, en particular, c) agrupar en un informe global las obligaciones impuestas en los diferentes tratados, que aún no ha prosperado.

El informe de marzo de 2005 del Secretario General, Kofi Annan (*Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*), se hizo eco de esta necesidad para lo que recomendó ultimar y aplicar “directrices armonizadas sobre la presentación de informes a todos los órganos creados en virtud de tratados a fin de que... puedan funcionar como un sistema unificado”,

e instó al Alto Comisionado de NU para los Derechos Humanos a presentar un plan de acción.

En mayo de 2005 la Alta Comisionada, L. Arbour, propuso establecer un *órgano permanente unificado* para examinar el cumplimiento de los tratados, proyecto actualmente en estudio sobre la base del documento de exposición de conceptos elaborado por la misma Oficina (marzo de 2006).

Entre tanto, hace años que los órganos creados en virtud de tratados han tomado ciertas medidas de cara a armonizar sus métodos de trabajo y procurar medios para ayudar a los Estados parte a cumplir sus obligaciones de presentación de informes; por ej., elaborando directrices para un documento básico común; permitiendo a los rezagados en más de un informe la presentación de *informes combinados*; distribuyendo la labor del comité de que se trate en salas de cara a reactivar su misma labor...

631. Comunicaciones interestatales

Este mecanismo de control consiste en la facultad de un Estado parte de denunciar o llamar la atención sobre el incumplimiento por otro Estado parte de sus obligaciones convencionales. Está previsto en cuatro tratados, aunque sólo la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial (art. 11) lo instituye con carácter *obligatorio*, siendo *facultativo* en el PIDCP (art. 41) y su Segundo Protocolo, relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 4), así como en la Convención contra la tortura (art. 21), que lo hacen depender de una declaración estatal *ad hoc*, que sólo una minoría de Estados partes ha formulado, sobre bases temporales y a menudo acompañada de reservas.

Así, en octubre de 2006, no llegaban a un tercio las partes en el PIDCP y en la Convención contra la Tortura que habían consentido la competencia de los correspondientes Comités para recibir y examinar comunicaciones interestatales.

Sea por estas limitaciones, sea por razones de política internacional o, quizás, por no ver cumplido el viejo adagio “si las barbas de tu vecino ves cortar...”, lo cierto es que este mecanismo de protección es todavía hoy una vía por experimentar en el ámbito universal.

Desde el punto de vista procesal, las previsiones convencionales disponen:

1) Como primera medida, que el Estado parte que alegue el incumplimiento del tratado lo señale a la atención del presunto infractor mediante una comunicación escrita, a fin de que le proporcione una explicación o cualquier otra declaración que aclare el asunto.

2) Sólo después de dar este paso y cumplido el plazo de seis meses, si el asunto no logra resolverse a satisfacción de los Estados implicados, cualquiera de ellos tendrá derecho a someter la diferencia al órgano de control, que sólo conocerá del asunto una vez cerciorado del reconocimiento de su competencia y del agotamiento de todos los recursos internos del Estado denunciado (a menos que la sustanciación de éstos se prolongue injustificadamente).

3) Admitida la comunicación, el órgano de control, reunido a puerta cerrada, presta sus *buenos oficios* a fin de lograr una *solución amistosa* basada en el respeto de los derechos protegidos. El PIDCP establece que de no lograrse tal solución en el plazo de un año el CtDH estará facultado para nombrar, con el consentimiento de los Estados interesados, una *comisión de conciliación* que, sobre las mismas bases, intentará de nuevo un arreglo amistoso.

Como se indicó, el informe emitido por el órgano de control no es jurídicamente obligatorio para los Estados partes, que únicamente tendrán en su caso que soportar la presión moral y política de ver reflejado un resumen de las actuaciones en la memoria anual que tales órganos han de elevar a la AGNU (PIDCP, arts. 41.1, 42 y 45; Convención contra la tortura, arts. 21.1 y 24; Convención sobre la eliminación de la discriminación racial, arts. 11 y 12).

632. Denuncias de particulares

El paso más avanzado para garantizar la observancia del régimen protector de los tratados de derechos humanos consiste en la consideración de *denuncias* (también denominadas *reclamaciones* y *comunicaciones*) de particulares, presuntas víctimas de la violación de los derechos protegidos. Sabiéndole a mucho, la media docena de instrumentos que contemplan este mecanismo de control lo hacen con carácter *facultativo*.

Así, las violaciones del PIDCP y del Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 5) sólo serán susceptibles de recurso individual para las partes en el Primer Protocolo, concebido justamente con este objetivo y consentido (en octubre de 2006) por ciento seis de los ciento cincuenta y ocho Estados partes en el Pacto; y lo mismo cabe decir del Protocolo (1999) a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), consentido por ochenta y uno de los ciento ochenta y cuatro Estados partes en la Convención; las demás Convenciones que prevén la posibilidad de denuncias de particulares las hacen depender de una declaración de aceptación *ad hoc*, que en la misma fecha sólo habían formulado treinta y nueve de los ciento setenta Estados partes en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 14); algo más de un tercio de los ciento cuarenta y un Estados partes en la Convención contra la tortura (art. 22); y ninguno de los Estados parte en la Convención sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de los miembros de su familia (art. 77).

La instauración de vías que con carácter obligatorio permitan la formulación de reclamaciones de particulares ante instancias internacionales sigue por tanto siendo, hoy por hoy, una meta por alcanzar a nivel universal; y más aún por lo que hace a los derechos económicos, sociales y culturales.

Como se comentó, los únicos tratados auspiciados por NU que hoy carecen de esta vía de control son el PIDESC y la Convención sobre los derechos del niño.

El largo y tortuoso debate acerca de la elaboración de un Protocolo Facultativo al PIDESC que —a imagen y semejanza del PIDCP— instaure el procedimiento de denuncias de particulares es ilustrativo. En la *Conferencia Mundial* (Viena, 1993) los representantes de más de ciento setenta Estados la alentaron (*Declaración y Programa de Acción de Viena*, Parte II, pár. 75), pero he aquí que todavía no se ha alcanzado el consenso necesario en el Grupo de Trabajo de composición abierta establecido (CDH, res. 2003/18), en el

que aún podían escucharse opiniones acerca de que “el principio de indivisibilidad y de vinculación de todos los derechos humanos no significaba que todos ellos se hicieran efectivos por igual”, en la medida en que los económicos y sociales no eran derechos “absolutos y suficientemente precisos para establecer obligaciones definidas, por lo que sería imposible establecer un procedimiento de denuncias”, que hasta podría ser interpretado como una injerencia indebida “en el proceso democrático y en la determinación de las políticas nacionales”. Se sostuvo, en fin, que si el mecanismo de denuncias de particulares al PIDESC llegara a ver la luz, su ámbito de aplicación (además de facultativo) no debería ser global, sino selectivo o a la carta, dejando a cada Estado contratante la facultad de determinar las disposiciones del Pacto susceptibles de tal control.

En el marco de los convenios que prevén esta vía de supervisión las denuncias de particulares están sometidas a condiciones de admisibilidad similares a las estatales, debiendo por ello el órgano de control comprobar: 1) el reconocimiento de su competencia por el Estado denunciado; 2) el agotamiento de los recursos internos; 3) que el mismo asunto no haya sido sometido o esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional; y, además, 4) que la comunicación no sea anónima o manifiestamente mal fundada (v., por ej., Protocolo Facultativo al PIDCP, arts. 1-5). Un buen número de reclamaciones de particulares queda así en la cuneta. Sirva como muestra la práctica del CtDH, de la que se desprende que tres de cada cuatro denuncias de particulares son declaradas inadmisibles por una u otra causa.

Una vez superado el filtro de la admisibilidad el órgano de control debate en sesiones confidenciales si ha habido o no infracción de los derechos protegidos, acabando el procedimiento modestamente con la presentación de observaciones y recomendaciones, que se plasman en la memoria anual que ha de remitir a la AGNU (Protocolo Facultativo al PIDCP, art. 6; Convención para la eliminación de la discriminación racial, art. 14.8; Convención contra la tortura, art. 24...).

España se ha mostrado como uno de los Estados dispuestos a implicarse con uno de los grados más altos de compromiso. Cabe en este sentido destacar la formulación de la declaración prevista por el art. 41 del PIDCP y la adhesión a sus dos Protocolos Facultativos, así como la aceptación de la competencia de los comités, tanto para conocer de reclamaciones interestatales como de particulares, creados en las Convenciones de las que es parte (todas a salvo la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de su familia).

633. *Protección extraconvencional*

Además de los mecanismos articulados en los regímenes convencionales considerados, en NU cabe ir más allá en situaciones de violación grave y masiva de derechos humanos fundamentales con independencia de la participación —o grado y/o alcance de la misma— de los Estados implicados en los tratados que les brindan una protección particular; de ahí que hablemos de *protección extraconvencional*. Su fundamento jurídico son las normas de derechos humanos universalmente reconocidas, a saber, las dispuestas en la misma Carta de NU, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros instrumentos de derechos humanos, en particular los Pactos Internacionales de 1966, que junto

con la Declaración Universal conforman una trinidad constitutiva de la denominada *Carta Internacional de Derechos Humanos*, a la que cabe agregar las normas del DI Humanitario aplicables a los conflictos armados (v. *infra*)

Dos órganos de NU están facultados en la actualidad para llevar a cabo esta empresa, el Consejo de Derechos Humanos —antes la Comisión de Derechos Humanos (CDH)— y el Alto Comisionado de las NU para los Derechos Humanos.

634. De la Comisión al Consejo de Derechos Humanos

Desde 1967 la Comisión de Derechos Humanos fue capacitada por el C. E. y S. para conocer situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. A tal fin se dotó a la Comisión de dos mecanismos:

1) los *procedimientos especiales* (también conocidos como *procedimientos públicos o procedimiento 1235* debido al numeral de la res. del C. E. y S. que lo articuló en 1967). Activados a través de cualquier clase de fuentes, estatales o no, atendieron a la violación persistente y manifiesta de los derechos humanos tanto en un país o región geográfica determinada (*mecanismos o mandatos por país*) como en relación con un fenómeno o tipo concreto de comportamiento allí donde quiera que éste ocurriera (*mandatos temáticos*); y,

2) el *procedimiento 1503* (res. del C. E. y S., 1970, modificado por la res. 2000/3), basado en comunicaciones recibidas de individuos o grupos denunciando un cuadro persistente de violaciones masivas de derechos humanos en un determinado Estado, de carácter confidencial —al menos hasta que la situación se remite al C. E. y S.— y dependiente su activación del consentimiento de los denunciados. Hasta 2005, ochenta y cuatro Estados habían sido examinados conforme a este procedimiento, algunos de ellos en diversas ocasiones.

Para la aplicación de estos procedimientos la Comisión contó con un órgano subsidiario, la Subcomisión sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos (denominada hasta 1999 Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías). Numerosas ONG con estatuto consultivo (o de observador) reconocido por el C. E. y S. —Cruz Roja, Amnistía Internacional...— desarrollaron una intensa labor de denuncia y asistencia (v. Cap. VI, XV)

Ponderando la gravedad y persistencia de la violación de derechos humanos fundamentales, la CDH podía decidir un examen de la situación más en profundidad, que encomendaba a órganos *ad hoc*, colectivos (grupos de trabajo, comités...) o individuales (relatores, expertos, representantes y enviados especiales...), debatiendo contradictoriamente sus informes, para dar por terminado el procedimiento con la adopción de resoluciones, condenatorias en su caso, pero carentes de fuerza vinculante *per se*, sin perjuicio de su valor moral y político.

Cabe asimismo señalar que respecto de la situación en determinados países y las cuestiones temáticas conexas se asignaron funciones de vigilancia y presentación de informes directamente al Secretario General (los llamados *mandatos temáticos o por países confiados al Secretario General*).

Siendo la publicidad la principal arma de presión de la CDH, los *procedimientos especiales* fueron, por su carácter público, los más eficaces de los puestos en sus manos.

Hasta junio de 2006 había en marcha trece *mandatos sobre países* (Bielorrusia, Burundi, Camboya, Cuba, R.D. de Corea, R.D. del Congo, Haití, Liberia, Myanmar, los territorio palestinos ocupados, Somalia, Sudán y Uzbekistán, aunque este último se examinaba bajo el procedimiento 1503) y veintiocho *mandatos temáticos*, que alcanzaban desde los instaurados en los años ochenta y noventa (por ej., sobre desapariciones forzosas o involuntarias; ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; tortura; libertad de religión; violencia contra la mujer; extrema pobreza...) hasta los más recientes, en 2004 (desplazados internos; trata de personas) y en 2005 (mercenarios; cuestiones de las minorías; solidaridad internacional; lucha contra el terrorismo...).

Las resoluciones de la CDH, endosadas en su caso por el C.E. y S. y la AG, aun carentes de fuerza jurídica vinculante, pueden provocar —y de eso se trata— una atmósfera de aislamiento o cuarentena, una suerte de sofocamiento diplomático o *movilización de la vergüenza* que fuerza a los gobiernos a cambiar de actitud o, por lo menos, a moderarse en la represión. Sin embargo, el carácter intergubernamental de la Comisión —cincuenta y tres miembros, elegidos de acuerdo con el criterio de representación geográfica equitativa, entre los que, como ocurre en otros órganos restringidos, estuvieron los miembros permanentes del C. de S.— la hizo deslizarse de la *política* a la *politización* en el manejo de los casos, lo que se tradujo en actitudes selectivas discriminatorias que acabaron convirtiéndola en un instrumento de confrontación, desacreditado frente al objetivo que era la razón de su existencia.

De la CDH se criticó, con razón, su acomodo a los intereses políticos de sus miembros en la conformación de la lista y tratamiento de las situaciones bajo examen. Esta impresión aún se hizo más escandalosa cuando se advirtió que entre los miembros más conspicuos y activos de la Comisión figuraban gobiernos cuyo *currículo* en materia de derechos humanos dejaba mucho que desear, bien porque no eran partes en los tratados más significativos para la protección de los derechos humanos o no habían consentido sus mecanismos de control facultativo, o bien porque representaban a Estados con procedimientos abiertos ante la propia Comisión.

“No es posible”, alertó en este sentido el informe del *Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio* (“Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos”, diciembre de 2004), “que Estados que carecen de un compromiso demostrado con la promoción y protección de los derechos humanos procedan a establecer normas para afianzarlos. Nos preocupa observar que en los últimos años ha habido Estados que se han hecho partes en la Comisión no para afianzar los derechos humanos sino para protegerse contra críticas o para criticar a otros. La Comisión no puede ser creíble si se considera que aplica dos medidas distintas cuando se trata de cuestiones de derechos humanos”; crítica que asumió el Secretario General en su informe *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos* (marzo de 2005).

Estas críticas abonaron la decisión de la *Cumbre Mundial* (res. 60/1, septiembre de 2005) concretada en marzo de 2006 (AG, res. 60/251) de eliminar la Comisión para sustituirla por un Consejo de Derecho Humanos, aunque al hacerlo ha rebajado las expectativas que había alimentado el proceso de reforma, pues no ha podido configurarse como un *órgano principal* de las NU, lo que habría requerido la enmienda de la Carta, sino que permanece en condición de *órgano subsidiario* dependiente ahora, no del C. E. y S., sino de la AG.

Con carácter general, la labor del Consejo (dice el num. 4 de la res. 60/251) “estará guiada por los principios de universalidad, imparcialidad, objetividad y no selectividad, diálogo internacional constructivo y cooperación a fin de impulsar la promoción y protección de todos los derechos humanos”. Para que esto sea así se

han adoptado algunas cautelas sobre la composición del Consejo, que sigue siendo intergubernamental.

Integrado por cuarenta y siete miembros elegidos por la AG por mayoría absoluta (noventa y seis sobre el total de ciento noventa y dos) en votación directa, secreta y universal, con un mandato de tres años renovable una vez, la composición del Consejo se basa en el principio de distribución geográfica equitativa (trece para cada uno de los grupos de Estados de África y Asia; ocho de América Latina y el Caribe; siete de Europa occidental y otros y seis de Europa oriental), debiendo tener en cuenta la contribución de los candidatos a la promoción y protección de los derechos humanos y las promesas y compromisos voluntarios que hayan hecho al respecto. Una vez elegidos, los miembros del Consejo deberán aplicar las normas más estrictas en la promoción y protección de los derechos humanos, cooperar plenamente con el Consejo, y durante su mandato estarán sujetos a examen, pudiendo la AG (por mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes) suspender los derechos inherentes a formar parte del Consejo cuando cometan violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos.

Estados Unidos votó contra la res. 60/251 y, luego, renunció a proponerse como miembros del Consejo, condición que han adquirido los otros miembros permanentes del C. de S. tras la primera elección (mayo de 2006) y a la que ha accedido también algún Estado con procedimiento especial abierto en su día ante la CDH (Cuba). Aunque Estados Unidos figuró entre los críticos más significados del quehacer de una Comisión que él mismo había contribuido a desnaturalizar con sus iniciativas, consideró la reforma insuficiente con razón (aunque sus razones, dado el sesgo ideológico de la Administración de Georges W. Bush, no lo sean tanto). Estados Unidos ha prometido cooperar con el Consejo, a pesar de sus reservas, pero ya ha censurado sus primeros pasos, una vez que el Consejo decidió convocar sesiones extraordinarias para ocuparse de la *situación de los derechos humanos en el territorio palestino ocupado* y en el *Líbano*, nombrando en el primer caso un Relator especial con la misión de determinar los hechos y, en el segundo, constituyendo una comisión de investigación de alto nivel con la posibilidad de abrir los pertinentes procedimientos especiales. Obviamente la Administración norteamericana no se siente feliz al comprobar que los proyectos que veta en el C. de S. se abren camino, siquiera en parte, en otras sedes orgánicas de las NU. Hay quienes sugieren que bajo la Administración Bush no es la politización del Consejo lo que se fustiga, sino una dirección cuya inversión la llenaría de gozo.

El Consejo de Derechos Humanos está llamado a desempeña la misma labor que la Comisión en relación con cuadros de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Así, según el mandato confiado por la AG (res. 60/251), el nuevo Consejo “deberá ocuparse de las *situaciones* en que se violen los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, y hacer recomendaciones al respecto” (num. 3).

En relación con los procedimientos existentes hasta junio de 2006, la AG pidió al Consejo que “asumiera, examinara y, cuando sea necesario, perfeccionara y racionalizara todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades de la CDH a fin de mantener un sistema de procedimientos especiales, asesoramiento especializado y un procedimiento de denuncia”, lo que habría de realizar en el plazo de un año desde la celebración de su primer período (ordinario) de sesiones (junio de 2006).

El Consejo de Derechos Humanos asumió las labores de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, así como el procedimiento de denuncias de carácter confidencial (*procedimiento 1503*). En relación con los *procedimientos especiales* abiertos en su día por la CDH, el Consejo asumió y creó grupos de trabajo sobre la detención arbitraria, las desapariciones forzadas o involuntarias y la discriminación racial a la que han de hacer frente las personas de descendencia africana que viven en la diáspora, así como dos grupos de composición abierta, uno sobre el derecho al desarrollo y el otro sobre la aplicación efectiva de la Declaración y Programa de Acción de Durbán.

No obstante, desde el punto de vista de los procedimientos puestos a disposición del Consejo lo más interesante es el nuevo *mecanismo de examen periódico universal*, basado en información objetiva fidedigna, mediante el que el Consejo habrá de examinar “el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados” (res. 60/251, num. 5.e).

Tal examen ha sido concebido como un *mecanismo cooperativo*, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad, que se pretende que complemente y no duplique la labor de los órganos creados en virtud de tratados. El Consejo ya ha decidido establecer un grupo de trabajo de composición abierta (que desempeñaría su labor entre los períodos de sesiones) con la misión de establecer las modalidades del mecanismo de examen periódico universal.

635. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

El *Alto Comisionado para los Derechos Humanos* es el funcionario de NU que, bajo la dirección y autoridad del Secretario General, es principal responsable de las actividades de la Organización en materia de derechos humanos.

El puesto de Alto Comisionado de las NU para los Derechos Humanos (ACNUDH) fue creado por la AG en 1993 (res. 48/141) acogiendo una sugerencia de la *Conferencia Mundial* (Viena, 1993, *Declaración y Programa de Acción*, secc. II, pár. 18). Su nombramiento corresponde al Secretario General, con la aprobación de la AG, teniendo en cuenta la reputación moral e integridad personal de la persona propuesta, así como la rotación geográfica.. El mandato es de cuatro años (renovable por otros tantos).

El Consejo de Derechos Humanos asumirá la función y atribuciones de la CDH en relación con la labor de la Oficina del ACNUDH, con arreglo a lo decidido por la AG en su resolución 48/141.

De conformidad con el mandato confiado por la AG, las funciones del Alto Comisionado son, además de las que le asignen los órganos competentes del sistema de NU (AG, C. E. y S. y ahora el Consejo de Derechos Humanos), las de promover y proteger el disfrute efectivo de todos los derechos humanos para todos, incluido el derecho al desarrollo; prevenir la persistencia de violaciones en todo el mundo; entablar, a tal fin, un diálogo con todos los gobiernos y ampliar así la cooperación internacional; proporcionar asesoramiento y asistencia técnica y financiera a petición del Estado interesado y/o de la Organización regional pertinente; coordinar, racionalizar, adaptar, fortalecer y simplificar el sistema de las NU en el ámbito de los derechos humanos con miras a aumentar su eficiencia.

Estos objetivos le llevan a participar en los programas de la Organización sobre paz y seguridad, asuntos económicos y sociales, cooperación al desarrollo y asuntos humanitarios; a proporcionar servicios de apoyo a los órganos de vigilancia de los derechos humanos, sea los instituidos en tratados o deducidos de la misma Carta (hoy el Consejo de Derechos Humanos), así como a los numerosos expertos nombrados por dichos órganos en sus investigaciones e informes.

Marco de referencia para el ejercicio de su actividad son las normas de derechos humanos universalmente reconocidas, advirtiéndose no obstante al Alto Comisionado la obligación de respetar, en este marco, “la soberanía, la integridad territorial y la jurisdicción interna de los Estados” (res. 48/141, num. 3,a).

La actuación del ACNUDH, dentro de las limitaciones de su modesto presupuesto, ha tenido la virtud de incrementar en los últimos años la labor de promoción de los derechos humanos a nivel de países de manera considerable, al punto que la Oficina del ACNUDH ha pasado de estar representada en catorce países en 1996 a cuarenta en 2006. En el cuarto trimestre de 2005 la AGNU decidió duplicar el presupuesto ordinario de la Oficina en un plazo de cinco años.

CXLVI. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS SISTEMAS REGIONALES

La mayor homogeneidad de los Estados miembros de Organizaciones regionales ha propiciado que los sistemas de promoción y protección de los derechos humanos nacidos a su amparo, particularmente del Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos (OEA), hayan dado a luz órganos y mecanismos de garantía y control más fuertes que los instituidos a nivel universal. Así se han creado en estos espacios: 1) instancias de protección bajo la vigilancia de órganos jurisdiccionales, cuyas decisiones son, por definición, jurídicamente vinculantes; 2) a los que tienen acceso directo, no sólo Estados, sino también los particulares, presuntas víctimas de su vulneración.

636. El sistema europeo de protección, obra del Consejo de Europa

Los Estados europeos cuentan, en el seno del Consejo de Europa, con un sistema de protección de los derechos humanos fuertemente institucionalizado.

Las transformaciones operadas a partir de 1990 en Europa central y oriental confirieron al Consejo de Europa un papel relevante en la asistencia y cooperación con las *nuevas democracias* y su sensibilización por los derechos humanos, al tiempo que ampliaba el número de sus miembros, cuarenta y seis en octubre de 2006, aunque serán cuarenta y siete de inmediato, una vez que se formalice la admisión de Montenegro, separado de Serbia. El Consejo incluye hasta las antiguas repúblicas soviéticas del Cáucaso Sur (Georgia, Armenia y Azerbaiyán) así como Moldavia, Ucrania y Rusia. Sólo Bielorrusia sigue siendo, desde 1993, un candidato en conserva, dado el historial de incumplimiento de derechos humanos que lo acompaña para el que no ha servido la doctrina aplicada a otros países (como Rusia o Croacia) según la cual es preferible tener dentro que fuera a quienes son dudosamente respetuosos de los derechos humanos fundamentales para mejor controlarlos.

En claro paralelismo con el sistema convencional de NU en lo tocante a los Pactos de 1966, el Consejo de Europa articula la protección de los derechos humanos en dos instrumentos esenciales:

1) El *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (Roma, 1950), al que por su importancia dedicaremos un apartado especial, principalmente define y protege derechos civiles y políticos y ha sido, hasta la fecha, enriquecido con catorce Protocolos que atienden a una doble finalidad: a) *sustantiva*, encaminada a desarrollar progresivamente derechos definidos en el Convenio (así, el Protocolo 13 (2002) relativo a la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia, en vigor el 1 de julio de 2003); y, b) *procesal*, dirigida a enmendar determinados aspectos institucionales y procesales para la mejor garantía y control de los derechos definidos (así, el Protocolo 14 (2004), que modifica los mecanismos de protección de cara a su mayor agilidad y eficacia, que aún (octubre de 2006) no ha entrado en vigor (v. *infra*).

2) La *Carta Social europea* (Turín, 1961) se ocupa en particular de derechos económicos y sociales de los *nacionales* de los Estados partes (veintisiete en octubre de 2006), que pueden aceptar parcialmente las obligaciones de la Carta según una curiosa técnica moduladora ya considerada (v. Cap. XI). A diferencia del Convenio de Roma (1950) la Carta de Turín carece de mecanismos de control jurisdiccionales. Fue completada con un Protocolo adicional para concretar y ampliar los derechos en ella reconocidos (1988) y dos Protocolos de enmienda de su sistema procesal e institucional (1991 y 1995).

En octubre de 2006 el Protocolo de 1991 aún no había entrado en vigor, al no haber conseguido la requerida ratificación de todos los Estados miembros del Consejo; no sometido a la unanimidad, el Protocolo de 1995, previendo un sistema de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de derechos Sociales que podrían concluir eventualmente en la adopción por el Comité de Ministros del Consejo de una resolución con recomendaciones al Estado concernido, sí entró en vigor en 1998, una vez conseguidas las cinco manifestaciones del consentimiento requeridas, pero todavía hoy sólo cuenta con una docena de Estados partes.

El 3 de mayo de 1996 se adoptó la *Carta social europea revisada* (en vigor el 1º de julio de 1999, con veintidós Estados partes en octubre de 2006) a fin de tener en cuenta la evolución que se había producido en el derecho del trabajo y en la concepción de las políticas sociales, así como reagrupar en un instrumento único el conjunto de derechos garantizados en la Carta y en el Protocolo de 1988. La ratificación de este nuevo instrumento no puede, según se desprende de sus disposiciones, ser aprovechada para rebajar la carga obligacional asumida en el marco de la Carta en su versión inicial.

Aunque concebida como un texto autónomo, la Carta social revisada se sirve de los mecanismos de control de la Carta inicial y su aceptación tiene como consecuencia la inaplicación de ésta y del Protocolo de 1988. España, parte en la Carta social europea de 1961, no lo era en octubre de 2006 en la Carta social revisada.

El sistema europeo de derechos humanos también ha emulado al universal por lo que hace a otros instrumentos convencionales, caso en particular del Convenio

européo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (1987), que ya cuenta con dos Protocolos Facultativos (1993), y el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño (1996).

637. *El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*

El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales es la estrella y una de las más significativas señas de identidad del Consejo de Europa, hasta el punto que su ratificación se ha convertido en compromiso político para sus miembros (Comité de Ministros del Consejo de Europa, res. 2001/80). De esta manera, a la par que eficaz en la protección jurídica de los derechos humanos, la aplicación del Convenio ha permitido armonizar las legislaciones de los Estados partes gracias a los principios acuñados en Estrasburgo, sede de sus órganos.

España, miembro de la Organización desde 1977, ratificó el Convenio en 1979, paso que sin embargo aún no ha dado en relación con algunos de sus *Protocolos adicionales* (4, 7, 12 y 13) y de *enmienda* (9, 10 y 14).

i) Aspectos normativos

Los derechos y libertades definidos en el Convenio de Roma (título I) son básicamente, como ya se indicó, de naturaleza civil y política, aunque también los hay de contenido socio-económico y cultural (por ej., la prohibición del trabajo forzoso, art. 4; el derecho de propiedad privada y a la educación, Protocolo adicional 1).

La cualidad de Estado parte obliga a reconocer “a toda persona dependiente de su jurisdicción” los derechos y libertades definidos (art. 1), por lo que tanto los nacionales como los extranjeros que cumplan tal condición se encontrarán, en supuestas condiciones de igualdad, bajo el paraguas protector del Convenio y de los Protocolos adicionales suscritos por el Estado en cuestión. Una cláusula de no discriminación de alcance general así lo afirma (art. 14), lo que no obstante debe matizarse en la medida en que el Convenio permite la *discriminación negativa* de los extranjeros a través de dos vías: a) una *expresa*, al posibilitar que los Estados partes impongan restricciones a su actividad política (art. 16), y, b) otra *implícita*, al no enjuiciar la política de los Estados partes sobre inmigración y no articular, más tarde, propuestas operativas para la defensa de las minorías y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Con mayor rotundidad, el Protocolo 12 se refiere en su integridad al principio de no discriminación, pero en él sólo participan por ahora catorce de los cuarenta y seis Estados partes en la Convención, siendo notable la ausencia de la inmensa mayoría de los países de la Unión Europea receptores de extranjeros (caso, por ej., de Alemania, Francia, Gran Bretaña, España, Italia...).

Como el PIDCP, el Convenio Europeo (art. 15.1)—y sus Protocolos adicionales de naturaleza sustantiva— permiten que los derechos en ellos reconocidos sean

objeto de derogación “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”, siempre en el justo termino que exija la situación y que las medidas adoptadas no estén en contradicción con otras obligaciones dimanantes del DI. No podrán, sin embargo, ser objeto de suspensión alguna (art. 15.2) los derechos reconocidos en los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 4.1 (prohibición de la esclavitud o trabajo forzado) y 7 (no retroactividad de la ley penal). Asimismo, sin tener que pasar por una situación de excepción, los derechos y libertades reconocidos en los arts. 8 a 11 (derecho al respeto de la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia, libertad de pensamiento, conciencia y religión, expresión, reunión y asociación) pueden ser objeto de restricciones en su ejercicio si: 1) han sido previstas en la ley; 2) responden a una finalidad legítima; y, 3) son proporcionadas.

Por notificación de 18 de diciembre de 2001 Gran Bretaña se acogió a la excepción del art. 15 del Convenio de Roma con objeto de suspender, de conformidad con las previsiones de arresto y detención previstas en la *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, los derechos de libertad y seguridad reconocidos en el art. 5 del Convenio, medida que fue puesta en entredicho por el Comité de Consejeros Jurídicos del Consejo de Europa, que en tal sentido llamó la atención de los demás Estados miembros. En marzo de 2005, el representante británico ante el Consejo de Europa comunicó que tales restricciones habían dejado de estar en vigor (desde el 14 de marzo de 2005).

ii) Aspectos institucionales

Tres órganos están hoy al servicio del Convenio de Roma: dos son estatutarios del Consejo de Europa, su *Secretario General* y el *Comité de Ministros*; el otro y más significativo, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, debe su creación al propio Convenio (Título II, arts. 19 y ss.).

El Protocolo 11 (en vigor el 1º de noviembre de 1998) simplificó la arquitectura institucional de la Convención al suprimir la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuyas competencias han sido asumidas por el nuevo Tribunal (en particular, la función de examinar la admisibilidad de las demandas, que antes ejercía en exclusiva la Comisión).

El *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH) está compuesto por un número de jueces igual al de partes contratantes en el Convenio, elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (por mayoría absoluta de votos) por un período de seis años con posibilidad de reelección (arts. 20-23).

Siendo competente para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos (art. 32), el Tribunal podrá conocer tanto de demandas presentadas por Estados (art. 33) como de denuncias de particulares (art. 34), sin que sea ya precisa una expresa declaración de aceptación de su jurisdicción, como ocurría antes de la entrada en vigor del Protocolo 11. El carácter *obligatorio* de la jurisdicción del Tribunal y la legitimación activa conferida a los particulares (que antes sólo activaba la participación en el Protocolo 9) son los grandes logros de esta importante reforma institucional.

El Tribunal cuenta además (art. 47) con jurisdicción consultiva (que le confirió el Protocolo 2), que sólo puede activar el Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus Protocolos, si bien no podrán referirse a cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y sus Protocolos adicionales, ni a las demás cuestiones que el Tribunal o el propio Comité pudieran conocer de resultas de la presentación de un recurso previsto por el Convenio (art. 47.2).

638. *Mecanismos de garantía y control del Convenio de Roma*

El Convenio de Roma recurre a técnicas de control similares a las previstas en los tratados de NU, a saber: 1) *informes*; 2) *demandas interestatales*; y, 3) *demandas individuales*. Ahora bien, los medios institucionales dispuestos al efecto, su activación, desarrollo y efectos, especialmente del último mecanismo citado, hacen al sistema europeo más fuerte y eficaz.

La vía de *informes* se diferencia de la prevista a nivel universal porque en Europa, debido al mayor margen dejado a los otros mecanismos de control, los Estados partes sólo asumen la obligación de *suministrar las explicaciones* que les fueren requeridas por el Secretario General del Consejo de Europa (de ahí que tal vía de control atienda al nombre de *indagaciones del Secretario General*, art. 52) acerca de la “manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio”, solicitud de información que sólo se ha practicado en contadas ocasiones.

El *recurso interestatal* (denominado en el Convenio de Roma, art. 33, *asuntos entre Estados*) permite que todo Estado parte pueda someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otro Estado parte, siendo indiferente que el incumplimiento afecte o no a sus nacionales.

La práctica muestra que, aunque tratándose de un mecanismo de control ya experimentado en solar europeo (a diferencia de lo ocurrido a nivel universal), además de ser un recurso infrecuente (apenas superan la docena las demandas interestatales planteadas hasta la fecha), cuando se ha activado ha sido para defender a nacionales y, normalmente, en el contexto de una profunda tensión política entre los Estados implicados; fue el caso, por ej., de los tres recursos interpuestos por Chipre contra Turquía en los años inmediatamente posteriores (1975-1977) a la invasión turca del norte de la isla.

Piedra angular, por eso, del sistema europeo es la vía de *demandas individuales* (art. 34), que permite al TEDH conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, ONG o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por un Estado parte de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, comprometiéndose los Estados partes a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

Las denuncias de particulares han ido aumentando con el paso de los años (trescientas cincuenta en 1980, doce mil setecientos cuatro en 1996, cuarenta y una mil quinientas diez en 2005...), lo que ha sido debido tanto

al incremento del número de Estados partes en el Convenio como, también, a la mayor percepción social de las vías de recurso internacionales para garantizar derechos y libertades fundamentales.

Precisamente fue su espectacular aumento y el empeoramiento, por eso, de la calidad y eficacia del sistema europeo de protección lo que, principalmente, motivó la profunda reestructuración institucional instrumentada por el Protocolo 11. El Protocolo 14 (1994) pretende cubrir la misma finalidad, consistente (J.A. Pastor Ridruejo) en: a) acelerar el tratamiento de las demandas; y, b) reforzar los poderes del Comité de Ministros en la ejecución de las sentencias del Tribunal. Su entrada en vigor, que requiere el consentimiento unánime de las partes en el Convenio, parece ahora (octubre de 2006) próxima, pues sólo tres Estados (Polonia, Rusia y Turquía) no habían depositado todavía su instrumento de ratificación o adhesión.

Sea cual fuere el origen de la demanda, estatal o individual, el *procedimiento* ante el TEDH sigue una pauta similar:

1) El TEDH decide sobre la admisibilidad de la demanda, que se ve condicionada (art. 35) por: a) el agotamiento de las vías de recurso internas (tal como se entienden según los principios de DI generalmente reconocidos); y, b) su interposición en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva. Además, en el caso de demanda individual, su admisibilidad exigirá que no sea: c) anónima; d) esencialmente idéntica a otra examinada por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional; y, e) incompatible con las disposiciones del convenio o manifiestamente mal fundada o abusiva.

Las demandas individuales deberán, asimismo, sortear un control especial de admisibilidad ejercido por un Comité de tres jueces, cuya decisión será definitiva si declara su inadmisibilidad por voto unánime (art. 28).

Por razones celeridad y eficacia el Protocolo 14 prevé la asignación de funciones jurisdiccionales a un *juez único* (arts. 26 y 27 de la Convención una vez enmendada), que por decisión definitiva podrá, bien declarar inadmisibile o pronunciar el archivo de una demanda individual, o bien remitirla, si considera que la misma requiere un examen complementario, a un Comité (de tres jueces) o a una Sala (art. 29). El Comité de tres jueces estará asimismo facultado, no sólo para declarar como hasta ahora (in)admisibile una demanda, sino también para dictar una decisión sobre el fondo “cuando la cuestión relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos que está en el origen del asunto haya sido objeto de una jurisprudencia bien establecida del Tribunal” (art. 28 una vez enmendado).

De conformidad con el Protocolo 14, se establecerá, además, una nueva causa de inadmisibilidad (art. 35.3), a saber, el hecho de que el demandante “no haya sufrido ningún perjuicio importante, salvo si el respeto de los derechos humanos garantizados por la Convención y sus Protocolos exige un examen de fondo de la demanda”, expresión de la máxima *minimis non curat praetor*. “Perjuicio importante” y “respeto de los derechos” enunciados convencionalmente serán, pues, los elementos en los que, como subraya J. A. Pastor, se apoya tal causa de inadmisibilidad.

2) Si la demanda se declara admisible (lo que haciendo números sólo acontece a una de cada cuatro registradas), el Tribunal procederá al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes e intentará, ejerciendo así funciones de encuesta y conciliación, un arreglo amistoso que debe estar inspirado en el respeto de los derechos humanos tal y como los reconoce el Convenio y sus Protocolos (art. 38).

3) Si se logra tal arreglo (art. 39) el Tribunal cancelará el asunto mediante una resolución que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada; de lo contrario, se celebrará una vista pública y el Tribunal —según la composición que proceda (Sala o Gran Sala)— deliberará, tras lo que decidirá si ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si corresponde una satisfacción equitativa a la parte perjudicada (art. 41).

Para el examen de los asuntos que se le sometan el Tribunal actuará (art. 27) en Comités formados por tres jueces (v. *supra*), en Salas de siete jueces (cinco prevé el Protocolo 14, reducción que permitirá aumentar el número de Salas) o en una Gran Sala de diecisiete, (si se plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos o la alteración de jurisprudencia (arts. 30, 43).

Las sentencias —motivadas en todo caso (art. 45)— de la Gran Sala serán definitivas (art. 44.1). Las sentencias de las Salas también lo serán (art. 44.2) cuando: a) las partes declaren que no solicitan la remisión del asunto ante la Gran Sala; o, b) no lo hayan hecho en el plazo establecido (tres meses a partir de la fecha de la sentencia de la Sala); o, c) un colegio (de cinco jueces) de la Gran Sala rechace la demanda de remisión por no darse los supuestos que la reclaman (art. 43).

Las sentencias del TEDH tienen fuerza obligatoria (art. 46.1), comprometiéndose los Estados contratantes a acatarlas en los litigios en los que sean partes. La sentencia definitiva del Tribunal será remitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución (art. 46.2).

Para cumplir esta misión el Comité de Ministros (según las reglas generales relativas a la ejecución de las sentencias del TEDH acordadas el 10 de mayo de 2006 por el mismo Comité), en primer lugar, invita al Estado implicado a informar sobre las medidas tomadas o que pretende tomar de cara a la ejecución, debiendo a continuación examinar si, en efecto, han sido adoptadas, tanto las de carácter individual para asegurar que ha cesado la violación por lo que hace a la parte perjudicada (y si, de ser el caso, se ha pagado la satisfacción equitativa acordada por el Tribunal), como las medidas generales a fin de prevenir nuevas violaciones.

La entrada en vigor del Protocolo 14 implicará más poderes para el Comité de Ministros en este ámbito, pues estará facultado para: 1) pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la interpretación de una sentencia si considera que la vigilancia de su ejecución está obstaculizada por una dificultad de tal tenor; y, 2) someter (por mayoría de dos tercios) al Tribunal el incumplimiento por un Estado de una sentencia definitiva; comprobado el incumplimiento por el Tribunal, éste puede de nuevo remitir el asunto al Comité de Ministros para que determine las medidas a tomar.

639. El sistema interamericano de protección, obra de la OEA

La *Carta constitutiva de la OEA*, adoptada en la IX Conferencia Interamericana (Bogotá, abril de 1948), incluyó entre sus principios rectores la proclamación de los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción por razón de raza, nacionalidad, credo o sexo (Preámbulo y, hoy, art. 3.1, de la Carta,

reformada por el Protocolo de Washington, 1992, en vigor el 25 de septiembre de 1997). La IX Conferencia Interamericana aprobó al tiempo dos instrumentos dirigidos al desarrollo de tales principios: la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*, el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general, claro e inmediato precedente de la propia Declaración Universal, y la *Carta Interamericana de Garantías Sociales*, que contiene un mínimo de derechos laborales, económicos y culturales.

El sistema interamericano carecía, sin embargo, de mecanismos institucionales y procesales para la garantía y el control de los derechos definidos. A fin de paliar dicha laguna la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959) decidió: 1) encargar al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un proyecto de convención sobre la materia, que resultó en la *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969); y, 2) crear la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, cuyo mandato surge de la misma Carta de la OEA para actuar, en representación de todos los países miembros de la Organización, como órgano autónomo y solución transitoria en tanto no entrara en vigor la *Convención Americana*; el papel de la Comisión se afianzó cuando el Protocolo de Buenos Aires (1967) le confirió (art. 112) el estatus de órgano principal de la OEA.

640. El Pacto de San José de Costa Rica

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 (de ahí el sobrenombre del Pacto) y entró en vigor el 18 de julio de 1978. En octubre de 2006 veinticuatro de los treinta y cuatro miembros de la OEA eran partes en el Pacto de San José.

La inevitable comparación con su homónima europea arroja, sin entrar en consideraciones sociales y económicas, un saldo que comienza a perder su negatividad de antaño, pues a pesar de que permanece al margen del Pacto un miembro tan significado de la OEA como Estados Unidos, otros Estados que eran partes, pero se resistían a los procedimientos jurisdiccionales (como Brasil, El Salvador, Haití, México, y la República Dominicana) ya han reconocido la competencia de la Corte Interamericana, que en la actualidad se extiende a veintiún de los veinticuatro contratantes. En cambio, la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para aceptar demandas interestatales sólo ha sido reconocida hasta ahora por nueve.

i) Aspectos normativos

El Pacto de San José fue concebido con la vista puesta en los derechos civiles y políticos, a cuya enumeración y definición dedica el Capítulo II (arts. 3 a 25), incorporando derechos no contemplados en el Convenio Europeo, como los derechos de rectificación y reparación por denegación de justicia, al nombre y a la nacionalidad, del niño (arts. 14, 18, 19 y 20), fruto de los veinte años que separan la adopción de ambos instrumentos y, también, de la propia idiosincrasia de la región.

Derechos económicos, sociales y culturales debieron, en principio, conformarse con la declaración de intenciones establecida en el art. 26 del Pacto (que a su vez da contenido al Capítulo III). Su desarrollo y protección progresó mediante un instrumento *ad hoc*, el primer Protocolo adicional a la Convención Americana (*Protocolo de San Salvador*), relativo a los *derechos económicos, sociales y culturales* (1988), un instrumento que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 y que hasta la fecha (octubre de 2006) sólo han ratificado catorce Estados, y eso a pesar del recorte de los mecanismos de control aplicables si se comparan con los del Pacto.

Siguiendo los pasos del sistema universal la Asamblea de la OEA adoptó en 1990 un Protocolo adicional a la Convención Americana para la abolición de la pena de muerte, que en octubre de 2006 sólo contaba con ocho Estados partes.

Como el Convenio de Roma de 1950 y los Pactos de NU de 1966, la Convención Americana también prevé la suspensión de las obligaciones contraídas “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte” (art. 27.1), una excepción de la que se ha abusado en el continente (El Salvador, 1980, Nicaragua, 1980, Bolivia, 1981 y 1995, Venezuela, 1995...), sin seguir a veces las formalidades prescritas. La Convención Americana establece, no obstante, un catálogo de derechos inderogables más amplio que el previsto en los otros instrumentos, que abarca (art. 27.2), junto al derecho a la vida, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, al reconocimiento de la integridad personal y de la personalidad jurídica, a la libertad de conciencia y religión, a la irretroactividad de la ley penal y los derechos políticos de los ciudadanos, los derechos del niño, a la protección de la familia, al nombre, a la nacionalidad, y las garantías judiciales indispensables para su protección.

ii) Aspectos institucionales

Dos órganos vigilan el cumplimiento del Pacto de San Jose (art. 33), la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH), institución judicial autónoma creada por la propia Convención y con sede en la capital de Costa Rica, y la ya conocida *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* con sede en Washington.

Tanto la Comisión como la Corte están integradas por siete miembros, elegidos por la Asamblea de la OEA a título personal (arts. 34 y 52) a partir de lista compuesta por temas propuestas por los Estados miembros de la Organización para la Comisión (art. 36) y por los Estados partes en la Convención para la Corte (art. 53).

641. Mecanismos de control interamericanos de carácter contencioso

Dos son los mecanismos de protección contenciosa instituidos en la Convención Americana: 1) las *comunicaciones interestatales*; y, 2) las *denuncias o quejas de particulares*. El primero es de carácter *facultativo*, lo que hace depender su ejercicio de la pertinente declaración *ad hoc* (art. 45), que en octubre de 2006

habían formulado menos de la mitad de Estados partes en el Pacto (Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Jamaica, Perú, Uruguay y Venezuela), lo que deja muy mermada esta posible vía de recurso. El control ejercido por vía *individual* es en cambio *obligatorio* para los Estados partes en el Pacto, que pueden ser denunciados ante la Comisión por “cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización” (art. 44).

En ambos supuestos el procedimiento se inicia ante la Comisión Interamericana (que desempeña en este punto las competencias que en su día ejerció la desaparecida Comisión europea), que decidirá la admisión de la denuncia, individual o interestatal, siempre que: 1) se hayan agotado los recursos internos del Estado denunciado, salvo que no exista procedimiento adecuado, se hubiera impedido su ejercicio o retrasado injustificadamente la decisión; 2) la denuncia se presente dentro del plazo de seis meses desde la fecha de la decisión estatal definitiva; 3) la materia objeto de la misma no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y, 4) no sea manifiestamente infundada o reproducción de otra anterior y, siendo de un particular, consten todos los datos para su identificación (arts. 46 y 47).

Admitida a trámite la denuncia, la Comisión instruirá los hechos y realizará funciones de conciliación a fin de lograr un arreglo amistoso dentro del respeto de los derechos protegidos (art. 48). De no tener éxito, el asunto puede, o bien ser sometido a la Corte Interamericana, o bien quedar definitivamente en manos de la Comisión. Para que ocurra lo primero será preciso que:

1) Los Estados interesados (partes en la controversia o de la nacionalidad de la presunta víctima) hayan reconocido la jurisdicción de la Corte mediante la declaración prevista en el art. 62 de la Convención, lo que han hecho todos los contratantes salvo Dominica, Granada y Jamaica); y

2) El asunto se someta a la Corte, en el plazo de tres meses a partir de la emisión del informe de la Comisión, por los Estados interesados o por la propia Comisión, pues el individuo no tiene *ius standi* ante la Corte Interamericana (art. 61).

La reciente reforma del reglamento de la Corte (2000) ha permitido, no obstante, la participación de las víctimas de las violaciones de los derechos a lo largo de todo el procedimiento (*locus standi in iudicio*), de manera que, admitida la demanda, puedan presentar sus pretensiones, argumentos y pruebas de forma autónoma.

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte Interamericana ha sido facultada (art. 63.2), a diferencia de su homónima europea, para tomar las medidas provisionales que considere pertinentes en los asuntos que le han sido sometidos. Respecto de otros asuntos podrá actuar a solicitud de la Comisión.

3) En cuanto al fondo, el fallo de la Corte será motivado (art. 66), definitivo e inapelable (art. 67), notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención (art. 69).

El número de casos fallados por la Corte se ha acrecentado enormemente en los últimos años --hasta un total de ciento cincuenta-- debido al aumento del número de Estados que han aceptado su jurisdicción y a la mejora de la conciencia colectiva sobre la utilidad de recurrir a la Corte.

Ahora bien, si la Corte Interamericana no puede ejercer jurisdicción por no cumplirse las condiciones requeridas, será la Comisión la que deberá emitir, por mayoría absoluta de sus miembros, su opinión y recomendaciones acerca de las medidas a tomar, fijando un plazo para su ejecución de cuyo cumplimiento cuidará la propia Comisión de cara a determinar si es o no oportuna la publicación de su informe (art. 51).

Los mecanismos de control instituidos en la Convención americana no son en cambio aplicables, con carácter general al menos, a los derechos reconocidos en el *Protocolo americano sobre derechos económicos, sociales y culturales*, que se limita a prever, como suele ser habitual respecto de esta gama de derechos, un control basado en la presentación de *informes periódicos* de los Estados partes sobre las medidas adoptadas en sus ordenamientos internos para garantizar el respeto de estos derechos (art. 19). Sólo en el supuesto de que la violación imputable a un Estado parte afectara a los derechos de libre sindicación (art. 8.a) y a la educación (art. 13) habrá lugar a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado en el Pacto de San José (art. 19.6).

642. La jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Conforme al artículo 64.1 de la Convención Americana la CIDH extiende su función consultiva tanto a los Estados miembros de la OEA como, en lo que les compete, a los órganos principales de la misma Organización regional, entre ellos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha solicitado y obtenido la opinión de la Corte en seis de la veintena de dictámenes emitidos hasta la fecha.

Realmente, la Comisión Interamericana es el único órgano principal de la OEA que hasta ahora ha activado la jurisdicción consultiva de la CIDH; así, en los asuntos relativos al *Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982); *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), (OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983); *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), (OC-8/87 del 30 de enero de 1987); *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), (OC-11/90 del 10 de agosto de 1990); *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), (OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994); y la relativa a la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (OC-17/02 del 28 de agosto de 2002).

Los Estados miembros de la OEA están, por su parte, facultados para consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o “de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”

(art. 64.1), lo que ha sido interpretado por la Corte en el sentido de abarcar, en general, “toda disposición, concerniente a la protección de derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable a los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema americano” (*Otros Tratados objeto de la función consultiva de la Corte*, OC- 1/1982, 24 de septiembre de 1982).

Más aún, la misma Corte señaló que puede rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pues el hecho de que no sea un tratado no significa necesariamente que carezca de efectos jurídicos y pueda por ello interpretarla en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta de la OEA y la Convención u otros tratados de derechos humanos (*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana*, OC-10/1989, 14 de julio de 1989).

Los Estados miembros de la OEA también podrán solicitar de la Corte opiniones acerca de la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (art. 64.2).

El incremento del ejercicio de la jurisdicción contenciosa ha ido parejo con una disminución de las solicitudes de opiniones consultivas por los Estados (cuatro en los últimos diez años). Ello no desmerece, sin embargo, la trascendencia de las cuestiones planteadas, caso de las de México, una, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (OC-16/99, 1 de octubre de 1999), y relativa la otra a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003), siendo este uno de los primeros pronunciamientos de un tribunal internacional sobre este tema. Por la primera, la CIDH estimó que “el ejercicio de su función consultiva no puede estar limitado por los casos contenciosos interpuestos ante la CIJ (*Avena y otros súbditos mexicanos*) y, por lo que hace al fondo, concluyó que la CV sobre relaciones consulares (1963) no sólo reconocía derechos al Estado, sino también “derechos individuales para las personas detenidas”.

643. La acción de la Comisión Interamericana frente a violaciones masivas de derechos humanos

En el sistema americano de protección de los derechos humanos, la Comisión Interamericana cumple una doble función, pues a las competencias mencionadas como órgano de control del Pacto, añade la capacidad de recibir y procesar denuncias o peticiones de particulares y entidades privadas en las que se aleguen violaciones de derechos humanos fundamentales. Se trata pues de un procedimiento de control extraconvencional, similar al ejercido en un plano universal por la extinta CDH y hoy por el Consejo de Derechos Humanos, que permite a la Comisión Interamericana investigar una situación particular u observar la situación general de los derechos humanos respecto de Estados miembros de la Organización regional, aunque no sean partes en la Convención Interamericana (caso, por ej., de Estados Unidos) o, siéndolo, no hayan reconocido la jurisdicción

de la Comisión conforme al Pacto. Esta facultad tiene su fundamento jurídico en la Carta de la OEA (de la que, recordemos, la Comisión es órgano principal) y en la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre (Estatuto de la Comisión de 1979, adoptado en La Paz, res. 447 de la AG de la OEA).

Resulta en este sentido interesante determinar los pasos dados en pro de la instauración de un procedimiento de este corte en el continente americano. Recordemos, en primer lugar, que la Comisión Interamericana fue inicialmente concebida (V Reunión consultiva de MRE, 1959), como un órgano autónomo que debía paliar la falta de órganos propios de control de los derechos humanos en el continente, en tanto no entrara en vigor la Convención Americana (que se demoró cerca de veinte años).

Estatutariamente (1960) la Comisión vio así limitadas sus competencias “a promover el respeto de los derechos humanos” y a considerar a mero título informativo las comunicaciones individuales recibidas, que desde su misma constitución fueron muy numerosas. Sin embargo, ya en 1961, la Comisión, invocando su facultad de hacer recomendaciones generales a los Estados miembros de la OEA (art. 9 de su Estatuto), interpretó que ello la facultaba para dirigirse a los Estados denunciados por violaciones concretas de los derechos humanos; práctica que fue legitimada por la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965), que reformó el Estatuto de la Comisión autorizándola a examinar “las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible con el fin de obtener las explicaciones que considere pertinentes, así como a formular las “recomendaciones que estime apropiadas en aras de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales” (res. XXII).

En el marco del procedimiento extraconvencional la Comisión Interamericana puede ejercer, entre otras, las siguientes atribuciones:

1) Estimular la conciencia de los derechos humanos en las Américas, para lo que realiza y publica estudios sobre temas específicos, así, por ej., sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas (2000), sobre terrorismo y derechos humanos (2002)...

2) Observar la vigencia general de los derechos humanos en los Estados miembros y, cuando lo considere conveniente, elaborar informes globales o, en su caso, especiales sobre la situación de un Estado particular (como, por ej., los redactados en relación con Paraguay (2001, tercero), Guatemala (2001, quinto), Venezuela (2003), Haití (2005)...

3) Realizar, mediando autorización del país en cuestión, investigaciones *in situ* (cerca de cien hasta la fecha) a fin de profundizar la observación general de los derechos humanos y/o investigar una situación particular (como la practicada en 2003 para evaluar el derecho de la mujer a no ser objeto de violencia y discriminación en Ciudad Juárez, México);

4) Iniciar un procedimiento de arreglo amistoso para mediar o conciliar disputas interestatales (como las ejercidas por la Comisión en el conflicto entre El Salvador y Honduras en 1969, o los buenos oficios prestados en relación con la situación de los rehenes en la embajada de la República Dominicana en Bogotá, 1980); y

5) Requerir, de oficio o a instancia de parte (Reglamento de la Comisión, art. 25), la adopción por parte de los Estados de medidas cautelares específicas en

casos de gravedad y urgencia de cara a evitar daños irreparables a las personas, toda vez que resulte necesario de acuerdo con la información disponible. La Comisión puede, asimismo, solicitar de la Corte Interamericana tales medidas cautelares (art. 63.2 del Pacto, v. *supra*).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre la protección internacional de los DH en general, en lengua española: K. Vasak, *La dimensión internacional de los DH*, Barcelona, 1984; P. Nikken, *La protección internacional de los DH: su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987; D. O'Donnell, *Protección internacional de los DH*, Lima, 1989 (2ª ed.); A. Blanc, *La violación de los DH fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, 1990; C. Grossman y P. Nikken, *Manual internacional de DH*, San José, 1990; A. Cassese, *Los DH en el mundo contemporáneo*, Barcelona, 1991; J.C. Hitters, *DI de los DH*, Buenos Aires, 1991; L. Díaz Muller, *Manual de DH*, México, 1991; C. Sepúlveda, *Estudios sobre DI y DH*, México, 1991; A. Sanjosé, *La protección de los DH en el ámbito del DI*, Valencia, 1992; J.A. Carrillo, *Soberanía de los Estados y DH en el DI contemporáneo*, Madrid, 1995 (2ª ed., 2001); S. Albanese, *DH: estudio de casos y opiniones consultivas*, Buenos Aires, 1997; O.L. Fappiano, *El Derecho de los DH*, Buenos Aires, 1997; F. Ruiz Ruiz, *DH y acción unilateral de los Estados*, Burgos, 2000; C. Fernández de Casadevante (ed.), *DI de los DH*, Madrid, 2001 (2ª ed., 2003); J.M. Sánchez Patrón, *La acción de las OI en casos de violaciones de los DH fundamentales en situaciones de violencia en Europa*, Valencia, 2001; *id.*, *Las OI ante las violaciones de los DH*, Oviedo, 2004; I. Hernández Gómez, *Sistemas internacionales de DH*, Madrid, 2002; C. Villán, *Curso de DI de los DH*, Madrid, 2002; M. Castillo, *DI de los DH*, Valencia, 2003 (2ª ed., 2006); F. Gómez Isa (ed.), *La protección internacional de los DH en los albores del siglo XXI*, Bilbao, 2003; V. Abellán, "La protección internacional de los DH: métodos internacionales y garantías internas", *Hom. A. Truyol*, Madrid, 1986, v. I, 29; A. Remiro, "Política de los DH y política con los DH", *REDI*, 1989, 107; C. Villán, "Significado y alcance de la universalidad de los DH en la Declaración de Viena", *REDI*, 1994, 505; *id.*, "Los desafíos del DI de los DH en el primer decenio del siglo XXI", *Hom. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, v. I, 803; A. Rodríguez Carrión, "DI, DH y Derecho interno", en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los DH en el siglo XXI*, Madrid, 1999, 253; J.M. Peláez, "La protección internacional de los DH a los cincuenta años de la Declaración Universal", en *Globalización, justicia social internacional y desarrollo*, Madrid, 2001, 113; F. Mariño, "En torno a la prohibición internacional de la tortura", *ibid.*, 401; A. Badía, "Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños", *Hom. J.A. Carrillo*, Sevilla, 2005, v. I, 177; C. de Ory, "La CIJ y los DH", *ibid.*, v. I, 431. **En otras lenguas:** T. Meron, *HR in IL*, Oxford, 1985; *id.*, *HR and Humanitarian Norms as Customary Law*, Dordrecht, 1989; L. Henkin, *The Age of Rights*, New York, 1990; A.A. An-Nanin (ed.), *HR in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus*, Filadelfia, 1992; *id.* y J.L. Hargrove (eds.), *HR: An Agenda for the Next Century*, 1994; A. Cançado (ed.), *A proteção dos DH nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*, San José de Costa Rica-Brasília, 1992; P. Claude y B.H. Weston, *HR in the World Community. Issues and Action*, Filadelfia, 1992; J. Oraa, *HR in States of Emergency in IL*, Oxford, 1992; *Broadening the Frontiers on HR. Essays A. Eide*, Oslo, 1993; J. Fitzpatrick, *HR in Crisis: The International System for Protecting HR during States of Emergency*, Filadelfia, 1994; *The Modern World of HR/El mundo moderno de los DH. Essays T. Buergenthal*, San José de C. Rica, 1995; N. Roht-Arriaza, *Impunity and HR in IL and Practice*, Nueva York, 1995; H.J. Steiner y Ph. Alston, *International HR in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford, 1996 (2ª ed., 2000); F.C. Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, Sao Paulo, 1996; G. Weeramantry, *Justice without Frontiers Furthering HR*, La Haya, 1998; T. Dunne y N.J. Wheeler, *HR in Global Politics*, Cambridge, 2000; R. Murray, *The African Commission on Human and People's Rights and IL*, Londres, 2000; L.A. Sicilianos (ed.), *The Prevention of IIR Violations. Contribution on the Occasion of the Twentieth Anniversary of the Marangopoulos Foundation for HR (MFHR)*, Atenas-La Haya, 2001; F. Butler (ed.), *HR Protection: Methods and Effectiveness*, La Haya, 2002; B.K. Goldewijk, A. Contreras y P.C. Carbonari (eds.), *Dignity and IIR. The Implementation of Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, 2002; R.

Provost, *International HR and Humanitarian Law*, Cambridge 2002; H.O. Sano y G. Alfredsson (eds.), *HR and Good Governance*, La Haya, 2002; F. Ougergouz, *The African Charter of Human and People's Rights*, Leiden, 2003; J. Symonides (ed.), *HR: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Dordrecht, 2003; F. Gómez Isa/K. de Feyter, *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, 2006; K. Vasak, "La paix et les droits de l'homme: vers un droit de l'homme à la paix", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. II, 1998, 577; A. Cançado, "The IL of HR at the Dawn of the XXIst Century", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. III, 1999, 145; P.A. Fernández Sánchez, "La violation grave des droits de l'homme comme une menace contre la paix", *RDISP-P*, 1999, 23; W. Czaplinski, "State responsibility for violations of HR", *Essays L. Haopei*, Londres, 2001, 71; E. Decaux, "Concurrence et complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des droits de l'homme", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. V, 2001, 719; P.G. Carozza, "Subsidiarity as a Structural Principle of International HR Law", *AJIL*, 2003, 38; A. Robinson, "Shaping Globalization: The Role of HR (Fifth Annual Grotius Lecture)", *ASIL Proceedings 97th*, 2003, 1. Entre las revistas especializadas: *HR Law Journal* (HRLJ).

Compilaciones de textos sobre DH: L.I. Sánchez Rodríguez, *DH. Textos internacionales*, Madrid, 1987 (2ª ed., 1991; y con J.A. González Vega, 2001); ONU, *Las NU y los DH (1945-95)*, Nueva York, 1995; A. Truyol, *Los DH. Declaraciones y convenios internacionales*, Madrid, 2000 (4ª ed.).

2. Sobre los derechos de solidaridad en particular, en lengua española: D. Uribe, *La tercera generación de DH y la paz*, Barcelona, 1993; F. Mariño y C. Fernández Liesa, *El desarrollo y la cooperación internacional*, Madrid, 1997; H. Fischer, *DI y ayuda humanitaria*, Bilbao 2000; J. Oráa, *DI y ayuda humanitaria*, Bilbao, 2000; J.M. Pureza, *El patrimonio común de la humanidad ¿hacia un DI de la solidaridad?*, Valencia, 2001; R. Bermejo y J.D. Douggan, "El derecho al desarrollo", *ADI*, 1985, 211; J.A. Pastor, "La protección internacional de los DH y la cooperación para el desarrollo", *AHLADI*, 1994, 11; M. Pérez González, "Algunas reflexiones sobre el derecho al desarrollo en su candidatura a derecho humano", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 321; J.M. Peláez, "La justicia social internacional, una tarea-reto para las NU del siglo XXI", en *Hacia una justicia internacional*, Madrid, 2000, 97. **En otras lenguas:** *Progress in the Spirit of HR. Festschrift F. Ermacora*, Estrasburgo, 1988; D.P. Forsythe (ed.), *HR and Development: International Views*, New York, 1989; Ch. Muzaffar, *HR and the New World Order*, Malasia, 1993; V.P. Nanda, G.W. Shepherd y E. McCarthy-Arnolds (eds.), *World Debt and Human Condition. Structural Adjustment and the Right to Development*, Westport, 1993; M. Darrow, *Between Light and Shadow. The World Bank, the International Monetary Fund and International HR Law*, Londres, 2003; N. Singh, "Right to Development and Sustainable Development as Principle of IL", *Studia Diplomatica*, 1988, 45. V. tb. biblio. Cap. XXXI (intervención humanitaria).

3. Sobre la protección universal de los DH, en lengua española: J. Oráa, *La Declaración Universal de los DH: un breve comentario en su 50 aniversario*, Bilbao, 1997; M. Balado y J.A. García Reguero (eds.), *La Declaración Universal de los DH en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998; P.A. Fernández Sánchez, *La desprotección universal de los DH (a la luz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los DH)*, Huelva, 1998; X. Pons, *La Declaración Universal de los DH: comentario artículo por artículo*, Barcelona, 1998; J.A. Carrillo, *Dignidad frente a barbarie: La Declaración Universal de DH cincuenta años después*, Madrid, 1999; A. Blanc (ed.), *La protección internacional de los DH a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, 2001; AA.VV., *Los derechos del niño. Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los derechos del Niño*, Madrid, 2002; N. Ochoa, *Los mecanismos convencionales de protección de los DH en las NU*, Madrid, 2004; C. Martí de Vesés, "El proceso de positivación de los derechos económicos, sociales y culturales en el DI", *Anuario de DH*, 1985, 175; H. Gros, "Las NU y los DH", *RFDUC*, 1987, 75; I.A. Pastor, "La protección de los DH en las NU: Aspectos humanitarios y políticos", *Cur. DI Vitoria* 1989, 15; A. Cançado, "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final de siglo", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., 345; G.R. Salas, "Los pactos internacionales incorporados a la constitución nacional", *AADI*, 1994-95, 175; M. Hinojo, "Al hilo de la Declaración de la AGNU sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas", *ADI*, 1996, 491; A. Salado, "La contribución de las NU a la humanización del DI", en P.A. Fernández Sánchez (ed.), *La ONU*,

50 años después, Sevilla, 1996, 129; C. Fernández Liesa, "Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional", en F. Mariño y C. Fernández Liesa (eds.), *Política social internacional y europea*, Madrid, 1996, 57; C. Moreiro, "Paradojas del sistema institucional internacional de protección de los derechos económicos, sociales y culturales", *ibid.*, 137; S. Ripol, "La respuesta desde el sistema universal de los DH a las violaciones graves de los derechos y libertades fundamentales", *Cur. Derechos Humanos Donostia-San Sebastián*, v. III, 2002, 155; F. Mariño, "Cuestiones actuales de regulación del procedimiento de examen de informes estatales por el Comité de NU contra la tortura", *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 171. **En otras lenguas:** M.J. Bossuyt, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, La Haya, 1987; T. Meron, *HR Law Making in the UN: A Critique of Instruments and Process*, Oxford, 1987; G. Johnson y J. Symonides, *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, París, 1990; A. Dormenval, *Procédures onusiennes de mise en oeuvre des droits de l'homme: limites ou défauts?*, París, 1991; D. Magoldrick, *The HR Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1991; Ph. Alston (ed.), *UN and HR. A Critical Appraisal*, Oxford, 1992; A. Eide, G. Alfredsson y G. Melander (eds.), *The Universal Declaration of HR: A Commentary*, Oslo, 1992; M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl-Estrasburgo, 1993; M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Oxford, 1995; A.E.C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Dordrecht, 1995; C. Tomuschat, *HR: Between Idealism and Realism*, Oxford, 2003.

4. Sobre la acción de la Comisión de DH y del Alto Comisionado de NU en particular, en lengua española: C. Escobar, *La Comisión de DH de NU y la violación de los DH y libertades fundamentales*, Madrid, 1987; T. Boven, "La Comisión de DH", en *La protección internacional de los DH. Balance y perspectivas*, México, 1983; J.A. Carrillo, "Una nueva instancia de protección internacional de los DH: el Alto Comisionado de las NU para los DH", *Forum Deusto* 1993-94, Bilbao, 75; X. Pons, "Revisitando a Martens: las normas básicas de humanidad en la Comisión de DH", *Hom. J.A. Carrillo*, cit., v. II, 1995. **En otras lenguas:** H. Tolley, *The UN Commission on HR*, 1987; J.A. Pastor, "Les procédures publiques spéciales de la Commission des droits de l'homme des NU", *R. des C.*, 1991, t. 228, 185. Acerca del nuevo Consejo de Derechos Humanos, en lengua española: N. Ochoa y E. Salamanca, "El Consejo de Derechos Humanos de las NU: un análisis preliminar", *REEI*, 12, 2006; C. Villán, "Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las NU", *ib.*

5. Sobre la protección de los DH en los sistemas regionales: el sistema europeo de protección y el Convenio Europeo de DH, en lengua española: E. García de Enterría, *El sistema europeo de protección de los DH*, Madrid, 1979 (2ª ed., 1983); J.M. Bandrés, *El TEDH*, Barcelona, 1983; M.A. Eissen, *El TEDH*, Madrid, 1985; M.T. Fernández de la Vega, *DH y Consejo de Europa*, Madrid, 1985; J.M. Morenilla, *El CEDH: ámbitos, órganos y procedimientos*, Madrid, 1985; P.A. Fernández Sánchez, *Las obligaciones de los Estados en el marco del CEDH*, Madrid, 1987; M.E. García Jiménez, *El CEDH en el umbral del siglo XXI*, Valencia, 1998; J.A. Carrillo, *El CEDH*, Madrid, 2002; A. Queralt, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, 2002; C. Morte, *El procedimiento ante el TEDH y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Valencia, 2004; J. Ruiloba, *El Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*, Madrid, 2004; J. García Roca y P. Santolaya (eds.), *La Europa de los derechos: el CEDH*, Madrid, 2005; J.A. Carrillo, "Protección de DH en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", *RIE*, 1991, 431; *id.*, "El proceso de internacionalización de los DH. El fin del mito de la soberanía nacional (II). Plano regional: El sistema de protección instituido en el CEDH", en *Consolidación de derechos y garantías...*, cit., 47; *id.*, M.C. Arcos y A. Salado, "La Declaración de Viena de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa", *RIE*, 1994, 119; N. Fernández Sola, "El dinamismo del sistema europeo de protección de los DH", en *Academia Europea de Jaca*, 1995, 103; F. Álvarez-Ossorio, "Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al CEDH y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor", *REDC*, nº 56, 1999, 135; A. Azurmendi, "TEDH (1959-99): cuarenta años de

jurisprudencia sobre el derecho a la información", *Comunicación y Sociedad*, n° 13, 2000, 7; J.A. Corriente, "El derecho de asociación política en la CEDH y en la práctica española reciente", *Hom. J.A. Carrillo*, cit., v. I, 401; L. Millán, "El derecho a la educación en la jurisprudencia del TEDH", *ibid.*, v. II, 921; J.A. Pastor, "Soberanía del Estado y DH. Sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares adoptadas por el TEDH", *ibid.*, v. II, 1001. **En otras lenguas:** J.A. Frowein y W. Renkert, *Europäische Menschenrechts Konvention. EMRK-Kommentar*, Colonia-Estrasburgo-Aquisgrán, 1985; P. van Dijk y G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the ECHR*, Deventer, 1990; J. Velu y R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 1991; M. Delmas-Marty y Ch. Chodkiewicz (eds.), *The ECHR: International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht, 1992; H.G. Schermers, *The Influence of the European Commission of HR*, La Haya, 1992; A. Bloed, L. Leicht, M. Nowak y A. Rosas (eds.), *Monitoring HR in Europe. Comparing International Procedures and Mechanisms*, Dordrecht, 1993; J.P. Gardner, *Aspects of Incorporation of the ECHR into Domestic Law*, Londres, 1993; R. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of HR*, Dordrecht, 1993; J.G. Merrills, *The Development of IL by the European Court of HR*, New York, 1993 (2ª ed.); A.H. Robertson y J.G. Merrills, *HR in Europe*, Manchester, 1994; T. Zwart, *The Admissibility of IIR Petitions. The Case Law of the European Commission of HR and the HR Committee*, Dordrecht, 1994; L.E. Pettiti, E. Decaux y P.H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, 1995; F. Sudre, *DI et européen des droits de l'homme*, París, 1995; H. Golsong y otros, *Internationalen Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Colonia, 1995-96; F.G. Jacobs y R.C.A. White, *The ECHR*, Oxford, 1996 (2ª ed.); E. Klein (ed.), *The ECHR*, Postdam, 1997; E. Guild (ed.) *The European Court of Justice on the ECHR: Who Said What, When?*, Londres, 1998; P. Van Dijk, *Theory and Practice of the ECHR*, La Haya, 1998; G. Romano, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo. Per un effettivo giusto processo*, Roma, 1999; S. Bertole, B. Conforti y G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padua, 2001; R. Toma, *La réalité judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme*, Baden-Baden, 2003; P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milán, 2004; R. Pisillo, "La riparazione per violazione dei diritti umani nel DI e nella Convenzione europea", *LCI*, 1998, 215; M. Kloth, "Immunities and the Right of Access to Court under the ECHR", *ELR*, 2002, 33; H. Tigroudja, "La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme", *RGDIP*, 2003, 601; L. Caffisch, "L'efficacité du système européen de protection des droits de l'homme", *Liber amicorum J.A. Pastor*, cit., 43; J.P. Costa, "La Cour européenne des droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme", *ibid.*, 101; Ch.L. Rozakis, "How Far Can We Go? Recent Developments of Strasbourg Case-Law on the Concept of 'Jurisdiction'", *ibid.*, 209; L. Wildhaber, "Constantes, évolutions et revirements dans la jurisprudence de la Cour européenne", *ibid.*, 229. V. asimismo el *Yearbook of the ECIR/Annuaire de la Convention européenne sur les droits de l'homme* (1958-59...), la *European IIR Law Review* o, para la práctica, los *HR Case Digest* y los *European HR Reports*.

6. España como Estado parte del CEDH, en lengua española: C. Fernández Casadevante, *La aplicación del CEDH en España*, Madrid, 1988; D.J. Liñán, "Efectos de las sentencias del TEDH y Derecho español", *REDI*, 1985, 355; F. Castro-Rial, "Consideraciones a la sentencia del TEDH en el asunto *Barberá, Messegue y Jabardo c. España*", *RIE*, 1989, 789; *id.*, "El derecho a un juicio equitativo", *RIE*, 1994, 1; C. Escobar, "Ejecución en España de las sentencias del TEDH", *REDI*, 1990, 547; *id.*, "Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia *Bultó*", *RIE*, 1992, 139; J. Bonet, "El problema de la efectividad interna de las sentencias del TEDH. El Tribunal Constitucional y la sentencia del TEDH sobre el asunto *Barberá, Messegue y Jabardo*", *Rev. Jur. Cataluña*, 1993, 59. **En otras lenguas:** J.A. Carrillo, "The International Dimension of HR during the Political Transition in Spain", *SYIL*, 1991, 3.

7. Acerca del sistema interamericano, en lengua española: C. García Bauer, *Los DH en América latina*, Guatemala, 1987; R. Nieto, *Introducción al sistema interamericano de protección de los DH*, Bogotá, 1988; *id.* (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de DH*, San José, 1994; M.E. Ventura y D. Zovatto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de DH. Naturaleza y principios, 1982-87*, Madrid, 1989; T. Buergenthal, R. Norris y D. Shelton, *La protección de los DH en las*

Américas, Madrid, 1990; D. Zovatto, *Los estados de excepción y los DH en América latina*, Caracas, 1990; A. Chueca, "Los DH protegidos en la Convención americana de San José de 1969", *REDI*, 1980, 33; *id.*, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de DH", *Anuario de DH*, 1985, 573; H. Gros, "Reflexiones en torno a la protección internacional de los DH en el ámbito regional americano", *Cur. DI Vitoria* 1987, 161; *id.*, "Opiniones disidentes y separadas en la Corte Interamericana de DH", *AADI*, 1987-89, 23; V. Abellán, "Impunidad de violaciones de los DH fundamentales en América latina", en *La Escuela de Salamanca y el DI en América*, Salamanca, 1993, 191; *id.*, "Los casos contra Honduras en la Corte Interamericana de DH", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., 397; R. Nieto, "Una reflexión sobre el sistema regional americano de protección de los DH", *AHLADI*, 1994, 171; A. Remiro, "Política de DH y política con los DH en Iberoamérica", en *Los DH en América: una perspectiva de cinco siglos*, Valladolid, 1994, 237; A. Cançado, "Evolución y desarrollo recientes en el agotamiento de los recursos internos en el sistema americano de protección de los DH", *ibid.*, 323; R. Labardini, "El Protocolo adicional a la Convención americana sobre DH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador", *Rev. Investigaciones Jurídicas*, n° 22, 1998, 180; C. Landa, "Protección de los derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana", *Rev. Instituto Interamericano de DH*, n° 27, 1998, 81; H. Fix-Zamudio, "Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de DH", en *Protección jurídica de los DH. Estudios comparativos*, México, 1999, 312; E. Rey Caro, "La competencia de la Corte Interamericana de DH. Reflexiones para una futura reforma", *Hom. J.A. Carrillo*, cit., v. II, 1201; C. Nash, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Desafío de Reparar las violaciones de estos derechos", *Revista IBDH*, 6, 2005, 81; M. E. Ventura, "La CIDH: la necesidad inmediata de convertirse en un Tribunal Permanente", *ib.*, 141; *Id.*, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de DH en materia de derechos civiles y políticos", *Agenda Internacional*, n° 23, 2006, 93. **En otras lenguas:** C. Medina Quiroga, *The Battle of HR. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Dordrecht, 1988; B. Santoscoy, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, París, 1995; H. Gros, "La Convention américaine et la CEDH. Analyse comparative", *R. des C.*, 1989, t. 218, 167; A. Cançado, "La capacité juridique internationale de l'individu dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine", *Hom. J.A. Carrillo*, cit., v. I, 293.

8. Sobre los DH de las minorías: v. biblio. Cap.IV.

Capítulo XXX

El Derecho Internacional Humanitario/los crímenes internacionales

CXLVII. CONSIDERACIONES GENERALES

644. *Derecho internacional humanitario, Derecho de los Derechos Humanos*

Pese a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 Carta, v. Cap. XXVI) la sociedad internacional parece abocada a padecer constantemente las convulsiones de la guerra. Esta realidad hace imprescindible el establecimiento de normas que regulen la conducción de las hostilidades e impongan a las partes en conflicto un *estándar humanitario* que impida que el *uso de la fuerza*, lícito o no, sea además, *incontrolado*. Esta es la finalidad de la reglamentación de los conflictos armados y del Derecho Humanitario Bélico.

Con un contenido amplio y envolvente la doctrina (así, Ch. Swinarski) se refiere al *DI Humanitario* como el conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, que restringen por razones humanitarias el derecho de las partes en un conflicto armado, internacional o no, a utilizar medios de guerra y protegen a las personas y bienes (que podrían ser) afectados por el mismo.

Este DI Humanitario aplicable a los conflictos armados cuenta, si sobrevolamos un cierto confusiónismo terminológico, con dos ramas interrelacionadas, pero históricamente distinguibles y dotadas aún de un cierto valor pedagógico: 1) El *Derecho de los conflictos armados* tiene por objeto la regulación de la conducción de las hostilidades y la imposición de límites a los medios de hacer la guerra. Sus normas, con un trasfondo humanitario, se encuentran especialmente vinculadas a las ideas de *necesidad, interés militar y conservación del Estado*. Se le llama también *Derecho de la Haya* por haberse celebrado allí sus convenios más señeros; y 2) El *Derecho Humanitario Bélico*, cuya atención se centra en las víctimas de los conflictos armados, está basado en el hombre y en las ideas de Humanidad. Se le llama también *Derecho de Ginebra*, por haberse concebido en esta sede sus principales instrumentos convencionales.

El DI Humanitario, como Derecho de los conflictos armados, se solapa con el llamado *Derecho del Desarme*, pues es obvia la influencia que tiene en la conducción de las hostilidades la prohibición de uso y de fabricación y almacenaje de armas que son particularmente dañinas o producen efectos indiscriminados o en masa.

Resulta indudable, por otro lado, que el DI Humanitario y, en particular, el *Derecho Humanitario Bélico* guarda una especial relación con el *Derecho de los Derechos Humanos* (v. Cap. XXIX). Sirvan como ejemplo los principios y normas para la prevención y represión del genocidio, aplicables en cualquier circunstancia, como ha recordado la CIJ últimamente (*Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio*, 1996). Sin entrar ahora en un análisis detallado sobre las diferentes formas de entender esta relación, a nadie escapa la finalidad común de todas estas normas: la protección de la persona y, en su caso, los grupos humanos. El *Derecho de los Derechos Humanos* establece el estándar de protección de la persona (y los grupos humanos) perseguido por el DI en condiciones de paz (o, mejor, ausencia de guerra); el *Derecho Humanitario Bélico* en situaciones de conflicto armado.

Como ha puesto de relieve la CIJ en su op. cons. sobre *las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004) en las relaciones entre el DI Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos podemos distinguir tres situaciones, según nos encontremos con: 1) derechos que pertenecen sólo al DI Humanitario; 2) derechos que pertenecen al Derecho de los Derechos Humanos; y 3) derechos que pertenecen a ambas parcelas del DI.

Frente a la afirmación (Israel) de que los Pactos de NU sobre derechos humanos no son aplicables en los territorios ocupados porque su objeto es la protección de los ciudadanos respecto de las autoridades de su propio Estado en tiempo de paz, la Corte sostiene que la protección que confieren esos tratados no cesa en tiempo de guerra o conflicto armado, a menos que operen las cláusulas de los mismos tratados que prevén la suspensión de algunos derechos en situaciones excepcionales, cumplidas determinadas condiciones (así, Pacto Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 4); los tratados son aplicables a los actos de un Estado en el ejercicio de su competencia aunque se ejecuten fuera de su propio territorio.

En consecuencia, las personas están protegidas en todo momento por normas internacionales, ya sean las relativas al Derecho de los Derechos Humanos, con alcance amplio o con las limitaciones permitidas en caso de tensiones internas (v. Cap. XXIX), ya sean las del DI Humanitario, con un contenido que puede ir desde las minuciosas reglas aplicables en los conflictos armados de carácter internacional hasta un *estándar humanitario mínimo* aplicable a los conflictos armados internos regidos por el artículo 3 común (de los Convenios de Ginebra).

645. Codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional Humanitario

Las *normas reguladoras* de los *conflictos armados* de origen consuetudinario se remontan a los mismos orígenes del DI. Francisco de Vitoria afirmaba a mediados del siglo XVI que nunca es lícito matar *intencionalmente* a los inocentes, una presunción que extiende a niños, mujeres, labradores, gente togada y pacífica, clérigos y religiosos, así como a los extranjeros y huéspedes que están entre los enemigos; era lícita en cambio la muerte *no intencionada* de inocentes cuando la guerra no podía desenvolverse de otro modo, así como tomar su dinero, destruir sus cosechas o matar sus caballos para debilitar al enemigo. Los prisioneros no podían ser castigados con la muerte ni sometidos a esclavitud, pero podía pedirse rescate por ellos. Todo esto,

naturalmente, entre cristianos. Alberico Gentiles (*De Iure Belli*, 1588-1589) condenaba como recursos bélicos el asesinato, el veneno, las serpientes y bestias feroces y el uso de artes mágicas. Hugo Grocio, autor de la primera obra completa y sistemática del DI, a la que titula *De iure belli ac pacis* (1625), se refiere a los *temperamenta* en la conducción de la guerra, si bien invocando la humanidad y la previsión —más que el Derecho— al servicio de la moderación. Grocio escribe en medio de la feroz *guerra de los treinta años* (1618-1648). El saqueo, el botín, la servidumbre, estaban demasiado arraigados en las costumbres de la guerra... que eran aún mucho peores cuando se hacía a pueblos infieles. Samuel Puffendorf (siglo XVII), a pesar de su plúmbea concepción racional-iusnaturalista, extremó el abandono del Derecho en la conducción de las hostilidades. En su opinión, la *ley natural* permitía todo lo que acortara el camino de la victoria y sólo cabía impetrar un uso magnánimo del *derecho ilimitado*, por consideraciones de humanidad. Estas consideraciones prosperaron en todo caso durante el siglo XVIII bajo el influjo de la Ilustración, los ejércitos profesionales y las llamadas *guerras de gabinete*. La idea de que ha de concederse un trato *humanitario* al extranjero enemigo al entablar las hostilidades encuentra una base ideológica en la concepción rousseauiana de la guerra como una relación exclusiva entre Estados y se proyecta en los tratados suscritos por Estados Unidos con Prusia (1784) y Gran Bretaña (1795). La humanización del Derecho de la guerra, germen del Derecho Humanitario Bélico, se encuentra en la obra de Emeric de Vattel (1758), la más difundida de la época, lo mismo que en el Proyecto de Paz Perpetua de Emmanuel Kant (1795).

El DI Humanitario fue de los primeros en iniciar su codificación, a mediados del siglo XIX. La aparición de ejércitos no profesionales, como consecuencia del establecimiento en algunos países del servicio militar obligatorio, y los progresos en materia de armamento son considerados motivos principales que hacen necesarias normas escritas que regulen la conducción de las hostilidades y establezcan unos principios mínimos de humanización en materia de socorro de los heridos y de trato de las víctimas.

Entre los primeros instrumentos con los que se pretendió dar respuesta a estas necesidades cabe mencionar la *Declaración de París* (1856) sobre la *guerra marítima*, la *Declaración de San Petersburgo* (1868) sobre la conducción de las hostilidades, que había de dirigirse sólo contra combatientes y objetivos militares, renunciando a medios de combate *pérfidos* o innecesariamente dañinos, y la *Declaración de Bruselas* (1874) sobre leyes y costumbres de guerra.

Por encima de estas Declaraciones brilló, sin embargo, el *Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña* (1864, revisado en 1906), considerado como la primera manifestación de Derecho Humanitario Bélico contemporáneo, auspiciado por la Cruz Roja, creada ese mismo año por un Henri Dunant conmovido por las cuarenta mil víctimas que habían quedado en el campo de batalla de Solferino (1859).

El siguiente hito lo marcan las Conferencias de la Paz celebradas en la Haya en 1899 y 1907 bajo los auspicios del Zar de todas las Rusias.

Dos de las Convenciones adoptadas en la Primera Conferencia concernían al *ius in bello*: la Convención sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre, que vino a recoger los principios esenciales existentes sobre la cualidad de los beligerantes, prisioneros de guerra, hostilidades y territorios ocupados, y la Convención para la aplicación a la guerra marítima de los principios contenidos en la Convención de Ginebra de 1864. Además, se elaboraron tres declaraciones sobre la prohibición de determinados medios de combate: gases asfixiantes, balas no cubiertas totalmente de una protección dura o provistas de incisiones (las denominadas *balas dumdum*) y lanzamiento de proyectiles o explosivos desde globos.

La *Segunda Conferencia de la Paz* adoptó *catorce convenios*, de los que doce interesan al *ius in bello*, a saber, la ruptura de las hostilidades (Convención III), las leyes y costumbres de guerra terrestre (Convención IV), los derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre (Convención V), el régimen de buques mercantes al empezar las hostilidades (Convención VI), la transformación de los buques mercantes en buques de guerra (Convención VII), la colocación de minas submarinas (Convención VIII), el bombardeo de las fuerzas navales en tiempos de guerra (Convención IX), la aplicación a la guerra marítima de los principios de la Convención de Ginebra (Convención X), las restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima (Convención XI), la creación del Tribunal de Presas Marítimas (Convención XII, que nunca entró en vigor), la fijación de derechos y deberes de los neutrales en caso de guerra marítima (Convención XIII) y la prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde globos (Convención XIV). Añádase a ellas una nueva Declaración sobre *balas explosivas*.

De todos los instrumentos mencionados la Convención IV, modificativa de la de 1899, sobre *leyes y costumbres de guerra terrestre*, constituye una referencia esencial en el desarrollo del Derecho de la guerra. Ahora bien, su aplicabilidad era muy limitada, ya que era imprescindible que *todos* los contendientes fueran parte en el tratado (cláusula *si omnes*). Ello impidió su aplicación en la Primera Guerra Mundial al participar en la contienda países —Serbia, Montenegro, por ej.— que no la habían consentido. No obstante la Convención marcó un rumbo: *disminuir los males de la guerra, en tanto las necesidades militares lo permitan, y reconocer un estándar humanitario mínimo irrenunciable* “bajo el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tal y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública”.

Nuevos esfuerzos codificadores se realizaron entre las dos guerras mundiales tanto en el ámbito del Derecho de los conflictos armados como en el del Derecho Humanitario Bélico. Así, por lo que hace al primero, se adoptó el Protocolo sobre la prohibición de gases asfixiantes, venenosos u otros métodos bacteriológicos (1925), no utilizados en la Segunda Guerra Mundial, pero sí por Estados Unidos en la de Vietnam, y el Protocolo de Londres (1936) sobre la guerra submarina. En cuanto al segundo, para suplir las deficiencias que en el *ámbito humanitario* había revelado la *Gran Guerra*, se adoptaron los Convenios de Ginebra (1929) sobre trato de los prisioneros de guerra, que sustituye al de 1864 (enmendado en 1906), y sobre protección de heridos de guerra terrestre. Ahora bien, mientras este último fue ratificado por todas las grandes potencias, el relativo a los prisioneros de guerra no había sido aceptado, en vísperas de la Segunda Guerra Mundial, ni por la URSS ni por Japón.

Pese a estos avances, las insuficiencias —sobre todo en relación con la protección de neutrales y no beligerantes en la mar en tiempo de guerra y la guerra aérea— eran patentes, y aún lo era más el problema de la *protección de la población civil*, ya planteado desde la Segunda Conferencia de Paz de la Haya y sobre el que se había volcado el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), especialmente una vez que se pudo constatar que la mayoría de las víctimas de la Segunda Guerra Mundial fueron civiles.

Por otro lado, era necesario modificar algunas de las bases sobre las que operaba la aplicación del DI Humanitario. Los medios de combate utilizados en esta contienda pusieron de manifiesto la imposibilidad de hacer efectivas las distinciones entre *estado de guerra y ruptura de las hostilidades*, *objetivos militares y civiles y combatientes y población civil*. Además, la exigencia del

reconocimiento de la condición de beligerante respecto de la otra u otras partes en conflicto para la aplicación de estas normas las hacía inaplicables a las guerras civiles y coloniales.

Por paradójico que a primera vista pueda parecer, la evolución del DI Humanitario no fue impulsada en la inmediata posguerra por la ONU, que orientó sus trabajos al desarrollo progresivo de los Derechos Humanos y a la celebración de Convenios de Desarme. La idea de que una vez prohibidos por la Carta la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4), el interés por el *ius in bello* podía debilitar la prohibición influyó, sin duda, en una actitud alimentada, también, por el escepticismo causado por las violaciones del DI Humanitario durante la Segunda Guerra Mundial.

Está, sin embargo, fuera de cuestión que, sea legal o no el uso de la fuerza, las normas del DI Humanitario son siempre aplicables. Lo que tal vez pueda cuestionarse es la disponibilidad para cumplirlas del *agresor* o las razones subyacentes a su observancia. La percepción pública de que es *moral* todo lo que es *legal* no incentiva precisamente la acción reguladora y ha sido uno de los alegatos utilizados por los negadores radicales del Derecho de la Guerra (*ius in bello*), que ven en él una coartada para hacer respetables comportamientos decididamente inmorales (y antijurídicos desde la creencia en un Derecho Natural). La patética división de la misma Corte de La Haya sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares* (1996) da argumentos a tales posiciones (v. Cap. XXVI, XXVIII).

Sea como fuere, el CICR, cuidando de sus propias criaturas, auspició una Conferencia intergubernamental (Ginebra 1949) en la que se adoptaron cuatro Convenios: 1) para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 2) para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 3) relativa al trato de los prisioneros de guerra y 4) relativa a la protección de personas civiles en tiempo de guerra. El alcance de estos convenios —los *Convenios de Ginebra*— es en la actualidad prácticamente universal.

Los tres primeros Convenios de Ginebra (1949) desarrollan la regulación preexistente, mientras que el cuarto, centrado en la *protección de las personas civiles*, es novedad; en su conjunto aportan un régimen de protección de las víctimas de los conflictos armados más amplio, no sólo material sino subjetivamente, al excluir la cláusula *si omnes*, y también más creíble, al incorporar mecanismos de control que, aunque imperfectos, pueden coadyuvar a su cumplimiento.

Las insuficiente protección dispensada por el Convenio IV, limitado a la protección de la población civil en poder o en territorio ocupado por el enemigo, y la preocupación suscitada por el fenómeno —creciente— de las guerras coloniales y civiles (los conflictos armados sin carácter internacional) extramuros del *Derecho de Ginebra* movilizaron al CICR y como resultado de una Conferencia celebrada (1974 y 1977) en la ciudad helvética se adoptaron los Protocolos I y II

(1977), adicionales a los Convenios de 1949. El I concierne a la *protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* y el II a la *protección de los conflictos armados sin carácter internacional*, habiendo recibido ambos una amplia aceptación (ciento sesenta y seis y ciento sesenta y dos Estados partes en octubre de 2006).

Recientemente la preocupación social y el rechazo que provoca la participación de los niños en los conflictos armados ha llevado a la adopción (2000) de un Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño (1989) que eleva a dieciocho la edad de reclutamiento forzoso y de participación en el desarrollo de las hostilidades. Junto a ello, los Convenios de Ginebra se han visto acompañados de un Tercer Protocolo adicional (2005) relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional.

Podía achacarse a los Convenios y Protocolos de Ginebra que trataban de proteger a la población civil en poder o en territorio ocupado por el enemigo, pero que ignoraban los efectos de las hostilidades sobre ella. Los hacedores del *Derecho de Ginebra* podían alegar en su descargo que esa era una tarea del Derecho de los Conflictos Armados o, en su caso, del Derecho del Desarme. Al fin y al cabo sus *escaramuzas* en este ámbito más allá de lo puramente declarativo habían sido siempre neutralizadas (por ej., proyecto de arts. del CICR, 1956, sobre protección de la población civil por los efectos de la guerra, aprobado por la Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Nueva Delhi, 1957, pero no aceptado por los Estados).

Los avances experimentados por el Derecho Humanitario Bélico tardaron en encontrar su réplica en el Derecho de los Conflictos Armados, que en los años cincuenta sólo aporta la Convención de la Haya para la *protección de los bienes culturales* y el Protocolo destinado a impedir la exportación de los bienes culturales del territorio ocupado en caso de conflicto armado y a imponer, en su caso, la restitución de los mismos (1954), normativa que a finales del siglo XX se vio mejorada con la adopción (1999) del Segundo Protocolo adicional a la Convención de La Haya.

El cruce del Desarme con los Derechos Humanos animó a las NU a considerar también desde el punto de vista humanitario las cuestiones armamentísticas, sobre todo a partir de la adopción por la AGNU de la resolución 2444 (XXIII), de 1968, sobre el respeto de los derechos del hombre en caso de conflicto armado, en la que se instaba al Secretario General a estudiar la posibilidad de elaborar convenios para la protección de la población civil. La misma Conferencia de Ginebra (1974 y 1977), si bien excluyó los problemas relacionados con armamento, convencional y no convencional (armas atómicas, bacteriológicas y químicas), hizo un llamamiento (Declaración núm. 22) para proseguir esfuerzos sobre este aspecto en el marco de la ONU que, para entonces, ya contaba con la Convención que prohíbe la preparación, fabricación y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y ordena la destrucción de las existentes (1972).

Entre los frutos de la acción posterior de NU cabe contar la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980), enmendada (2001), y que se ha visto acompañada de cinco Protocolos (sobre fragmentos no localizables, minas, armas trampa y otros artefactos; armas incendiarias; armas láser o cegadoras, y restos explosivos de la guerra) la relativa

a la prohibición de la preparación, fabricación, almacenamiento y empleo de armas químicas (1993), y la Convención 1997, sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción (1997).

646. *¿Un Derecho Internacional Humanitario general?*

La existencia de normas generales en el DI Humanitario ha sido expresamente admitida en algunos de los tratados de codificación y desarrollo progresivo y afirmada por la jurisprudencia internacional.

Las Convenciones de la Haya (1907) y los Convenios de Ginebra (1949), al prever la eventualidad de su denuncia, advierten que no tendrá efecto sobre las obligaciones que las partes hayan de cumplir en virtud de los principios del Derecho de Gentes, tal y como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública (Convenios de Ginebra I-IV, arts. 63, 62, 142 y 158 respectivamente). Una advertencia similar no se encuentra en las cláusulas de denuncia contenidas en los Protocolos adicionales (arts. 99 y 25 respectivamente), pero de ello no cabe deducir una postura contraria.

La aplicación de las disposiciones del Derecho Humanitario Bélico por los Tribunales de Nuremberg y Tokio con independencia de la limitación que representaba la cláusula *si omnes* constituye una prueba de su carácter consuetudinario. Por otra parte la CIJ (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986) ha afirmado la existencia de principios generales del Derecho Humanitario respecto de los cuales los Convenios de Ginebra constituyen o su expresión o su desarrollo, aunque la Corte no concretó cuáles de sus disposiciones habían alcanzado el carácter de norma general y su referencia se centró exclusivamente en los principios contenidos en el artículo 3 común, que es sólo un *estándar humanitario mínimo*. Más recientemente, espoleada probablemente por la jurisprudencia más decidida del TIPY y del TIPR, la Corte ha afirmado (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004) que el Reglamento de La Haya de 1907 sobre usos y costumbres de la guerra forma parte, a título consuetudinario, del DI general, lo que ha reiterado en *Actividades armadas en el territorio del Congo* (RD. del Congo c. Uganda, 2005), deduciendo de su incumplimiento la responsabilidad internacional de Uganda. En este caso la condición de partes de los Estados implicados en los Convenios de Ginebra (1949) y en sus Protocolos adicionales (1977) eximió a la Corte de cualquier pronunciamiento sobre el carácter consuetudinario de otras normas.

Ahora bien, más allá de lo previsto en el *artículo 3 común* y en el Reglamento de 1907, podría considerarse que determinados principios del DIH —*distinción, protección especial, trato humanitario, proporcionalidad*— y las normas que los concretan— prohibición de atacar a la población civil, realizar actos de violencia

con el propósito de que cunda el terror entre la población civil, utilizar medios de combate que causen males superfluos o indiscriminados o provoquen daños al medio ambiente, por citar algunas— forman parte del DI general. No sólo eso. Son *ius cogens*.

Puede parecer paradójico, pero no suele discutirse —ni siquiera por el presunto infractor— la obligatoriedad jurídica, con independencia del tratado, de normas reiteradamente transgredidas. Eso, lejos de ser un signo de debilidad como norma, es un signo de fortaleza, expresa su imperatividad. Obsérvese que los Convenios de Ginebra prohíben la celebración de acuerdos particulares entre las partes que supongan una reducción del nivel de protección, así como la renuncia a los derechos en ellos reconocidos (I-III, arts. 6 y 7; IV, arts. 7 y 8).

En la aplicación de las costumbres o usos de la guerra y de las normas generales de Derecho Humanitario Bélico los problemas suelen venir provocados por la calificación de los hechos y su posible subsunción en una de las excepciones a la norma. La *necesidad militar* y el *daño colateral* tienen a menudo consecuencias devastadoras sobre la vida, la integridad física de las personas y sobre las infraestructuras civiles. Un disfraz del crimen. Un conflicto armado, por su violencia intrínseca, no parece el escenario más adecuado para la aplicación de normas jurídicas que limitan la actuación de unos contendientes cuyo norte es la victoria.

CXLVIII. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

647. La normativa aplicable

Las normas aplicables a los *conflictos armados internacionales* (háyase reconocido o no el estado de guerra) y a los supuestos de *ocupación* (aunque no hayan encontrado resistencia militar) son las recogidas en los cuatro Convenios de Ginebra (1949) y en el Protocolo I (1977), sin que sea necesario que todas las partes en el conflicto sean partes a su vez en ellos (Convenios I-IV, art. 2 común; Protocolo I, art. 1.3). Eso facilita que se consideren dentro de su ámbito de aplicación, junto a los conflictos interestatales, los internos en que se produce una intervención armada extranjera de cualquier clase y las guerras de liberación colonial y nacional. Los Convenios anteriores sólo eran aplicables a las guerras internacionales regularmente declaradas y con reconocimiento del estado de beligerancia, siempre —además— que todos los implicados fueran partes en ellos.

Entre las innovaciones que introduce el Protocolo I dos merecen especial atención. En primer lugar, la gran victoria de los *nuevos Estados* en la Conferencia, a saber, la aceptación del carácter *internacional* de los conflictos originados como *consecuencia de la lucha descolonizadora*. Fue precisamente este hecho el

que restó importancia a la negociación del Protocolo II y mermó sustancialmente su contenido (v. *infra*).

En segundo lugar, el Protocolo I amplía la *protección de la población y bienes civiles*, a la que dedica el Título IV (arts. 48-58), al endosar como fundamental la obligación de las partes en conflicto de dirigir sus ataques sólo contra objetivos militares (art. 48). Se impone así un límite *objetivo a la* violencia bélica: el *objetivo militar*, lo que supone un cambio sustancial en relación con el Derecho anterior en el que el límite de la violencia bélica era *subjetivo*, basado en la distinción entre *nocentes e inocentes*.

La cuestión ahora estriba en distinguir un objetivo militar de otro que no lo es. El Protocolo define los objetivos militares como "aquellos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar" (art. 52.2) y presume que no lo son los lugares de culto, viviendas y escuelas (art. 52.3); pero introduce elementos de apreciación subjetivos, como la *ventaja militar* (art. 52.2 y 57), cuya valoración solo puede hacerse con exactitud una vez que el ataque se ha producido. Así, por ej., el bombardeo anglo-americano de la ciudad alemana de Desde (1944), que produjo una carnicería entre la población civil, sólo después se ha considerado *accesorio* para la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial.

El Protocolo I incluye también normas sobre *métodos y medios de guerra* (arts. 35-42), introduciendo los principios ya recogidos en la *Declaración de San Petersburgo* y en los Convenios de la Haya que eran considerados de carácter consuetudinario. Pero estas disposiciones guardan silencio sobre el empleo de las armas químicas, biológicas, nucleares y termonucleares.

La regulación contenida en estos textos constituye un Código a observar entre los beligerantes tanto en relación con los combatientes y personal sanitario, incluyendo sus establecimientos, formaciones y bienes (Convenios I y II y Protocolo I, arts. 8-34), como respecto de los prisioneros de guerra (Convenio III y Protocolo I, arts. 43-47) y población civil (Convenio IV y Protocolo I, arts. 48-79). Ahora bien, el cumplimiento de estas obligaciones no compete exclusivamente, como vamos a ver, a los beligerantes.

648. La obligación de cumplimiento y sus consecuencias

Pacta sunt Servanda constituye un principio general que inspira el cumplimiento de toda norma convencional (v. Cap. XV). Las partes en un tratado están obligadas a su cumplimiento. Pese al alcance general de esta obligación, los negociadores de los Convenios de Ginebra y del Protocolo I quisieron hacer hincapié en ella al incorporar (I-IV, art. 1 común; Protocolo I, art. 1.1) una disposición que expresa el compromiso de las partes de "*respetar y hacer respetar el presente Convenio (Protocolo) en toda circunstancia*."

Tal como está redactada esta disposición no puede considerarse sólo la expresión redundante del *pacta sunt servanda*. La referencia a un cumplimiento *en toda circunstancia* resalta su carácter general e imperativo, cerrando caminos a los pretextos que pudieran servir para justificar la inobservancia. Que la guerra

sea *justa* o *injusta* es irrelevante, como también lo son las violaciones que se imputen a otras partes en el conflicto. El cumplimiento de las obligaciones del DI Humanitario no está basado en la reciprocidad ni condicionado, por tanto, al cumplimiento por las otras partes; se trata de *obligaciones* incondicionales *erga omnes* (CIJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004). Otra cosa es que sólo las partes en los Convenios (y en el Protocolo I) o los Estados que sin serlo los acepten y apliquen (art. 2 común, párrafo 3º), dispongan de un título convencional para exigir el cumplimiento.

Arguyendo que el art. 2 común refiere su aplicación (párrafo 2º) a los casos de “ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante” Israel ha sostenido, en relación con el IV Convenio de Ginebra, que su aplicación *de facto* en Cisjordania (y Gaza) no es exigible *de iure* una vez que Jordania no ostenta título soberano sobre ese territorio. La CIJ (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004) rechaza esta pretensión, considerando que este párrafo no anula el 1º que dispone la aplicación del Convenio a cualquier conflicto armado entre Partes contratantes. La Corte recurre a los trabajos preparatorios del Convenio, que confirman la intención de los negociadores de proteger a la población civil bajo el control de la potencia ocupantes con independencia del estatus del territorio ocupado, un punto de vista sustentado por el mismo TS de Israel (s. 30 de mayo de 2004).

La imposibilidad de acudir a la reciprocidad para eludir el cumplimiento de estas normas fue confirmada en la CV sobre el Derecho de los Tratados (1969, 1986) cuyo art. 60.5 excluye las normas humanitarias de la posibilidad de terminación o suspensión que puede derivarse de la violación grave del tratado por una de las partes (v. cap. XII).

Por otro lado, la referencia que se hace a la *obligación de hacer respetar* (los Convenios y el Protocolo) convierte a todas las partes en responsables y garantes de su cumplimiento (v. *infra*). Ahora bien, para hacer realidad esta obligación es preciso que las partes se hayan preparado adecuada y oportunamente. En este sentido el Protocolo I es más específico que los Convenios cuando dispone (art. 80) que las partes contratantes y en conflicto “adoptarán sin demora todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les incumben” y “darán las órdenes e instrucciones oportunas para garantizar el respeto de los Convenios y del presente Protocolo y velarán por su aplicación.”

Entre las medidas preventivas encaminadas a posibilitar este cumplimiento se encuentran: 1) la *difusión y enseñanza* de estas normas y 2) la *información y comunicación* de determinadas actuaciones entre las partes. No así, 3) la presentación de *informes periódicos*.

1) Los cuatro Convenios (I-IV, arts. 47, 48, 127 y 144) prevén la *obligación de difundir* lo más ampliamente posible su texto, en tiempos de paz y en tiempo de guerra, y especialmente la de *incorporar su estudio* a los programas de *instrucción militar* y, si es posible, también *civil*, de modo que sus principios sean conocidos por el conjunto de la población, sobre todo de las fuerzas armadas combatientes, del personal sanitario y de los capellanes. El Protocolo I (art. 83) enfatiza esta obligación al resaltar sin paliativos la importancia de la difusión de estas normas entre la *población civil*.

El cumplimiento de esta obligación de *difusión e instrucción* repercute y se proyecta directamente en el cumplimiento de la que a nivel particular se ciernen sobre los *comandantes* en relación con sus subordinados (art.

87.2), y para hacerla posible el Protocolo I prevé la *formación de personal cualificado* (art. 6.1) y de *Consejeros jurídicos* (art. 82), que además jugarán también un papel relevante en el control de la observancia del DI Humanitario asistiendo en algunos casos a quienes tengan encomendada esa tarea.

La observancia de esta obligación de *difusión y enseñanza* constituye una garantía del respeto de estas normas al atajar algunos de los motivos que propician su violación, como son el desconocimiento, o una concepción extraviada del patriotismo o de la obediencia debida.

2) La obligación de *comunicarse las traducciones oficiales y las leyes y reglamentos* para facilitar su cumplimiento a través del depositario, o de las Potencias Protectoras en caso de conflicto armado, constituye una medida orientada a evitar diferencias de interpretación, (I-IV, arts. 48, 49, 128 y 145; Protocolo I, art. 84).

3) Los negociadores del Protocolo I se opusieron a la aprobación de una disposición en la que se preveía la obligación de presentar informes cada cuatro años. Sería oportuno revisar esta negativa. La presentación obligatoria de *informes periódicos* por los Estados partes sobre las medidas adoptadas para la ejecución de los Convenios y los Protocolos no es baladí. A tal efecto, lo más apropiado sería la adopción de un *Protocolo adicional* recurriéndose a un órgano *ad hoc*, o bien al CICR, como órgano de control.

En todo caso, la necesaria *coordinación y uniformidad* que haría menos conflictiva la aplicación de las normas del DI Humanitario se vería favorecida con la celebración —bajo los auspicios del CICR— de *reuniones de expertos gubernamentales* encargados en sus países de los planes de difusión e instrucción y de la adopción de las medidas legales o reglamentarias necesarias para la aplicación de los tratados.

649. *El control del cumplimiento*

La finalidad que se persigue con la puesta en marcha de los mecanismos de control consiste, en verificar su cumplimiento y detectar sus infracciones. En caso de que éstas se cometan, las partes en los Convenios y en el Protocolo I tienen la obligación de hacerlas cesar, reprimirlas y sancionar a sus autores.

La obligación de *hacer cesar* cualquiera de las infracciones sólo es operativa cuando tal actuación no es ocasional, sino permanente o continuada. Su cumplimiento incumbe no sólo a un Estado —sea el de la nacionalidad del autor o el del territorio en que se comete la infracción—, sino también, en consonancia con el art. 1 de los Convenios, a las demás partes, que habrán de poner en marcha los mecanismos a su alcance para conseguirlo.

Pese a la extendida aceptación del *Derecho de Ginebra* y al énfasis puesto en su obligatoriedad, la violación de sus normas se produce en demasiadas ocasiones, entre otras circunstancias por un defecto de control y de coerción. El incumplimiento, al parecer, compensa.

Para examinar los mecanismos de control de los Convenios y Protocolo de Ginebra es esclarecedor distinguir entre los medios de *autocontrol*, ejercidos por

las propias partes en el conflicto respecto de sí mismas, y los de *heterocontrol*, ejercidos por terceros.

Respecto de los primeros, es necesario tener en cuenta que son las autoridades militares de un Estado las que se encuentran en mejores condiciones para supervisar el cumplimiento de las normas del DI Humanitario. Por eso el Protocolo I (art. 87.1 y 3) hace de los *comandantes* un pilar del sistema de control, pues —dada la autoridad que tienen sobre los miembros de las fuerzas armadas que se encuentran a su cargo— se presentan especialmente capacitados para controlar la actuación de las tropas y el uso de las armas. Los comandantes están obligados a *impedir* que los miembros de las fuerzas armadas a sus órdenes *cometan infracciones* de los Convenios o del Protocolo, y a *promover*, en caso de que se produzcan, acciones disciplinarias o penales contra sus autores.

Los mecanismos de control encomendados a un tercero se articulan a través de: 1) las denominadas *potencias protectoras y sus sustitutos* (Convenios I-IV, arts. 8/9, Protocolo I, art. 5); 2) las propias *partes* en los tratados y 3) los *mecanismos de determinación de los hechos*.

1) Se entiende por *potencia protectora* “un Estado neutral u otro Estado que no sea parte en el conflicto y que, habiendo sido designado por una Parte en el conflicto y aceptado por la Parte adversa, está dispuesto a desempeñar las funciones asignadas a la Potencia protectora...” (Protocolo I, art. 2.1). Entre estas funciones deben mencionarse las de *conexión* entre las partes en conflicto, *socorro y verificación* del cumplimiento de las normas.

Las partes en conflicto están obligadas a facilitar la tarea de los representantes —personal diplomático o consular— y delegados —nacionales en todo caso de un Estado neutral— de las Potencias protectoras. Sólo exigencias militares imperiosas pueden autorizar, a título excepcional y transitorio, una restricción de su actividad.

El *curso* y el *control* de las Potencias protectoras se impone así a las partes, pero su designación, al exigir su acuerdo, puede en ocasiones resultar imposible. Es por eso que los Convenios previeron la entrada en juego de los denominados *sustitutos* —*organismo protector, Estado neutral o un organismo humanitario* (CICR), encargado sólo de las funciones humanitarias (*cuasisustituto o sustituto humanitario*)— (Convenios I-IV, arts. 10/11).

En la práctica el mecanismo de las *Potencias protectoras* y sus *sustitutos* no ha funcionado de manera satisfactoria, debido sobre todo a una falta de voluntad política que el Protocolo I (art. 5) ha intentado corregir: *a)* disponiendo la intermediación del CICR, o de cualquier otra organización humanitaria, para proceder a la designación de las Potencias protectoras si, por una u otra causa, el procedimiento está en punto muerto, y *b)* obligando expresamente a las partes en conflicto a *aceptar el ofrecimiento* del CICR o de cualquier otra *Organización* que reúna las mismas *garantías de imparcialidad o eficacia*, para actuar como *sustituto* (art. 5.4).

El Protocolo I ha potenciado, pues, el papel del CICR en el control del cumplimiento del Derecho Humanitario Bélico al configurarlo como *mediador cualificado* en la designación de las Potencias protectoras y *sustituto* de éstas. Ahora bien, su actuación habrá de contar, para ser eficaz, con la cooperación real de las partes. Por ello el CICR ha manifestado su intención de no actuar como *sustituto* si no cuenta con este apoyo. El CICR desempeña, además, un *papel autónomo* consistente en el ejercicio del *poder de iniciativa* (Convenios

I-IV, arts. 9/10) y las *funciones* que específicamente le otorgan algunas disposiciones como, por ejemplo, la visita a los campos de prisioneros de guerra o de personas civiles (III, art. 126; IV, art. 143), actividades de socorro (III, art. 125, IV, art. 142) y relacionadas con la Agencia Internacional de Información (III, art. 123; IV, art. 140).

Son muchas las actuaciones del CICR en los conflictos armados y su saldo final debe considerarse positivo. El CICR lleva a cabo una labor esencial e irreemplazable en la liberación de los prisioneros de guerra, en su seguridad como consecuencia de los registros que efectúa, en la presión que ejerce sobre las partes para que se comporten de conformidad con el Derecho establecido y, sobre todo, repriman y sancionen su incumplimiento. Sus fracasos son más consecuencia de la negativa de los Estados a colaborar que fruto de su propia actuación. De sus aciertos se considera razón esencial su actuación discreta y exenta de publicidad, así como su inequívoca postura contraria a apoyar en las armas la acción humanitaria.

2) *El control por las otras partes en los tratados.* Las partes en los Convenios y en el Protocolo I no sólo están obligadas a respetar y cumplir sus obligaciones, sino que el *artículo 1 común* les impone además, como ya hemos indicado, la obligación de *hacer respetar* sus disposiciones en toda circunstancia. Las partes en los convenios, cada una de ellas y todas en su conjunto, son así un *pilar* esencial del *control del cumplimiento* del Derecho Humanitario Bélico. La existencia de esta obligación nunca ha sido contestada y ha otorgado apoyo legal al CICR para llevar a cabo gestiones, individuales o generales, solicitando de los Estados que usen su influencia u ofrezcan su cooperación para asegurar el respeto de las normas.

Ahora bien, ¿a través de qué mecanismos pueden las demás partes hacer efectiva esta obligación de control y, de ser preciso, conminar a los beligerantes al cumplimiento del DI Humanitario? En buena lógica esta obligación debería ir acompañada de un procedimiento de verificación capaz de funcionar sin necesidad del consentimiento de los beligerantes. Pero esta posibilidad, aunque sugerida, nunca ha sido aceptada, al considerarse contraria con el principio de no intervención. Silentes los Convenios, el Protocolo I, junto a la referencia general a la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones (art. 80.1), sólo apunta a la posibilidad de convocar *reuniones* para estudiar *problemas generales* relativos a la aplicación del *Derecho de Ginebra* (art. 7). La *actuación* de las partes, conjunta o separadamente, en *cooperación con las NU* y de conformidad con la Carta, en el caso de que se hayan producido violaciones graves (art. 89) tiene una finalidad sancionadora más allá del control (*v. infra*).

Estas *reuniones*, por la limitación de su objeto a *problemas generales*, difícilmente podrán constituir un medio de control colectivo eficaz sobre el cumplimiento del Derecho Humanitario Bélico en un caso concreto. No obstante, es posible que el análisis de un problema general dé lugar a recomendaciones sobre la interpretación o la aplicación práctica de las normas que al clarificar el contenido de las mismas sirvan para evitar una de las causas del incumplimiento.

En todo caso, una observancia leal de la obligación sentada en el *artículo 1 común* de los Convenios y 80 del Protocolo I supondría la disposición de las partes para instaurar, dentro de los límites que impone el DI, en

general, y el Derecho Humanitario Bélico, en particular, los mecanismos a su alcance para conseguir de las partes en conflicto su respeto y, caso de haberse cometido violaciones, el cese inmediato de las mismas. Toda suerte de medida diplomática, económica o de otro carácter admitida por el DI puede y debe ser utilizada para hacer efectivo el cumplimiento de esta obligación.

3) Teniendo en cuenta que en ocasiones el ejercicio del control, sobre todo cuando existe la sospecha de que se han cometido violaciones, hace necesario el establecimiento de los hechos, los Convenios de Ginebra admitieron la posibilidad de que a petición de una de las partes contendientes se abra un procedimiento *ad hoc* de encuesta (I-IV, arts. 52, 53, 132 y 149); pero las dificultades para su puesta en marcha hicieron de este procedimiento letra muerta y provocaron la creación, en el Protocolo I, de una *Comisión de Encuesta* como órgano *permanente, imparcial y apolítico*, compuesto por quince miembros (art. 90.1).

La actuación de la Comisión en un conflicto dado está *condicionada* al *consentimiento de las partes*, que puede otorgarse *a posteriori*, una vez surgida la necesidad de investigación (art. 90.2.d), o *a priori*, mediante una declaración que puede formularse en cualquier momento en la que se reconoce *ipso facto* y sin acuerdo especial la competencia de la Comisión para proceder a una investigación acerca de las denuncias formuladas por otra parte contratante que acepte la misma obligación (art. 90.2.a). Por ahora (octubre de 2006) son sesenta y ocho los Estados que han aceptado la competencia de la Comisión, entre ellos España.

La creación y constitución de la Comisión Internacional de Encuesta supone un evidente *avance institucional*, pero hasta ahora la Comisión no se ha estrenado. La determinación de los hechos en conflictos recientes no se ha efectuado a través de este mecanismo, sino mediante comisiones *ad hoc* de NU. La falta de aceptación de la competencia por una de las partes implicadas, como ocurriera en el caso de Yugoslavia o de la RD. del Congo, el carácter no internacional del caso de Ruanda, o la confluencia de ambas circunstancias, como ha ocurrido en Burundi o Senegal, entre otros, pueden explicar esta inactividad en una época en que, lamentablemente, abundan las denuncias fundadas de violaciones del Derecho Humanitario Bélico cuya persecución reclama el más sólido establecimiento de los hechos.

La activación de la Comisión Internacional de Encuesta del Protocolo I pasa por establecer una *conexión* con la ONU. Su actuación podría ser sugerida a las partes por el C. de S., sugerencia que, actuando el Consejo en el marco del Capítulo VII de la Carta, podría revestir un carácter vinculante en virtud de la obligación asumida por las partes en el Protocolo (art. 89) y extenderse a todos los miembros de NU con base en el art. 103 de la Carta.

Alternativamente podría estudiarse la posibilidad de crear una *Comisión de Encuesta en el seno de las NU* que reuniera los *caracteres* de *permanencia, imparcialidad y carácter técnico* que concurren en la Comisión creada por el art. 90 del Protocolo I.

Al Estado le son imputables los actos cometidos por las personas que forman parte de sus fuerzas armadas (arts. 51, 52. 131 y 148 de los Convenios y 91 del Protocolo I) (v. Cap. XIX). El Protocolo I, al hacer referencia a la responsabilidad del Estado, utiliza la expresión *violaciones* para diferenciarla de las *infracciones* que parecen referirse exclusivamente a las trasgresiones imputables a los individuos a título personal. En caso de *violaciones graves* de los Convenios o del Protocolo I, éste prevé la obligación de las partes de actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las NU y de conformidad con la Carta (art. 89). Esta

disposición apunta a la eventual imposición de *sanciones* por el C. de S. conforme al Capítulo VII de la Carta cuando las violaciones se consideren por su gravedad una amenaza para la paz y seguridad internacionales (caso de conflictos armados *internos*) o sean constitutivos del *quebrantamiento mismo de la paz o de la agresión* (en los conflictos armados *internacionales*) (V. Cap. XXVII). Sin llegar a este extremo, el deber de cooperación —que alcanza a todas las partes, miembros o no de NU— puede concretarse en otras actividades de asistencia.

CXLIX. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

650. *La normativa aplicable*

Hasta 1949 los conflictos armados internos constituían una cuestión ajena al DI Humanitario, un asunto de la competencia exclusiva del Estado. La Carta de las NU apenas había modificado la situación; como sabemos, sólo en el caso de que el conflicto degenerara en una amenaza para la paz y la seguridad internacionales cabía adoptar medidas coercitivas con base en el Capítulo VII (art. 2.7 de la Carta). (V. Cap. XXVII).

La Conferencia de Ginebra de 1949, haciéndose eco del interés del CICR por establecer normas humanitarias aplicables a los conflictos internos, que por su carácter fratricida suelen ser de una violencia extrema, incluyó en los Convenios el *artículo 3 común*, del que se ha dicho constituye una Convención en miniatura sobre el Derecho Humanitario aplicable a los conflictos armados que no revisten carácter internacional.

Según esta disposición las Partes contendientes están obligadas a respetar una serie de normas mínimas que se traducen en: 1) la obligación de *trato humanitario e igual* respecto de cualquier persona que no participe en el conflicto, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o se encuentren por cualquier otra causa fuera de combate, y 2) la *obligación de socorro y cuidado* de los heridos y enfermos.

El *trato humanitario* impide a las Partes atacar contra la vida, la integridad corporal, la dignidad de la persona o su seguridad jurídica en materia penal. Este *estándar humanitario mínimo* puede, e incluso debe, ampliarse en virtud de acuerdos especiales que las partes han de esforzarse por conseguir (art. 3 penúltimo inciso). La conclusión de estos acuerdos y su aplicación al conflicto no repercute sobre el estatuto de las Partes.

Ahora bien, los acontecimientos desencadenados con posterioridad a 1949 demostraron la insuficiencia del *artículo 3 común*. Desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial la mayoría de conflictos armados son conflictos inter-

nos. La aplicación del *artículo 3 común* —principios muy generales— se ve condicionada por apreciaciones subjetivas. Fue por eso que la Conferencia de Ginebra (1974 y 1977) adoptó el Protocolo II, que viene a completar el *artículo 3 común* de los Convenios.

A diferencia del *artículo 3 común*, que no definía el *conflicto armado sin carácter internacional*, sino que sólo preveía su aplicación a los surgidos en el territorio de una de las partes, el art. 1 del Protocolo II especifica, con criterios objetivos, cuál es su alcance material, a saber, los conflictos armados no cubiertos por el art. 1 del Protocolo I y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

A la vista de esta definición cabría preguntarse si acaso el *artículo 3 común* conserva su autonomía y sigue siendo aplicable a los conflictos armados no internacionales que escapan al artículo 1 del Protocolo II, es decir, a los conflictos que podríamos llamar de *baja intensidad*, como disturbios o tensiones internas, expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Protocolo II. Sin embargo, una aplicación residual del *artículo 3 común* parece innecesaria en esos casos, por ser procedente el respeto del núcleo irreductible de los Derechos Humanos, afirmado en los Convenios correspondientes cuando regulan los estados de excepción (v. Cap. XXIX).

La aplicación residual del *artículo 3 común* es pertinente, sin embargo, en otros supuestos que escapan literalmente al Protocolo II. Cabe, en efecto, la existencia de un conflicto entre grupos armados de un solo Estado más allá de sus fronteras y sin una implicación contrastada del Estado vecino bastante para internacionalizar el conflicto. En un supuesto como éste el *artículo 3 común* debe constituir un mínimo humanitario de obligado respeto, si no se procede, como sería más lógico, a una interpretación extensiva de la definición del art. 1 del Protocolo II.

Las normas de Derecho Humanitario recogidas en el Protocolo II están estructuradas en tres Títulos: *Trato humano* (arts. 4-6); *Heridos, enfermos y náufragos* (arts. 7-12) y *Población civil* (arts. 13-18). En conjunto, la regulación es más breve y menos ambiciosa que la correspondiente a los conflictos armados internacionales, debido sobre todo a que, una vez reconocido el carácter internacional de las guerras coloniales, los *nuevos Estados* se manifestaron tan poco propicios como los *viejos* a aceptar obligaciones de carácter humanitario en el desarrollo de los conflictos armados internos.

651. El control del cumplimiento

Uno de los aspectos más negativos de esta regulación lo constituye la ausencia de mecanismos de control particulares —y de medidas de represión— de sus infracciones. Sólo se hace referencia (Convenios I-IV, art. 3 común, párrafo 2º) a

la oferta de servicios que puede hacer a las partes contendientes el CICR, cuya actuación habrá de contar en todo caso con el consentimiento de éstas. Sólo por la vía prevista y alentada de los acuerdos especiales podría arbitrarse el establecimiento de mecanismos de control.

No obstante, si las partes en los Convenios están obligadas a respetar y hacer respetar sus disposiciones, eso incluye también el *artículo 3 común*, lo que les compromete, aunque sea en términos genéricos, en el ejercicio de un control sobre el cumplimiento del Derecho Humanitario en los conflictos que no tengan carácter internacional.

CL. TERRORISMO Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

652. *Los “combatientes enemigos ilegales”: aplicación del art. 3 común de los Convenios de Ginebra*

La forma en que la Administración de Georges W. Bush está conduciendo su *guerra contra el terrorismo* a partir del 11-S ha creado un notable confusionismo sobre la aplicación o no de los Convenios (1949) y Protocolo I (1977) de Ginebra a quienes considera *combatientes enemigos ilegales*.

Para deshacer la madeja de los malentendidos y las interpretaciones políticamente sesgadas conviene puntualizar, en primer lugar, que una persona detenida por su presunta implicación en actividades terroristas sólo puede ser incluida en el ámbito del DI Humanitario si su apresamiento se produce en el contexto de un conflicto armado, internacional o interno. De no ser ese el caso, el tratamiento que pueda deparársele pertenece al campo del DI de los Derechos Humanos. Así podrían calificarse las situaciones de quienes, en Italia, Alemania y otros países han sido detenidos irregularmente para ser trasladados a centros de detención en terceros Estados donde han sido sometidos a interrogatorios bajo métodos coercitivos que no son compatibles con la prohibición de la tortura.

El estatuto de los presuntos miembros de *Al Qaeda* presos en Afganistán, Pakistán o Irak en el curso de los conflictos armados que se viven en la región sí puede ser considerado, además, a la luz de los Convenios (1949) y Protocolo I (1977) de Ginebra. Entre los diferentes motivos alegados por Estados Unidos para rechazarlo figura la afirmación de que la *guerra contra Al Qaeda* no es un conflicto entre Partes Contratantes (del que habla el art. 2 común, párrafo 1º, de los Convenios). Debe decirse que si la Administración de Georges W. Bush tuviera razón estos detenidos no caerían en un *vacío jurídico* sino que girarían en la órbita del DI de los Derechos Humanos. Pero realmente no tiene razón, porque el párrafo 2º del mismo artículo afirma la aplicabilidad del *Derecho de Ginebra* “en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio” de una Parte Contratante y el art. 3 común, establece en todo caso para cualquier clase de conflicto armado no

internacional que surja en el territorio de una Parte Contratante la obligación de aplicar un *estándar humanitario mínimo* que el propio artículo precisa. El art. 4 dispone la protección de “las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto u ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.

Si con *Rasul et al. v. Bush* (2004) el TS de los Estados Unidos acabó con el disparate de pretender que el centro de detención de Guantánamo (y lo mismo podría decirse de otros bajo control efectivo de la Administración norteamericana) está fuera de la jurisdicción federal por no encontrarse en territorio de los Estados Unidos, con *Hamdan v. Rumsfeld* (2006) ha afirmado que, por lo menos, el *art. 3 común* es aplicable a cualquier individuo, con independencia de su nacionalidad, implicado en un conflicto “en el territorio de una Parte” y, por consiguiente, a los presos en Guantánamo que fueron detenidos en Afganistán. La decisión se sitúa en el curso marcado en su día por el TPIY que en el caso *Tadic* (1995) afirmó que el *art. 3 común* es el estandar mínimo aplicable en cualquier conflicto armado, internacional o interno.

653. ¿Prisioneros de guerra?

¿Prisioneros de guerra? El art. 5 del Convenio III de Ginebra exige para ostentar esta condición el respeto del DI Humanitario, responder a las órdenes de un mando responsable, portar abiertamente las armas y signos distintivos de su condición militar. En caso de duda, *mientras un tribunal competente* se pronuncia al respecto debe reconocerse este estatuto a quien lo demanda, salvo que se trate de una pretensión manifiestamente infundada. De no ser prisioneros de guerra serán personal civil, detenido por presuntas actividades perjudiciales para la seguridad del Estado, lo que permitiría negarles los derechos y privilegios del Convenio IV de Ginebra en la medida requerida por la seguridad militar, debiendo ser *siempre* tratados *con humanidad* y conservando en todo caso su “derecho a un proceso equitativo y legítimo” tal como lo prevé el Convenio (art. 5).

Esos *tribunales competentes* no eran, desde luego, las *comisiones militares* ideadas por la Administración de Georges W. Bush (Orden Militar nº 1) y así lo ha declarado el TS en *Hamdan v. Rumsfeld*. No se trata sólo de que el Presidente no contara con la preceptiva autorización del Congreso para proceder a su creación ni, en su defecto, haber demostrado la *necesidad militar* para ello, sino de que el procedimiento diseñado infringe el *art. 3 común* al no respetar el derecho de las personas protegidas a ser enjuiciadas por un tribunal “dotado de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Al hilo de eso el TS observa que, aunque el *art. 3 común* no especifica cuales son esas garantías, debe entenderse que incluyen por lo menos el mínimo reconocido por el DI consuetudinario, que ve reflejado en el art. 75 del Protocolo I (1977). El procedimiento ante las Comisiones no lo satisfacen, especialmente al no garanti-

zar el derecho de toda persona a hallarse presente en su propio juicio y al permitir que un acusado sea privado del derecho a conocer las pruebas presentadas contra él, entre las que podrían encontrarse declaraciones de testigos no juradas y confesiones arrancadas por la fuerza.

Otra cuestión es la de si un particular puede invocar estos tratados directamente ante los tribunales, lo que ha venido negando el gobierno de los Estados Unidos con la alegación de que sus disposiciones no son *self executing* (v. Cap. XVII). El TS no lo desmiente, pero tampoco lo endosa inequívocamente pues, en definitiva, considera que la legislación de los Estados Unidos ha incorporados los derechos enunciados por los Convenios de Ginebra. El mentís al Gobierno sí fue expresado elocuentemente por el juez de distrito de Columbia, para quien el Convenio III de Ginebra era *self executing* porque había sido concluido para proteger a los individuos, había sido aplicado por el Poder Ejecutivo durante cincuenta años sin que nadie cuestionase la falta de medidas legislativas de ejecución, el Congreso había considerado innecesarias dichas medidas salvo en puntos concretos y nada en el Convenio revelaba la intención de las Partes de condicionar su eficacia interna a la promulgación de una legislación de desarrollo.

Lamentablemente, bajo una aparente diligencia en acomodar las medidas del Ejecutivo a los tratados y a la ley federal según la interpretación del TS, el Gobierno se apresuró a remitir al Congreso un proyecto de ley (*Enemy Combatant Military Commissions Act*, 2006) cuyo respeto de los mandatos judiciales es dudoso. En él se afirma, además, que los Convenios de Ginebra no son una fuente de derechos individuales invocables en juicio, siendo el cumplimiento de sus obligaciones una cuestión entre los Estados Partes. El Congreso, sustancialmente, lo ha hecho suyo.

CLI. LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES: LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

654. La responsabilidad penal internacional del individuo

El individuo, y no ya sólo el Estado, puede incurrir en responsabilidad internacionalmente exigible cuando incumple obligaciones del DI Humanitario dentro de comportamientos tipificados como delitos contra el *Derecho de Gentes* (*delicta iuris gentium*) y, más específicamente, *crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad*.

La respuesta sobre cómo hacer efectiva esa responsabilidad internacional se debate entre: 1) recurrir a los *órganos estatales* para la persecución y represión, aplicando en su caso el *principio de jurisdicción universal* (v. *infra*); y 2) crear *órganos internacionales* para enjuiciar a los presuntos culpables. En la práctica, hasta fecha reciente eran los *órganos estatales* los que asumían en exclusiva esta tarea.

Los Convenios de Ginebra (I-IV, arts. 50, 51, 130 y 147 respectivamente; Protocolo I, arts. 11.4 y 85.3 y 4) dispusieron expresamente, en relación con las *infracciones graves*, que las Partes debían contar con la legislación penal adecuada, aplicable

conforme al principio de jurisdicción universal a toda persona, nacional o extranjera, responsable de una de las conductas allí enumeradas (v. *infra*).

La persecución y represión de los *delitos contra el Derecho de Gentes* en general, y de los *crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad*, en particular, por los órganos estatales tiene su talón de Aquiles allí donde los presuntos criminales forman parte del aparato del Estado o encuentran en éste —y también en el medio social— una cobertura para sus actos. Es por eso que —sobre todo pensando en los *grandes criminales*— se ha venido sosteniendo de antiguo, antes incluso de las experiencias históricas de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio —donde los vencedores de la Segunda Guerra Mundial juzgaron a los vencidos— la creación de un Tribunal Penal Internacional que vendría a complementar las funciones encomendadas de ordinario a los órganos estatales, los cuales, a su vez, vendrían obligados a cooperar con aquél en diferentes planos, del policial al penitenciario. Por su carácter permanente, general y universal este Tribunal no merecería las críticas recibidas por tribunales *ad hoc* establecidos a remolque de los acontecimientos para actuar selectivamente, es decir, con criterios discriminatorios inducidos por el poder político. Ha habido que esperar hasta los últimos años del siglo XX para ver adoptado el texto que ha dado lugar a su nacimiento al comenzar el siglo XXI, con limitaciones y un futuro con puntos suspensivos.

655. Los Tribunales Penales Internacionales “ad hoc” subsidiarios del Consejo de Seguridad

Los miembros de NU, y en particular los miembros permanentes del C. de S., dieron carpetazo de inmediato, una vez ahorcados los criminales de guerra alemanes y japoneses, a cualquier proyecto de creación de un Tribunal Penal Internacional.

Así, en 1947 la AGNU (res. 177 II) rechazó la aprobación de un proyecto de tribunal incorporado como apéndice al proyecto de Convención sobre el Genocidio y encargó a la CDI que se limitase a preparar la formulación de los llamados *principios de Nuremberg* y un proyecto de Código sobre delitos (*crímenes* se les denominaría más tarde) contra la paz y la seguridad internacionales. En cumplimiento de este mandato la CDI aprobó (1950) la formulación de los citados principios y presentó (1954) a la AG un proyecto de Código. Los problemas planteados respecto de alguno de los tipos penales incluidos —como la *agresión*— provocaron un aplazamiento de su examen. Luego, a pesar de que la AG aprobó por consenso la definición de la agresión (res. 3314-XXIX, de 1974), hubo que esperar hasta 1981 (res. 36/106) para que se invitase a la Comisión a desempolvar sus trabajos. Quince años más tarde (1996) la CDI aprobó un Proyecto de Código de *crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad*, elevándolo a la AG para su adopción como texto convencional. Basta comparar el proyecto final de la CDI con el aprobado en primera lectura en 1991 para advertir la drástica disminución de los tipos contemplados, consecuencia de la aceleradísima pérdida de entusiasmo en su codificación.

Por estas fechas, sin embargo, sendos conflictos étnicos, primero en Yugoslavia y luego en Ruanda, conducían a quienes habían obstaculizado sistemáticamente la creación de un Tribunal Penal Internacional, a crear dos de lo mismo, una vez

más para hacerse cargo de crímenes localizados en un espacio y en un tiempo determinados. Fue así que el C. de S., actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, estableció (res. 808, de 1993), un Tribunal Internacional, compuesto inicialmente por once jueces, para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia, al que dio vida y dotó de un estatuto propio (res. 827, del mismo año). Asimismo, a petición del gobierno de Ruanda, aprobó la res. 955 (1994) por la que se creó un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en este país.

La creación de estos tribunales, pese a constituir una medida necesaria para intentar, al menos, el castigo de los culpables de crímenes particularmente odiosos, no deja de percibirse como una actuación política del C. de S. para paliar errores y omisiones en el desarrollo de estos conflictos. La utilización de una resolución del C. de S. para su creación viene justificada, en palabras del Secretario General y en opinión del propio Consejo, por la necesidad de *poner fin* a una situación que *amenaza la paz y seguridad internacionales* y, por ello, para hacer efectivas las disposiciones del Capítulo VII de la Carta. Sin embargo, resulta discutible que la creación de órganos con funciones eminentemente judiciales encuentre apoyo en sus arts. 40 y 41.

La competencia de estos tribunales se encuentra limitada tanto por razón de la materia, como por razón de la persona, tiempo y lugar:

Ratione materiae podrán conocer sólo de las violaciones graves del DI Humanitario enumeradas en los propios estatutos de los tribunales y que sólo son las consideradas como tales por el DI general. De ahí que su enumeración no sea coincidente con los actos recogidos en el proyecto de Código elaborado por la CDI (Estatuto del TIPY, arts. 2, 3, 4 y 5; Estatuto del TIPR, arts. 2, 3 y 4).

Ratione personae los estatutos destacan la responsabilidad individual de los autores (arts. 6 y 5 respectivamente) con independencia de su cargo político o militar y del hecho de que su actuación responda al cumplimiento de una orden gubernamental o de un superior jerárquico (arts. 7 y 6).

Ratione loci la competencia se encuentra limitada a los actos realizados en el territorio de los Estados citados. Pero la competencia del TPIR alcanza los actos de planificación y preparación del genocidio cometidos fuera de Ruanda, así como las violaciones graves del DI Humanitario cometidas en los campos de refugiados situados en los Estados vecinos.

Ratione temporis la competencia del Tribunal creado para la antigua Yugoslavia comprende los actos cometidos desde el 1 de enero de 1991; la del Tribunal para Ruanda los cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

La actuación de estos tribunales puede resultar concurrente con la de los nacionales. Por ello los Estatutos han previsto la *primacía de los tribunales internacionales* y el carácter de cosa juzgada de sus sentencias (arts. 10 y 9 respectivamente).

Todos los Estados miembros de NU están obligados a cooperar con ellos en términos que trascienden la normal cooperación y asistencia judicial, abarcando ámbitos que van de lo policial a lo penitenciario, para hacer posible y eficaz su labor. Esta obligación así creada —resolución del C. de S.— ha debido incorporarse para su cumplimiento a los ordenamientos internos de los Estados y exigido, dado su alcance, la adopción de medidas legislativas o reglamentarias.

En España la LO 15/1994 vino a cumplir estas exigencias en relación con la res. 827 (Yugoslavia), cuyo texto, además, fue publicado en el BOE. Respecto del Tribunal para Ruanda, en cambio, sólo se ha procedido a la publicación oficial de la res. 955.

A fin de acelerar las tareas de estos tribunales el C. de S. fue ampliando el número de magistrados permanentes, creó los magistrados *ad litem* asignados a casos concretos en las salas de primera instancia (2000) y desdobló la Fiscalía común para establecer un Fiscal para el TPIR (2003). En ese momento el C. de S. (res. 1503) requirió de ambos tribunales la adopción de medidas para ir cerrando sus actuaciones. En 2004 (res. 1534) el Consejo reclamó una agenda que condujera a la terminación de todos los procesos de primera instancia a finales de 2008 y la conclusión de todas las tareas en 2010. Eso supone la transferencia a los tribunales estatales de los crímenes imputados a acusados de rango intermedio o subalterno. El hecho de que algunos entre los más altos responsables permanezcan huidos y algunas jurisdicciones estatales no ofrezcan todas las garantías sobre su imparcialidad, ecuanimidad e independencia generan ciertas aprensiones sobre el calendario, impuesto por el cansancio de los contribuyentes.

656. La Corte Penal Internacional

En 1992 la AG (res. 47/33) pidió a la CDI que diese absoluta prioridad a la elaboración del proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional general. Concluido en 1994, el proyecto de la CDI sirvió de base a los trabajos del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una CPI creado por la AGNU (res. 50/46, de 1995). Dicho Comité preparó un texto refundido para su debate en la Conferencia diplomática de Roma, que adoptó el Estatuto de la CPI el 17 de julio de 1998, con ciento veinte votos a favor, siete en contra (Estados Unidos, Israel, China, Irak, Libia, Qatar y Yemen) y veintiuna abstenciones.

Su entrada en vigor, condicionada al consentimiento de sesenta Estados, se produjo el 1 de julio de 2002 y en la primavera de 2003 quedó constituida la Corte. Nos encontramos ante un importante avance institucional ensombrecido por la oposición activa de Estados Unidos a la Corte y a su Estatuto (v. *infra*) y la automarginación de países conspicuos.

Aunque el Estatuto cuenta (en octubre de 2006) con ciento cuatro Estados partes dista aún de la conveniente universalidad. No se trata sólo de una cuestión de número, sino de representatividad. Además de Estados Unidos, permanecen al margen Israel, China, India, Rusia, los países árabes (salvo Jordania) y un buen

número de países islámicos (como Indonesia, Irán Irak y Pakistán). Entre los latinoamericanos faltan Chile, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haití y Nicaragua.

Tal y como establece el Estatuto de Roma la CPI es una institución permanente, vinculada a NU por un acuerdo (art. 2), que se encuentra facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y que tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1). Posee personalidad jurídica internacional y la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.

La Corte está compuesta por dieciocho magistrados, número que podrá ser incrementado, a propuesta de su Presidente, por decisión de la Asamblea de las Partes adoptada por mayoría de dos tercios (art. 36.2).

La elección y mandato de los magistrados se encuentran regulados en el art. 36 del Estatuto. Las condiciones de elegibilidad son las habituales: nacionales de los Estados partes de reconocida competencia profesional e integridad moral amén, se añade, de buenos conocedores de una de las lenguas de trabajo de la Corte (inglés y francés). Los Estados partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la Corte haya una representación de los principales sistemas jurídicos del mundo, una distribución geográfica equitativa, y —he aquí la novedad— una representación *equilibrada* de magistrados hombres y mujeres. Las propuestas de los Estados partes pueden concretarse en nacionales de otro Estado parte, pero no podrá haber dos magistrados de la misma nacionalidad. El mandato es de nueve años, no renovable, produciéndose la renovación por terceras partes cada tres años.

En su organización interna la Corte esta integrada por cuatro órganos: Presidencia (Presidente y dos Vicepresidentes), Secciones y Salas compuestas por magistrados, Fiscalía (Fiscal y fiscales adjuntos) y Secretaría (Secretario y Secretario adjunto). Todas las personas que los integran gozan de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de sus funciones (art. 48)

La sede de la CPI se encuentra en La Haya, aunque podrá celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente (art. 3)

657. Limitaciones impuestas a la capacidad de actuación de la Corte Penal Internacional

La Corte ha nacido con limitaciones derivadas de su reducida competencia material y temporal, las exigencias impuestas para su actuación y su carácter complementario.

Ratione materiae a la Corte sólo se le ha atribuido competencia para conocer de un número limitado de crímenes internacionales. No todos los crímenes tipificados por el DI, que van más allá de los enumerados en el Estatuto, son susceptibles de enjuiciamiento por la CPI pero, sin duda, su competencia abarca los más graves (*core crimes*), a saber, la agresión, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, en particular cuando se cometan como parte

de un plan o política o como parte de su comisión en gran escala (arts. 5-8), si bien —como ya hemos advertido (v. Cap. XXVI, XXVII)— la inclusión del crimen de agresión es, por ahora, puramente nominal (arts. 5.2, 121 y 123) y respecto de los crímenes de guerra puede verse limitada, pues el art. 124 (una cláusula *opting out*, v. Cap. XI) permite a los Estados, al devenir contratantes, efectuar una declaración (como han hecho Colombia y Francia) excluyendo la jurisdicción de la Corte por un periodo de siete años respecto de los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales.

Ratione temporis la competencia de la CPI queda constreñida, a diferencia de lo que ha ocurrido respecto de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, a los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto (art. 11), algo que se ve reforzado cuando *ratione personae* se afirma que nadie (en todo caso una persona mayor de dieciocho años al cometer el crimen) será penalmente responsable por conductas anteriores a esta fecha (arts. 24 y 26)

La actuación de la Corte, salvo que sea el C. de S. —actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta— quien formule la denuncia y ordene una investigación, se hace depender del consentimiento del Estado donde se ha cometido el crimen o, alternativamente, del de la nacionalidad de los imputados (artículos 12-15), consentimiento que se deduce de la condición de parte en el Estatuto o puede efectuarse por los Estados no partes respecto de un caso concreto.

El Estatuto no ha llegado a afirmar la jurisdicción universal de la Corte, pero tampoco ha accedido a limitarla a los crímenes cuyos elementos territoriales y personales activos se acumulen en Estados partes, como pretendían Estados Unidos y otros países, a fin de *resguardar* de la competencia de la CPI a sus nacionales mediante el expediente de no participar en el Estatuto. El hecho de que personal civil y militar norteamericano pueda ser investigado y procesado por la Corte por la presunta comisión de crímenes en el territorio de un Estado parte (o de un tercer Estado, que admita su competencia en un caso concreto), a pesar de no ser Estados Unidos parte en el Estatuto, motivó su política de hostilidad activa, más que ninguna otra circunstancia (v. *infra*). Ha de tenerse en cuenta que ante un tribunal internacional no operan las inmunidades de los agentes diplomáticos (v. *infra*). Es ahí donde duele, pues carece totalmente de fundamento considerar abusiva una jurisdicción que se basa en una conexión territorial con el crimen.

La *competencia* de la CPI es *complementaria* de las jurisdicciones penales nacionales (Estatuto, preámbulo, párrafo 10º, art. 1) en un doble sentido: 1) los tribunales estatales han de proveer a la persecución de los crímenes que la Corte no asume en su Estatuto o no admite a trámite por no considerarlos de la *suficiente gravedad*; 2) dentro del espacio compartido la Corte, a diferencia de los TPI para Yugoslavia y Ruanda, no goza de prioridad, sino que es más bien subsidiaria de los tribunales estatales, en la medida en que el ejercicio de su jurisdicción está condicionado a la falta de actuación efectiva de aquéllos. No en vano tres de los cuatro motivos que provocan una decisión de inadmisibilidad (Estatuto, art. 17)

versan sobre actuaciones de los tribunales nacionales que mediante la investigación, el enjuiciamiento o el sobreseimiento pueden impedir la actuación de la CPI.

Se trata, eso sí, de una *subsidiariedad crítica*, pues la Corte puede asumir un asunto si considera que no hay a nivel estatal disposición o capacidad para actuar, o que el juicio realizado ha obedecido al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, no ha sido instruido de forma independiente o imparcial o lo ha sido de manera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20.3).

Además, el Estatuto prevé la inhibición del Fiscal en favor de los Estados si se tiene conocimiento de que alguno esta llevando o ha llevado a cabo una investigación sobre el asunto que ha sometido a la Corte, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida a petición del Fiscal autorizar la investigación (art. 18). Téngase en cuenta que los Estados partes y aquellos que ejercerían normalmente su jurisdicción pueden solicitar al Fiscal que se inhiba si, dentro del mes siguiente a la notificación por éste de su decisión de iniciar una investigación y de su inicio, comunican que están llevando o han llevado a cabo una investigación respecto de los actos a los que se refiere la notificación.

La competencia de la CPI es, por tanto, supletoria y está destinada a paliar las debilidades y carencias de la actuación de las jurisdicciones nacionales que mantienen intactas sus posibilidades de actuación respecto de todos los crímenes de competencia de la Corte. El Estatuto puntualiza que “nada de lo dispuesto en la presente parte (de la competencia, la administración y el derecho aplicable) se interpretará en el sentido que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de DI para fines distintos del presente Estatuto” (art. 10).

Tres son las vías para que la Corte ejerza su jurisdicción: 1) la remisión al Fiscal por un Estado parte de una situación en que parezcan haberse cometido crímenes estatutarios, a fin de que el Fiscal la investigue para determinar si se ha de acusar de su comisión a una o a varias personas determinadas; 2) la remisión de una situación al Fiscal por el C. de S., actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta; y 3) la actuación de oficio del Fiscal autorizado al efecto por la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 13-15).

En la actualidad (octubre de 2006) la CPI ha abierto actuaciones en tres casos, dos de ellos por iniciativa de Estados partes. Se trata de la RD. del Congo (abril de 2004), por hechos ocurridos en la región de Ituri, y de Uganda, respecto del *Ejército de la Resistencia del Señor*, que opera en el norte del país. El caso restante ha sido remitido por el C. de S. (res. 1593, de 2005) en relación con la situación de Darfur (Sudán). La Corte está considerando también otras situaciones que le han sido sometidas, entre ellas las de República Centroafricana y Costa de Marfil, país este que no es parte en el Estatuto de la Corte, pero que ha aceptado su competencia.

Las actuaciones del Fiscal en RD. del Congo y en Uganda se iniciaron en junio y julio de 2004. En el primer caso, un encausado (agosto de 2006) se encuentra ya a la disposición de la Corte en La Haya bajo la acusación principal del enrolamiento de *niños-soldados*. En el segundo se han emitido (octubre de 2005) varias órdenes de detención, aún no ejecutadas, de dirigentes del *Ejército de Resistencia del Señor*, que en el camino iniciado en 1987 para instaurar una teocracia con base en los diez mandamientos han liquidado a más de cien mil personas y forzado el desplazamiento de dos millones.

Por lo que se refiere a Darfur cabe recordar que en octubre de 2004 el Secretario General de NU estableció una Comisión internacional de encuesta cuyo informe (enero de 2005) sustanció un amplio número de crímenes de lesa humanidad y de guerra y recomendó la remisión de la situación a la CPI, dada la incapacidad o la falta de disposición del sistema judicial sudanés para actuar en la región. Siguiendo esta recomendación el C. de S. decidió (res. 1593, marzo de 2005) "remitir la situación de Darfur desde el 1º de julio de 2002 (fecha en que entró en vigor el Estatuto de Roma) al Fiscal de la CPI". Estados Unidos no votó a favor de la resolución, pero con su abstención (en la que le siguieron China, Brasil y Argelia) permitió su adopción. Cabe llamar la atención sobre el hecho de que el Consejo invoca "el Capítulo VII de la Carta" como fundamento de su decisión, pero no menciona el art. 13 del Estatuto, que es la disposición que habilita su iniciativa. Esta circunstancia es más llamativa porque el preámbulo de la resolución sí recuerda expresamente los arts. 16 y 98.2, a los que ha recurrido abusivamente Estados Unidos para marginar la acción de la Corte y perturbar la instrucción de eventuales procedimientos (v. *infra*). De acuerdo con esta actitud reticente, la parte dispositiva de la resolución obliga a Sudán y a las partes implicadas en el conflicto de Darfur a cooperar con la Corte, pero a los demás sólo los *exhorta* después de reconocer que "los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna" de hacerlo; asimismo decide que los nacionales y el personal de un Estado contribuyente que no sea parte del Estatuto queda sometido a la "jurisdicción exclusiva de ese Estado", a menos que renuncie expresamente a ella (coartando así la competencia de la Corte con base en el lugar de comisión del crimen); finalmente, imputa los gastos a las Partes en el estatuto de Roma y a contribuciones voluntarias. En junio de 2005 el Fiscal de la Corte decidió abrir una encuesta, al tiempo que Sudán establecía tribunales especiales en Darfur.

La creación de la CPI ha supuesto un gran avance. Su mera existencia ejerce un papel disuasorio del crimen. Su actuación mitigará los efectos discriminatorios que las jurisdicciones nacionales pueden provocar y contribuirá a la estabilidad de las relaciones internacionales evitando las perturbaciones que en ellas puede ocasionar el enjuiciamiento por los tribunales nacionales, especialmente cuando el fundamento de su jurisdicción es el principio de persecución universal (v. *infra*). No obstante, ha de subrayarse el papel *complementario* de la CPI, respecto de las jurisdicciones estatales *más naturales*, especialmente la del juez del lugar de comisión del crimen o de la nacionalidad de los responsables y/o de las víctimas. La Corte debería reservarse para las manifestaciones más graves de los crímenes. Su eficacia dependerá en gran medida de la que traduzcan sus reglas de procedimiento y prueba aprobadas por la Asamblea de Estados parte y, muy especialmente, de la colaboración que le presten éstos, supuesta una participación realmente universal.

En España la LO 18/2003, de Cooperación con la CPI, prevé el mecanismo de activación mediante una denuncia presentada por España de los procedimientos ante la Corte, se regulan los posibles conflictos de competencia entre la Corte y la jurisdicción española y las cuestiones relacionadas con la entrega de personas, cuestión de especial relevancia si tenemos en cuenta que ante la CPI no caben juicios en rebeldía.

658. La hostilidad activa de los Estados Unidos

En 1996 D.J. Scheffer, embajador de la Administración Clinton sobre *War Crimes Issues*, sostenía que "una Corte permanente con jurisdicción sobre graves violaciones del DI Humanitario, como genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra, es necesaria y debería ser creada". El problema es que ya

entonces dicha Corte se percibía por Estados Unidos como un instrumento del C. de S. y, en último término, como una herramienta de su política exterior. Cuando una concepción tan politizada de la represión del crimen se desplomó en la Conferencia de Roma, Estados Unidos trató de acorazarse para que la Corte no pudiera volverse en su contra.

De ahí que intentara la inclusión en el Estatuto de una moratoria decenal renovable sobre el crimen de genocidio, una exclusión de los crímenes cometidos por personas respecto de las cuales el Estado de su nacionalidad declarara que habían sido ejecutados “en el ejercicio de funciones oficiales”, la exigencia de que la aceptación del país de la nacionalidad del acusado fuera *conditio sine qua non* del ejercicio de jurisdicción, la autorización por el C. de S. de investigaciones y procesamientos, la posibilidad de formular reservas al Estatuto...

Aunque la actitud de Estados Unidos (y de otros países) aconsejó moderar el texto a fin de atraer su voluntad, hubo que plantarse llegados a un cierto punto, si no se quería caer en la insustancialidad de la institución judicial. Fracasadas sus pretensiones, Estados Unidos votó contra el texto.

El Estatuto, afirmaba el senador republicano Jesse Helms con su habitual desmesura, conduce a una “masiva disolución” de la autoridad del C. de S., debemos “matar al monstruo” que amenaza nuestros intereses, decía con verbo poético, antes de que crezca y acabe devorándonos. A partir de ahí lo más primoroso del pensamiento neoconservador urdió la patraña de la *ilegitimidad* de la Corte, de su falta de *accountability*, sin responsabilidad política, rehén de las ONG, interpretando maliciosamente el texto y dando por supuesto en jueces y fiscales una inclinación prevaricadora contra los Estados Unidos.

El 31 de diciembre de 2000 Estados Unidos, como Irán e Israel, firmó *in extremis* el Estatuto de la Corte. Fueron los *signatarios del último día*.

La firma del Estatuto por el Presidente Clinton puede ser analizada como un regalo envenenado a su sucesor, pero era también el medio que permitía a Estados Unidos a participar en el Comité preparatorio de la Corte para tratar de reducir por vía interpretativa, al elaborarse los textos relativos a los *elementos del crimen* y las reglas sobre *procedimiento y prueba*, el alcance del Estatuto, en cuya redacción ya se había dejado sentir esa influencia reductora.

Así, una vez con Georges W. Bush en la Presidencia, la primera expresión de la oposición de Estados Unidos al Estatuto debía ser desembarazarse de las obligaciones incoadas con la firma. Como sabemos (v. Cap. IX) el art. 18 de la CV sobre Derecho de los Tratados, declarativo de una norma consuetudinaria, obliga al signatario a abstenerse de actos que puedan frustrar el objeto y fin del tratado. De ahí que el 6 de mayo de 2002 se comunicara al Secretario General de NU, depositario del tratado, la intención de no llegar a ser parte advirtiéndole el decaimiento de cualquier obligación derivada de la firma.

A partir de ahí la pretensión de *aislar*, de dejar en *la oscuridad* a la Corte, se ha articulado en torno a tres ejes: 1) la presión sobre el C. de S. a fin de obtener resoluciones que garanticen que la Corte se abstendrá de actuar sobre sus nacionales, 2) la conclusión de tratados bilaterales de no extradición o entrega a la CPI, y 3) el establecimiento de una legislación interna que sancione a los

desafectos y permita proteger eficazmente al personal civil y militar de los Estados Unidos en el extranjero de la investigación y procesamiento de la Corte.

1) El 12 de julio de 2002, tras vetar la renovación de la Misión de las NU en Bosnia y Herzegovina (UNMIBH), Estados Unidos consiguió que el C. de S., invocando el art. 16 del Estatuto de la CPI, que lo faculta para, mediante resolución aprobada con arreglo al Capítulo VII de la Carta, *pedir* (esto es, *ordenar*) a la Corte que suspenda por un plazo máximo de doce meses, renovable, una investigación o enjuiciamiento iniciados, requiriera de la Corte en los términos más genéricos abstenerse de cualquier actuación “en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las NU y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes” durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002, salvo que el C. de S. adopte una decisión en contrario.

Este requerimiento fue renovado al año siguiente en los mismos términos (res. 1487, de 2003) y no lo fue en 2004, a pesar de la expresa intención de hacerlo el 1º de julio de cada año, porque cuando Estados Unidos circuló el correspondiente proyecto la divulgación de las violaciones del *Derecho de Ginebra* y de derechos humanos fundamentales por sus fuerzas en Irak y en otros países le impidió contar con la mayoría necesaria.

Salta a la vista que estas resoluciones suponían una clara desviación de poder, al dictarse al amparo del Capítulo VII de la Carta pese a la inexistencia de una situación que amenazase la paz y la seguridad internacionales, y un aprovechamiento abusivo de la facultad reconocida por el art. 16 del Estatuto, limitada a la suspensión de investigaciones o enjuiciamientos *ya iniciados* por la CPI que pudieran entorpecer o causar perjuicio a su actuación.

Particularmente desairada ha de considerarse la posición de quienes, como Francia y Gran Bretaña, eran partes en el Estatuto de Roma y además debían haber observado la *Posición Común* adoptada por la UE en el marco de la PESC (2001/443 y 2002/474).

Esta política del Consejo se extendió después a las autorizaciones *uti singuli* del despliegue de fuerzas multinacionales (así, res. 1497, de 2003, relativa a la misión en Liberia) con unas consecuencias que iban más allá, pues no contento el Consejo con excluir a la CPI, *decidió* en relación con los actos de dichas fuerzas que “los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea parte del Estatuto de la CPI *quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado aportante*”, a menos que medie renuncia expresa, despachando así la mismísima jurisdicción del Estado territorial.

2) La política norteamericana en contra de la CPI se basa también en la conclusión de tratados bilaterales por los que las partes se comprometen a no atender las solicitudes de detención y entrega de sus nacionales hechas por la Corte, forzando la interpretación del art. 98.2 del Estatuto de Roma, según el cual la Corte no puede exigir la entrega de una persona si con ello el Estado requerido se ve forzado a actuar de forma incompatible con las obligaciones que le impone un acuerdo internacional.

Teniendo en cuenta que la *obligación general de cooperar* con la Corte (arts. 86 ss. del Estatuto) es el punto de partida, cabe sugerir que el art. 98.2 respondía a

la necesaria toma en consideración de obligaciones convencionales anteriores al Estatuto y no pretendía ser una fuente habilitadora de acuerdos posteriores cuyo objeto era torpedear un principio esencial para la mejor satisfacción de su objeto y fin.

Las críticas deben dirigirse en todo caso a los Estados que eran signatarios e, incluso, partes en él (caso, por ej., de Rumania o de Honduras) obligados a abstenerse de actuar de manera que pudieran frustrarlo. En una circunstancia así la Corte podría constatar el incumplimiento de la obligación de cooperación, remitiendo la cuestión a la Asamblea de Estados partes (art. 87.7 del Estatuto), un gesto probablemente testimonial.

Ronda el centenar el número de acuerdos negociados por Estados Unidos, cuarenta en vigor y una veintena de ellos con Estados partes en el Estatuto de la CPI. Allí donde han sido celebrados sin autorización parlamentaria, siendo requerida, pueden plantearse dudas sobre su constitucionalidad, reverberando eventualmente en el orden internacional (v. Cap. XII).

Otros países han sido más discretos para obtener los mismos resultados. Así se ha aludido a un canje de notas entre Argentina y Estados Unidos por el que se extendería a los *marines* a título de personal técnico y administrativo la protección de la CV sobre Relaciones Diplomáticas (1961) (V. Cap. XXV). En el ámbito de la OTAN bastaba la red de acuerdos ya existentes, multilaterales y bilaterales para facilitar a Estados Unidos lo que pedía. De ahí que la posición contemporizadora de algunos miembros europeos de la OTAN en la UE para satisfacer la política de acuerdos de no cooperación con la CIP, proponiendo un diseño *blando* de los mismos, tenía para Estados Unidos el valor de exhibir frente al resto del mundo que incluso los adalides de la Corte, los miembros de la UE, admitían la conclusión de estos acuerdos.

3) Por último, la *American Servicemembers Protection Act* (2000), que entró en vigor el 2 de agosto de 2002, prohíbe la cooperación económica y administrativa (jueces, fiscales y funcionarios) de los Estados Unidos con la Corte mientras no ratifique su Estatuto, suspende la asistencia económica (salvo la humanitaria) y militar a Estados partes en el Estatuto a menos que celebren con Estados Unidos uno de los acuerdos de exclusión de cooperación con la Corte a los que hemos hecho referencia, y prevé, incluso, la posibilidad de intervenir militarmente para *rescatar* a sus nacionales procesados por la Corte; de ahí que se la haya llamado con cierta sorna *ley para la invasión de La Haya*. Nos encontramos ante actuaciones que de llevarse a efecto supondrían una violación en toda regla de los principios estructurales más elementales del DI, desde la soberanía territorial del Estado donde los eventuales *secuestrados* se encuentren (durante el procesamiento o cumpliendo condena, por ej.) a la norma que prohíbe el recurso a la fuerza armada.

659. Los tribunales penales mixtos

La creación de tribunales *ad hoc* como órganos subsidiarios del C. de S. o la de la CPI no son las únicas opciones imaginables frente a la jurisdicción nacional. El número limitado de partes en el Estatuto de la Corte y las limitaciones temporales de su jurisdicción (crímenes posteriores a la fecha de la entrada en vigor del Estatuto), junto con la animadversión de los Estados Unidos y la ocurrencia de

crímenes en países al margen de la CPI con un Poder Judicial en el que el prefijo *in* acompaña a competente y abandona a (in)dependiente, ha favorecido la promoción de fórmulas de carácter *mixto*. Se trata, ahora, de tribunales *ad hoc*, de *segunda generación* como los denomina el Secretario General de NU, compuestos por jueces nacionales e internacionales y creados por acuerdo entre NU y los respectivos Estados.

A este modelo responden, con sus variables, el Tribunal de Sierra Leona, creado para dar respuesta a las violaciones graves del DI Humanitario cometidas en este país desde el 30 de noviembre de 1996, y las salas especiales establecidas en Camboya para enjuiciar ahora a los ya viejos dirigentes de la llamada Kampuchea Democrática responsables de la muerte en cuatro años (1975-1979) de cerca de dos millones de personas, un tercio de la población. A ellos podría añadirse el tribunal especial para el Líbano (si finalmente se constituye), que debería enjuiciar a los responsables del atentado que en febrero de 2005 costó la vida al ex jefe de gobierno, Rafiq Hariri, y a otras veintidós personas, así como de otros atentados similares entre octubre de 2004 y diciembre de 2005 (o cualquier otra fecha posterior que decidan las Partes con consentimiento del C. de S.) si el tribunal determina que guardan relación entre sí.

Los tribunales o salas especiales de Sierra Leona, Camboya (y Líbano) no han sido creados (como lo fueron el TPIY y el TPIR) mediante una resolución del C. de S. en el marco del Capítulo VII de la Carta. *Auspiciados* por el C. de S. o por la AG (el de Camboya) a petición de los Estados concernidos, han sido creados mediante sendos acuerdos bilaterales de NU con cada uno de los Estados mencionados. Son internacionales en la medida en que su fundamento legal reposa sobre un tratado. También se diferencian del TPIY y del TPIR porque la composición de sus órganos es mixta, en parte nacional y en parte internacional, y la financiación de su presupuesto no responde a cuotas prorrateadas entre los miembros de la Organización, sino que su parte *internacional* ha de cubrirse con contribuciones voluntarias y, en momento críticos, con aportaciones puntuales de la ONU, a pesar de la insistencia del Secretario General de que sólo las cuotas prorrateadas en el presupuesto ordinario garantizan la viabilidad de estos tribunales.

El Tribunal especial para Sierra Leona arrancó cuando, atendiendo una solicitud del Presidente de este país, el C. de S. (res. 1315, de 2000) encomendó al Secretario General de NU que negociara un acuerdo a tal fin con el gobierno del país africano. El acuerdo fue suscrito el 16 de enero de 2002. El objeto del Tribunal es someter a juicio a las personas sobre las que recae la *mayor responsabilidad* por la comisión en Sierra Leona de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del DI Humanitario, así como delitos tipificados en el Derecho interno del país, a partir del 30 de noviembre de 1996 (fecha en que se había firmado el Acuerdo de Paz de Abidjan).

El tribunal se compone (a partir de enero de 2005) de dos Salas de Primera Instancia (compuesta cada una por tres magistrados), una Sala de Apelaciones

(de cinco magistrados), la Oficina del Fiscal y la Secretaría. El Secretario General de NU designa a dos de los miembros de cada Sala de Primera Instancia, a tres de los miembros de la Sala de Apelaciones, al Fiscal y al Secretario. La sede del Tribunal está en Freetown, la capital de Sierra Leona, pero puede celebrar sesiones en otros lugares. Los terceros Estados no estarían obligados a cooperar con él a menos que el C. de S. lo ordene, invocando el Capítulo VII de la Carta. En esto el tribunal de Sierra Leona, como los otros tribunales especiales, está en desventaja con el TPIY y el TPIR. La ejecución de penas puede llevarse a cabo en terceros países dispuestos a recibir condenados mediando los oportunos acuerdos.

En la medida en que la jurisdicción del tribunal, aunque preferente, es concurrente con la de los tribunales internos la dualidad de procedimientos, penas e instancias de ejecución favorece, en general, a los criminales más conspicuos, pues el tribunal especial (como el TPIY y el TPIR) ofrece de hecho mayores garantías de defensa, disfruta de mejores instalaciones, excluye la pena de muerte y controla más adecuadamente el cumplimiento de las penas. De ahí el riesgo de que una búsqueda de ejemplaridad acabe en la percepción pública de un privilegio.

El más celebre de los trece procesados por el Tribunal especial para Sierra Leona es el antiguo Presidente de Liberia, Charles G. Taylor, actualmente preso en La Haya, donde se desarrollará un juicio que, al parecer, hubiera sido muy desestabilizador política y socialmente en Freetown. Taylor fue procesado (marzo de 2003) cuando aún ocupaba la Presidencia de Liberia. Una orden de detención emitida en junio para ser ejecutada en Ghana, adonde se había desplazado para participar en unas negociaciones de paz auspiciadas por NU con movimientos liberianos insurgentes, no fue cumplimentada. Taylor abandonó la presidencia de Liberia en agosto en virtud de acuerdos que le permitieron retirarse a Nigeria. A finales de 2005 el C. de S. (res. 1637) autorizó a la MINUL, desplegada en Liberia, a arrestar al antiguo presidente si volvía a su país y a transferirlo a Sierra Leona para ser juzgado, como así, finalmente, se hizo.

Hablar de un tribunal especial para Camboya sería literalmente incorrecto, pues lo que allí finalmente se ha constituido en julio de 2006 son unas salas especiales creadas por ley interna (2001) e integradas en la estructura judicial de Camboya. Se trata, pues, de un tribunal estatal, con algunos componentes internacionales resultantes de la asistencia solicitada por el gobierno camboyano en 1997, concretada en un acuerdo aprobado por la AG en 2003 (res. 57/228 B), acuerdo consentido por Camboya definitivamente en diciembre de 2004 y puesto en marcha sólo una vez que el Secretario General de NU se aseguró la mayor parte de las contribuciones voluntarias que debían permitir el funcionamiento de las Salas por los tres años previstos de duración de los procedimientos contra los más altos dirigentes aún vivos de la Kampuchea Democrática y los máximos responsables del genocidio, los crímenes de lesa humanidad, las transgresiones graves de los Convenios de Ginebra (1949) y otros delitos cometidos entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979.

El afán de la Secretaría General de negociar un tribunal según el modelo del de Sierra Leona, temiendo que, de no ser así, el “precario sistema judicial” camboyano, acabaría arrastrando al descrédito a las salas especiales concebidas

por el gobierno local, explica la duración de la negociación y el descreimiento de la Secretaría en los frutos del texto finalmente adoptado. La Secretaría se resistió a entender que Camboya quería ser *asistida* en la administración soberana de justicia, no *sustituida*.

En el sistema convenido los magistrados camboyanos son mayoría frente a los internacionales, tanto en la Sala de Primera Instancia (tres a dos) como en la llamada Sala de la Corte Suprema, que opera como Sala de Apelaciones (cuatro a tres). Como garantía de ecuanimidad las decisiones se han de tomar por una mayoría reforzada de cuatro y cinco miembros respectivamente. Asimismo, Fiscal y Juez de Instrucción están duplicados, uno nacional y otro internacional, lo que obliga a formar una Sala de Cuestiones Preliminares (tres y dos) para zanjar sus diferencias. Todos los nombramientos son hechos, por lo demás, por el Consejo Supremo de la Magistratura de Camboya, aunque las propuestas de miembros de las Salas son hechas por el Secretario General en listas de no menos de siete candidatos y las de fiscal y juez de instrucción en listas de dos candidatos. Sólo el Director adjunto de la Oficina de Administración, que se ocupa de los componentes internacionales, es nombrado por el Secretario General.

El Tribunal especial para el Líbano tiene su origen en las res. 1644 (2005) y 1664 (2006) del C. de S., en las que, respondiendo a una solicitud del gobierno libanés, se acabó pidiendo al Secretario General que negociase con dicho gobierno un acuerdo para su establecimiento. El gobierno libanés aprobó el proyecto de acuerdo el 13 de noviembre de 2006, a costa de la dimisión de algunos ministros. El informe del Secretario General, con el texto del acuerdo y del Estatuto del tribunal como anejos, fue distribuido dos días después. Una vez que el C. de S. lo ha aprobado aplicando el método de silencio o no objeción de ningún miembro del Consejo, la conclusión depende de la notificación por Líbano de que se han cumplido los requisitos legales para ello. Las objeciones del Presidente de la República, que considera el acuerdo y la decisión del gobierno inconstitucionales, han originado una situación delicada.

El acuerdo otorga competencia al tribunal para enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que costó la vida a Rafiq Hariri y a otras personas, así como otros atentados similares ocurridos entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 (o incluso después, si lo acuerdan las partes con el consentimiento del C.de S.) si el tribunal estima que están relacionados.

No obstante, la falta del respaldo necesario en el C. de S. para calificar los hechos como crímenes de lesa humanidad hace que el Derecho aplicable sea el libanés, en particular las disposiciones del Código penal sobre terrorismo, delitos contra la vida y la integridad personal, asociación ilícita y otras, así como la Ley de 11 de enero de 1958 (arts. 6 y 7) sobre el agravamiento de penas por sedición, guerra civil y lucha entre confesiones religiosas. El Estatuto del Tribunal excluye en todo caso la penas de muerte y los trabajos forzados (existentes en el Código penal libanés).

El tribunal consta de una Sala de Primera Instancia (de tres miembros) y otra de Apelaciones (de cinco), más un juez de instrucción, el fiscal, la secretaría y la oficina de defensa. En los órganos colegiados la mayoría la forman los magistrados internacionales, nombrados por el Secretario General, lo mismo que el juez de instrucción, el fiscal, el secretario y el jefe de la oficina de defensa. El fiscal cuenta con un adjunto libanés, nombrado por el gobierno del país. La sede se sitúa fuera

del Líbano. La jurisdicción del tribunal es concurrente con la de los tribunales ordinarios libaneses, pero preferente sobre ellos. Si se quiere obligar a terceros Estados a cooperar con el tribunal el C. de S. deberá adoptar una resolución ordenándolo con base en el Capítulo VII de la Carta.

En cuanto a la financiación, Líbano se compromete a asumir el cuarenta y nueve por ciento de los costes. Para el resto el Secretario General se pronuncia una vez más por las cuotas prorrateadas, pero es consciente de que los miembros de la ONU pueden preferir, también una vez más, las contribuciones voluntarias, pudiendo ambas combinarse de manera que al menos las investigaciones se prorrateen como gastos de la Organización (art. 17 de la Carta).

Un componente internacional en la administración de justicia ha habido en territorios bajo administración de NU, como Timor Leste y Kosovo (aunque los crímenes cometidos en la provincia serbia caen bajo la jurisdicción preferente del TPIY). Una vez independiente Timor Leste, el funcionamiento del tribunal especial (nacional) de derechos humanos, creado para juzgar a las personas acusadas de crímenes de lesa humanidad cometidos entre abril y septiembre de 1999, ha sido tan insatisfactorio que una comisión de expertos designada por el Secretario General para evaluarlo aconsejó (2005) la incorporación de un componente internacional si se pretendía que jueces y fiscales hiciesen bien su trabajo. De no ser así, la Comisión recomienda que el C. de S. establezca un tribunal internacional a semejanza de los TPI para Yugoslavia y Ruanda, o que considere la posibilidad de recurrir a la CPI para instruir y procesar a los responsables de crímenes graves perpetrados en Timor Leste. Hay que recordar que según el informe (2006) de la *Comisión de la Verdad* (2001) la política del ejército de ocupación de Indonesia entre 1974 y 1999 provocó entre ochenta y cuatro mil y ciento ochenta y tres mil muertes.

CLII. LOS TRIBUNALES ESTATALES: EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

660. *Los crímenes frente a los jueces estatales*

Los crímenes de DI (agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) responden a tipos que cabe entender consolidados en la actualidad. El punto puede ser debatido por lo que se refiere a la *agresión* (v. Cap. XXVII), pero tratándose de los otros cabe afirmar que la CDI, al elaborar un proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1996, arts. 16-18 y 20), y la Conferencia de Roma, al adoptar el Estatuto de la CPI (1998, arts. 5-10) y, luego, al perfilar los elementos del crimen, realizaron un extraordinario trabajo de codificación y desarrollo normativo que ha acabado inspirando la acción legislativa en numerosos países cuyos tipos criminales se han adaptado a los del Estatuto, materialmente o por referencia.

Después de instruir la acción legislativa, las normas internacionales permanecen como parámetros de interpretación de los tipos penales y facilitan la aplicación del principio de *equivalencia* entre los tipos incorporados por los diferentes ordenamientos estatales. Sólo así cabe, por ej., sostener la condena en España de A. F. Scilingo como autor de un delito de lesa humanidad en Argentina (AN, s. num. 16/2005). El delito de lesa humanidad se tipifica como tal en el Derecho español en el art. 607 bis del CP que entró en vigor el 1 de

octubre de 2004 y no figura mencionado expresamente entre los susceptibles de persecución universal por el art. 23.4 de la LOPJ (1985). La imputación original había sido por genocidio (delito sí incluido en la relación del art. 23.4), que la Audiencia descarta por estimar que, una vez tipificado el delito de lesa humanidad, el genocidio “queda reducido ahora a situaciones muy específicas que estima el Tribunal que no se dan en el presente caso”. La AN explica que con anterioridad había que acudir a “una interpretación amplia del delito de genocidio” para paliar la inexistencia de una tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el ordenamiento español, “ajustando el concepto técnico primitivo superrestringido que se contenía en la Convención sobre Genocidio a la evolución que se había producido posteriormente en el seno de la sociedad internacional”. Desde el punto de vista de la persecución universal cabe estimar que los crímenes contra la humanidad, una vez tipificados en el Derecho español y siendo España parte además en el Estatuto de la CPI, no han de ser ahora de peor condición que cuando se subsumían en una interpretación amplia del genocidio o acudiendo a los tipos del terrorismo y las torturas. La asunción del principio de persecución universal por el TC es lo suficientemente enfática para considerar que no ha de endosar posturas muy formalistas cuando está en juego la defensa de valores fundamentales de la humanidad. Hasta aquí la AN. No obstante, no parece plausible que el legislador haya asumido la modificación del art. 23.4 de la LOPJ en julio de 2005, para someter al principio de persecución universal los delitos relativos a “la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España” (LO 3/2005) y no se haya hecho otro tanto con los crímenes de lesa humanidad.

Que los jueces del Estado en que se ha cometido el crimen gozan de competencia es indudable. El principio de territorialidad lo avala. El *locus delicti* es la conexión más natural de la jurisdicción penal. Tampoco se discute la competencia de los jueces del país de nacionalidad o residencia de los sujetos presuntamente responsables (basada en el principio de personalidad activa) y también cuenta con adeptos, aunque es más discutida, la competencia de los jueces del país de nacionalidad o residencia habitual de las víctimas (basada en el principio de personalidad pasiva) (v. Cap. III).

Sin embargo, si lo que se plantea es la competencia de los jueces de un Estado cuando los hechos se han producido en el extranjero y los sujetos implicados, activos o pasivos, carecen de conexión con el foro la respuesta no es pacífica. Con otras palabras, ¿es conforme con el DI en vigor una competencia fundada en el principio de persecución universal? Antes de dar una respuesta conviene distinguir este principio de la regla *aut dedere aut iudicare* con la que, en ocasiones, se confunde.

661. La regla “*aut dedere aut iudicare*”

Si el Estatuto de la CPI parte de la complementariedad de la Corte con los jueces estatales (v. *supra*) el curso de la cooperación internacional en este ámbito se ha orientado en el sentido de *obligar* a los Estados a afirmar y ejercer su jurisdicción cuando en ellos se concreta una conexión territorial o personal con el crimen (v., por ej, Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984, art. 5.1).

Avanzando en esta línea los tratados internacionales han llegado a forzar al juez del lugar en que el presunto responsable del crimen ha sido detenido —el *iudex apprehensionis*— a administrar por sí mismo justicia en el caso de que, por una u otra

razón, rehúse la extradición solicitada por uno de los países cuya competencia se considera obligatoria (Convenio contra la Tortura..., 1984, art. 5.2).

Esta regla *aut dedere aut iudicare* (*aut punire* decía Grocio en tiempos menos atentos a la presunción de inocencia) —*entregar o juzgar*— está hoy tan generalizada que la CDI la ha incluido (2005) en su programa de trabajo; pero no debe confundirse con el principio de jurisdicción universal.

La regla *aut dedere*... parte de la premisa del interés de un Estado conectado con el crimen, por ser el lugar de comisión de los hechos, o de la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa, de perseguir a individuos que localiza en el territorio de otro Estado, al que solicita la extradición.

Para evitar la impunidad en estos casos se ha tejido una tupida red de tratados en que las partes se obligan a perseguir en el foro a las personas reclamadas por otro Estado cuya extradición, por una u otra causa, no se conceda (*principio de sustitución*). Se trata, pues, de *garantizar la universalidad en la represión dentro de un marco de jurisdicción no universal*. La consecuencia es que si no hay petición de extradición (o si se deniega a un solicitante cuya competencia no es según el mismo tratado obligatoria) no hay obligación de juzgar.

Sobre esta base cabría proponer que si la práctica convencional relativa a la regla *aut dedere*... hubiese originado ya una norma general, el *iudex apprehensionis* de un presunto responsable de genocidio o de crímenes contra la Humanidad estaría obligado en todo caso, incluso a falta de tratados, a aplicarla.

En este sentido cabe interpretar el art. 9 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996), que codifica la regla *aut dedere aut iudicare*.

Dicho esto, ¿qué hay del principio de universalidad, de la competencia universal sobre crímenes internacionales?

662. La competencia universal, un principio facultativo

Lo primero que cabe afirmar es que no existe, por ahora, una norma internacional general que *obligue* a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal a sus leyes.

Sólo en este sentido es útil el debate sobre el art. 6 de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio (1948) y sus trabajos preparatorios. Las iniciativas para incorporar el principio de persecución universal fracasaron; pero la mención de los tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido como alternativa a una eventual corte penal internacional (que no llegó entonces a constituirse) no confirió al *iudex loci delicti commissi* una competencia exclusiva, sino sólo una competencia *obligatoria*, concurrente con la otros países que, atendiendo a otras conexiones o incorporando el principio de persecución universal a sus leyes en ejercicio discrecional de su soberanía, afirmen su competencia sobre el crimen.

Más recientemente, el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) parece sugerir (art. 8) un desarrollo progresivo del DI en cuya virtud se impondría a los Estados la

asunción del principio de persecución universal. Pero sería excesivo afirmar que los Estados están ya *obligados* por una norma imperativa (*ius cogens*) a hacer tal cosa y cabe también interpretar la regla propuesta —si atendemos al comentario de la misma CDI— como una expresión de la facultad que se reconoce a los Estados para ejercer su jurisdicción sobre los presuntos responsables de crímenes internacionales que se hallen en su territorio “sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores” (*iudex apprehensionis*).

Con la misma rotundidad debe decirse que tampoco existe norma internacional general que *prohiba* a los Estados incorporar el principio de jurisdicción universal a sus leyes en relación con los más graves crímenes internacionales, al menos mediando determinadas circunstancias.

En *Prosecutor c. Anto Furundzija* (1998) el TPIY afirma: “A nivel individual, esto es, de responsabilidad penal, parecería que una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* atribuido por la comunidad internacional a la prohibición de la tortura es la de que cualquier Estado puede investigar, perseguir y castigar o extraditar a individuos acusados de tortura que se encuentran en un territorio bajo su jurisdicción”.

Con otras palabras, los Estados, en el estado actual del DI, estarían *facultados* para fundar en dicho principio la competencia de sus jueces en relación con estos crímenes cuando los presuntos responsables se encuentran en su territorio. Si y en que medida lo hagan dependerá de sus *policies* al respecto, determinadas, *inter alia*, por la relevancia que concedan a la protección de los derechos humanos y la incidencia que la persecución de los crímenes sobre la base del principio de universalidad pueda tener en sus objetivos de política exterior.

Partiendo de esta *facultad* los Estados pueden *obligarse* mediante tratados a ejercerla y ese es el caso que puede predicarse respecto de los crímenes de guerra, pues los Convenios de Ginebra (1949) y los Protocolos (1977) implican la obligación de los Estados partes de juzgar a los presuntos criminales arrestados en un territorio bajo su jurisdicción, con independencia del lugar de comisión de los hechos, de las circunstancias personales de los implicados y de la existencia o no de una demanda de extradición (I, arts. 49/50; II, 50/51; III, 129/130; IV, 146/147; Protocolo I, 85).

Una forma de avanzar sería extender mediante tratados la jurisdicción del *iudex apprehensionis* a otros crímenes internacionales.

Pero, por ahora, lo que revela la práctica de los tratados, es una liberal y un tanto ambigua aceptación de cualquier otra jurisdicción ejercida de conformidad con las leyes nacionales (v., por ej., Convenio contra la Tortura, 1984, art. 5.3), entre las que no faltan las que (Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Suecia...) han hecho suyo, en mayor o menor medida, el principio de jurisdicción universal, legitimado por la defensa descentralizada de intereses y valores de la comunidad internacional en su conjunto, y no puramente estatales o particulares.

663. *El principio de jurisdicción universal ¿es incompatible con la soberanía territorial y la igualdad soberana de los Estados?*

Mientras la persecución universal se puso al servicio de los raros casos (*Attorney General of Israel v. Eichmann*, 1962, *Demjanjuk v. Petrovsky*, 1985) en que se daba caza a responsables de los campos de exterminio nazis, no se levantó la voz; pero una vez que, en la década de los noventa, estas leyes estatales han comenzado a ser seriamente aplicadas, urgidas sobre todo por ONG humanitarias que pasaban las cuentas de los viejos atropellos de las juntas militares y de los tiranos latinoamericanos, o de las tragedias más recientes, de los Balcanes a Ruanda y la región de los Grandes Lagos, el principio de jurisdicción universal ha sido puesto en entredicho por algunos gobiernos, conspicuos políticos y fabricantes más o menos interesados de opinión.

La primera llamada a rebato provino de Chile con ocasión del arresto en Londres del general Pinochet al efecto de su extradición a España (1998). Allí, el ministro de Relaciones Exteriores Insulza, socialista y exiliado durante años, afirmaba el carácter abusivo del ejercicio de la jurisdicción española, incompatible con el principio de soberanía territorial e igualdad soberana de los Estados.

En carta dirigida al Secretario General de NU el Canciller Insulza denuncia “una situación que importa un desconocimiento del DI en vigor y de los Propósitos y Principios de la Carta”, acusa a los jueces de otros países de arrogarse “una competencia que el DI no les ha conferido” y movido “únicamente” —afirma— por “la necesidad de defender ciertos principios básicos de DI”, sostiene que “la tendencia hacia la universalización de la justicia y los derechos humanos...no puede llevarse adelante en detrimento de la soberanía de los Estados y su igualdad jurídica”, advirtiendo que “de vulnerarse esos principios con acciones unilaterales, la universalidad de la jurisdicción penal se convertiría en un factor de anarquía internacional...” y proclamando que “la intervención de terceros Estados en asuntos de orden judicial que corresponde conocer al Estado en cuyo territorio se cometió el delito, importa un quebrantamiento del principio de la igualdad soberana de los Estados que consagra el art. 2.1 de la Carta”. No obstante, la anunciada defensa de esos principios en sede judicial, ante la CIJ, quedó en nada una vez que los obsequiosos médicos del Ministerio del Interior británico dictaminaron la mala salud de Pinochet y el titular de la cartera, Jack Straw, dejó volar al general.

El papel que el gobierno chileno abandonó fue pronto asumido por el de la RD. del Congo, que demandó a Bélgica ante la CIJ a cuenta de la *Orden de arresto de 11 de abril de 2000* circulada por un juez de instrucción belga contra el ministro de relaciones exteriores del Congo, M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, a fines de extradición por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra presuntamente cometidos antes de ocupar el cargo.

Este asunto condujo finalmente a la condena de Bélgica, pero no con base en la falta de jurisdicción —argumento abandonado por el demandante— sino por la inmunidad de los agentes de un Estado extranjero en activo en el momento de la interposición de la demanda (v. *infra*).

Qué habría decidido la Corte, caso de haber mantenido el gobierno congoleño su discurso inicial puede ser materia de especulación, pues algunos de los jueces expresaron sus puntos de vista en opiniones individuales y disidentes. Algunas (Guillaume, Ranjeva, Rezek) fueron negativas al principio de jurisdicción universal; pero

otras (Higgins, Kooijmans y Buergenthal en una op. conjunta, Koroma en una op. ind., Al-Kashawneh, al menos implícitamente, en una op. dis. y la también disidente juez *ad hoc* Van den Wyngaert) fueron favorables al principio.

En el momento actual, la Corte cuenta con una nueva oportunidad de pronunciarse si llega a término la demanda interpuesta en 2003 contra Francia por el otro Congo (la República del Congo o Congo-Brazzaville) sobre *Ciertos procedimientos penales iniciados en Francia*.

En el plano de la doctrina colectiva existen señeros pronunciamientos a favor del principio de jurisdicción universal, ya desde los tiempos del *Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime* desarrollado en 1935 por el *Harvard Research in IL*, que lo vinculaba a la presencia del presunto culpable en un territorio bajo la jurisdicción del Estado (art. 10).

De endosarse esta posición, quedaría descalificada la persecución de presuntos criminales en países sin conexión territorial ni personal con los hechos a menos que estuvieran físicamente a disposición de los jueces locales. Así, la pretensión de los jueces españoles de someter a juicio a Pinochet hubiera sido, por poner un ejemplo, internacionalmente ilícita, en la medida en que Pinochet no se encontraba en España al admitirse a trámite la demanda.

Esta limitación traería, como consecuencia inmediata, que la autoridad competente del país en que hubiese sido arrestado el presunto criminal —en el caso citado Gran Bretaña— no podría conceder la extradición del sujeto a otro país que invocara un fundamento jurisdiccional internacionalmente ilícito, una conclusión que parece poco satisfactoria cuando, además, las autoridades del país de arresto no están dispuestas a administrar justicia por sí mismas.

Realmente, la presencia del inculpado ante el juez que pretende someterlo a juicio no es imprescindible —aunque siempre sea conveniente— para la instrucción del proceso. No se ve, por otro lado, la razón para bloquear la vía de la extradición que ha de permitir esa presencia.

De ahí que con muy buen juicio en los *Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal* (2001), resultado del examen de la legislación por un grupo de académicos y expertos, se sostenga que la presencia del acusado es condición para el *ejercicio* de la jurisdicción universal, pero se declare al mismo tiempo que con base en esta jurisdicción puede solicitarse la extradición de un presunto responsable (Pp. 1.2 y 1.3).

Asimismo, la Resolución adoptada por el IDI (sesión de Cracovia, 2005), tras afirmar inequívocamente el fundamento en el DI consuetudinario de la competencia universal en casos de genocidio, crímenes contra la humanidad, violaciones graves de los Convenios de Ginebra (1949) y del DI humanitario cometidas en un conflicto armado, sea o no internacional (p. 2 y 3.a), deja aparte los actos de instrucción y las demandas de extradición cuando exige la presencia del sospechoso en el territorio (incluidos navíos y aeronaves) del Estado que lo persigue penalmente (p. 3.b.).

La práctica, en lo que concierne a asuntos planteados en España, avala estas conclusiones. Así, el debate en el Comité Judicial de la Cámara de los Lores sobre la extradición a España del general Pinochet concluyó

en su aceptación, aunque limitando los delitos por los que podía ser juzgado. Tratándose del oficial argentino Ricardo Miguel Cavallo, bajo arresto en México desde agosto de 2000, la justicia mexicana aceptó su extradición a España en junio de 2003.

La conclusión es que la competencia de los jueces estatales con base en el principio de jurisdicción universal mantiene una relación de concurrencia con la de otros jueces fundada en otros principios, el territorial, el de personalidad activa, el de personalidad pasiva ...

664. La concurrencia de la competencia fundada en el principio de universalidad con la competencia fundada en los principios de territorialidad y de personalidad

La concurrencia de jurisdicciones estatales es similar a la que se produce con la CPI. Los términos en que el Estatuto de la CPI afronta esta situación (art. 17) son válidos para regular las relaciones entre el juez *universal* y otros jueces estatales competentes, el *territorial* en particular.

En España, por ej., la sentencia de la AN en el caso *Scilingo* (16/2005) observa la utilidad de los criterios del art. 17 del Estatuto de la CPI a la hora de determinar si el juez territorial ha ejercido o está ejerciendo una jurisdicción efectiva.

Dentro de esa concurrencia la posición del juez *universal* debe entenderse como *complementaria, subsidiaria o coadyuvante*, no sólo porque lo exige la ley estatal en ocasiones, sino porque lo impone el sentido común y el de la oportunidad en todas ellas.

Los jueces del lugar donde ocurrieron los hechos, más aún si están conectados por nacionalidad o residencia habitual con los implicados, son los jueces *naturales* de estos crímenes, debiendo dárseles prioridad y un cierto tiempo antes de sacar conclusiones sobre su voluntad, capacidad e independencia de actuación.

En este sentido la Resolución del IDI citada propone que “el Estado que mantiene arrestado al sospechoso debería, antes de la apertura de un procedimiento fundado en la competencia universal, solicitar del Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen o del Estado de la nacionalidad de la persona concernida, si está dispuesto a perseguir a esa persona, a menos que tales Estados no tengan manifestamente la voluntad o estén en la incapacidad de hacerlo” (p.3.c) Asimismo, añade la Resolución, “en la medida en que se funde únicamente en la competencia universal, el Estado que mantiene detenido a un sospechoso debería considerar con toda la atención requerida, en su caso, la aceptación de una demanda de extradición que le haya dirigido un Estado con una conexión significativa, como la territorialidad o la nacionalidad, con el crimen, el sospechoso o la víctima, siempre que dicho Estado sea claramente capaz y tenga la voluntad de perseguirlo” (p. 3.d).

Obviamente, la voluntad, capacidad e independencia de los jueces se presumen seriamente comprometidas cuando los criminales son eslabones del establecimiento político y de los poderes fácticos de un Estado o cuando, en procesos de transición hacia un régimen democrático, los pilotos del cambio pretenden

sustituir la justicia por el mero enunciado de la verdad histórica, amnistiando a los culpables.

Se ha dicho de estas leyes que son exclusivamente *territoriales* en el sentido de que el decoro, si no el orden público internacional, debe conducir a desconocer sus efectos más allá del suelo que pisan quienes las promulgan. Tal vez podría sugerirse algo más contundente, a saber, que la promulgación de tales leyes, al ofrecer cobertura a responsables de crímenes muy graves según el DI, constituye en sí misma un ilícito internacional, por su incompatibilidad con la norma imperativa que obliga a su persecución.

Ciertamente, cuando el parámetro de *razonabilidad* que ha de regir la actuación de los jueces falla, tal vez nos encontramos ante un espécimen inquietante del *judicial star system*, el juez mediático que se mueve entre el fervor de las ONG más radicales para servir su propia causa y la de una justicia como instrumento del manejo de la opinión pública. La oposición al principio de jurisdicción universal congrega, por otro lado, a una feligresía relativamente numerosa en la que Estados Unidos (para el que, con centenares de miles de soldados en armas más allá de sus fronteras, no hay tribunal extranjero bueno) se da la mano con países en desarrollo que consideran que la aplicación del principio de universalidad no sólo perturba los procesos de transición pacífica a regímenes democráticos que sólo corresponde hacer a los pueblos afectados, sino que es de dirección única Norte-Sur. El ejercicio de jurisdicción sobre la base del principio perturbaría las relaciones bilaterales (entre quien pone los procesados y quien pone los jueces) sin garantizar, finalmente, una administración eficaz de justicia.

Sin desconocer el valor de algunas de estas objeciones, ha de señalarse que la competencia judicial fundada en el principio de universalidad no sólo ha desembocado en la condena y castigo de un buen número de criminales, sino que ha forzado a otros a permanecer enclaustrados en sus guaridas.

Asimismo, ha sido un estímulo para que los legisladores *territoriales* hayan enmendado o derogado leyes de amnistía, de *punto final*, y los jueces hayan reconsiderado una acomodaticia jurisprudencia, interpretando restrictivamente tales leyes, estimándolas inaplicables o, incluso, anulándolas y declarándolas inconstitucionales, dada la gravedad e imprescriptibilidad de estos crímenes.

Cuando a los criminales sólo cabe perseguirlos acudiendo a un juez con competencia fundada exclusivamente en el principio de jurisdicción universal es el que la situación es francamente mala. Falla la CPI, que se mueve dentro de límites subjetivos, objetivos y temporales insuperables y puede ser, incluso, detenida por decisiones políticas del C. de S. (v. *supra*) y fallan, por supuesto, los jueces de los países conectados con el crimen. Cuando son sus agentes los responsables apenas es posible concebir en ellos un poder judicial capaz, dotado, independiente y decidido a actuar.

665. La reconsideración del principio de jurisdicción universal

Una fuerte presión se ha venido ejerciendo, tanto en el plano interno como en el internacional, a fin de restringir, con medidas legislativas o sobrevenidas

exégesis judiciales, el alcance del principio de jurisdicción universal, allí donde ha sido establecido. Lo ocurrido en países como Bélgica o España es ilustrativo.

En 1999 Bélgica se dotó del instrumento legislativo más avanzado del Derecho comparado en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales. La ley de 10 de febrero de 1999 facilitó, en efecto, la persecución del genocidio, de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra afirmando la competencia de los jueces belgas bajo el principio de universalidad, incluso *in absentia*, y rehusando toda suerte de inmunidades en función del cargo.

Cuatro años después, en abril de 2003, una nueva reforma ampliaba el ámbito material de la ley al adaptar los tipos criminales a los del Estatuto de la CPI y a los previstos en otros tratados en los que Bélgica era parte, pero debía reconducir el alcance de las inmunidades dentro de los límites del DI (sobre los que se había pronunciado la CIJ) y, sobre todo —es lo que ahora interesa subrayar— restringía y condicionaba la aplicación del principio de universalidad.

Estaba, desde luego, justificada la regulación de las relaciones de la judicatura belga con la CPI, a la que se debía brindar siempre la oportunidad de actuar, retomando eventualmente los asuntos sobre los que el Fiscal de la Corte prefiriera inhibirse.

Pero la reforma de abril de 2003 va más lejos al establecer con carácter general un filtro —la requisitoria del Fiscal Federal— en los supuestos en que la jurisdicción se base en el principio de jurisdicción universal *in absentia*.

Ante una denuncia de esta índole el Fiscal Federal puede rehusar la requisitoria por distintos motivos. Lo más característico de la ley es que “en el interés de una buena administración de la justicia y en el respeto de las obligaciones internacionales de Bélgica” el Fiscal dispone de un poder de apreciación discrecional *in casu* de la capacidad, independencia e imparcialidad de los jueces estatales cuya competencia se funda en una conexión territorial o personal activa, o son los del lugar de un probable arresto del presunto autor del crimen. De sentirse satisfecho el Fiscal Federal rehusará la requisitoria del juez a efectos de instrucción (art. 7).

Esta decisiva intervención fiscal no es insólita. Se advierte también en otros países. En Canadá, por ej., cuya justicia fue alérgica, como la de otros miembros de la *Commonwealth*, a la persecución de los criminales allí refugiados después de la Segunda Guerra Mundial, un procedimiento basado en el principio de universalidad —condicionado en todo caso a la presencia del criminal en Canadá— ha de contar con el consentimiento escrito del *Attorney General* o de su Adjunto (*Crimes against Humanity and War Crimes Act 2000*, art. 8, b).

Cabe sin embargo preguntarse si acaso el legislador desconfía del buen juicio de los jueces para hacer la evaluación que se encomienda al Fiscal o si la confianza en éste tiene que ver con su proximidad al poder político y su sensibilidad para con las conveniencias de la política exterior.

No en balde, al margen de consideraciones técnicas, la superación de lo que el Ministro belga de Relaciones Exteriores llamó en junio de 2001 los “efectos perversos de la ley (de 1999)”, tuvo que ver con las fuertes presiones políticas y el chantaje (en relación con la sede y las inversiones OTAN) de la Administración Bush.

Con otras palabras, si en lugar de apuntar a Sharon y a los otros presuntos responsables israelíes de crímenes en Sabra y Chatila, o a jefes políticos y militares de los Estados Unidos que persiguiendo la evanescente seguridad han traspasado la frontera de la ley internacional, los jueces belgas se hubieran contentado con perseguir y condenar a genocidas ruandeses de clase media y a algunas monjitas descarriadas (v. s. 8 de junio de 2001, por ej.), ¿se habría modificado la ley?

En España también la LO 18/2003, de cooperación con el CPI, ha excluido (art. 7) una actuación de oficio de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal en relación con hechos sucedidos en otros Estados cuyos presuntos autores no sean españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, y ha dispuesto que de formularse al respecto una denuncia o querrela los órganos españoles se limitarán a informar al denunciante o querellante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la CPI. Sólo en el caso de que éste no abra una investigación o la Corte acuerde la inadmisibilidad del asunto, cabría afirmar la jurisdicción de los jueces españoles en los términos previstos (a partir de 1985) por el art. 23.4 de la LOPJ.

El texto actualmente en vigor del art. 23.4 de la LOPJ dice así: "Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio, b) Terrorismo, c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, d) Falsificación de moneda extranjera, e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España, h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España".

La interpretación de este precepto, que asume en términos muy amplios el principio de jurisdicción universal, se ha visto envuelta, por otro lado, en una interesante aventura en la que se han implicado la Audiencia Nacional —competente sobre esta clase de crímenes— el Tribunal Supremo y, por último, el Tribunal Constitucional.

Si en 1998 (y aún antes) la AN había afirmado enfáticamente el principio de universalidad para respaldar su competencia sobre los crímenes atribuidos a las Juntas militares chilena y argentina en los años setenta y ochenta del pasado siglo (v. en particular los aa. de 4 y 5 de noviembre de 1998), a finales del 2000, el 13 de diciembre, tratándose de crímenes ocurridos en Guatemala, la Audiencia, aun manteniendo el principio, negó la instrucción mediante una interpretación muy rigurosa de la subsidiariedad.

La decepción de los denunciantes fue aún mayor cuando, al pronunciarse sobre el recurso que plantearon, el TS corrigió a la Audiencia en sentido diametralmente opuesto a sus pretensiones, dinamitando el principio de universalidad con una interpretación *contra legem*.

En la s. 327/2003, en efecto, el TS asume la tesis de que este principio no tiene fundamento en normas generales del DI, entendiendo que sólo mediante tratados (que no existen) podría establecerse en relaciones *inter partes*. Según el Tribunal la misma subsidiariedad —que ha de animar su interpretación a partir de la

apreciación de la inactividad de la jurisdicción del lugar en que ocurrieron los hechos— implica un juicio sobre la capacidad de administrar justicia de un Estado extranjero que sería incompatible con los principios de igualdad soberana y de no intervención en los asuntos internos de otros Estados y repercutiría en el ámbito de las relaciones internacionales, que es prerrogativa del Gobierno (art. 97 de la Constitución).

No sin habilidad, el Tribunal hace irreconocible el precepto legal cuando afirma que la persecución de crímenes cometidos en el extranjero sólo procedería si se aplicase la regla *aut dedere aut iudicare* en supuestos en que se deniega la extradición, si han sido víctimas nacionales españoles o si intereses españoles relevantes han sido perjudicados. Eso condujo a una admisión parcial del recurso de casación al estimar el TS que la jurisdicción española era competente respecto de los crímenes cometidos sobre unos sacerdotes españoles y sobre las víctimas españolas del asalto de la Embajada de España en Guatemala por las fuerzas de policía.

Debe señalarse que esta decisión fue resultado de una votación muy estrecha, de ocho contra siete, habiendo sostenido la minoría en un voto particular la aceptación más amplia del principio de universalidad, que es propia de la Ley española. De acuerdo con el voto particular de la minoría la existencia de víctimas españolas o el perjuicio a intereses españoles podía incentivar la aceptación de la jurisdicción con base en el principio de persecución universal, pero no condicionarlo, por ser contrario a la misma naturaleza de éste.

Recurrida la sentencia del TS en amparo, el TC (s. 237/2005) ha dejado las cosas en su sitio, al entender violado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución). La Ley española, dice el TC, instaura, en términos conformes con las normas internacionales, un principio de jurisdicción universal *absoluta*, concurrente y no subordinada a ninguna otra jurisdicción.

Probablemente el TC va demasiado lejos cuando afirma que el principio de jurisdicción universal (en relación con el genocidio) forma parte “incluso del *ius cogens*”. La misma sentencia recuerda que el TC se había pronunciado anteriormente en dos ocasiones sobre el fundamento de la jurisdicción universal (ss. 21/97 y 87/2000). Es un criterio de razonabilidad procesal y político-criminal, y no una ordenación jerárquica, la que favorece la prioridad del *iudex loci delicti commissi*. La AN se ha extralimitado al requerir de los denunciantes la acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad del juez territorial. Ha de bastar con que, de oficio o por la parte actora, se aporten indicios serios y razonables de la inactividad judicial que acrediten una falta de capacidad o de voluntad para la persecución efectiva de los crímenes. La interpretación del TS, por otro lado, carece de fundamento y atenta contra el objeto y fin del principio establecido por la Ley. Las restricciones que impone el TS, dice el Constitucional, “desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible... en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el DI, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ”.

Después de esta sentencia, la AN ha admitido a trámite las denuncias por genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala entre 1978 y 1986 (a. de 21 de febrero de 2006) y también (a. de 10 de enero de 2006) las denuncias contra el ex-Presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, el antiguo Primer Ministro, Li Peng, y otros jerarcas chinos por presunto genocidio en Tibet, revocando la previa decisión de inadmisión (a. de 5 de septiembre de 2005) del Juzgado de instrucción.

En el auto de la Audiencia, de 10 de enero de 2006, se afirma que los hechos que se describen en la querella revisten *prima facie* los caracteres del genocidio, siendo inoperante la posibilidad de acudir al CPI tanto por la

fecha de entrada en vigor de su Estatuto como por no ser China —ni, por supuesto, Tibet— parte del mismo. Asimismo, se constata que el pueblo tibetano no tiene posibilidades de exigir responsabilidades penales ante los tribunales chinos, dadas las circunstancias del caso, el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos y las gestiones frustradas de los representantes tibetanos.

Asimismo, el TS (s. de 20 de junio de 2006) ha revocado en casación la decisión de la AN (29 de abril de 2005, anterior a la s. del TC) por la que no se admitió a trámite una querrela por genocidio y torturas planteada por seguidores de la secta *Falun Gong* contra dirigentes de la RP China. Asumiendo la competencia de los tribunales españoles con base en el principio de universalidad, la sala 2ª del TS no se priva, sin embargo, de hacer una crítica sistemática y acerada de la s. del TC 237/2005. Recomendada para iniciados.

En el momento actual, si se descarta la actuación de la CPI y del juez territorial, sólo cabe rechazar la jurisdicción cuando se pretenda utilizar “en ejercicio abusivo del derecho”, parámetro éste —el del *abuso*— que no será fácil de aplicar.

666. Inmunidad de los agentes del Estado extranjero en relación con los crímenes internacionales

Ahora bien, la comisión de crímenes internacionales, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad y las formas más graves de los crímenes de guerra ha abierto un debate sobre el alcance de la inmunidad penal. Se plantea si y hasta que punto las inmunidades reconocidas consuetudinaria y convencionalmente a los órganos externos centrales —y *cupulares*— del Estado (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores), a los órganos y agentes diplomáticos y consulares y a los miembros de misiones especiales (v. Cap. XXV) operan cuando son acusados de estos crímenes ante una jurisdicción en principio competente.

Según la CIJ dicha inmunidad opera mientras los imputados desempeñan un cargo que la lleva aneja y cesa con éste, permitiendo entonces la persecución penal por hechos ocurridos en ese período (*Orden de arresto de 11 de abril de 2000*, RD. del Congo c. Bélgica, 2002).

El brillante alegato contra la inmunidad de los tres jueces en minoría (Oda, Al-Khasawneh y la juez *ad hoc* Van den Wyngaert) o las reservas de algunos jueces de la mayoría (Higgins, Kooijmans y Buergenthal) sobre el alcance, en su opinión excesivo, que le había reconocido la Corte merece consideración. No obstante el énfasis de la motivación y la dimensión de la mayoría que votó la decisión (trece sobre dieciséis) es una clara señal de que el órgano judicial principal de las NU no desea someter la estabilidad de las relaciones internacionales a turbulencias originadas por una persecución descentralizada de los crímenes, por abyectos que sean.

La Corte trata de paliar las críticas a su decisión desde los cuarteles humanitarios advirtiendo que el reconocimiento de la inmunidad de los agentes estatales, mientras lo son, no implica necesariamente impunidad, pues cabe la persecución ante tribunales internacionales (cuando existen) —no afectados por el *par in parem non habet iurisdictionem*— o estatales (los de su nacionalidad o los de un país tercero, si el Estado al que representan renuncia a la inmunidad de su agente).

Las leyes estatales son prácticamente unánimes en acoger dichas inmunidades, normalmente mediante una remisión a las normas internacionales y los

jueces han venido conformándose con ellas y, en su defecto, invocando directamente el DI consuetudinario o, cuando procede, los tratados, en particular la CV sobre Relaciones Diplomáticas (1961).

En el caso *Pinochet*, tanto el comité judicial de la Cámara de los Lores como la AN española (a. de 4 de marzo de 1999) afirmaron con carácter absoluto la inmunidad de los agentes extranjeros en activo.

En el plano de la doctrina más autorizada el IDI (sesión de Cracovia, 2005) advierte en la resolución a la que ya hemos hecho referencia que su afirmación de la competencia universal es “sin perjuicio de las inmunidades establecidas por el DI” (p.6).

Ciertamente esas inmunidades no son un salvoconducto definitivo para la impunidad, pero sí lo son indefinido. Mientras un presunto criminal ocupa un cargo público, cabe expulsarlo, rechazarlo en frontera como *persona non grata* o negarle la entrada como miembro de una misión especial, pero no cabe procesarlo ni arrestarlo, a menos que el gobierno del país al que representa renuncie a su inmunidad, lo que es altamente improbable.

Refiriéndose en particular a la inmunidad del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno, el IDI (sesión de Vancouver, 2001) recomendó la renuncia por los Estados a la inmunidad cuando el Jefe de Estado o de Gobierno era sospechoso de haber cometido infracciones particularmente graves o cuando el ejercicio de sus funciones no parecía comprometido por las decisiones que pudiesen adoptar las autoridades del foro (p. 7.2 y 15.1).

Las inmunidades no operan frente a tribunales internacionales (CPI, Estatuto, art. 27; TPIY, art. 7.2; TPIR, art. 6.2)— pues no les afecta el principio *par in parem non habet iurisdictionem* que justifica las inmunidades ante los jueces de otro Estado (el procesamiento de Slobodan Milosevic por el TPIY en mayo de 1999 se produjo cuando aún ocupaba la Presidencia de la RFY).

Partiendo de esta constatación, es interesante llamar la atención sobre la demanda interpuesta ante la CIJ el 4 de agosto de 2003 por Liberia contra Sierra Leona a propósito de la requisitoria y orden de arresto internacional libradas contra el Presidente liberiano Charles G. Taylor por el Tribunal especial para Sierra Leona (v. *supra*). Liberia sostuvo que este Tribunal no podía imponer obligaciones jurídicas a Estados no partes en el acuerdo de 16 de enero de 2002 entre Sierra Leona y NU. El Tribunal especial no era un órgano de NU y no había sido constituido como un tribunal internacional. A falta de un fundamento de jurisdicción, la demanda no pasó a formar parte de la lista de asuntos de la Corte.

Pero incluso los tribunales internacionales encuentran límites para su acción, pues no pueden forzar el deber de cooperación de los Estados para entregar a una persona si hacerlo es incompatible con sus obligaciones al respecto (CPI, Estatuto, art. 98). Y no estamos refiriéndonos sólo a las inmunidades dispuestas por normas generales o consuetudinarias del DI, sino a los racimos de acuerdos que grandes potencias, como Estados Unidos, han suscrito *urbi et orbe* para *proteger* a sus agentes, civiles y militares, muy oportunamente, teniendo en cuenta el extenso despliegue de sus efectivos y los métodos que aplican a la satisfacción de sus designios (v. *supra*).

La inmunidad cesa cuando el inculpado abandona el cargo (o el cargo abandona al inculpado) y puesto que el ejercicio de una función pública no exime de la responsabilidad del crimen es entonces cuando, de no mediar el fallecimiento, la administración de justicia puede tener una oportunidad.

De ahí que en su sesión de Vancouver (2001) el IDI declarara, en relación con los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno, que pueden ser juzgados cuando las actuaciones cometidas en el ejercicio de su cargo son constitutivas de *crimen internacional, apropiación indebida de bienes y recursos del Estado* o se han realizado para satisfacer un interés personal (p. 13.2 y 15).

En una situación así, que esa oportunidad se aproveche en el país de comisión del crimen (y/o de la nacionalidad de los responsables) dependerá de muchos factores. En algunos casos (como los de Sierra Leona y Camboya) de Estados fallidos que tratan de organizarse con un nuevo tejido institucional bajo el imperio de la ley, NU ha auspiciado y financiado el reforzamiento de las capacidades judiciales locales (v. *supra*). En otro casos, como el de Sadam Hussein y sus colaboradores, sometidos a un tribunal especial iraquí, entrenado y financiado por los Estados Unidos, las circunstancias hacen desconfiar del papel que pueden desempeñar los jueces locales.

Desde un punto de vista de política legislativa cabría considerar excepciones a la norma de la inmunidad hasta ahora absoluta de los representantes del Estado. De hecho, el juez Al-Khasawneh, disidente de la s. de la CIJ en *Orden de arresto de 11 de abril de 2000* (2002), sostuvo que si las normas que prohíben los crímenes internacionales son *ius cogens* deben prevalecer, a modo de excepción, sobre las normas que establecen la inmunidad de jurisdicción de un ministro de relaciones exteriores (op. dis., 7).

Sin embargo, hay que aproximarse con prudencia a esta cuestión, porque también las normas sobre inmunidades responden a intereses esenciales de la comunidad internacional y las excepciones, aparte de su carácter intrínsecamente desestabilizador, podrían ser aprovechadas políticamente para hostigar a quienes encarnan la representación de un Estado extranjero más como *enemigos* que como *criminales*. Creo que basta, a este respecto, repasar las noticias de prensa para advertir el planteamiento sucesivo en países capitalistas de denuncias judiciales contra determinados personajes, como Fidel Castro o Hugo Chávez, cuyos promotores saben perfectamente que no pueden prosperar.

667. La responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes: la inmunidad del Estado extranjero

Desde hace más de dos siglos la *Alien Torts Claims Act* (1789) permite en Estados Unidos a un extranjero interponer una acción civil para la reparación de daños y perjuicios extracontractuales deducidos de actos cometidos en violación del DI general o de un tratado en el que sea parte Estados Unidos. La *Torture Victim Protection Act*, 1991, reforzó esta posibilidad.

Se trata de la afirmación temprana de una jurisdicción universal con un limitado objeto material. Ignorada durante decenios, la invocación con éxito de esta ley en *Filartiga v. Peña-Irala* (1980), una demanda planteada por los familiares de un paraguayo presuntamente torturado y ejecutado por un inspector general de la policía de Asunción, hizo escuela. Pero este fundamento de

jurisdicción no va acompañado de la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero (que, por lo demás, en el caso mencionado, negó cualquier relación con los hechos). El TS de los Estados Unidos ha dejado sentado (*República Argentina v. Amerada Hess Corp.*, 1988) que la *Alien Torts Claim* permite demandas contra personas individuales, no contra los Estados, a los que son aplicables exclusivamente las reglas de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA, 1976).

Sin embargo, aprovechando estas reglas para servir objetivos de su política exterior, Estados Unidos ha ido en este punto realmente lejos. Así (sec. 221 de la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*, 1996), enmendó la FSIA para atribuir jurisdicción a sus tribunales y excluir la inmunidad de Estados extranjeros calificados como *terroristas* y de sus agentes en el caso de demandas en reclamación de daños por muertes o lesiones resultantes de actos de tortura, homicidio extrajudicial, sabotaje aéreo o secuestro, incluso si tales Estados se han limitado a prestar apoyo material para su ejecución y con independencia del lugar de comisión (nuevo par. 7 de la sec. 1605 (a) de la FSIA).

Las enmiendas legislativas del momento previeron también la imposición de multas punitivas con el fin de disuadir y, en todo caso, obstaculizar las políticas *terroristas* de Estados extranjeros.

Fue así que la *District Court* del sur de Florida (*Alejandro et al. v. The Republic of Cuba*, 1997) condenó a Cuba al pago de más de ciento treinta y siete millones de dólares US —equivalente al tres por ciento del valor de los *Migs* de la Fuerza Aérea cubana— como multa punitiva por la muerte de los pilotos de las avionetas de *Hermanos al Rescate* derribados el 24 de febrero de 1996 sobre el espacio aéreo cubano en el que se encontraban ilegalmente en acciones de propaganda anticastrista.

Asimismo, la *District Court* de Columbia (*S.M. Flatow v. Islamic Republic of Iran et al.*, 1998) condenó a la República Islámica de Irán al pago de doscientos veinticinco millones de dólares US —equivalente al triple de la suma presuntamente destinada por este país a la financiación de actividades *terroristas*— como multa punitiva por la muerte de una estudiante norteamericana a consecuencia de un atentado suicida el 9 de abril de 1995 sobre un autobús turístico en la franja de Gaza, atribuido a una facción de la *Jihad* islámica subvencionada por Irán. Luego, sin embargo, todos los bienes designados por Flatow para conseguir la ejecución de la sentencia en Estados Unidos resultaron cubiertos por la inmunidad de ejecución, siendo su victoria *pirrica* (*District Court*..., 1999; v. H. Anderson v. IR of Iran, 2000; Eisenfeld v. IR of Iran, 2000; Elahi v. IR of Iran, 2000).

Las demandas planteadas ante la *District Court* del este de Nueva York por los herederos de las víctimas de la explosión del B-747 de *Pan Am* sobre Lockerbie fueron reconducidas atendiendo a la nueva legislación (v. por ej., *Rein v. Socialist People's Libyan Arab Jmahiriya*, 1998; *Price v. SP's Libyan Arab Jamahiriya*, 2000).

Al objeto de facilitar la ejecución de estas decisiones el Congreso volvió a enmendar la FSIA en 1998 de manera que las víctimas USA del *terrorismo* pudieran obtener el embargo de propiedades de Estados extranjeros, incluidos locales diplomáticos y consulares. Esta legislación desdeñaba las obligaciones internacionales de Estados Unidos según normas consuetudinarias codificadas por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961), en particular su art. 45, normas que en 1980 habían permitido a Estados Unidos obtener de la CIJ una sentencia que condenó, precisamente a Irán, en el asunto del *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*.

El Presidente Clinton, contrario a las iniciativas legislativas del Congreso, utilizó de inmediato la facultad de suspensión de aplicación de esta disposición que le había sido concedida. Se trataba, en efecto, de una política legislativa contraproducente para los intereses de Estados Unidos, el país con un mayor despliegue diplomático y consular sobre la Tierra, en la medida en que podía volverse contra la inmunidad de sus propias misiones y oficinas en el extranjero. Cabe señalar que en 2003 Libia promulgó una ley concediendo a sus nacionales el derecho de demandar a Estados extranjeros por daños y perjuicios derivados de sus ilícitos, aun anteriores a la promulgación de la ley, “cuando existan en dichos Estados leyes que autoricen a demandar al Estado libio”.

Conviene volver sobre esta clase de discurso. En 2005 la AGNU (res. 60/147) adoptó unos *principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del DI humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Entre esos principios se proclama el derecho del acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial, precisándose que “las obligaciones resultantes del DI para asegurar(lo) deberán reflejarse en el Derecho interno” (Pp. IX, párrafo 12º). Esto es conducente a la previsión en cada sistema legal de las previsiones procesales y sustantivas requeridas para deshacer sus propios entuertos, pero no más. La obligación es expresamente enunciada en diferentes tratados sobre derechos humanos (así, por ej., el Pacto de NU sobre derechos civiles y políticos, 1966, arts. 9.5 y 14.6, o el Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984, art. 14.1). En un plano internacional las víctimas podrán acudir a los remedios que ofrezcan los mecanismos de protección de los derechos humanos (v. Cap. XXIX) o requerir de su gobierno el ejercicio de la protección diplomática (v. Cap. XXII). ¿Acaso podrá también plantear una acción ante los tribunales de su propio país o, incluso, de un tercero, donde descubra un fundamento de jurisdicción interno confiando en que la inmunidad no opere?

La Convención de las NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005) no comprende las actuaciones penales (la res. 59/38 a la que se aneja la Convención ha creído oportuno puntualizarlo) y, por tanto no se ocupa de la vidriosa cuestión de la responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes.

Cuando se considera esta cuestión es necesario apreciar previamente el fundamento de la jurisdicción que trata de ejercerse. Desde luego, cuando la acción contra el Estado extranjero se ejerce allí donde se ha producido la violación grave de un derecho humano fundamental, un atentado a la vida, la aplicación de torturas..., plantearse la cuestión de la inmunidad del Estado es pertinente. Lo mismo cabe decir siempre que se afirma la jurisdicción sobre cualquier otro fundamento conforme con el DI, sea la nacionalidad o la residencia de las víctimas o el principio de jurisdicción universal.

¿Debe impedir la inmunidad el ejercicio de la jurisdicción conforme con normas internacionales? ¿Debe acomodarse la respuesta atendiendo al fundamento de dicha jurisdicción? Reconocida la inmunidad penal del agente extranjero en activo, ¿cabe perseguir al Estado cuyas órdenes cumple? Aunque existe una relación cierta entre el crimen del agente y la responsabilidad del Estado no parece que los principios que animan la jurisdicción y fijan la inmunidad de aquél deban aplicarse mecánicamente a éste. Si rechazar la inmunidad del Estado en un caso de violación grave de derechos humanos planteado ante los jueces del lugar en que se ha producido el crimen parece más que justificado en sus propios méritos, sin necesidad de embutir el supuesto en una de las excepciones ya registradas en las que la inmunidad no opera (v. Cap. XXV), la cuestión es más compleja cuando se pretende fundar la jurisdicción en la nacionalidad o en la residencia habitual de la víctima y, más aún, en el principio de jurisdicción universal, pues primero debería verificarse que esa competencia existe. Si la respuesta es negativa el discurso sobre la inmunidad está de más.

La extraterritorialidad de la jurisdicción estatal ha de mirarse con circunspección, en particular cuando se invoca el principio de protección de intereses estatales esenciales o se confunden éstos con los de la comunidad internacional en su conjunto. En materia de torturas o de terrorismo no es difícil encontrar supuestos en que se utiliza la acción judicial sobre hechos ocurridos en el extranjero no tanto para reprimir los crímenes como para hostigar a países que se consideran *enemigos*.

Dicho esto, en términos *de lege lata* no cabe sustentar por ahora en términos categóricos la existencia de una norma de DI general que ampare la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero cuando la demanda es motivada por una violación grave de derechos humanos, un crimen internacional, como unas torturas o una ejecución extrajudicial.

Enfrentado a la cuestión el TEDH (*Al-Adsani v. Reino Unido*, 2001) ha considerado que el derecho de acceso a los tribunales (art. 6 de la Convención Europea) no es absoluto, sino que está sujeto a limitaciones que, sin atacar la esencia del derecho, se postulan como un medio razonable para satisfacer un fin legítimo. En el caso sometido a su consideración el TEDH estima que la limitación de acceso está justificada por el cumplimiento de la norma internacional general que prescribe la inmunidad soberana de los Estados y busca promover las buenas relaciones mediante el respeto de las respectivas soberanías estatales.

Se trataba de una demanda civil planteada en Londres contra el Jeque y el gobierno de Kuwait por torturas padecidas en el Emirato y amenazas a su vida una vez de vuelta el demandante a Gran Bretaña. Según el TEDH, aunque la norma que prohíbe la tortura es *ius cogens*, Gran Bretaña no estaba obligada a proveer un recurso civil respecto de torturas supuestamente realizadas por agentes extranjeros en un país extranjero. En consecuencia niega que se haya producido una violación del art. 6 de la Convención Europea.

No obstante, la decisión se tomó por la más estrecha de las mayorías (nueve contra ocho), lo que, en cierto modo, deja las espadas en alto. La minoría,

atendiendo a la superior jerarquía de la norma prohibitiva de la tortura, parece decantarse por una afirmación de jurisdicción estatal frente a la que no cabría oponer la inmunidad del Estado extranjero.

Un planteamiento así, con esa u otras motivaciones, permite marcar una tendencia favorable a la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero frente al crimen internacional. No obstante, la argumentación en términos de jerarquía normativa ha sido criticada (C. Tomuschat) por ignorar la distinción entre normas primarias (entre ellas, la que prohíbe la tortura) y secundarias (entre las que figura la inmunidad de jurisdicción) pertenecientes a órdenes separados, como la CIJ ha subrayado al afirmar o negar su competencia conforme a fundamentos irreductibles al objeto de una demanda fundada en la violación de normas imperativas (v. Cap. XVIII).

En todo caso parece demasiado elemental tratar de establecer una suerte de justicia universal *civil* aplicable a los Estados sobre el molde de la justicia universal aplicable, bajo determinadas condiciones, a los individuos responsables de crímenes internacionales. Sería preferible, pues, acomodar las legítimas pretensiones de las víctimas de un crimen internacional mediante otros mecanismos, en particular, la articulación de tribunales internacionales que diriman estos asuntos ante los que no hay inmunidad (así C. Espósito, aun siendo partidario de la exclusión de inmunidad con base en la teoría de la jerarquía normativa), o la reconversión de la protección diplomática para ponerla al servicio de las víctimas, revisando su concepción como un derecho del Estado soberano. Eventualmente, mientras la inmunidad se considera asentada en una norma segura, cabría salvar el ilícito que supondría ignorarla presentando el ejercicio de jurisdicción como una *contramedida* inducida por el ilícito del Estado demandado, la violación grave de los derechos humanos. A ver que pasa.

668. Coda sobre los crímenes internacionales y el Estado democrático

Conviene llamar la atención sobre la forma maniquea en que los Estados democráticos afrontan los crímenes, contemplándose a sí mismos siempre y sólo en el papel de jueces, a pesar de que sus comportamientos podrían ser subsumidos en algunos casos dentro de los tipos de la agresión y los crímenes de guerra, amén de violar gravemente derechos humanos fundamentales.

Ya en 1999 la acción armada ejecutada por miembros de la OTAN sobre Serbia demostró que, rebosantes de buenas intenciones, los países democráticos y desarrollados eran capaces de implicarse en la comisión de estos crímenes.

Hubo denuncias y se contaba con el TPIY, pero las denuncias fueron rápidamente archivadas (2 de junio de 2000) porque la Fiscal Del Ponte, parapetada detrás de un muy cuestionable informe de *sus expertos* (*Final Report to the Prosecutor by the Comité established to review the NATO Bombing Campaign Against the FRY*), se negó a abrir una investigación.

No fue mejor la respuesta de los jueces estatales en los países miembros de la OTAN. La motivación universalista que les mueve a perseguir a los espadones jubilados que antes sirvieron sus intereses se desvanece en un rimero de alambicadas alegaciones sobre la doctrina del *acto político*, la severa apreciación de la legitimación para la acción y la inadmisibilidad de denuncias y querellas cuando se trata de instruir una causa criminal contra los representantes del propio Estado (v. por ej., en España, TS, a. de 19 de mayo de 1999) Frente al amplio pórtico del universalismo, el escapismo judicial por las puertas de emergencia.

Algunos de los individuos que en Belgrado vieron pisoteados sus derechos sin moverse de casa por acciones imputables a los miembros de la OTAN trataron de buscar resarcimiento demandando ante la CEDH a quienes eran partes en la Convención de Roma. Pero la Corte, en pleno y por unanimidad, declaró inadmisibile la demanda (*Bankovic y otros c. Bélgica y otros...*2001), arguyendo que la acción imputada no comprometía la responsabilidad de los demandados en el marco del Convenio Europeo porque éste no tiene vocación de aplicarse en todo el mundo, ni siquiera cuando está en entredicho el comportamiento de los Estados contratantes. La violación de derechos garantizados por el Convenio (y sus Protocolos) sobre extranjeros en el extranjero, aun cometida por Estados partes, no interesa a la Corte porque los sujetos demandantes son ajenos a su jurisdicción. Seguramente la conclusión de la Corte tiene fundamento legal, pero cabe preguntarse por qué quienes están al alcance de nuestras bombas no están al alcance de nuestra jurisdicción cuando se denuncia la infracción de obligaciones internacionales del Estado que interesan al DI Humanitario y a los derechos humanos fundamentales. No hay, al parecer, tribunal internacional o estatal dispuesto a tramitar la denuncia de los presuntos *crímenes extraterritoriales de los benefactores*. De la manera más ordenada posible los jueces huyen de la quema.

Vivimos en el imperio de una ley que empieza a tomar demasiado a menudo el embudo como logo. La CPI arriesga ser un tribunal financiado por los países europeos para que se ocupe de los crímenes en el África subsahariana. Salvo honorables excepciones el principio de jurisdicción universal parece replegarse, legislativa o jurisprudencialmente, o se somete a filtros políticos que aseguran su aplicación sólo a los *pobres diablos*. Siendo ofensiva la hipótesis de que los agentes de los países democráticos y desarrollados puedan ser responsables de crímenes internacionales, las leyes y el sistema judicial se muestran inasequibles siquiera al principio de personalidad activa, no hablemos ya de investigar o procesar a aliados y amigos, aun contando con el fundamento de jurisdicción necesario para ello.

Desde el 11 de septiembre de 2001 los métodos de lucha antiterrorista de los Estados Unidos han tratado de hundir los Convenios y Protocolos de Ginebra de DI Humanitario. Jugando sólo con las palabras han dejado fuera de su ámbito de aplicación a centenares de personas. Invocando el Santo Grial de la seguridad se ha torturado y se han violado derechos fundamentales del ser humano. Los gobiernos europeos han, por lo menos, mirado para otro lado, y algunos probable-

mente han colaborado discretamente, incluso cuando las víctimas han sido sus propios nacionales en su propio territorio.

Naturalmente, la invasión y ocupación de Irak por Estados Unidos y sus satélites el 20 de marzo de 2003 no ha hecho sino empeorar las cosas (v. Cap. XXVIII). El crimen de agresión, un crimen de *líderes*, un crimen *cupular*, es un crimen *sin castigo*, hibernado *ad calendas grecas* en el Estatuto de la Corte y desconocido por los Derechos internos. Para colmo la CDI sostuvo en su día que en defecto o como alternativa a los tribunales internacionales solo los jueces del Estado de la nacionalidad de los presuntos agresores podrían juzgarlos, al no afectar a las relaciones con terceros (Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 1996, art. 8), ignorando el interés legítimo del Estado agredido a ejercer jurisdicción si la oportunidad se presenta, un interés que también puede darse en el país de la nacionalidad de las víctimas. Los agresores pueden dormir tranquilos. En algunos Estados democráticos reciben incluso el reconocimiento ciudadano y el respaldo de los votantes, al menos mientras no son derrotados.

¿Cómo quejarse entonces que desde instancias del mundo en desarrollo se acuse al mundo desarrollado de su doble rasero al medir la justicia que merecen autores, cómplices y encubridores de crímenes?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre el Derecho humanitario aplicable a los conflictos armados. Además de los comentarios a las Convenciones de Ginebra y Protocolos adicionales (*Les Conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire*, 4 v., Ginebra, 1952-59; *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ginebra, 1986) y los artículos publicados en la *RICR*, especializada en estos temas, v., **en lengua española:** J.L. Fernández Flores, *Del Derecho de guerra*, Madrid, 1982; Ch. Swinarski, *Introducción al DI humanitario*, San José-Ginebra, 1984; A. Mangas, *Conflictos armados internos y DI humanitario*, Salamanca, 1990; C. Marín (ed.), *Espacios internacionales para la justicia colombiana: eficacia de los instrumentos internacionales de derechos humanos y Derecho humanitario en Colombia*, Bogotá, 1993; A. Martínez Moreno, "La doctrina de la seguridad del Estado y las garantías fundamentales de trato en los conflictos armados", *ADI*, 1983-84, 39; A. Mangas, "La calificación de las guerras de liberación nacional como conflictos armados internacionales: consecuencias para el DI humanitario", *AADI*, 1990-91, 11; J.M. Peláez, "El DI humanitario antes y después de la segunda guerra mundial", *Cur. DI Vitoria 1991*, 61; R. Paniagua, "La codificación del DI humanitario", *Annales*, n° 8-9, 1991, 87; *id.*, "Regulación jurídico internacional de los bienes culturales en caso de conflicto armado: la Convención de la Haya de 14 de mayo de 1954", *IURIS Quaderns de Política Jurídica*, n° 1, 1994, 403; J.L. Fernández Flores, "Planteamiento general de las infracciones del Derecho de la guerra y consideración de las atribuibles a los Estados y a las OI", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 319; M. D. Bollo, "*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el TS de Estados Unidos el 29 de junio de 2006", *EEI*, 12, 2006; J.M. Sánchez Patrón, "El ámbito de aplicación del DI humanitario: desarrollos recientes", *Agenda Internacional*, n° 23, 2006, 57. **En otras lenguas:** M. Bothe, K.J. Partsch y W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya, 1982; *Etudes et essais sur le DI humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, Ginebra-La Haya, 1984; G. Abi Saab, *Droit humanitaire et conflits internes*, París, 1985; E. Kwakwa, *The IL of Armed Conflicts: Personal and Materials Fields of*

Application, Dordrecht, 1992; E. Benvenisti, *The IL of Occupation*, Princeton, 1993; J.G. Gardam, *Non Combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law*, Dordrecht, 1993; G. Best, *War and Law since 1945*, Nueva York, 1994; E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruselas, 1994; W. Kalin, *HR in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, Berna, 1994; F. Bugnion, *Le CICR et la protection des victimes de guerre*, Ginebra, 1995; L. Doswald-Beck (ed.), *San Remo Manual on IL Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge (Ma.), 1995; C. Emanuelli, *Les actions militaires de l'ONU et le DI humanitaire*, Montreal, 1995; D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford-Nueva York, 1995; M. Howard, G.J. Andreopoulos y M.R. Shulman (eds.), *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World*, New Haven, 1995; A.P.V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester-Nueva York, 1995; P. Buirette, *Le DI humanitaire*, París, 1996; E. Chadwick, *Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict*, Londres, 1996; C. Greenwood, *Essays on War in IL*, 2006; N. Ronzitti, "Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer", *R. des C.*, 1993, t. 242, 9.

Compilaciones de textos sobre DI humanitario: E. Orihuela, *Derecho Internacional Humanitario. Tratados Internacionales y otros textos*, Madrid, 1998; D. Schindler y J. Toman, *The Law of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and other Documents*, Leiden, 1973, (3ª ed., Dordrecht, 1988); W.A. Solf y J.A. Roach, *Index of Humanitarian Law*, Ginebra, 1987; N. Ronzitti, *The Law of Naval Warfare. A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Dordrecht, 1988; A. Roberts y R. Guelff, *Documents on the Law of War*, Oxford, 1989 (2ª ed.).

2. Por lo que se refiere a la aplicación del DI Humanitario a actividades terroristas, en lengua española: Y. Naqvi, "Estatuto de prisionero de guerra: 'casos de duda'", *RICR*, 2002, n. 847; R. Serrano, "El terrorismo y el DI", *AMDI*, 2003, 354; K. Dörman, "La situación jurídica de los 'combatientes ilegales/no privilegiado'", *RICR*, 2003, n.849; S. Borelli, "Echar luz sobre un vacío jurídico: el DI y las detenciones en el extranjero en el marco de la 'guerra contra el terrorismo'", *RICR*, 2005, n.857; T. Pfanner, "La guerra asimétrica desde la perspectiva de la acción y el Derecho Humanitario", *ibid.*; J. Pejic, "Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna", *ibid.*, n. 858; A. Sánchez Legido, "'Guerra contra el terrorismo', conflictos armados y derechos humanos", *Cursos de Derechos Humanos de San Sebastián*, 2006, 413. **En otras lenguas:** B.L. Nacos, *Terrorism and Counterterrorism: Understanding threats and Responses in the Post-9/11 World*, Nueva York, 2006; R.H. Shultz y A.J. Dew, *Insurgents, Terrorists and Militias: the Warriors of Contemporary Combat*, Nueva York, 2006; J. Cerone, "Status of Detainees in International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings", *ASIL Insights*, 2002; J. Fitzpatrick, "Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism", *AJIL*, 2002, 345; D. Fleck, "International Humanitarian Law after September 11: Challenges and the Need to Respond", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2003, 41; S. Sullivan, "Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and the 'War on Terror'", *HIJ*, 2003, 301; J.C. Yoo, "The Status of Terrorist", *VJIL*, 2003-2004, 207; *id.* "The Status of Soldiers and Terrorists under the Geneva Conventions", *Chinese YIL&A*, 2004, 135; R. Steindhart, "International Humanitarian Law in the Courts of US: Yamashita, Filartiga and 911", *The George Washington IL Review*, 2004-2, 36; J. Cerone, "Status of Detainees in International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings", *ASIL Insights*, vl. 10, 14, 2006. **Sobre Guantánamo:** M. Pérez González, M. Rodríguez-Villasante y J.L. Prieto, "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el DI Humanitario y de los Derechos Humanos", *REDI*, 2002, 11; M. Capella, "El estatuto jurídico de Guantánamo (Cuba)", *id.*, 11; R. Abril, "De Guantánamo a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los detenidos en la lucha contra el terrorismo", *REEL*, 2005, n.9.

3. Acerca de la responsabilidad criminal internacional del individuo en general, en lengua española: M. Rama-Montaldo, "Acerca de algunos conceptos básicos relativos al Derecho penal internacional y a una jurisdicción penal internacional", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 865; J. Quel, "Hacia una jurisdicción internacional penal permanente: el proyecto del Estatuto de Tribunal Penal Internacional de la CDI", en C. Fernández de Casadevante y J. Quel (eds.) *Las NU y el DI*, Barcelona, 1997, 152. **En otras lenguas:** Ch. Bassiouni (ed.), *International*

Criminal Law, Londres-Nueva York, 1986; *id.*, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, 1992; L.S. Sunga, *Individual Responsibility in IL for Serious IIR Violations*, Dordrecht, 1992; Y. Dinstein y M. Tabor, *War Crimes in IL*, Dordrecht, 1996; Ph. Cahier, "Le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la CDI", *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, cit., 895; J. Hogan-Doran y B.T. van Ginckel, "Aggression as a Crime under IL and the Prosecution of Individuals by the Proposed International Criminal Court", *NILR*, 1996, 321.

4. Con respecto a la constitución de un Tribunal penal para los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, en lengua española: J.B. Delgado Cánovas, *El DI Humanitario a la luz del Estatuto y de la jurisprudencia del TP para la antigua Yugoslavia*, Granada, 2000; *id.*, *Análisis crítico de la legalidad de la creación por las NN.UU. de un TPI para la antigua Yugoslavia*, Granada, 2000; M. Torres Pérez, *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Valencia, 2004; L. Pérez-Prat, "Un Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia", *Derechos y Libertades*, 1993-94, 519; J. Quel, "Los efectos de la creación del Tribunal internacional penal para la antigua Yugoslavia en el orden interno español", *REDI*, 1994, 61; R. Huesa, "El 'Tribunal internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia' y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", *Cur. DI Vitoria* 1994, 155; A. Iglesias Velasco, "El Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia", *Cuad. Jurídicos*, n° 45, 1996, 42; A. Pigrau "Milosevic ante el TPI para la antigua Yugoslavia", *Quaderns de la Mediterrània*, 2003, 111. **En otras lenguas:** K. Lescure, *Le tribunal pénal international pour l'exYougoslavie*, París, 1994; V. Morris y M.P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Tribunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis*, 2 v., Irvington-on-Hudson (NY), 1995; M.Ch. Bassiouni y P. Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson (NY), 1996; J.E. Ackerman y E. O'Sullivan, *Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavie with Selected Materials from the ICT for Rwanda*, es el primer número de *International Criminal Law Review*, 2000; F. Mégret, *Le tribunal pénal international pour le Rwanda*, París, 2002; M. Mubiala, "Le Tribunal international pour le Rwanda: vraie ou fausse copie du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie?", *RGDIP*, 1995, 929; P. Picone, "Sul fondamento giuridico del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia", *LCI*, 1996, 3.

5. Sobre creación de la Corte Penal Internacional (CPI), en lengua española: CPI, *Estatuto del Tribunal Penal Internacional Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de NN.UU. sobre el establecimiento de una CPI*, Madrid, 1998; A. Kay, *El Estatuto de Roma de la CPI*, Bogotá, 1999; F. Pignateli, *El estatuto de la Corte Penal Internacional antecedentes y textos complementarios*, Madrid, 2003; D.R. Pastor, *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, 2006. **Acerca de cuestiones sustantivas y desarrollos posteriores:** I. Lirola, *La CPI. Justicia "versus" impunidad*, Madrid, 2001; N. Cabezudo, *La CPI*, Madrid, 2002; O.J. Guerrero, *La nueva justicia penal supranacional desarrollos post-Roma*, Valencia, 2002; H. Olasolo, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? especial referencia a la Fiscalía en el proceso de Activación*, Valencia, 2003; A. Sánchez Legido, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Valencia, 2004; S.M. Herencia, *La implementación del Estatuto de Roma en la región andina los casos de Bolivia, Colombia y Perú*, Lima, 2005; V. Bou, *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Valencia, 2005; R. Méndez "La CPI", *BMDC*, 2000, 895; C. Escobar, "La CPI: rasgos básicos", M. García Arán y D. López Garrido (coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso 'Pinochet'*, Valencia, 2000, 227; *id.*, "Consideraciones finales: límites y significado de la CPI", *ibid.*, 265; F. Jiménez García, "La CPI", C. Fernández de Casadevante (coord.), *De los Derechos Humanos*, Madrid, 2000, 329; C. Gutiérrez Espada, "La contribución del Estatuto de Roma (1998) sobre la CPI a la consolidación y desarrollo del DI Humanitario", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2000, 319; *id.* "La CPI y las NN.UU.. La discutida posición del Consejo de Seguridad", *ADI*, 2002, 3; M.D. Bollo y F.J. Quel, "La CPI: ¿Instrumento contra la impunidad?", A. Blanc (coord.), *La protección internacional de los DH a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, 2001, 147; M. Martín, "La lucha contra la impunidad en el DI: La CPI", *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2001, 28; J.A. Yañez,

"Hacia un tribunal de la Humanidad: la CPI", *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI* 2002, 805; C. Escobar, "Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la CPI: la Resolución 1422 del C. d S. de las NN.UU. y los acuerdos bilaterales celebrados por EE.UU." *ADI*, 2002, 999; J.F. Escudero, "Los poderes del Consejo de Seguridad y la CPI en el Estatuto de Roma", *ADI*, 2003, 185; S. Steiner, "La Corte Penal Internacional: un año de experiencia", *Persona y Derecho: revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 2004, 15; M. García Arán, "Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la CPI", *Ibid.* 255; J. Abrisketa, "La CPI: sanciones para las más graves violaciones de los DH", F. Gómez y J.M. Pureza, *La protección internacional de los DH en los albores del siglo XXI*, Deusto, 2004, 639; M.D. Bollo, "La adopción de las Resoluciones 1422(2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la CPI por el C.d.S. de las NN.UU.", *ADI*, 2004, 375; Y. Gamarra, "La política hostil de EE. UU. contra la CPI: los acuerdos del art. 98 o la búsqueda de la impunidad", *REDI*, 2005, 145; M.E. López-Jacoiste, "La resolución 1593 (2005) del C.de S. de las NN.UU. y la intervención de la CPI en la crisis de Darfur: ¡A la sexta va la vengida!", *ibid.*, 489; M.E. Odelio, "La CPI y las legislaciones nacionales: relación entre DI y Derechos nacionales", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2005, 295; L. Burgorgue-Larsen, "Las víctimas del delito en el proceso penal internacional: el ejemplo de la CPI", *RJUAM*, 2005, 10; J.L. Rodríguez-Villasante, "El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la CPI", J.L. Rodríguez-Villasante (coord.), *El DI Humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Madrid, 2006, 157; J.A. Pueyo, "El principio de jurisdicción universal y el Estatuto de la CPI", *ibid.*, 179. **En relación a la CPI y el derecho interno:** M.C. Quesada, *La CPI y la soberanía estatal*, Valencia, 2005; M.P. Pozo, "Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y aplicación del Estatuto de la CPI: un balance provisional", *ADI*, 2003, 299; N. Cañiz "Constitucionalidad del Estatuto de Roma y realidad jurídico-política en México bajo la perspectiva del Derecho comparado", *AMDI*, 2003, 108; S. García Ramírez, "México ante el Estatuto de Roma", *ibid.*, 134; R. Méndez Silva, "Consideraciones sobre la ratificación por México del Estatuto de la CPI", *BMDC*, 2003, 560; A. Pigrau, "Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la L.O. 18/2003 de Cooperación Internacional", *Hom. J.A. Carrillo*, Madrid, 2005, 1059; M.P. Díaz, "Concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales penales españoles y la CPI: los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la CPI", *REEL*, 2005, n. 9; M. Becerra, "México ratifica el Estatuto de Roma que crea la CPI, después de reformar la Constitución", *AMDI*, 2006, 951. **Obras colectivas en las que se analiza la CPI desde diversas perspectivas: en lengua española** J.A. Carrillo (coord.), *La criminalización de la barbarie: La CPI*, Madrid, 2000; J. Quel (coord.), *La creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid, 2000; VV. AA, *La justicia penal internacional: una perspectiva Iberoamericana*, Madrid, 2001; J.L. Gómez Colomer, J. Cardona y J.L. González Cusac, *La CPI (un estudio interdisciplinar)*, Valencia, 2003. Entrarían también en este capítulo de obras colectivas las XXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, bajo el tema de *Hacia una Justicia Universal* o el n° 86 (2005) de la *Revista Española de Derecho Militar* dedicado a la Justicia Penal Internacional en el Siglo XXI.

En otras lenguas: R.S. Lee, *The International Criminal Court the making of the Rome Statute: issues, negotiations, results*, Londres, 1999; S. Johnson, *Peace without justice hegemonic instability or international criminal law?*, Aldershot, 2003; Y. Aksar, *Implementing international humanitarian law from the "ad hoc" tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Nueva York, 2004; B. Broomhall, *International justice and the International Criminal Court between sovereignty and the rule of law*, Oxford, 2004; M.E. Glasius, *The ICC: a Global Civil Society Achievement*, Londres, 2006; K. Calvo-Goller, *The Trial Proceedings of the ICC: ICTY and ICTR Precedents*, Leiden, 2006; T. Allen, *Trial Justice: The ICC and the Lord's Resistance Army*, Londres, 2006; S.C. Roach, *Politicizing the ICC: The Convergence of Politics, Ethics and Law*, Londres, 2006; Ph. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, Bruselas, 2006; J. Harrington, M. Milde y R. Vernon (eds.), *Bringing Power to Justice?: The Prospects of the ICC*, Montreal, 2006; D. Rothe y Ch.W. Mullins, *Symbolic gestures and the generation of global social control : the International Criminal Court*, Lexington, 2006. D. Akande, "IL Immunities and the International Criminal Court", *AJIL*, 2004, 407; L.N. Sadat, "The ICC and Universal International Jurisdiction: a Return to First Principles", T.J. Biersteker, *IL and International Relations: Bridging Theory and Practice*, Londres, 2005;

6. En relación con el principio de universalidad y las inmunidades de los agentes, en lengua española: A. Remiro, *El caso 'Pinochet': los límites a la impunidad*, Madrid, 1999; M. García Arán y D. López Garrido, *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso 'Pinochet'*, Valencia, 2000; A. Sánchez Legido, *Jurisdicción universal penal y DI*, Valencia, 2004; J. Ferrer, "Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002 (*República Democrática del Congo contra Bélgica*)", *ADI*, 2002, 305; S. Torres, "Acerca de las inmunidades del Jefe de Estado o de Gobierno en DI y de sus límites", *Hom. J.M. Castro-Rial*, Valencia, 2002, 593; M. Torres "Inmunidad de Jurisdicción penal e Impunidad: el fallo de la CIJ de 14 de febrero de 2002", *Revista de Derecho*, 2002, 1. **En otras lenguas:** B. Stephens y M. Ratner, *International HR Litigation in US Courts*, Irvington-on-Hudson (NY), 1996; R. Brody, *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, La Haya, 2000; A. Borghi, *L'immunità des dirigeants politiques en DI*, Bâle, 2003; R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en DI*, Bruselas, 2004; A. Viviani, *Crimini internazionale e responsabilità dei leader politici e militari*, Milán, 2006; A. Watts, "The Legal Position in IL of Head of States, Heads of Government and Foreign Ministers", *R. des C.*, 1994, t. 247, 9; M. Rosen, "The Alien Tort Claims Act and the FSIA", *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, 1998, 461; A. Bianchi, "Immunity versus HR: The Pinochet Case", *EJIL*, 1999, 237; J.Y. de Cara, "L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords", *AFDI*, 1999, 72; J.M. Sears, "Confronting the 'Culture of Impunity': Immunity of Heads of State from Nuremberg to ex parte Pinochet", *GYIL*, 1999, 125; S. Villalpando, "L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au DI de la décision de la chambre des Lords du 24 mars 1999", *RGDIP*, 2000, 393; E. Lutz y K. Sicking, "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago JIL*, 2, 2001, 1; P. Sands, "After Pinochet: The Proper Relationship between National and International Courts", *Liber amicorum G. Abi-Saab*, La Haya, 2001, 699; C. Wickremasinghe, "The Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of Congo v. Belgium*)", *ICLJ*, 2001, 670; A. Cassese, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case", *EJIL*, 2002, 853; P.M. Dupuy, "Individual Criminal Responsibility v. State Responsibility", en A. Cassese (ed.), *The Rome Statute for an International Criminal Court*, Oxford, 2002; M. Spinedi, "State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: *Tertium Non Datur?*", *EJIL*, 2002, 895; A. Cassese, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case", *AJPIL*, 2002, 853; E. Wylser, "From 'State Crime' to Responsibility for Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General IL", *ibid.*, 1147; A. Nollkamper, "Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility", *ICLQ*, 2003, 615; N.L. Reid, "Bridging the Conceptual Chasm: Superior Responsibility as the Missing Link between State and Individual Responsibility under IL", *Leiden JIL*, 2005, 795. V. tb. biblio. Cap. XXV (inmunidad agentes diplomáticos).

7. Sobre la inmunidad del Estado extranjero en casos de responsabilidad por crímenes de sus agentes, en lengua española: C. Espósito, *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Madrid, 2007; C. Gutiérrez Espada, "El punto final (¿?) de un largo debate: los 'crímenes internacionales'" *REDI*, 2001, 11; F. Jiménez García, "Justicia universal e inmunidades estatales: Justicia o impunidad ¿una encrucijada para el DI?", *ADI*, 2002, 63. **En otras lenguas:** J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of HR*, La Haya, 1997; A. Bianchi, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", *Austrian Journal of Public International Law*, vl. 46, 1994, 195; *id.*, "L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du Droit international", *RGDIP*, 2004, 63; P.M. Dupuy, "Crimes e inmunidades, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes", *RGDIP*, 1999, 289; L. Caffish, "Immunity de juridiction et respect de droits de l'homme", *Liber Amicorum G. Abi-Saab*, La Haya, 2001, 651; K. Halverson, "Is a Foreign State a 'person'? Does it matter?: Personal Jurisdiction, Due Process, and the Foreign Sovereign Immunities Act", *New York University Journal of IL*, 2001, 115; R. Garnett, "State Immunity Triumphs in the European Court of Human Rights" *ICLQ*, 2002, 367; D. Gartenstein-Ross, "A critique on the Terrorism Exception to the Foreign Sovereign Immunities", *New York University Journal of IL*, 2002, 887.

Capítulo XXXI

La intervención humanitaria o la responsabilidad de proteger

CLIII. DE LA ASISTENCIA A LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA

669. Consideraciones generales

El individuo, los grupos que componen la población del Estado, han dejado de tener una consideración patrimonial. El trato que reciben ya no es un asunto estrictamente interno. Sobre la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) ha arraigado un frondoso árbol de obligaciones convencionales aceptadas por un amplio número de Estados. El Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1966), los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales (1966) y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984) forman las varillas centrales del abanico de tratados de vocación ecuménica, complementados por otros de ámbito regional (v. Cap. XXIX). A ello cabe agregar las reglas del DI Humanitario aplicables a los conflictos armados (v. Cap. XXX). Con independencia de su alcance y del juicio que merezca su aplicación, el respeto de los derechos humanos *fundamentales* se afirma hoy como una obligación *erga omnes* (IDI, sesión de Santiago de Compostela, 1989) y es lógico que, a partir de ahí, se trate de alumbrar sus consecuencias.

Interesarse por la protección de los derechos humanos mediante gestiones diplomáticas y *pronunciarse* sobre cualesquiera violaciones, individual o colectivamente, no sólo es lícito, sino exigido por un deber de solidaridad (IDI, res. cit., arts. 1 y 3). También lo es moverse en el amplio campo que las relaciones internacionales dejan a la discrecionalidad de los Estados para manifestar su desagrado con medidas inamistosas, de retorsión (como la llamada de embajadores a consultas o la suspensión de programas de cooperación). Pero, abstracción hecha de los mecanismos articulados por los regímenes de protección internacional pactados a escala universal o regional, ¿cabe ir más allá al amparo de normas generales?

La cuestión adquiere toda su importancia en situaciones de violación grave y masiva de derechos humanos fundamentales, pues en ellas el principio de no intervención (v. Cap. III) parece chocar frontalmente con la libre determinación de la población del Estado o de alguno de sus grupos diferenciados (v. Cap. IV),

siendo realmente comprometido mantener dicho principio cuando aparentemente es un escudo para la ejecución de crímenes internacionales, como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad (v. Cap. XXX).

Con la terminación de la *guerra fría* (1989-1990) han florecido de nuevo políticas dirigidas a la afirmación de un derecho de *acceso y asistencia* a los grupos humanos amenazados en su vida y salud, e incluso de un derecho de *injerencia* o *intervención humanitaria*, eventualmente *armada*, en casos de violación masiva de derechos fundamentales. Determinar los titulares de estos derechos (la *comunidad internacional* en su celestial abstracción, las NU como expresión cabal de la misma, una *masa crítica* de Estados según la elegante inconcreción del SIPRI (1999), grupos de Estados, más o menos organizados, una coalición circunstancial con su rey de bastos...), así como los supuestos y condiciones de su ejercicio, son cuestiones, sin embargo, muy debatidas.

El problema de fondo es innegable. Como recordaba el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, en su informe *Un concepto más amplio de la libertad* (marzo de 2005), más de cuarenta países han sufrido en los últimos años los efectos de conflictos violentos. El número de personas desplazadas de sus hogares se cifra actualmente en veinticinco millones (de los cuales casi un tercio están fuera de la cobertura asistencial de NU), el de refugiados gira en torno a los once o doce (v. *infra*). La *Cumbre Mundial 2005* (doc. Final, res. 60/1, diciembre 2005) endosa los *Principios rectores aplicables a los desplazamientos internos*, preparados por el Representante Especial del Secretario General (1998), como un marco internacional importante para la protección de las personas desplazadas.

670. La asistencia humanitaria

El derecho de acceso y de asistencia a los grupos humanos gravemente amenazados en su vida, salud y necesidades básicas se presenta como el primer escalón en el proceso de evolución normativa. Este derecho no es particularmente problemático en los supuestos de calamidades provocadas por la naturaleza (terremotos, erupciones volcánicas, ciclones, inundaciones, sequía...), el descontrol tecnológico (fugas químicas o radiactivas, rotura de presas...) o la incuria de la autoridad local, combinada o no con las causas anteriores, pues, aunque excepcionalmente no han faltado ocasiones en que un Estado ha rechazado la ayuda que otros le brindaban, lo normal y natural no es sólo que la consienta, sino que la reclame y agradezca. En este caso lo que prima es el *derecho* del Estado afectado a ser asistido y el *deber* de lo demás a prestar ayuda, aunque es plausible considerar que *derecho* y *deber* tienen aún un carácter programático. En una situación así los puntos que han de afrontarse son, sobre todo, los de capacidad de respuesta pronta y flexible, financiación y coordinación de la asistencia.

El problema nace, justamente, cuando la calamidad para la población tiene su fuente en gobiernos hostiles a la prestación de auxilios a individuos y grupos a los que persigue, o en facciones armadas que controlan efectivamente un determinado territorio. Ya el Protocolo II (1977) a los Convenios de Ginebra (1949) había dispuesto acciones de asistencia de naturaleza exclusivamente humanitaria e

imparcial, sobre bases no discriminatorias, con el consentimiento de la Parte concernida, para proteger a la población civil en situaciones de conflicto armado no internacional (art. 18.2). Con base en la redacción del precepto y su interpretación de buena fe se ha sugerido que la negativa de las autoridades locales a consentir esta asistencia debía ser, por lo menos, razonada...

En 1988 la AGNU se pronunció por el libre acceso a las víctimas de *catástrofes naturales* y de lo que, con sutileza, llamó *otras situaciones de urgencia* del mismo orden (res. 43-131). Dos años más tarde auspició la apertura a título experimental de *corredores de urgencia* humanitarios (res. 45-100, de 1990). En 1991 adoptó la resolución 46/182, sobre el reforzamiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las NU, que incluyó como anejo unas *directrices* sobre los principios (humanidad, neutralidad e imparcialidad) que debían guiar la asistencia. De esta manera la AGNU reconoció el derecho de Estados, Organizaciones internacionales y ONG de ofrecer asistencia humanitaria, pero reclamó, no sólo el protagonismo del Estado afectado en toda la operación dentro de su territorio, sino su preceptivo consentimiento para llevarla a cabo.

Poco después, al terminar la llamada *guerra del Golfo*, el C. de S. tuvo la oportunidad de ocuparse de una de estas situaciones —que consideró excepcionalísima— cuando se topó con la población kurda del norte de Irak, autorizando una *zona de protección* por encima del paralelo 36 (res. 688, de 1991), consentida *de facto* por el gobierno Iraquí al retirar su administración del territorio protegido. La operación (*Provide Comfort*) montada por algunos países occidentales (entre ellos España) bajo el liderazgo de los Estados Unidos encontró luego una continuidad en otros lugares atrapados por conflictos civiles: Bosnia y Herzegovina, Somalia, Angola, Ruanda, Georgia, Haití, Mozambique, Burundi, Albania... Como regla general el Consejo, antes de *instar* o *insistir* en que la autoridad local permita un acceso inmediato y libre a la asistencia humanitaria internacional, ha invocado rutinariamente el compromiso de todos los miembros con la soberanía del Estado en cuestión.

En su informe sobre *un concepto más amplio de la libertad* (marzo de 2005) el Secretario General advierte que “es esencial proteger el espacio humanitario y asegurar el acceso seguro y sin trabas de los agentes de asistencia humanitaria a las poblaciones vulnerables”, razón por la cual anuncia su intención de “pedir de forma más sistemática a los Estados miembros en general y al C. de S. en particular que se ocupen del problema que plantean los inaceptables bloqueos del acceso humanitario con que nos encontramos demasiado a menudo”.

En 2003 (sesión de Brujas) el IDI, que ya se había ocupado de esta cuestión en el marco de resoluciones sobre el principio de no intervención y la protección de los derechos del hombre (Wiesbaden, 1975; Santiago de Compostela, 1989) hizo una formulación general del derecho —y el deber— de asistencia humanitaria de la que cabe destacar los siguientes puntos:

1) el ofrecimiento de bienes y servicios indispensables para la supervivencia y la satisfacción de las necesidades básicas de las víctimas de catástrofes no puede considerarse como injerencia en asuntos internos;

2) el suministro de la asistencia en el territorio del Estado afectado ha de contar con su consentimiento, pero éste tiene el deber de no rechazar arbitrariamente la asistencia humanitaria ofrecida de buena fe;

3) los Estados afectados deben permitir al personal humanitario libre acceso a todas las víctimas y asegurar la libre circulación y protección de dicho personal, de los bienes y servicios prestados; y

4) la asistencia se llevará a cabo sin discriminación (teniendo en cuenta las necesidades de los grupos más vulnerables), en estrecha cooperación con la autoridad local, y sin inmiscuirse en asuntos internos.

Las reglas que ahora se proponen limitan la discrecionalidad de la negativa del gobierno local, al tiempo que condicionan el ejercicio del derecho de asistencia por terceros, pero ¿cómo zanjar el desacuerdo de los interesados sobre la arbitrariedad de la autoridad local, formal o real, o el carácter falaz y discriminatorio de la asistencia pretendida por los visitantes? La observación de que los Estados no son imparciales ni desinteresados conduce a promover, junto a los avances normativos, los institucionales y a preferir las ONG para canalizar las ayudas, mientras la filantropía prevalezca sobre el negocio, atribuyendo a los agentes intergubernamentales las tareas de coordinación. Pero ¿cómo garantizar el acceso seguro y sin trabas a las poblaciones vulnerables, liberando los bloqueos y protegiendo debidamente el *espacio humanitario*? Con otras palabras, ¿puede la asistencia, finalmente, *imponerse*?

En su resolución de Brujas (2003) el IDI recuerda que está prohibido servirse del hambre de la población civil como método de guerra y entiende que cuando la negativa del Estado afectado a aceptar la asistencia o facilitar el acceso a las víctimas puede entrañar una catástrofe humanitaria más grave, poniendo en peligro derechos fundamentales de las víctimas, los Estados y organizaciones oferentes pueden solicitar de NU y de otras OI que se ocupan de problemas humanitarios que consideren la adopción de las medidas apropiadas, conforme al DI, a fin de que el Estado afectado asuma sus obligaciones. Los ataques intencionados contra el personal, instalaciones y bienes implicados en la asistencia humanitaria son una violación grave de principios fundamentales del DI. El IDI estima que la negativa a aceptar la asistencia y facilitar el acceso a las víctimas es susceptible de entrañar una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, en cuyo caso el C. de S. puede tomar las medidas necesarias en virtud del Capítulo VII de la Carta.

671. Medios lícitos de los Estados para poner fin a una violación masiva de derechos humanos

Las calamidades inducidas por el hombre suelen ir unidas a violaciones masivas de derechos humanos fundamentales que pueden calificarse como un incumplimiento flagrante de una norma imperativa de DI. De ser ese el caso los Estados deben cooperar para poner fin a dicha situación por *medios lícitos* (CDI, Proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001, arts. 40 y 41). En este sentido pueden, individual o colectivamente, cancelar o suspender ayudas y privilegios revocables y aplicar medidas de *retorsión* de cualquier especie (diplomáticas, comerciales,

financieras, de comunicaciones, sociales, deportivas...) permitidas por el DI, inamistosas pero legales.

¿Y contramedidas? ¿acaso pueden, como respuesta a una violación masiva de derechos, aplicar medidas que comportan un incumplimiento de sus obligaciones internacionales frente al Estado responsable?

En 1989 el IDI (res. cit., arts. 2 y 4), pareció inclinarse por la afirmativa cuando sostuvo el derecho *individual y colectivo* de los Estados a adoptar en estos casos medidas que no implicasen el uso de la fuerza armada. La resolución dispuso, no obstante, condiciones estrictas, a saber:

1) *Requerimiento previo* (salvo caso de extrema urgencia) al Estado infractor para que cese en su conducta criminal;

2) *Limitación* de la medida al Estado infractor;

3) *Proporcionalidad* de la medida a la gravedad de la infracción; y

4) *Consideración* de su incidencia sobre el nivel de vida de las poblaciones afectadas, los intereses de los particulares y de los Estados terceros.

El avance normativo propuesto por el IDI merece ser destacado. Los precedentes eran escasos e inconcluyentes. El Instituto optó por reforzar la defensa de los derechos humanos, puntualizando que hacerlo no se consideraría una intervención ilícita en los asuntos internos del Estado concernido, aun a riesgo de los abusos de quienes, partiendo de calificaciones sectarias, actuarían por su cuenta, individualmente o en grupo, para satisfacer sus intereses.

La CDI, sin embargo, no ha querido ir tan lejos y en su Proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001) ha preferido (art. 54) no prejuzgar este derecho.

672. La violación masiva de derechos humanos, amenaza a la paz internacional

Cualquier suceso o proceso que conduzca al genocidio, crímenes de lesa humanidad, desplazamientos masivos de población, torturas sistemáticas o grave erosión del Estado como unidad básica del sistema internacional, puede considerarse como una *amenaza a la paz* que debe ser manejada por el C. de S. o, con su autorización, por Organizaciones regionales interesadas.

La práctica de NU brindó un precedente cuando sus órganos decidieron alargar la mano vindicativa de la lucha anticolonial al combate de la segregación racial en Rodesia y África del Sur (v. Cap. XXVII).

Aunque hay una lista de conflictos civiles *ocultos* al Consejo (Chechenia, Tibet, Sudán hasta 2004...), la práctica ofrece numerosos casos de conflictos de esta

índole, con graves violaciones de derechos humanos, calificados, antes o después, por el C. de S., como *amenazas a la paz*. En general, el primero de los objetivos del Consejo ha sido evitar la internacionalización de estos conflictos y sus consecuencias más allá de las fronteras (por ej., creando un flujo incontrolado de grupos en pos de refugio), requiriendo embargos de armas y de asistencia militar a los contendientes y enfatizando que los pueblos debían determinar su destino pacíficamente, sin injerencias externas. A partir de ahí han podido seguir otras *sanciones* (diplomáticas, económicas, de comunicaciones...), combinadas en su caso con *operaciones de paz* de amplio espectro (v. Cap. XXVII) para detener el conflicto y, en particular, la violencia sobre la población civil, asegurar la asistencia humanitaria y ayudar a las partes en la negociación de una solución política.

Las *sanciones personalizadas* han sido particularmente frecuentes y relativamente eficaces en los casos de conflictos civiles, sobre todo en África, trátase de la restricción de la libertad de circulación de los responsables, prohibiendo la concesión de pasaportes y visados, de embargar sus cuentas en el extranjero, o de impedir que trafiquen con los recursos naturales del país, materias primas estratégicas o diamantes, por ejemplo.

En relación con los diamantes es interesante mencionar la res. 1295 (2000) y 1459 (2003). La primera acogió favorablemente la propuesta que desembocó en la Declaración de Interlaken, de 5 de noviembre de 2002, relativa al sistema de certificación de los diamantes en bruto del llamado *Proceso de Kimberley*; la segunda apoya resueltamente este sistema de certificación.

La responsabilidad criminal individual y su persecución a través de tribunales internacionales o de jueces estatales, incluso sobre la base del principio de jurisdicción universal, son también un excelente instrumento, no sólo de punición y justicia, sino preventivo y disuasorio (v. Cap. XXX).

673. Operaciones de paz y recurso a la fuerza armada

Con arreglo a la Carta de las NU ningún Estado o grupo de Estados está facultado —salvo legítima defensa— para emplear la fuerza armada en otro Estado si no cuenta con la autorización del C. de S. La fuerza institucional es monopolio del Consejo (v. Cap. XXVI).

En tanto una violación sistemática y masiva de derechos humanos dentro de un Estado, y en particular la falta de asistencia humanitaria, puede calificarse como una *amenaza a la paz internacional*, entra dentro del ejercicio discrecional de las competencias del C. de S. conforme al Capítulo VII de la Carta la adopción y autorización de medidas que impliquen como último recurso la fuerza armada (art. 42) cuando el gobierno en cuestión no quiera o, simplemente, no pueda acabar con los crímenes ni atender a las víctimas, en particular si las otras medidas (art. 41) han fallado o se consideran insuficientes o inadecuadas.

En la práctica esto se ha traducido, sobre todo desde que finalizó la *guerra fría*, en un rimerio de *operaciones de paz*, decididas o autorizadas por el C. de S., salvo excepción, a solicitud o, por lo menos, con el consentimiento, más o menos inducido por terceros, de los gobiernos de los Estados concernidos, representados en NU. Sin dejar de ensalzar las ventajas de la *diplomacia preventiva*, estas operaciones han ido aumentando en número y complejidad, pues junto a las tradicionales misiones de *mantenimiento* de la paz (*peace-keeping*), han ido apareciendo otras para *imponerla* a facciones renuentes a la cooperación (*peace-enforcing*) y para *(re)construir el Estado* (*peace-building*), una vez superada la fase más violenta del conflicto, con aportes policiales, administrativos y civiles. La mayoría de estas operaciones se localiza en África.

El éxito o fracaso sólo puede apreciarse caso por caso y ha de contextualizarse debidamente en su espacio y con una cierta perspectiva histórica. Probablemente las operaciones en América central en la década de los noventa merecen un juicio favorable y, con seguridad, las operaciones en Somalia (1992-1995) y en Ruanda (1994) fueron un rotundo fracaso, como la pasividad en Afganistán, que se desangraba en una guerra intestina con injerencias extranjeras durante la última década del s. XX. Pero puede proponerse que, sin estas operaciones, todo habría ido peor allí donde los conflictos estallaban y, en términos generales, puede afirmarse que el porcentaje de éxito aumenta o disminuye según lo hace el control directo de la operación por los órganos de NU y el acuerdo político y la voluntad de cooperación de todas las facciones envueltas en el conflicto, incluidos sus coadyuvantes externos.

Partiendo de esta premisa cabe señalar que la actuación de este C. de S. laborioso, aupado por las estadísticas, ha presentado, amén de crónico y creciente problema de financiación, perfiles muy criticables:

1) al hacer depender la operación y, de producirse, sus modalidades y alcance, de un acuerdo entre los miembros permanentes fundado en sus intereses y no en los intereses generales y la evaluación objetiva del conflicto (de ahí los conflictos *ocultos* al Consejo y las acusaciones de discriminación arbitraria)

2) al tomar medidas de cara a la galería sin formular un mandato claro ni contar con los recursos necesarios para su ejecución, o actuar tardíamente, lo que se vuelve contra la autoridad y credibilidad de la Organización y la eficacia de la operación (Bosnia y Herzegovina, Angola, Ruanda...);

3) al no atajar la reaparición de problemas que se creían solucionados o en vías de solución y carecer de la energía y voluntad necesarias para hacer cumplir sus propias resoluciones (Camboya, Angola, Ruanda, Haití...).

Pero, sin duda, lo más criticable, aunque probablemente inevitable en las actuales circunstancias, ha sido:

1) la renuncia del Consejo al control efectivo de las acciones armadas *autorizadas* para *imponer* la paz (Somalia, Haití en 1994...); y

2) su silencio y hasta su complicidad con los miembros permanentes que actúan por su cuenta en infracción de la Carta (*zonas de exclusión aérea* al norte y al sur de Irak dispuestas por Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, después de la *guerra del golfo*, bombardeo de Serbia por miembros de la OTAN en 1999, intervención de Francia en Costa de Marfil...) sin tutelar derechos fundamentales de los Estados miembros.

674. *La imposición de la paz por Naciones Unidas*

La intervención armada al servicio de la asistencia humanitaria y para la represión de violaciones masivas de derechos humanos esenciales, con autorización y bajo el control del C. de S., no sólo es legal, sino que ha de ser urgente, especialmente cuando el Estado es una ficción. El C. de S. puede recurrir a la imposición coactiva de la paz mediante el recurso a la fuerza armada para hacer posible la reconstrucción de una vida pacífica, ordenada y democrática. La reserva de jurisdicción doméstica del art. 2.7 de la Carta cede en las situaciones contempladas por el art. 39. Tratándose, además, de un Estado fracasado, sería arbitrario fiar a los clanes, tribus, bandas o facciones en lucha el crédito de la soberanía, siendo perfectamente legítima la acción institucional para articular la libre expresión de un pueblo al que la soberanía ha retornado como una materia bruta. Ahora bien, ¿están hoy los miembros de las NU dispuestos a ejecutar costosas operaciones para imponer la paz en un territorio hostil, agitado por la violencia y el banditismo de poderes fácticos, contra la voluntad de éstos y, en todo caso, sin el consentimiento del gobierno que representa a un Estado miembro de NU?

Fue en Somalia, un Estado descompuesto en clanes y tribus pirañas desde el derrocamiento del Presidente Siad Barre en 1991, donde por primera vez —atendiendo, se dijo, al carácter excepcional de la situación— se tomó la decisión de desembarcar contingentes militares y autorizar “todos los medios necesarios” para establecer lo antes posible un *entorno seguro* para las operaciones de ayuda humanitaria prescindiendo del consentimiento de las facciones en lucha (res. 794, de 1992, adoptada por unanimidad). Con base en esta resolución desembarcó en Somalia una fuerza internacional (UNITAF) bajo el mando unificado de los Estados Unidos, que aportaba el grueso de la fuerza, que reemplazó a una primera operación de *cascos azules* (ONUSOM).

Poco después se dispusieron *zonas seguras* en Bosnia y Herzegovina (res. 819, 824 y 859) y en Croacia (res. 958), autorizándose a los *cascos azules* en tierra (y a los Estados miembros, individualmente o a través de organismos o acuerdos regionales, en el aire), a tomar las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para la protección de tales zonas y la libertad de movimientos de los *cascos azules* y de los convoyes humanitarios (res. 836 y 958).

Otro tanto aconteció con Ruanda (res. 929, de 1994), calificado también por el Consejo como caso *único*, en que se autorizó el recurso a “todos los medios

necesarios” para satisfacer los objetivos humanitarios de la operación, que incluía la creación y mantenimiento, donde fuera factible, de *zonas seguras*. Las mismas palabras (caso *único*, respuesta *excepcional*...) se aplicaron ese mismo año cuando se autorizó el uso de la fuerza en Haití (res. 940).

La experiencia de estos casos abona la prudencia con que han de darse pasos en esa dirección. Las *zonas seguras* en Bosnia y Herzegovina fueron una ratonera para los bosnio-musulmanes en Srebrenica en 1995. En Somalia, lo que comenzó como una operación unánimemente apoyada para *devolver la esperanza* —así se bautizó— a la maltratada población local y desarmar a las numerosas bandas sobre el terreno, acabó de mala manera.

El más influyente de los *señores de la guerra* (Aidid), buscado como *enemigo público número 1*, supo arrastrar tras de sí a las masas de Mogadiscio con un discurso que identificaba la *imposición de la paz* con el *imperialismo*. El resultado fue desastroso. ...La UNITAF se replegó sin gloria en mayo de 1993, sustituida por *cascos azules* (ONUSOM II, res. 814 y 837). Llamados a establecer una “autoridad efectiva en toda Somalia” y, en consecuencia, a “arrestar, detener y encarcelar” personas a los efectos de su “inculpación, enjuiciamiento y castigo” (no se sabe exactamente por quién), también hubieron de ser evacuados en marzo de 1995, en medio de denuncias de violación de derechos humanos por sus propios efectivos y las manifestaciones de una población que había encontrado la unidad en la demanda de su salida del territorio, dejando sin resolver todos los problemas de fondo por los que se había desembarcado en Mogadiscio. Luego nos olvidamos de Somalia...hasta que gracias a una organización regional de Estados del Cuerno de África (el IGAD) pudo consensuarse entre clanes en 2004 una Carta y un gobierno federal de transición sobre el papel... Hay que ver lo que hoy es Somalia. Regiones en fuga (Somaliland, Putland), *señores de la guerra* enfrentados a las mesnadas de la *Unión de los Tribunales Islámicos*, un sedicente gobierno provisional acosado en su sede provisional de Badoia, incapaz de poner el pie en Mogadiscio, una tolerada intervención de Etiopía para que dicho gobierno no se desmorone, unas frágiles conversaciones, un flujo de armas y municiones incontrolable, a pesar del embargo decidido en 1992 (res. 733) y recordado ahora, en 2006 (res. 1724)...

Ruanda, la otra cara de la moneda, fue también un fracaso. Durante cien días, entre abril y julio de 1994, Ruanda sufrió *todos los días* el equivalente de tres 11-S, siendo su población treinta y seis veces menor que la de Estados Unidos, constata el Informe del *Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio* (*Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, A/59/565, 2004). Dos semanas después de iniciado el hecho genocida conforme a un plan ejecutado por el Ejército, mayoritariamente de etnia *hutu*, el C. de S., en lugar de reforzar los contingentes de mantenimiento de la paz desplegados en el territorio, decidió la retirada de casi todos ellos. Pasó casi un mes antes de que los funcionarios de NU hablaran de genocidio y cuando por fin, a las seis semanas, se autorizó una nueva misión para Ruanda pocos países ofrecieron soldados. Luego, en plena desbandada *hutu* por el avance del *Frente Patriótico Ruandés*, mayoritariamente *tutsi*, afloró en una parte del territorio fronterizo con Uganda una operación tipo somalí al cuidado de fuerzas francesas (*Operación Turquesa*). Esta fue benéfica para una población que se sentía amenazada, pero también permitió recomponer la figura de los genocidas en fuga, bajo cuyo control cayeron los campos de refugiados, las *zonas seguras*.

Este conflicto acabó bien internacionalizado. De Ruanda se pasó a la región de los Grandes Lagos. Las antiguas milicias genocidas *hutus* ahora bajo la cobertura del *Frente Democrático de Liberación de Ruanda* (*sic*) han mantenido su acción criminal y desestabilizadora en el oriente de la RD. del Congo, a veces con la complicidad y siempre con la impotencia de las autoridades de este país, la intervención de Ruanda, Uganda y Burundi, los negocios sucios con las riquezas y minerales estratégicos de la región y la insuficiencia de la MONUC, los *cascos azules* de las NU, para reconducir la situación. Como consecuencia, desde 1997 a nuestros días han muerto cerca de cuatro millones de personas y cerca de dos millones y medio han sido desplazadas de sus hogares. Sólo ahora, diez años después, la situación parece entrar en una vía de pacificación y no intervención.

Más recientemente, refiriéndose a Darfur, en el oeste de Sudán, donde desde febrero de 2003 se vive una situación dramática, que se ha cobrado ya doscientas mil vidas y dos millones de personas desplazadas, el *Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio* (2004) observaba *con estupor* el ritmo *glacial* con que la ONU estaba respondiendo a las violaciones masivas de derechos humanos.

Ahí, en Sudán, se había apostado por la finalización de la guerra civil que durante más de veinte años ha enfrentado en el sur a las autoridades de Jartum (esencialmente árabes y musulmanas) con el MPLS (esencialmente negro y animista o cristiano). Fue justamente aprovechando una de las rondas negociadoras en pos de este acuerdo, finalmente concluido el 31 de diciembre de 2004, que los movimientos rebeldes en Darfur, (esencialmente musulmanes, pero no árabes) trataron de llamar la atención sobre la marginación de la población de la región y el manejo impropio de sus recursos. Frente a ellos el gobierno de Sudán no sólo envió a sus fuerzas armadas, sino a las milicias *yanyawid*, incurriendo unos y otros en crímenes de lesa humanidad y de guerra.

Sólo a partir de julio de 2004, una vez que los *media* transformaron Darfur en titulares, comenzó el C. de S. a interesarse de manera activa en una región en la que se desplegaba contemporáneamente una fuerza de la UA (la MUAS), insuficiente, mal pertrechada y de menguante eficacia. Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta el Consejo instó al gobierno de Sudán a facilitar el acceso a la asistencia humanitaria, desarmar a las milicias *yanyawid*, capturar a sus líderes y establecer un entorno seguro (res. 1556); por la res. 1564 (2004), advirtió al gobierno de Sudán que, si no cooperaba, podría adoptar otras medidas conforme a lo previsto en el art. 41 de la Carta y dispuso la creación de una comisión internacional de investigación, a fin de constatar si se habían producido actos de genocidio y transgresiones del DI humanitario y de los derechos humanos; por la res. 1591 (2005) extendió el embargo de armas al gobierno de Sudán, conminándolo a poner fin a los vuelos militares ofensivos y previó sanciones individuales — embargo de cuentas y negación de pasaportes y visas— contra quienes obstaculizasen el proceso de paz, fuesen una amenaza para la estabilidad de Darfur, o violasen el DI humanitario o el DI relativo a los derechos humanos, medidas que se aplicaron a cuatro individuos en abril de 2006 (res. 1672).

Lejos de mejorar, la situación fue empeorando. El acuerdo de paz (Abuja, 5 de mayo de 2006) no fue suscrito por todos los grupos rebeldes, pero tampoco sus signatarios, comenzando por el gobierno de Jartum, lo respetaron. En un *crescendo*

natural, el 31 de agosto de 2006 el Consejo, con las abstenciones de China, Rusia y Qatar, concretó su propósito anunciado en marzo (res. 1663) de reemplazar a la MUAS con una operación de NU no más tarde del 31 de diciembre de 2006.

A tal efecto (res. 1706) refuerza la MINUS (desplegada en el sur de Sudán, res. 1574, de 2004, y 1590, de 2005) hasta diecisiete mil trescientos soldados y tres mil trescientos policías, con el mandato de apoyar en Darfur el cese el fuego y la ejecución del acuerdo de paz, autorizando a la MINUS a “usar todos los medios necesarios” para cumplir su mandato. La resolución solicita “el consentimiento del gobierno” de Sudán para ese despliegue, pronunciándose en los términos más corteses. El gobierno de Sudán se niega a darlo, considerando que se trata de una intromisión en sus asuntos internos (pasando por alto que en el último inciso del art. 2.7 de la Carta se dispone que el principio de no intervención “no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII” y los efectos desestabilizadores sobre Chad y la República Centroafricana).

Según el Presidente G.W. Bush las atrocidades en Darfur tienen un nombre: genocidio, y NU debe actuar, lo consienta o no el gobierno sudanés, porque se juega su credibilidad. Pero no es lo mismo auspiciar una solución política mediante negociación de las partes con la presencia estabilizadora de una fuerza —africana o de NU— consentida por el gobierno de Sudán, que imponer una solución militar...Y, por otro lado, no es credibilidad lo que le sobra al Presidente de los Estados Unidos...

675. *Uso de la fuerza al margen de Naciones Unidas*

Durante el largo período de la *guerra fría* el C. de S. no abrió en ningún caso la mano a una práctica legitimadora de intervenciones armadas unilaterales o grupales al margen de las previsiones de la Carta, con independencia de que la propia acción del Consejo estuviera bloqueada por el conflicto de intereses entre sus miembros permanentes.

Cabe recordar, en primer lugar, la intervención armada de Vietnam en Camboya (diciembre de 1978-enero de 1979) para derribar el régimen genocida de Pol-Pot. Es difícil encontrar en la historia contemporánea un *currículum* más odioso de violaciones de derechos humanos que el protagonizado por los *khmeres* rojos bajo la dirección de este sujeto. Sin embargo, el hecho de que Vietnam fuese una *ficha* de la Unión Soviética en la región pesó más, a la hora de reaccionar frente a los hechos, que la liberación del pueblo camboyano de un régimen opresivo. El *khmer* rojo mantuvo la representación de Camboya (entonces Kampuchea) en NU y la AG reclamó la retirada de las tropas vietnamitas.

Otro tanto ocurrió cuando Kenia y Tanzania intervinieron en Uganda para derrocar al tirano Idi Amin (1979). Asimismo, las intervenciones armadas de la Unión Soviética en Afganistán (diciembre de 1979-enero de 1980) y de los Estados Unidos en Grenada (*Urgent Fury*, 1983) y en Panamá (*Just Cause*, 1989) invocaron *inter alia* motivos humanitarios —más reconfortantes que los intereses geopolíticos y estratégicos de cara a la opinión pública— que no les libraron de la condena de la AG.

Este planteamiento sólo fue matizado en dos supuestos:

1) Cuando se ha implicado en la acción una organización regional, facilitando la transferencia del análisis al plano de las relaciones de la Organización en cuestión con NU.

Así ocurrió en 1965 en la República Dominicana al transformarse en Fuerza Interamericana de Paz (de la OEA) la fuerza de intervención de los Estados Unidos; asimismo, en el caso de la guerra civil de Liberia (1991) la intervención de una fuerza armada de países miembros de la CEDEAO, encabezados por Nigeria, se vio bajo un prisma permisivo, seguramente porque el país intervenido moría de caos, los intereses de las grandes potencias no estaban en juego y los mecanismos de NU comenzaban a ofrecer síntomas de saturación.

2) Cuando se ha tratado de acciones muy circunscritas en su objetivo y limitadas en el tiempo, como la evacuación de nacionales del Estado interviniente y de otros extranjeros, como aconteció por ejemplo en Zaire (hoy R. D. del Congo) en 1993, a cargo de Bélgica.

Oportuno es recordar en este punto la advertencia que la CIJ dirigió a los Estados Unidos cuando, contestando su alegación de que los actos ilegales que se le imputaban en Nicaragua tenían como objeto la protección de los derechos humanos, declaró que “si los Estados Unidos pueden ciertamente tener su propia apreciación sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, el empleo de la fuerza no puede ser el método apropiado para verificar y asegurar el respeto de tales derechos” (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986).

¿Acaso este *dictum* es hoy anacrónico? Una vez terminada la *guerra fría*, algunos Estados, invocando la satisfacción de objetivos genéricos de las resoluciones del C. de S. han ejecutado acciones armadas incompatibles con la Carta o, por lo menos, de dudosa legalidad.

Así, la declaración de una *zona de exclusión aérea* sobre el espacio aéreo iraquí al norte del paralelo 36 (abril de 1991) y al sur del paralelo 32 (agosto de 1992), dispuesta grupalmente por Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, fue la premisa para el derribo de los aparatos de Irak que se aventuraron en ella, para el bombardeo de los radares y de las baterías antiaéreas que, fuera de zona, podían amenazar a las patrullas aliadas, y del mismísimo Bagdad, mucho tiempo después de terminada la *guerra del Golfo*. Si el objeto de la zona de exclusión aérea era completar la salvaguardia de kurdos y chiíes iraquíes, ¿por qué no se solicitó su creación al C. de S., que había autorizado la *zona de protección* del Kurdistan iraquí? ¿Tal vez porque ésta había sido aprobada por los pelos, con los votos en contra de tres miembros del *Tercer Mundo* (Cuba, Yemen y Zimbabwe) y la abstención de otros dos (China e India)? En Bosnia y Herzegovina, cuyo territorio aéreo sí había sido declarado *zona de exclusión* por decisión del C. de S. (res. 781 y 786, de 1992), quienes tan libérrimamente actuaban en el norte y sur del Irak justificaban su inacción alegando la falta de una autorización expresa del Consejo para utilizar la fuerza armada. Esa autorización, que en cierto modo dependía de sus iniciativas, sólo se produjo el 31 de marzo de 1993 (res. 816).

676. Kosovo, la intervención grupal contra la Carta

Sin duda, la manifestación más característica de unilateralismo grupal al margen de la Carta se ha escenificado en Kosovo, una vez que en marzo de 1999 los miembros de la OTAN, sin contar con la autorización del C. de S. (que no se molestaron en solicitar), decidieron el bombardeo aéreo de Serbia para servir, se dijo, una causa humanitaria en representación, ni más ni menos, que de la *comunidad internacional*.

Algunos de los Estados que bombardeaban juntos trataron de justificar su acción en términos jurídicos sosteniéndola sobre la base de la *intervención humanitaria*.

Así, dando respuesta a una cuestión planteada en la *Cámara de los Comunes*, el responsable del *Foreign Office*, Robin Cook, afirmaba el 29 de abril de 1999 que “a la luz de todas las circunstancias, un uso limitado de la fuerza está justificado para ayudar a los propósitos del C. de S. y aun sin autorización expresa de éste cuando es el único medio para impedir una aplastante e inmediata catástrofe humanitaria”.

A tal efecto, mil ciento cincuenta aviones despacharon veinticinco mil toneladas de explosivos en veinticinco mil doscientas operaciones de vuelo.

No es cierto que el C. de S. estuviese paralizado en Kosovo. Durante 1998, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, el Consejo había adoptado cuatro resoluciones (1160, 1199, 1203 y 1207), su Presidente había formulado varias declaraciones, el Secretario General presentaba informes mensuales, una Misión de Verificación de la OSCE estaba desplegada en el territorio... Kosovo estaba, pues, en la agenda del Consejo que había adoptado decisiones, incluso sanciones, y advertido que, de ser preciso, adoptaría otras... Frente a la acción de la OTAN el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, aun admitiendo que “hay momentos en los que el uso de la fuerza puede ser legítimo en la búsqueda de la paz”, afirmó que “bajo la Carta el C. de S. tiene la responsabilidad primaria en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y esto es reconocido explícitamente en el Tratado del Atlántico Norte. Por lo tanto el Consejo debe estar involucrado en cualquier decisión que recurra al uso de la fuerza”.

Concluida la campaña militar con el abandono de Kosovo por las fuerzas armadas y las autoridades yugoslavas conforme a las exigencias del “acuerdo militar y técnico” de Kumanovo (9 de junio de 1999), el C. de S. (res. 1244 de 10 de junio) asumió la administración de la provincia serbia (UNMIK) en términos similares a los aplicados en Bosnia y Herzegovina y en Timor Oriental, dejando en manos de una fuerza autónoma (KFOR) conducida por la OTAN las misiones susceptibles de implicar el uso de la fuerza armada.

Los miembros de la Alianza pretendían proteger a la población albano-kosovar; pero es evidente que los bombardeos, junto con la evacuación de la provincia por los observadores de la misión de la OSCE, exasperaron la situación sobre el terreno e incentivaron los desplazamientos forzosos de la población. No sólo eso. La forma en que la OTAN y sus Estados miembros llevaron a cabo su campaña militar en Yugoslavia supuso —al margen de los “daños colaterales”, esto es, las víctimas civiles— actos deliberados de tortura psicológica para intimidar a la población, devastación de ciudades, pueblos y aldeas, destrucción de carreteras, puentes, vías férreas, centrales eléctricas y bienes en gran escala y en forma no justificada por la necesidad militar, bombardeos de mercados, viviendas o edificios indefensos, incluidos la sede de la TV serbia y la embajada de la RP. China, ataques que previsiblemente habían de provocar —y provocaron— muertos y heridos en la población civil sin ventajas militares concretas y directas. Todo ello sin entrar en los daños medioambientales ocasionados por la destrucción de fábricas, refinerías, plantas (petro)químicas y de fertilizantes, y en los medios bélicos empleados, que incluían el recurso masivo a bombas de racimo o fragmentación (*cluster bombs*) y a *missiles* con revestimiento de uranio empobrecido.

¿Es de recibo defender los derechos fundamentales de la población albanesa en Kosovo violentando flagrantemente los derechos no menos fundamentales de la población serbia? En Kosovo la Alianza Atlántica no sólo infringió la Carta sin que nadie pudiera protegerla, sino que también ha podido cometer crímenes de guerra (una posibilidad molesta teniendo en cuenta la condición democrática de sus miembros y el apoyo que el bombardeo recibió en sus respectivas opiniones públicas).

La administración internacional civil del territorio (UNMIK) y la KFOR no supieron convencer a las minorías no albanesas para que permanecieran en sus casas, no supieron proteger eficazmente a los que permanecieron, ni crear las condiciones necesarias para el retorno seguro de los que se fueron. En dirección contraria, grupos terroristas, como el Ejército de Liberación de Kosovo (ELK), fueron elevados a la condición de insurgentes reconocidos y legitimados como partes en una negociación y embrión de las futuras instituciones locales. Cabe sospechar que los dirigentes más radicales de estos grupos han estado detrás, no sólo de los ataques a las minorías serbia o romaní, sino de los atentados contra las personalidades albano-kosovares moderadas.

Las amenazas de intervención armada y, finalmente, los bombardeos de la OTAN no hicieron sino exacerbar el conflicto, aglutinar a la población serbia frente a quienes dañaban su vida y magras haciendas y ofrecer el perfil más ingrato y miserable de todas las partes interesadas, al estimular la violencia terrorista de quienes no tenían empacho en sacrificar a la población civil si con ello conseguían radicalizar la respuesta del Estado para facilitar la intervención de la OTAN.

Bajo este prisma la sedicente injerencia armada humanitaria, lejos de tener un efecto disuasorio de los conflictos civiles, puede ser uno de sus mejores estímulos; incentiva los crímenes contra la humanidad de las partes enfrentadas; arriesga la comisión de crímenes de guerra por los injerencistas; provoca daños humanos y medioambientales gravísimos; acaba transformando a las víctimas en verdugos con la asistencia técnica o la tolerancia de sus protectores foráneos y añade obstáculos a la satisfacción de los objetivos políticos con que se trató de justificar la acción armada.

En efecto, la operación armada de la OTAN, su *golpe de comunidad internacional*, lejos de solucionar el problema político, no hizo sino agravarlo. Seguramente, el entorno de paz requerido para negociar la cuadratura del círculo de esa *autonomía sustancial* de Kosovo dentro de Serbia, de la que habla la resolución 1244 (1999), pudo lograrse manteniendo la misión de verificación de la OSCE, que suponía el despliegue sobre el terreno kosovar de mil quinientos observadores extranjeros (y otros tantos locales), aplicando medios coercitivos diplomáticos y económicos sobre el régimen de Milosevic y asistiendo eficazmente a quienes, en Yugoslavia, se oponían a él.

El objetivo de construir una *autonomía sustancial* en un Kosovo multi-étnico dentro de una Yugoslavia (una Serbia) unida parece muy lejos de la realidad. En la provincia de la que han desertado las minorías (serbios, gitanos...) perseguidas

se han estado sentando las bases de un Kosovo independiente *de facto*, habitado sólo por albaneses, financiado y administrado temporalmente por la *comunidad internacional*, cuyos miembros más destacados habían ayudado al desalojo por la fuerza de las autoridades *opresoras*.

La res. 1244 (1999) sigue siendo la norma fundamental de referencia sobre el futuro de Kosovo. De ella (y de la Carta) se desprende que: 1) la soberanía e integridad territorial de Serbia ha de ser respetada, sólo cabe una *autonomía sustancial* de Kosovo *dentro de Serbia*; 2) el arreglo final debe ser el resultado de una negociación entre las autoridades de Belgrado y las de Prístina, con la participación de representantes de las minorías ausentes de las instituciones kosovares; 3) las NU y otras organizaciones regionales pueden prestar su asistencia a la negociación, incluso influir decisivamente sobre las partes, pero no pueden *imponer* a un Estado soberano por vía autoritativa un arreglo de renuncia a una provincia sobre la que ejerce un título legítimo; 4) la independencia de Kosovo, un estatuto internacionalizado del territorio o su partición sólo puede ser el resultado de un acuerdo libremente consentido por Serbia conforme a sus normas constitucionales (lo que obligaría a la reforma de la Constitución vigente). Dicho esto cabe preguntarse si ser *realista* en Kosovo implica mutar la defensa de los derechos humanos que dio pie a una, por lo menos, discutible *intervención armada* en injerencia política al servicio de un movimiento separatista asentado progresivamente en una *realidad* administrada por los diferentes rostros de la *comunidad internacional*. Es chocante comparar la defensa de la *integridad* del territorio kosovar, sea cual sea su destino con la *integridad* de Bosnia y Herzegovina, ambas doctrina *oficial*. Mientras que ésta sirve la conservación del Estado, aquélla puede servir su partición. Las entidades que conforman Bosnia y Herzegovina, especialmente la *República Srpska*, podrían reclamar para sí el mismo trato *realista* que pueden recibir los albanos-kosovares. Un proceso de imitación sobre un pésimo precedente que, seguramente, no acabaría ahí.

677. *¿Circunstancias que excluyen la ilicitud de una intervención armada individual o grupal por motivos humanitarios?*

¿Puede serlo, acaso, la solicitud o *consentimiento de la autoridad local*? La consideración de esta circunstancia para excluir la ilicitud de una intervención armada es un clásico de la teoría de la responsabilidad (v. CDI, Proyecto de arts. sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001, arts. 20 y 26, v. Cap. XIX) y la práctica ofrece una variada gama de intervenciones que han tratado de ser justificadas a su amparo.

La licitud de una intervención armada depende en estos casos de que:

- 1) la solicitud sea expresa, libre y sin vicios, del órgano constitucionalmente competente para hacerla;
- 2) responda a una situación caótica que ha escapado al control de las autoridades o ha sido inducida por terceros intervinientes en el conflicto doméstico; y
- 3) se acomode a las circunstancias y, en su caso, a la clase y volumen de la previa intervención extranjera.

Naturalmente la hipótesis es inconcebible cuando la autoridad local es, directa o indirectamente, la fuente de las violaciones de los derechos humanos. De no ser el caso, ¿por qué no acudir a NU en solicitud de ayuda, reclamando una operación de paz? Conviene ser circunspectos en la medida en que bajo capa de asistencia

a un gobierno que afronta un conflicto doméstico puede esconderse una intervención pura y simple en asuntos internos. Obviamente, no cabe homologar con la petición de la autoridad local competente la de quienes persiguen, justamente, derrocarla por cauces inconstitucionales o la de quienes se apalancan en el poder contra derecho, sea cual sea la opinión que merezca dicha autoridad.

Si nos atenemos a la práctica comprobaremos cuan pocos son los casos en que la alegación de esta excepción a la ilicitud de una intervención armada ha sido pertinente. Tratándose de conflictos inducidos o alimentados por una intervención armada extranjera lo que procede es invocar la legítima defensa colectiva. La excepción quedaría, pues, reducida a operaciones de mercenarios, inteligencia o logística, decisivas sólo en pequeños Estados con instituciones débiles y muy personalizadas. Los sucesivos golpes de estado en las Comores con participación mercenaria, reprimidos con la ayuda de los paracaidistas franceses, ofrecen un buen ejemplo.

Pero de lo que se trató más frecuentemente, como revelan las numerosas intervenciones de las unidades francesas destacadas en los Estados africanos francófonos (Senegal, Costa de Marfil, Gabón, Chad, República Centroafricana, Djibouti), fue de arbitrar conflictos domésticos, en pro de la estabilidad en unos casos, de las apariencias democratizadoras en otros.

Una expresión reciente se ha advertido en Costa de Marfil. En septiembre de 2002 la intervención francesa fue decisiva para abortar el derrocamiento del Presidente Gbagbo, pero no para impedir que el norte de país quedara bajo el control de fuerzas rebeldes sostenidas por los gobiernos de Burkina Faso y Liberia. Fracasadas las negociaciones, la salida del socialista Jospin del gobierno francés desalentó el apoyo al Presidente Gbagbo y, más adelante, la muerte de nueve infantes de marina franceses desplegados en la llamada zona de seguridad establecida entre el norte y el sur, como consecuencia del bombardeo gubernamental de posiciones rebeldes, condujo a la destrucción por Francia de toda la fuerza aérea de Costa de Marfil (dos aviones y seis helicópteros). Gbagbo, naturalmente, excitó la veta patriótica de sus seguidores y la colonia y las inversiones extranjeras vivieron sus peores momentos en medio de un caos galopante. En estas circunstancias Francia consideró prudente recogerse tras las alas del C. de S., que no tuvo inconveniente en respaldar su acción disponiendo (res. 1528, febrero de 2004) una misión (ONUCI) en paralelo a la presencia militar francesa (*Operación Licorne*) y autorizando a los efectivos franceses a "usar todos los medios necesarios" para sostener a la ONUCI y a intervenir, previa consulta, en caso de acciones beligerantes fuera de la zona en que la ONUCI estaba desplegada (res. 1609, de 2005). Aunque la ONUCI fue solicitada formalmente por las partes en conflicto, su labor se viene realizando en medio de una fuerte hostilidad ambiental y escasa disposición a la cooperación del Presidente y sus seguidores, enfrentado al jefe de gobierno. Las elecciones que debían celebrarse en octubre de 2006 han debido reenviarse a octubre de 2007, con un papel a crecido de la UA y de la CEDEAO (res. 1721).

Ese papel de árbitro de las grandes potencias en sus tradicionales zonas de influencia ha hecho que la nómina de peticionarios de intervención haya sido rica y heterogénea, incluyendo naturalmente facciosos cuyo éxito era dudoso o al borde del fracaso (Hungría, 1956; República Dominicana, 1965; Afganistán, 1979); y que, incluso, alguno de los peticionarios, se haya enterado *a posteriori* de su papel, como parece le ocurrió al gobernador general de Grenada en 1983, representante formal de la reina de Inglaterra, jefe de Estado nominal del país invadido por los Estados Unidos, o a la República de El Salvador cuando en esos mismos años

Estados Unidos alegó legítima defensa para justificar su intervención en Nicaragua.

Las *contramedidas* tampoco pueden ser invocadas como circunstancia de exclusión de la ilicitud de una intervención armada por razones humanitarias, pues las *contramedidas* nunca pueden ser armadas (v. Cap. XIX). Eso aún en el caso de que se considere que un Estado no lesionado por la violación de una norma imperativa tiene derecho a exigir la responsabilidad y, en ese marco, a tomar *contramedidas*, lo que el proyecto adoptado por la CDI en 2001 no prejuzga, pero tampoco afirma.

Ha de tenerse en cuenta: 1) que la amenaza y el uso de la fuerza armada salvo legítima defensa o autorización del C. de S. (o, en su caso, de la AG) es una violación grave de una norma imperativa de DI, 2) que las circunstancias de exclusión de ilicitud del hecho desencadenante de la responsabilidad internacional no operan frente a normas imperativas, aunque con ellas se trate de hacer respetar otra norma imperativa; y, 3) que siempre se dejan a salvo las disposiciones de la Carta, que prevalecen en todo caso frente a cualesquiera otras obligaciones (art. 103 de la Carta).

Tampoco el *estado de necesidad* puede justificar en ningún caso la infracción de una norma imperativa (v. Cap. XIX). C. Gutiérrez Espada, que ha estudiado minuciosamente esta circunstancia, considera que es la que mejor podría servir para excluir la ilicitud de una intervención armada *humanitaria*, pero afirma que, aunque lamentable, no se deduce del DI en vigor sin la menor sombra de duda que así sea.

678. La consolidación de la paz: El Estado fallido

Es hoy pacífica la opinión de que las violaciones masivas de derechos humanos que se producen como consecuencia de conflictos civiles reclaman, más allá de la respuesta humanitaria inmediata y el control de la violencia, medidas de recuperación del Estado —fallido— como unidad básica e indispensable del sistema internacional. Se habla así de una misión de *consolidación de la paz* para cimentar sobre bases sólidas el estado de derecho y la buena gobernación. Cuando estas misiones no se asumen, la experiencia demuestra que los conflictos civiles se reproducen, como los melanomas más agresivos, en menos de cinco años. Así viene ocurriendo en la mitad al menos de los casos.

Haití es un buen ejemplo de ello. En este país se han desarrollado cuatro misiones en los últimos diez años. Después de una serie de sanciones adoptadas en 1993 (res. 841, 873) y 1994 (res. 917) como consecuencia del derrocamiento del Presidente Aristide, ese mismo año, con el acuerdo de la facción que detentaba el poder, el C. de S. (res. 940) autorizó la creación de una fuerza multinacional bajo control y mando unificado (de los Estados Unidos) y la utilización de todos los medios precisos para forzar la salida del gobierno militar golpista, previéndose el levantamiento de las sanciones una vez Aristide regresara a Haití (res. 944 y 948) lo que, finalmente, se consiguió, permitiendo a Aristide cumplir lo (poco) que restaba de su mandato presidencial. Una década más tarde, en febrero de 2004, Aristide, nuevamente elegido, se vio forzado a la dimisión, designándose un gobierno de transición que solicitó de inmediato la ayuda de la *comunidad internacional* para restablecer la

paz y promover el proceso político en curso. Una vez más el C. de S. debió actuar con base en el Capítulo VII de la Carta, despachando una Fuerza Multinacional Provisional (res. 1529, de 2004), luego reemplazada (res. 1542) por una Misión civil-militar de estabilización (MINUSTAH) bajo el control del representante especial del Secretario General, a fin de promover, en consulta y coordinación con la OEA, "la interacción con las autoridades de Haití en calidad de socios" (énfasis añadido).

En este sentido las propuestas del Secretario General de la ONU en su informe de 21 de marzo de 2005 insisten en que el Estado *soberano* es el principal protagonista de la lucha contra todas las amenazas, nuevas y antiguas, con que nos enfrentamos. A ellos corresponde garantizar los derechos de sus ciudadanos. Se trata, pues, de fortalecerlos para que puedan ofrecer un mejor servicio a sus pueblos. Si los Estados son frágiles, los pueblos del mundo no gozarán de la seguridad, el desarrollo y la justicia. Necesitamos Estados capaces y responsables.

Dentro de un enfoque amplio e integrado de la *seguridad colectiva*, las violaciones masivas de derechos humanos se presentan en relación profunda con cuestiones, como la pobreza extrema y las enfermedades, las desigualdades sociales, étnicas y religiosas, los conflictos civiles, el terrorismo. Los once millones de niños menores de cinco años que mueren todos los años, los tres millones anuales de muertos por SIDA, los veinte mil muertos diarios de hambre, los mil millones de seres humanos dólar-día... son cifras de una "pobreza letal". El objetivo es que, liberados de la miseria que imponen la pobreza extrema y las enfermedades infecciosas, y del temor por la destrucción de su existencia y medios de vida a causa de la violencia y de la guerra, puedan los seres humanos en todas las partes del mundo ejercer su derecho a ser gobernados con su consentimiento, al amparo de la ley.

Es irreproachable que, más allá del desarme, la desmovilización y la reinserción social de los combatientes, el establecimiento de instituciones representativas y la implantación de lo que entendemos como un estado de derecho, una administración y una policía honesta y eficaz, un poder judicial independiente, sean puntos fundamentales en las operaciones de *consolidación de la paz*, de relativamente larga duración, llevadas a cabo por la ONU a un costo nada despreciable.

Ahora se habla, por ej., del Acuerdo Global de Paz de Naivasha (31 de diciembre de 2004) con el que se pretende poner fin a la guerra que durante más de veinte años ha conducido el MPLS en el sur del Sudán contra las autoridades de Jartum y ha producido dos millones de muertos y cuatro millones de desplazados. Se trata de un acuerdo complejo y pautado, debido en buena parte al IGAD, la organización regional de los países del Cuerno de África, y respaldado por NU, que ha de establecer una misión civil-militar de apoyo (UNMIS) con diez mil efectivos (res. 1590 del C. de S., de 2005). ¿Acaso como ocurrió en Angola en 1993, en Ruanda y en Haití en 1994, y en otros países, los acuerdos de paz acabarán frustrándose porque, tras su firma, las promesas de asistencia se materialicen tarde, mal o nunca...?

Para hacer frente a estas inquietudes y colmar lo que considera una laguna en el mecanismo institucional de las NU, el Secretario General propuso en su informe de 21 de marzo de 2005 el establecimiento de una *Comisión de Consolidación de la Paz*, de carácter intergubernamental.

Acordada la creación de la Comisión en la *Cumbre Mundial 2005* (res. 60/1 de la AG, de 15 de septiembre), su composición, ubicación en el organigrama de NU y competencias fueron precisados tres meses después (res. 60/180 de la AG y 1645-2005 del C. de S., de 20 de diciembre). Partiendo de la premisa de que la responsabilidad primordial de determinar las prioridades y estrategias de consolidación de la paz de un país que sale de un

conflicto corresponde a las autoridades locales, la Comisión se concibe como un órgano asesor, subsidiario tanto de la AG como del C. de S., dedicado exclusivamente a atender las necesidades especiales de tales países a fin de avanzar en su reconstrucción y ayudarles a sentar las bases de un desarrollo sostenible.

La Comisión tiene un componente fijo y un componente variable. El primero lo integran los treinta y un miembros del Comité de Organización permanente, del que forman parte: 1) siete miembros del C. de S., a saber, los cinco miembros permanentes y dos más elegidos anualmente por el Consejo entre los no permanentes (res. 1646-2005); 2) siete miembros del C. E. y S., elegidos por éste entre los grupos regionales, prestando la debida consideración a los países que han pasado por la experiencia de recuperación después de un conflicto; 3) cinco de los principales contribuyentes financieros de la Organización y otros cinco con mayor número de efectivos implicados en operaciones de paz, elegidos por los diez Estados más significados en una y en otra categoría, entre ellos mismos; y 4) siete miembros elegidos por la AG tomando en consideración la necesidad de que todos los grupos regionales estén representados en la composición global del Comité, así como los países que han pasado por la experiencia de recuperación después de un conflicto. Su mandato es de dos años renovable y actúa por consenso. A ellos se unirían respecto de cada operación —componente variable— las autoridades locales, representantes de los países de la región implicados, las organizaciones regionales pertinentes, los países que, en su caso aporten contingentes y los principales donantes al país en cuestión, el representante de NU de más alto rango sobre el terreno, un representante del SG y las instituciones financieras (Banco Mundial, FMI y otras) pertinentes.

La Comisión está llamada a ocupar el centro de una misión de atención política, planificación, financiación, información cruzada, asesoramiento, coordinación y seguimiento de esfuerzos múltiples. La Comisión ha de ocuparse de movilizar recursos, proponer estrategias integradas, formular recomendaciones y asesorar a los órganos de los que depende, así como al C. E. y S., Secretario General e, incluso, Estados miembros en circunstancias de riesgo, cuando se lo soliciten. No obstante, se puntualiza que en las situaciones que figuren en el programa de trabajo del C. de S. y de las que se esté ocupando activamente “el propósito principal de la Comisión será prestar asesoramiento al Consejo”, por lo que en estos casos no procede formular otras peticiones (salvo las que puedan proceder del Secretario General). Por otro lado, las peticiones de la AG y del C. E. y S. han de contar siempre con el consentimiento del Estado interesado, cuyas autoridades pueden en todo momento solicitar de la Comisión que ponga fin al examen de su situación.

La Comisión, que ha de presentar informes anuales de su actividad a la AG y al C. de S. para su debate, ha de actuar en estrecha consulta con las organizaciones regionales y subregionales, abierta a la sociedad civil, a las ONG, previéndose la dotación por el Secretario General de una pequeña oficina de apoyo y la creación de un fondo plurianual permanente mediante contribuciones voluntarias.

Irak era un Estado no democrático, pero fue fallido sólo como consecuencia de la agresión de Estados Unidos, Gran Bretaña y la “coalición de naciones dispuestas” en marzo de 2003. En estos casos la reconstrucción de un Estado debería concebirse desde la perspectiva de la responsabilidad internacional deducida del ilícito y no como una expresión de solidaridad conducida por los agresores con el *placet* del C. de S. Cabe sustentar serias dudas acerca de la capacidad real del pueblo para ejercer su derecho de autodeterminación mientras persiste la *ocupación extranjera* resultante de una acción contra la Carta, incluso en el caso de que ésta haya sido cohonestada por el Consejo (v. Cap. XXVIII).

679. Política legislativa: la responsabilidad (colectiva) de proteger

Nadie puede hoy justificar con la soberanía abstracta del Estado y el principio de *no intervención* la pasividad ante violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos fundamentales. El derecho de acceder y socorrer a las vícti-

mas, no ya de catástrofes naturales (aunque el gobierno bien puede ser una de ellas), sino de lo que la resolución 43-131 de la AG llamó con habilidosa perífrasis “otras situaciones de urgencia”, ha de ser respaldado sin reservas, y sólo ha de lamentarse que sean los medios de comunicación los que, por la atención prestada en unos casos y desdeñada en otros, impongan el número y orden de prelación de los asistidos, al establecer el derrotero de la opinión pública, emotiva y escandalizada, de los países desarrollados. Somalias, se ha dicho, hay muchas; pero sólo una fue oportunamente fotografiada. Hoy, justamente, hay quien se queja de que falten cámaras en la región de los Grandes Lagos, en Costa de Marfil o... en la misma Somalia.

Para hacer frente a estas situaciones la *responsabilidad (colectiva) de proteger* a la población del Estado se presenta como norma *in statu nascendi*. Esta terminología, originada en una iniciativa de Canadá (CIISE, *La responsabilidad de proteger*, diciembre de 2001), asumida por el Secretario General de la ONU en su informe de 21 de marzo de 2005 y por la *Cumbre Mundial 2005* en su documento final (res. 60/1), es más acertada que la referencia al *derecho de injerencia o intervención humanitaria*: primero, porque no está golpeada por la práctica histórica de la intervención de las grandes potencias en sus esferas de influencia so capa de *humanidad*; segundo, porque el concepto se predica en principio del Estado respecto de su propia población; tercero, porque tratándose de otros Estados enfatiza un sentido de deber u obligación hacia la población afectada que encarece las iniciativas colectivas, institucionales.

Concretar esta *obligación (colectiva) de protección* no es, sin embargo, una tarea fácil. No está claro si esa obligación, indudable en el orden moral, ha entrado ya en el orden jurídico y, de ser así, cuales son los sujetos obligados, si los Estados *uti singuli* o la comunidad de ellos *uti universi* y, en este caso, en que entidad con personalidad jurídica —¿Naciones Unidas?— podría residenciarse la obligación.

Según el *Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio* (2004), “el concepto de la obligación que tienen el Estado y la comunidad internacional de proteger a los civiles de los efectos de la guerra y las violaciones de los derechos humanos aún no ha logrado superar totalmente la tensión existente entre los principios contradictorios de la inviolabilidad soberana y el derecho de intervención”. De ahí la constatación del Secretario General de la ONU: “carecemos del consenso más elemental y, cuando se actúa, esta actuación es, muy a menudo, objeto de controversia” (Informe de 21 de marzo de 2005).

Ha llegado la hora, advierte Kofi Annan, de que los gobiernos rindan cuentas ante sus ciudadanos y ante los demás gobiernos. Ningún principio jurídico —ni siquiera la soberanía— puede servir de cobertura al genocidio, los crímenes de lesa humanidad... Sin embargo, si no pasamos a la acción, nuestras promesas carecen de sentido... Cuando la comunidad internacional se encuentra frente a violaciones en masa de derechos humanos no puede aceptarse que las NU se mantengan al margen y dejen que los acontecimientos sigan su curso hasta el final... Debemos asumir la *responsabilidad de proteger*, cuando sea necesario, actuar en consecuencia. Esa responsabilidad recae, primera y primordialmente, en cada uno de los Estados, cuya principal razón de ser y obligación es proteger a su población. En caso de que las autoridades nacionales no

estén dispuestas a proteger a sus ciudadanos o no puedan hacerlo, se traslada a la comunidad internacional la responsabilidad de utilizar medios diplomáticos, humanitarios y de otro tipo... (y) cuando esos métodos se revelen insuficientes, el C. de S., movido por la necesidad, puede decidir adoptar medidas al amparo de la Carta...

En términos prácticos cabe sostener que la obligación de proteger trata de alimentar el proceso decisorio de los diferentes sujetos del sistema internacional en el marco de las normas en vigor, muy en particular la Carta de las NU y sus principios, que tienen la consideración de normas generales. Conviene tener en cuenta que los patrocinadores de la obligación no han presentado hasta ahora propuestas para incorporarla al texto de la Carta. Se trata de un problema de mentalidad, conciencia y voluntad, más que de desarrollo normativo.

Bien están las resoluciones condenatorias de los gobiernos responsables de violaciones de derechos humanos. Bien está que con base en su condena otros gobiernos, individualmente o en grupo, ejerzan el derecho de aplicar a los no arrepentidos medidas restrictivas diplomáticas, económicas o de otro tipo que no impliquen el uso de la fuerza armada ni constriñan la política de terceros, proporcionadas al objetivo que persiguen y sensibles a su impacto sobre las poblaciones cuya condición de víctima no debiera ser acentuada por sus presuntos protectores. Bien está también reconocer el derecho de acceso y de asistencia alimenticia y sanitaria y proteger a grupos humanos en peligro por la acción — o inacción— gubernamental. Bien está considerar que en circunstancias extremas violaciones particularmente graves y generalizadas de derechos humanos, como los actos genocidas y los crímenes de lesa humanidad, constituyen una *amenaza a la paz*, que no sólo justifica, sino que exige, una acción coercitiva del C. de S. y la persecución criminal de sus autores, cómplices y encubridores.

Pero deben considerarse con aprensión las propuestas que debilitan el alcance normativo del principio de no intervención alegando ambiciosos y muy nobles objetivos si no van acompañadas de una afirmación de multilateralismo representativo institucionalizado, pues podrían limitarse a dar cobertura retórica a las prácticas más miserables del pasado.

En este sentido la credibilidad de los planteamientos *principalistas* de los Estados Unidos, sedicentemente basados en la defensa de los derechos humanos, es socavada cuando, no sólo utiliza el comercio como *arma* de su política exterior, sino que trata de asfixiar la economía y los servicios en países bajo gobiernos que le son hostiles, fomentando una insatisfacción social nutriente de la oposición doméstica necesaria para forzar el cambio político, o hacen piruetas semánticas para escamotear sus propias violaciones de derechos fundamentales y la infracción de sus obligaciones internacionales.

Desde este punto de vista, las disposiciones de la Carta sobre uso de la fuerza son satisfactorias; el Capítulo VII da plenos poderes al Consejo para hacer frente a las amenazas de toda índole y, en este sentido, “la tarea no consiste en encontrar alternativas al C. de S. como fuente de autoridad, sino en lograr que funcione mejor” (Kofi Annan, Informe de 21 de marzo de 2005).

En esta dirección la *Cumbre Mundial 2005*, tras afirmar la responsabilidad de cada Estado en proteger a su población, declara que “la comunidad internacional, por conducto de las NU, tiene también la obligación de usar medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos, incluso con arreglo a los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones civiles del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad”. Y añade: “En este contexto, reconocemos nuestra responsabilidad compartida de adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por conducto del C. de S. con arreglo al Capítulo VII de la Carta, y en cooperación con las organizaciones regionales pertinentes, si los medios pacíficos no son adecuados y las autoridades nacionales carecen de la voluntad o la capacidad para proteger a su población” (doc. Final, res. 60/1).

Seamos más analíticos:

1) Deben rechazarse las propuestas de legitimación y legalización de la fuerza para servir esta “responsabilidad de proteger”, cuando arriesgan fisuras en el monopolio de la coerción —salvo legítima defensa— por el C. de S. El Estado *fallido* no debe servir, bajo ninguna circunstancia, para la intervención armada de un Estado o grupo de Estados, en organización regional, alianza o coalición de fortuna, fuera del marco de la Carta de las NU.

Después de Kosovo ha habido propuestas para legalizar el recurso a la fuerza armada al margen de la autorización del Consejo en situaciones extremas. Así, el Gobierno británico fue madurando una que se tradujo finalmente en un documento (*UK Paper on International Action in Response to Humanitarian Crises*) presentado al Parlamento el 2 de mayo de 2001. En él se enuncian con claridad y precisión los criterios o directrices (*policy guidelines*) de la intervención armada que el papel británico vincula con la incapacidad del C. de S. para satisfacer su *obligación* de “reconocer el deseo de la comunidad internacional de tomar medidas efectivas” y, por lo tanto, de intervenir o de autorizar a otros para que lo hagan.

Poco después, en diciembre de 2001, frente a la hipótesis de una “depuración étnica en gran escala” o “grandes pérdidas de vidas humanas” en un Estado, la *Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados* (CIISE), establecida en septiembre de 2000 por iniciativa de Canadá, propuso una alternativa, caso de que el C. de S. no autorizase en plazo razonable una intervención militar: acudir a la AG con base en la resolución “Unidos para la paz” o admitir la actuación de una organización regional o subregional con solicitud posterior de la aprobación del Consejo. La CIISE llega, incluso, más allá cuando “en situaciones que conmuevan las conciencias y exijan una acción inmediata” admite que los Estados interesados pueden recurrir a *otros medios* para hacerle frente.

Influido por esta propuesta, el Informe del *Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio* (2004) admite que “en algunas situaciones urgentes” tal vez haya que recabar la autorización del Consejo “una vez comenzadas las operaciones”. El mismo Secretario General, a pesar de haber afirmado que no hay que buscar alternativas al Consejo, se muestra ambivalente —lo que en él no ha de extrañar— cuando en su propio informe (de 21 de marzo de 2005) se refiere al examen de una situación por el Consejo para “autorizar o ratificar el uso de la fuerza armada” (énfasis añadido).

Por otro lado, en sus comentarios al proyecto de arts. de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), el gobierno de los Países Bajos propuso añadir a las circunstancias de exclusión de la ilicitud una que salvara “el uso real o la amenaza del uso de la fuerza, si ésta fuere necesaria con fines humanitarios” en caso de violaciones o amenazas de violaciones en gran escala de derechos humanos fundamentales y siempre que se satisficiesen una serie de condiciones.

2) Ha de encarecerse el papel de la prevención. Es obvio que disponer de una mejor información y capacidad para analizarla permitiría la alerta temprana sobre conflictos en ciernes, ejercer una diplomacia de buenos oficios y mediación mediante representantes especiales (a condición de vencer la resistencia de gobiernos poco dispuestos en general a someter sus diferencias domésticas a un escrutinio internacional) e, incluso, despliegues preventivos de *observadores*, *cascos azules* y policía. Así se hizo, con éxito, en la Antigua República Yugoslava de Macedonia, a solicitud de su gobierno (C. de S., res. 983, de 1995).

Más problemático es el ejercicio de la prevención contra el gobierno local, particularmente el punto en que debe un asunto incluirse en el orden del día del C. de S. En julio de 2005, por ej., la ejecución del plan gubernamental de demolición de los poblados de chabolas alrededor de Harare, la capital de Zimbabwe, sin medidas complementarias para el realojo de sus misérrimos *propietarios*, dejó aún más a la intemperie a varios centenares de miles de personas. ¿Era este un asunto para el Consejo, asumiendo su *responsabilidad primordial* en el *mantenimiento de la paz y seguridad internacionales*? Según un punto de vista este era un asunto de la competencia doméstica de los Estados, ajena a la paz internacional, y su inclusión en la agenda del Consejo tenía como propósito *presionar* al Presidente Mugabe, sumido en las simas del descrédito, afecto al ejercicio arbitrario y unipersonal del poder y, sobre todo, con cuentas pendientes con los países primimundistas occidentales; en definitiva, se utilizaba a los *chabolistas* para *ir por Mugabe*. Estados Unidos y Gran Bretaña tuvieron que empeñarse a fondo para conseguir raspando los nueve votos necesarios para recibir en el Consejo el informe de una enviada especial de la Secretaría, bajo el epígrafe “*otras cuestiones*” y a puerta cerrada. Los miembros africanos del Consejo se opusieron frontalmente y no todas las delegaciones estuvieron representadas al más alto nivel.

3) Se recomiendan asimismo una serie de criterios legitimadores de la autorización del uso de la fuerza armada por el C. de S., que el Secretario General de la ONU expresa así en su Informe: “El Consejo debe tener una opinión común de cómo sopesar la gravedad de la amenaza; cuál es el objetivo adecuado de la acción militar propuesta; si otros medios menos graves que el uso de la fuerza podrían conseguir probablemente detener la amenaza; si la opción militar es proporcional a la amenaza en cuestión, y si hay una posibilidad razonable de éxito”. Así “el Consejo daría una mayor transparencia a sus deliberaciones y conseguiría con toda probabilidad que sus decisiones fuesen más respetadas, tanto por los gobiernos como por la opinión pública mundial”. Según el Secretario General sería recomendable que el C. de S. apruebe una resolución en que, tras reafirmar su derecho a utilizar la fuerza militar, *incluso de forma preventiva*, para preservar la paz y la seguridad internacionales, *especialmente en casos de genocidio, depuración étnica y otros crímenes de lesa humanidad*, exponga estos principios y exprese su intención de regirse por ellos. Añadamos que si estas directrices, especialmente la de proporcionalidad, hubieran sido debidamente ponderadas, una buena parte de las operaciones autorizadas por el Consejo habrían sido descalificadas, habida cuenta de los daños causados a los inocentes.

4) El C. de S. necesita más legitimidad, esto es, más representatividad y credibilidad. Las propuestas de recurrir a la fuerza para imponer el respeto de derechos humanos fundamentales deben ir parejas con la atribución de competencias a Organizaciones y órganos verdaderamente representativos de la sociedad

internacional en su conjunto. Si el Consejo no es hoy ese órgano o no actúa como tal —y hay muchos motivos para creerlo (v. Cap. XXVIII)— lo que procede es cambiar la composición y la forma en que ejerce sus prerrogativas, y en su defecto fiar en la competencia residual de la AG, no abandonar la pretendida satisfacción de estos objetivos a iniciativas individuales o grupales.

El Consejo ha de ser más proactivo, ofreciendo una mayor participación en el proceso decisorio a los Estados que más contribuyen financiera, diplomática y militarmente a la Organización y haciendo que aporten más a la Organización quienes participan en ese proceso... Se insta, además, a los miembros permanentes del C. de S. a que se comprometan, individualmente o mediante un acuerdo político, a abstenerse de recurrir al veto en casos de genocidio y abusos en gran escala de los derechos humanos (pero la *Cumbre Mundial 2005* no fue capaz de incluir esta invitación en su documento final, res. 60/1).

5) Hay una tendencia a *regionalizar* las operaciones. Se trataría de encomendar las misiones a las Organizaciones regionales representativas allí donde se produce el conflicto (OEA, CARICOM, UA, CEDEAO, IGAD...), mientras NU ofrece un soporte diplomático y político y la coordinación de la asistencia humanitaria y se pide a los países más desarrollados o a sus organizaciones (como la OTAN o la UE) apoyo logístico, transporte aéreo y comunicaciones, equipamiento sofisticado, entrenamiento, financiación.

Un ejemplo es Haití donde la operación (MINUSTAH), aun de NU, se realiza en consulta y coordinación con la OEA y la CARICOM, siendo los principales componentes de la fuerza, comandada por un general brasileño, latinoamericanos. Tal fue también el caso en Darfur, donde a la evidente resistencia de los países occidentales a aportar efectivos se unía la consideración de que sólo una presencia de fuerzas africanas (la MUAS, organizada por la UA) podía acompañar sobre el terreno la búsqueda de una solución política. Luego, cuando se decidió el reemplazo de esta fuerza por una operación de las NU, la res. 1706 (2006) reafirmó el firme compromiso de que la operación tuviera “en la medida de lo posible, una sustantiva participación africana y un claro carácter africano”. Aun así, el gobierno de Sudán sólo ha dado su consentimiento a una fuerza *híbrida* en parte UA, en parte NU.

El establecimiento de un sistema interrelacionado de medios de mantenimiento de la paz mediante alianzas previsibles y fiables y memorandos de entendimiento de NU con organismos regionales cuenta con el apoyo entusiasta del Secretario General, Kofi Annan, que considera muy útiles iniciativas como la decisión de la UE de crear batallones en estado de alerta y de la UA de crear su propia capacidad de reserva. Kofi Annan insta a los países donantes a que presten especial atención a esta necesidad. Sugiere, además, que en circunstancias excepcionales la ONU pueda utilizar las cuotas de sus presupuestos de operaciones de paz para financiar operaciones regionales autorizadas por el C. de S. o la participación de organizaciones regionales en las operaciones de paz llevadas a cabo bajo la dirección general de las NU.

6) Hay que disponer de mecanismos de control eficaces sobre operaciones autorizadas a organizaciones regionales, Estados y grupos de Estados.

Conviene recordar que, a pesar de sus evidentes limitaciones, el principio de *no intervención* en los asuntos internos de un Estado se consagró trabajosamente por la acción de *los más débiles* sobre un fondo histórico de intervenciones de *los más fuertes*, que —como sabemos— buscaron su justificación en muy nobles objetivos. Las llamadas *intervenciones de humanidad* forman un renglón bien

conocido del *Derecho Internacional de los Países Civilizados* sobre los que se asentó el colonialismo y el imperialismo y no se trata de volver sobre ellos reciclando la semántica y explotando nuevas tecnologías.

CLIV. REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS

680. Consideraciones generales

El desarrollo de un conflicto armado provoca *refugiados* y *personas desplazadas*. Para salvaguardar su vida, integridad y libertad, el *refugiado* cruza las fronteras del país en que reside habitualmente; la *persona desplazada* abandona su hogar, pero permanece dentro de los límites del Estado de su residencia. Los conflictos armados son la causa, no única, pero sí principal, de la aparición de refugiados, y especialmente de la más escandalosa de sus modalidades, la de los *refugiados en masa*. Existe, por otro lado, una estrecha conexión entre su aparición y las violaciones de los Derechos Humanos más elementales, que fundamentan la petición de asilo y protección. *Conflicto armado*, *refugiados* y *Derechos Humanos* están tan íntimamente relacionados que en ocasiones resulta difícil saber cuál es causa y cuál consecuencia.

Las violaciones de los Derechos Humanos de hoy pueden dar lugar a un goteo —a un tornado incluso— de exiliados que demandan asilo. Pero, también, pueden ser la causa de un conflicto armado que provoque la aparición de masas de refugiados y conduzca a nuevas violaciones dentro eventualmente de un conflicto más amplio. Piénsese en Sudán, la RD. del Congo, Somalia, Irak, Costa de Marfil, Líbano, Afganistán o en Guatemala, Haití, Mozambique, Liberia y Sierra Leona, el cuerno de Africa, Ruanda y Burundi, Zaire y Uganda, Myanmar, las repúblicas del Cáucaso o de la antigua Yugoslavia... La lista interminable, el fenómeno, intemporal.

681. El Derecho de los refugiados

El *Derecho de los refugiados* se inició con la S. de N. como una respuesta a los grandes desplazamientos de población provocados por la Revolución soviética, nutridos de personas que habían sido desposeídas de su nacionalidad rusa y que, por ello, se encontraban necesitadas de protección internacional. La S. de N. instituyó la Oficina del Alto Comisario para los refugiados (1921), responsable de asegurar su protección y asistirles en sus necesidades materiales. Un año después —acuerdo de Ginebra de 5 de julio de 1922— se les expidieron los primeros certificados de identidad (los llamados pasaportes *Nansen*, en homenaje del primer Alto Comisario).

Ciñéndonos al *corpus iuris* de NU cabe recordar la creación en 1946 (AG, res. 62-I) de la *Organización Internacional de los Refugiados* (OIR), impotente por su circunstancialidad y por el escaso apoyo que recibió (sólo adquirieron la condición de

partes diecisiete de los entonces cincuenta y cuatro miembros de la ONU y Suiza) para arrostrar una situación crítica que, lejos de menguar, crecía. Por ello la AG, para proteger a los refugiados y promover soluciones duraderas a sus problemas, decidió (res. 319-IV, de 1949, y 428-V, de 1950) la creación del *Alto Comisionado de las NU para los Refugiados* (ACNUR). A pesar de haber sido creado también con carácter no permanente, su mandato ha sido sucesivamente renovado.

El mismo día en que la AGNU aprobó el Estatuto de ACNUR (1950) decidió la convocatoria de una Conferencia de plenipotenciarios para negociar y adoptar una Convención relativa al estatuto de los refugiados (Ginebra, 1951).

Las limitaciones de carácter temporal (hechos anteriores al 1 de enero de 1951) y espacial (posibilidad de restringirla a acontecimientos ocurridos en Europa) del ámbito de aplicación de la Convención (art. 1. A 2) y B 1) determinaron la adopción del *Protocolo de Nueva York* (1967), que amplía el alcance del término *refugiado* excluyendo los miserables límites temporales y congelando los geográficos sobre los que operaba la Convención (arts. 1.2 y 3). Uno de los aspectos más positivos del Protocolo lo constituyó su apertura a la participación general de los Estados aunque no fueran partes en la Convención de 1951.

En la actualidad (octubre de 2006) son partes en la Convención y en el Protocolo ciento cuarenta y un Estados; tres más lo son sólo en la Convención (Madagascar. Mónaco y Saint Kitts & Nevis) y otros tres sólo en el Protocolo (Cabo Verde, Estados Unidos y Venezuela).

Junto a estas iniciativas de ámbito universal es preciso destacar la labor desarrollada por algunas organizaciones regionales, como la OEA y la (O)UA. La primera impulsó las *Declaraciones de Cartagena* (1984), *San José de Costa Rica* (1994), *Tlatelolco* (1999), *Río de Janeiro* (2000), *Quito* (2000) y *México* (2004) sobre cuestiones relativas a los refugiados; la segunda, la *Convención de Addis-Abeba* (1969) sobre aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África. Las declaraciones americanas no son jurídicamente vinculantes, pero —especialmente la primera— han sido aceptadas por los países del continente ribereños del Caribe (Belice, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela) que las aplican de manera generalizada.

682. *El concepto de refugiado*

El *concepto de refugiado* constituye un ejemplo evidente de la acomodación de las instituciones jurídicas a las necesidades sociales de acuerdo con una realidad política determinada. Los rasgos que caracterizan al *refugiado* en los textos internacionales más antiguos son: 1) una *ruptura en la relación de confianza, protección y asistencia que une a los individuos con los gobiernos del país de la nacionalidad o de la residencia habitual*, y 2) un *cruce de la frontera en busca de protección* en el territorio de otro Estado.

Sin embargo, con posterioridad, estas definiciones acumulan un carácter ideológico e inciden en los motivos que han llevado al solicitante de refugio a abandonar su país. En un principio la motivación justificativa de la concesión del estatuto de refugiado gira en torno a la existencia en la persona que abandona su país de origen o residencia habitual de *fundados temores de persecución con base*

en la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. Así aparece tanto en la Convención de 1951 (art. 1.A 2) como en el Protocolo de 1967 (art. 1.2). Llama especialmente la atención en estos textos que quienes huyen de un conflicto armado no quedan incluidos sólo por este hecho en el concepto de *refugiado*.

Más adelante se observa, al menos en los ámbitos regionales africano y americano, una tendencia a la ampliación de las causas que justifican la concesión del estatuto de refugiado, incluyéndose la *agresión, ocupación o dominación extranjera y los acontecimientos que perturban gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de un país* (Convención africana de 1969, art. 1.2), o —junto a los mencionados— la *violación masiva de los Derechos Humanos* (Declaración de Cartagena de 1984, Cap. III; Declaración de Río de 2000).

683. Estatuto del refugiado: el derecho de asilo

La clave del estatuto de refugiado se encuentra en la garantía de su seguridad y, por ello, en la *cláusula que prohíbe al Estado devolver al refugiado a un país en el que su vida o libertad se encuentre en peligro (non refoulement)*. Este principio de *no devolución* constituye la base del asilo territorial que se dispensa al refugiado de manera permanente o temporal, esto es, hasta conseguir el asilo definitivo en otro Estado, y es la premisa necesaria para su protección.

Desde tiempo inmemorial el poder soberano, bajo unas u otras formas de organización política, ha desarrollado la gracia de conceder *asilo* a los extranjeros que solicitaban su amparo; pero las iniciativas para transformar el asilo de prerrogativa del Estado en derecho del perseguido no han prosperado, por lo menos en un plano internacional. A pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) determina que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” (art. 14.1), nada se dice de la obligación de los Estados de concederlo. La misma Declaración prohíbe que puedan invocar este derecho las personas contra las que existan acciones judiciales originadas por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las NU.

La debilidad de la regulación internacional general del llamado *derecho de asilo* es evidente. Su concesión o denegación es una gracia de la autoridad local. Junto a la Declaración de 1948, el único texto de alcance universal relativo al asilo —no hay mención de él en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 1966— es la Declaración sobre asilo territorial adoptada por la AGNU el 14 de diciembre de 1967; pero la Conferencia celebrada diez años después en Ginebra, bajo los auspicios de las NU, con el propósito de adoptar una convención multilateral sobre la materia fue un fracaso no atribuible, desde luego, a los proyectos discutidos, que no hacían más que recoger moderada, e incluso restrictivamente, la práctica generalizada de los Estados. La explicación puede

encontrarse en la preferencia de éstos por la desregulación, esto es, por conservar la más amplia libertad de acción.

Volviendo a la Declaración sobre asilo territorial de 1967, en ella se incluyen los tres elementos fundamentales que estructuran hoy el *derecho de asilo*: 1) derecho del Estado a concederlo, en ejercicio de su soberanía; 2) derecho del individuo a buscarlo, sin el correlativo deber del Estado de admitirlo en su territorio, y 3) principio de *no devolución* del solicitante de asilo por el Estado de acogida al Estado que lo persigue. Considerémoslos más detenidamente:

1) Se trata de un *derecho del Estado*: su concesión corresponde al Estado, en el ejercicio de su soberanía (art. 1.1); así lo advirtió la CIJ (*Derecho de Asilo*, 1950), especificando que, por ello, no necesita posterior justificación. Su otorgamiento habrá de ser, entonces, respetado por los otros Estados (art. 1.1), lo que incluye también al Estado de la nacionalidad o de la procedencia del solicitante de asilo. Puesto que se trata de un derecho del Estado, a él compete regular las condiciones de su concesión, la protección que se depara al asilado y otras cuestiones conexas (art. 1.3).

2) *Toda persona perseguida tiene el derecho a buscar asilo* (art. 1.1). La Declaración de 1967 sigue la línea de la Declaración Universal de 1948; incluso precisa sus excepciones al disponer que no podrán beneficiarse ni invocar este derecho quienes hayan cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad, entendiendo tales crímenes en el sentido en el que los describen los instrumentos internacionales (art. 1.1 y 1.2). Debe recorrerse todavía un largo camino desde el derecho *a buscar* asilo hasta el derecho *de* asilo, entendido como un derecho del perseguido amparado por una norma internacional general a obtenerlo allí donde lo solicite.

Determinados Estados sí han reconocido el derecho subjetivo de los extranjeros al asilo en sus normas internas de rango constitucional. Pero los tiempos que corren, con avalanchas de peticionarios que en los países capitalistas desarrollados tratan de sanar una entrada ilegal y lograr una permanencia por motivos ajenos a la institución del asilo, no parecen los mejores para alentar la proclamación constitucional de este derecho.

Antes al contrario, los textos más generosos, como la Ley Fundamental de la RF de Alemania y la Constitución de la R. Francesa, se baten en retirada. La primera de ellas disponía (art. 16.2) que las personas perseguidas por motivos políticos gozarían del derecho de asilo, pero la revisión constitucional (1993) ha restringido tal derecho, al exceptuar en su nuevo artículo 16.b a los extranjeros que provengan de *países seguros*, cuya lista se establecerá por ley. Como consecuencia de dicha reforma se desencadenó la francesa (ley constitucional 93-1256), en la que se ha optado por poner el acento en que "las autoridades de la República tienen siempre el derecho de otorgar el asilo a todo extranjero perseguido en razón de su acción en favor de la libertad o que solicite la protección de Francia por otro motivo" (art. 53-1, párrafo 2º). En España el reconocimiento constitucional del derecho de asilo dio lugar a uno de los incidentes parlamentarios más sonados del proceso constituyente, pero la Constitución de 1978 encontró (art. 13.4) la sabia redacción que ahora ha hecho innecesaria su reforma: "la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España".

3) La limitación fundamental que recae sobre la prerrogativa del Estado en materia de asilo se encarna en el *principio de no devolución* (art. 3.1): el Estado que deniega el asilo al extranjero no puede expulsarlo o devolverlo a aquél en el que corre riesgo de persecución. El carácter esencial del principio de no devolución explica que únicamente podrá ser derogado, por razones mayores de seguridad nacional o para proteger a la población, cuando se trata de un flujo masivo de personas (art. 3.2); incluso en estos casos el Estado habrá de contemplar la posibilidad de dar al interesado, en las condiciones que estime apropiadas, la facultad de dirigirse a otro Estado (art. 3.3).

El *principio de no devolución* puede considerarse hoy impuesto por una norma consuetudinaria del DI. Además, encontró su plasmación en la Convención de Ginebra (1951), según la cual “ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas” (art. 33.1). La prohibición de que los Estados que manifiesten su consentimiento en obligarse por esta Convención formulen reservas al artículo citado es una clara manifestación de su carácter declarativo de una norma general, así como del carácter central del principio que consagra.

¿Se infringe el principio de no devolución cuando se rechaza al extranjero en el mismo puesto fronterizo o, incluso, cuando se impide su acceso al mismo, sin posibilidad de reconocer su condición de refugiado o de permitirle la presentación de la solicitud de asilo? La Declaración sobre asilo territorial (1967) prohíbe que se rechace en la frontera al solicitante de asilo (art. 3.1).

La cuestión se ha suscitado con un supuesto más radical: la interceptación en alta mar por patrulleros de los Estados Unidos de balseros haitianos que se dirigían a las costas de Florida y su posterior reconducción forzosa a Haití, el mismo país del que huían. En un dudoso fallo (*Sale c. Haitian Centers Council Inc. et al.*, 1993) el TS de los Estados Unidos ha entendido que dicha práctica, al producirse en alta mar, no infringía el principio formulado en el art. 33 de la Convención de Ginebra (1951), que sólo constituiría un límite para la discrecionalidad de los Estados cuando el extranjero se encontrara en el territorio de éstos y no antes. Este tortuoso argumento, como sostiene el propio ACNUR, no sólo olvida la necesaria interpretación generosa y extensiva de los tratados reguladores de cuestiones humanitarias, como la Convención de Ginebra, sino que supone una diáfana infracción del principio de no devolución, tal cual es practicado por la generalidad de los Estados. De ahí que deba sostenerse que el principio de no devolución abarca no sólo el reenvío al país de origen del solicitante de asilo después de haber realizado un somero examen de dicha solicitud, también la inadmisión en frontera y la adopción de medidas tendentes a interceptar a los solicitantes de asilo fuera del territorio del Estado de acogida. De la misma forma, el indiscriminado rechazo de inmigrantes en la frontera, en ocasiones mediante un uso desproporcionado de la fuerza, incluso con víctimas mortales, como ocurrió en los incidentes en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla, en septiembre y octubre de 2005, imposibilita la presentación de solicitudes de asilo y puede muy bien constituir una violación de la Convención.

El refugiado, una vez que se le reconoce como tal, cuenta con la protección dispuesta por las normas convencionales que regulan su Estatuto como un mínimo que el Estado de acogida puede desarrollar y mejorar.

Consagra la Convención de 1951 el principio de *no discriminación* en favor de los refugiados (art. 3) y, a reserva de las disposiciones más beneficiosas contenidas en la Convención, se le concede el mismo trato que se otorgue a los extranjeros en general (art. 7).

Además la Convención, tras determinar que el estatuto personal del refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o residencia (art. 12), le promete "el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente a los extranjeros en iguales circunstancias" en materia de adquisición de bienes muebles e inmuebles (art. 13), asociacionismo (no político) y sindicación (art. 15), trabajo por cuenta propia en agricultura, industria, artesanía y comercio (art. 18), ejercicio de una profesión liberal, cuando posean los diplomas reconocidos por dicho Estado (art. 19), vivienda (art. 21). Asimismo se le equipara al nacional en su país de residencia habitual por lo que se refiere a educación (art. 22), racionamiento (art. 20), asistencia pública (art. 23), propiedad intelectual e industrial (art. 14), libre acceso a los tribunales (art. 16) y gravámenes fiscales (art. 29). En relación con el acceso al mercado de trabajo y la ocupación de empleos remunerados, la condición del refugiado oscila entre la asimilación al nacional y el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a extranjeros (art. 17); una vez empleado, se le aplica trato nacional en materia de legislación laboral y Seguridad Social (art. 24).

684. *Del asilo a la repatriación*

La protección de los refugiados basada en la obtención del *asilo* resulta, sin embargo, *inactiva* en orden a *combatir sus motivos*; previendo obligaciones para los países de asilo, pasa por alto la responsabilidad que tienen los países de origen. Se basa en el *exilio* y, por ello, sólo se concede a quienes han cruzado la frontera y, además, lo perpetúa. No es extraño este comportamiento si tenemos en cuenta que en la época de la *guerra fría* los refugiados, gota a gota, constituían un activo propagandístico frente al enemigo político. Aún en fecha reciente huir de Cuba en pos de la *libertad* jugándose la vida en el Caribe era una estampa tan atractiva para ciertos sectores de la Administración de los Estados Unidos que tal vez por eso no tenían mucha prisa en extender los visados a quienes los solicitaban en La Habana.

Pero con el fin de la *guerra fría* el valor del refugiado como propaganda ha menguado, mientras su número ha crecido geométricamente al hilo de los numerosos conflictos locales que durante la *guerra fría* las grandes potencias habían mantenido embridados. Para hacer frente a esta situación el modelo desarrollado hasta el momento, basado en el asilo, es insuficiente ante la imposibilidad en unos casos, o la falta de voluntad en otros, de absorber a los nuevos refugiados.

Hasta el momento el mayor esfuerzo en relación con la acogida de los refugiados ha venido recayendo sobre países en vías de desarrollo, con evidentes efectos desestabilizadores no deseados. Estos países, que cuentan con escasos recursos, pueden encontrarse ante la imposibilidad de garantizar unas condiciones mínimas de vida tanto para sus nacionales como para los refugiados.

Por otra parte, los países desarrollados, teóricamente en condiciones de hacer un esfuerzo tendente a la incorporación de los refugiados, en general no los

quieren demasiado. Abrumados por las estadísticas —en Europa occidental sigue habiendo muchos menos refugiados que en Asia o en África, pero el crecimiento proporcional ha sido el más alto— y su apego a la solidaridad a distancia, temen que el aumento de los refugiados provoque una situación socialmente incontrolable que evidencie el sustrato xenófobo de importantes núcleos ciudadanos. La invocación del refugio por emigrantes de carácter económico procedentes de países donde hay mil razones para perder la vida ha producido una mixtificación aprovechada para imponer condiciones más restrictivas al acceso de los extranjeros a sus territorios y, con ello, al asilo. Los miembros de la UE ofrecen un ejemplo palmario de esta tendencia y en ellos no faltan las propuestas de reducción de derechos (trabajo, prestaciones sociales, sanitarias, educativas) de los solicitantes de asilo y de sus familias, considerando que su actual nivel tiene el efecto perverso del pastel sobre las moscas, incentivando la búsqueda del estatuto de refugiado por quienes no lo merecen. Hay quien llama a esto *disuasión humanitaria*. Y ha tenido una eficacia considerable, pues tomando como referencia las solicitudes de asilo presentadas en 2001, en 2005 los países de la UE recibieron un cuarenta y seis por ciento menos.

Ante esta situación, como ha puesto de relieve ACNUR, se hace imprescindible un cambio de modelo. La búsqueda de *soluciones definitivas* exige la *erradicación de las causas* que provocan la aparición de refugiados, lo que permitiría arbitrar las políticas de *repatriación voluntaria*. Aunque puede cínicamente considerarse que los refugiados —como las visitas— gustan cuando se van, la repatriación es la solución más legítima a condición de que sea voluntaria —en ello insisten la *Convención africana* de 1969 y la *Declaración de San José* de 1994 y de *México* de 2004— y se hayan erradicado las causas de la expatriación, lo que supone la adopción de medidas de *mantenimiento y consolidación de la paz, protección efectiva de los Derechos Humanos, desarrollo de los menos favorecidos* y una buena *administración de la emigración*. El órdago es de aquí.

La *repatriación voluntaria* ha de llevarse a efecto con las debidas garantías. Han de crearse en el país de origen las condiciones indispensables para asegurar que la vuelta a casa no supone un peligro para los repatriados y conseguir su reincorporación a la sociedad. Ambos objetivos pasan por la *cooperación internacional* dentro de una reconsideración de la significación de principios fundamentales del DI como la soberanía o la no intervención. El modelo de actuación ya no puede basarse exclusivamente en la cooperación entre ACNUR y el país de asilo. Resulta imprescindible una cooperación *integrada* (ACNUR, Estados, OI, tanto universales como regionales, y ONG).

685. *Las personas desplazadas*

Llamamos *personas desplazadas* a las *personas o grupos* de personas que, a consecuencia de un *conflicto armado, disturbio interno, violación sistemática de los derechos humanos o catástrofe*, se han visto obligadas a abandonar su

residencia habitual, bienes y medios de trabajo y han llegado a otra localidad de su propio país, en busca de protección y seguridad personal y de ayuda para subvenir a sus necesidades fundamentales. Las personas desplazadas no han cruzado la frontera, se encuentran en el interior del país de su nacionalidad o residencia y su aparición se produce en grupos y, generalmente, en masa.

Esta situación constituye, en principio, una cuestión interna del Estado cuyas banderías, salvo en el caso de catástrofes naturales, suelen ser las causantes del desplazamiento; pero deja de serlo cuando repercute en ámbitos amparados y regulados por el DI. El desplazamiento de las personas que pertenecen a otros grupos étnicos es uno de los objetivos primordiales en los conflictos civiles que persiguen la afirmación excluyente de una nacionalidad sobre un determinado territorio. La guerra en Bosnia y Herzegovina entre serbios, croatas y musulmanes ilustró trágicamente esta consideración en la década de los noventa.

Las *personas desplazadas* se ven privadas del disfrute de ciertos derechos que siguen gozando otros ciudadanos (vivienda, higiene y salud, trabajo, unidad familiar). Son personas necesitadas de asistencia y protección y éste es un deber del Estado. Pero como es habitual que los gobiernos locales provoquen, consientan o sean desbordados por estos desplazamientos, la *asistencia humanitaria*, canalizada en lo posible a través de las ONG, se hace imprescindible. El debate sobre la *asistencia* y la *injerencia humanitaria* (v. *supra*) tiene que ver esencialmente con personas desplazadas.

El DI ofrece a las *personas desplazadas* un manto protector que se extiende desde el *estándar humanitario mínimo* hasta el *Derecho de los Derechos Humanos* en el que pueden producirse ciertas restricciones y derogaciones (v. Cap. XXIX). El alcance de la protección dependerá de las normas aplicables en función de la situación que ha originado el desplazamiento. Esta protección, aunque distinta de la de los refugiados por el carácter interno del desplazamiento, tiene una finalidad similar —la vuelta a casa— y resulta imprescindible si se quiere evitar el éxito definitivo de las políticas coactivas de *limpieza étnica* y la aparición, a partir de personas inicialmente desplazadas, de nuevos *refugiados*.

En este sentido es preciso destacar que ya en la década de los setenta la AGNU extendió el mandato de ACNUR a grupos de personas que no satisfaciendo las condiciones exigidas en la definición de refugiado se encontrasen necesitadas de protección y asistencia, abriendo con ello una tendencia *expansiva y preventiva* a la acción del Alto Comisionado. La práctica de ACNUR, en consecuencia, asumió la *necesidad de interpretar el concepto de refugiado con un espíritu humanitario*. Así, si en 1993 no llegaban al millón las personas desplazadas frente a dieciocho millones de refugiados atendidos por ACNUR, a partir de 1996 se ha multiplicado espectacularmente el número de personas desplazadas protegidas por ACNUR hasta superar ampliamente el de los refugiados, que se ha ido reduciendo.

El cambio ha sido posible gracias, *inter alia*, al énfasis puesto hoy día en la protección de los derechos humanos, la variación en la forma de entender la

soberanía y la no intervención en los asuntos internos y el cambio en la dinámica de NU. Sin embargo, queda mucho camino por recorrer.

La mejor baza de las *personas desplazadas* para obtener asistencia estriba en el riesgo de su conversión en *refugiados*, sobre todo si éste se cierne sobre los países más desarrollados. Con la mirada puesta en Bosnia y Herzegovina, el Consejo Europeo de Edimburgo (diciembre de 1992), además de reiterar sus desvelos por la restauración de la paz y el pleno respeto de los derechos humanos, “de forma que se reduzcan las presiones migratorias que resultan de la guerra”, declaró que debía alentarse a las *personas desplazadas* a “permanecer en la zona segura que esté más cerca de sus hogares”, debiendo encaminarse la ayuda a proporcionarles “la seguridad y los medios necesarios para ello, sin perjuicio de admitirlas temporalmente también en el territorio de Estados miembros en casos de especial necesidad”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Sobre la intervención humanitaria, en lengua española: AA.VV., *El derecho de injerencia por razones humanitarias*, Sevilla, 1995; C. Ramón, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en el DI*, Madrid, 1995; J. Alcaide, C. Márquez y J.A. Carrillo, *La asistencia humanitaria en DI contemporáneo*, Sevilla, 1997; R.M. Giles, *De la asistencia a la injerencia humanitaria: la práctica reciente del Consejo de Seguridad*, Sevilla, 1997; J. Oráa, *DI y ayuda humanitaria*, Bilbao, 2000; F. Ruiz Ruiz, *DH y acción unilateral de los Estados*, Burgos, 2000; R. Abril, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados. Configuración jurídica, principios rectores y mecanismos de garantía*, Valencia, 2001; J. Hevia, *La injerencia humanitaria en situaciones de crisis*, Córdoba, 2001; M.C. Arcos, *¿Guerras en defensa de los DH? Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias*, Sevilla, 2002; J.F. Escudero, *Cuestiones en torno a la intervención humanitaria y el DI actual*, León, 2002; E. Petit, *Las exigencias de humanidad en DI tradicional: el marco normativo y doctrinal de la intervención de humanidad y de la asistencia humanitaria*, Madrid, 2003; H. Torroja, *La asistencia humanitaria en la ONU: fundamentos y perspectivas actuales*, Barcelona, 2004; C. de Castro, *El derecho de la injerencia humanitaria en el orden internacional contemporáneo: el impacto de la “Operación libertad para Irak”*, Madrid, 2005; R. Ojinaga, *Emergencias humanitarias y DI*, Valencia, 2005; I. Ruíz-Giménez, *La historia de la intervención humanitaria: el imperialismo altruista*, Madrid, 2005; C. Ramón (ed.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia, 2006; C. Díaz Barrado, “La pretensión de justificar el uso de la fuerza con base en ‘consideraciones humanitarias’”, *REDI*, 1988, 41; F. Castro-Rial, “Los DH y la no intervención en los asuntos internos de los Estados”, *Cur. DI Vitoria*, 1990, 165; Y. Sandoz, “Derecho o deber de injerencia, derecho de asistencia: ¿de qué hablamos?”, *RICR*, 1992, 231; M. Torrelli, “De la asistencia a la injerencia humanitaria”, *ibid.*, 245; M. Bettati, “¿Injerencia, intervención o asistencia humanitaria?”, *Tiempo de Paz*, n° 32-33, 1994, 5; H. Gros, “Intervención humanitaria y derecho a la asistencia humanitaria”, *Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, 299; M. Aguirre, “Los dilemas del intervencionismo humanitario”, *PE*, n° 47, 1995, 120; J.A. Carrillo, “Los fundamentos de la paz en la acción de las NU: DH, acción humanitaria y desarrollo”, *Colec. Esc. Diplomática*, n° 2, 1995, 41; R. Bermejo, “La acción de NU ante los conflictos internacionales: crisis y perspectivas”, en *Reflexiones tras un año de crisis*, Valladolid, 1996, 105; *id.*, “El genocidio de Ruanda diez años después: una vergüenza para la comunidad internacional a la luz del principio de la ‘responsabilidad de proteger’”, *Liber amicorum J.A. Pastor*, Madrid, 2005, 265; H. Caminos, “La intervención humanitaria ante el DI”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y C. Sociales de Buenos Aires*, n° 34, 1996; F. Mariño, “Algunas consideraciones sobre el DI relativo a la ‘intervención’ armada de protección de los derechos fundamentales”, *Rev. Occidente*, 2001, 107; B. Vukas, “La intervención en el DI contemporáneo”, *Cur. Euromediterráneos Bancaja de DI*, v. VII, 2003; C. Espósito, “La responsabilidad de proteger y el uso de la fuerza en el debate sobre la reforma de la ONU”, *Papeles de Cuestiones Internacionales*, n° 91, 2005, 33; C. Gutiérrez Espada, “¿No existe, acaso, justificación jurídica posible para las intervenciones armadas por causa de humanidad?”, *Cursos de DH de Donostia-San Sebastián*, V, 2005, 203; R. García Pérez, “La ‘responsabilidad de proteger’: un nuevo

papel para NU en la gestión de la seguridad internacional", *REEI*, n° 11, 2006. **En otras lenguas:** M. Walzer, *Just and Unjust War. A Moral Argument with Historical Illustrations*, Londres, 1977 (2ª ed., 1992); F.R. Tesón, *Humanitarian Intervention. An Inquiry into Law and Morality*, Dobbs Ferry-Nueva York, 1988 (2ª ed., 1996); M.T. Kamminga, *Inter-State Accountability for Violations of HR*, Filadelfia, 1992; L.F. Damrosch (ed.), *Enforcing Restraint: Collective Intervention in Internal Conflict*, Nueva York, 1993; I. Forbes y M. Hoffman (eds.), *Political Theory, IR and the Ethics of Intervention*, Londres, 1993; P. Malanzuck, *Humanitarian Intervention and Legitimacy of the Use of Force*, Amsterdam, 1993; A. Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict*, Dordrecht, 1993; AA.VV., *Le droit face aux crises humanitaires. L'accès aux victimes: droit d'ingérence ou droit à l'assistance humanitaire*, Bruselas, 1995; J. Harris, *The Politics of Humanitarian Intervention*, 1995; G.M. Lyons y M. Mastanduno (eds.), *Beyond Westphalia? State Sovereignty and International Intervention*, Baltimore, 1995; M. Bettati, *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Paris, 1996; D. Murphy, *Humanitarian Intervention*, Filadelfia, 1996; O. Ramsbotham y T. Woodhouse, *Humanitarian Intervention in Contemporary Conflict: A Reconceptualization*, Cambridge, 1996; T.G. Weiss, *Military-Civilian Interactions: Humanitarian Crises and the Responsibility to Protect*, Oxford-Nueva York, 1999 (2ª ed., 2004); S. Chesterman, *Just War or Just Peace. Humanitarian Intervention and IL*, Oxford, 2002; I. Österdahl (ed.), *Is Intervention Humanitarian? Protecting HR and Democracy Abroad*, Uppsala, 2002; J.L. Holzgrefe, *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge, 2003; A. Orford y otros, *Reading Humanitarian Intervention: IIR and the Use of Force in IL*, Cambridge, 2003; T.B. Seybolt, *Humanitarian Military Intervention-Causes of Success and Failure*, Oxford, 2003; K.M. Cahill (ed.), *Human Security for All: A Tribute to Sergio Vieira de Mello*, Nueva York, 2004; T.B. Knudsen, *Humanitarian Intervention: Contemporary Manifestations of an Explosive Doctrine*, Londres, 2005; S.N. McFarlane, *Intervention in Contemporary World Politics*, Londres, 2005; S. Breau, *Humanitarian Intervention: The UN & Collective Responsibility*, 2006; M.J. Domestici-Met, "Aspects juridiques récents de l'assistance humanitaire", *AFDI*, 1989, 117; O. Casanovas, "De l'ajuda humanitària al dret d'ingerència humanitària", U. Pompeu Fabra, Barcelona, 1993; Ch. Dominicé, "La contrainte entre Etats à l'appui des droits de l'homme", *Hom. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 261; R.J. Dupuy, "Droit d'ingérence et assistance humanitaire", *ibid.*, 273; D. McGoldrick, "The Principle of Non Intervention: HR", *Essays M. Akehurst*, Londres, 1994, 85; A. McDermott, "The UN and NGO's: Humanitarian Interventions in Future Conflicts", *Contemporary Security Policy*, 1998-3, 1; E. Spiry, "Interventions humanitaires et intervention d'humanité: la pratique française face au DI", *RGDIP*, 1998, 407; F. Olonisakin, "Humanitarian Intervention and HR", *Int. Journal IIR*, 1999, 16; A. Orford, "Muscular Humanitarianism: Reading the Narratives of the New Interventionism", *EJIL*, 1999, 679; C. Pinelli, "Sul fondamento degli interventi armati a fini umanitari", *Diritto Pubblico*, 1999, 61; B. Simma, "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", *EJIL*, 1999, 1; A. Cassese, "Ex iniuria ius oritur. Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?", *ibid.*, 23; *id.*, "A Follow-up: Forcible Humanitarian Countermeasures and *Opinio Necessitatis*", *ibid.*, 791; O. Corten y F. Dubuisson, "L'hypothèse d'une règle émergente fondant une intervention militaire sur une 'autorisation implicite' du Conseil de Sécurité", *RGDIP*, 2000, 873; W.M. Reisman, "Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention", *EJIL*, 2000, 3; R. Abi-Saab, "Le droit humanitaire et les troubles internes", *Liber amicorum G. Abi-Saab*, La Haya, 2001, 477; P. Hilpold, "Humanitarian Intervention: Is There a Need for a Legal Reappraisal?", *EJIL*, 2001, 437; M. W. Zacker, "The Territorial Integrity Norm: International Boundaries and the Use of Force", *IO*, 2001, 215; K. Zemanek, "Intervention in the 21st Century", *Cur. Euromediterraneas Bancaja de DI*, v. V, 2001, 613; L.A. Sicilianos, "L'autorisation par le Conseil de Sécurité de recourir à la force: une tentative d'évaluation", *RGDIP*, 2002, 5; A. Peters, "Le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence: vers une responsabilité de protéger", *RDIDC*, 2002, n° 3, 290; B.R. Roth, "Bending the Law, Breaking It, or Developing It? The US and the Humanitarian Use of Force in the Post-Cold War Era", en M. Byers y G. Nolte (eds.), *US Hegemony and the Foundations of IL*, Cambridge, 2003, 232; K. Watkin, "Controlling the Use of Force: A Role for HR Norms in Contemporary Armed Conflict", *AJIL*, 2004, 1; L. Boisson de Chazournes, "De la 'responsabilité de protéger' ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie", *RGDIP*, 2006, 11; R. Goodman, "Humanitarian Intervention and Pretexts for War", *AJIL*, 2006, 107; G.

Molier, "Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect after 9/11", *NILR*, 2006, 37. En cuanto a las operaciones para el mantenimiento de la paz y el recurso a la fuerza armada por NU o la imposición de la paz por NU v. biblio. Cap. XXVII.

2. En relación con concretas operaciones de intervención, en lengua española: J.M. Ortega, *La intervención de la OTAN en Yugoslavia*, Oviedo, 2001; R. Paniagua, "La solución a la crisis de Haití: el fin no justifica los medios", *NU-UN*, n° 2, 1994, 14; A. Iglesias Velasco, "La intervención humanitaria en Somalia", *Cuad. Jurídicos*, 1993 (mayo), 46; *id.*, "El principio de injerencia y la asistencia humanitaria en Somalia", *Tiempo de Paz*, n° 32-33, 1994, 43; J.F. Escudero, "¿Hacia una intervención armada en favor de la democracia? El precedente de Haití", *ADI*, 1996, 27; P. Andrés, "Kosovo: todo por el DI pero sin el DI", *Meridiano CERI*, n° 28, 1999, 4; A. Remiro, "De la asistencia a la agresión humanitaria", *PE*, n° 69, 1999, 17; *id.*, "Un nuevo orden contra el DI: el caso de Kosovo", *RJUAM*, 2001, 89; C. Gutiérrez Espada, "Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (el caso de Kosovo)", *ADI*, 2000, 93; J.M. Ortega y A. Sánchez Legido, "Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el TEDH", *REDE*, n° 3, 2002, 493. **En otras lenguas:** R.J. Beck, *The Grenada Invasion: Politics, Law and Foreign Policy Decision Making*, San Francisco, 1994; M. Weller y A. McLean (eds.), *The Haiti Crisis in IL*, Cambridge, 1995; M.J. Glennon, *Limits of Law, Prerogatives of Power: Interventionism after Kosovo*, Nueva York, 2001; E. Sciso, *L'intervento in Kosovo: aspetti internazionalistici ed interni*, Milán, 2001; D. Chandler, *From Kosovo to Kabul: HR and International Intervention*, Londres, 2002; A.S. Hansen, *From Congo to Kosovo: Civilian Police in Peace Operations*, Londres, 2005; A. Holohan, *Networks of Democracy: Lessons from Kosovo for Afghanistan, Irak, and Beyond*, Palo Alto (Ca.), 2005; T. Sprecher, *De l'intervention au Kosovo en 1999 à l'intervention en Irak de 2003*, Paris, 2006; AA.VV., "US Forces in Panama: Defenders, Agressors or HR Activists?", *AJIL*, 1990, 494; J.M. Sorel, "La Somalie et les NU", *AFDI*, 1991, 61; P. Isoart, "L'ONU et le Cambodge", *RGDIP*, 1993, 645; F. Maladje, "La guerre civile du Liberia et la question de l'ingérence dans les affaires intérieures des Etats", *RBDI*, 1993, 393; R.K. Betts, "The Delusion of Impartial Intervention", *Foreign Affairs*, 1994-6, 20; A. Chukwuka, "The Legality of ECOWAS Intervention in Liberia", *Columbia JTL*, 1994, 381; AA.VV., "The 1994 US Action in Haiti", *AJIL*, 1995, 58; R. Falk, "The Haiti Intervention: A Dangerous World Order Precedent for the UN", *IJIL*, 1995, 341; Ch.G. Boyd, "Making Peace with the Guilty: The Truth about Bosnia", *Foreign Affairs*, 1995-5, 22; B.D. Jones, "Intervention Without Borders: Humanitarian Intervention in Rwanda (1990-94)", *Millenium Journal of International Studies*, 1995, 225; A. Stapleton, "Amateurs Posing as Professionals: The UN IIR Field Operation in Rwanda", *HR Tribune*, 1995 (june-july), 13; M.G. Kohen, "L'emploi de la force et la crise du Kosovo: vers un nouveau désordre juridique international", *RBDI*, 1999, 122; N. Krisch, "Unilateral Enforcement of the Collective Will: Kosovo, Irak, and the Security Council", *Max Planck Yearbook of UN Law*, 1999, 59; M. Barutciski, "Peut-on justifier l'intervention de l'OTAN au Kosovo sur le plan humanitaire? Analyse de la politique occidentale et ses conséquences en Macédonie", *CYIL*, 2000, 121; N. Valticos, "Les droits de l'homme, le DI et l'intervention militaire en Yougoslavie", *RGDIP*, 2000, 5; P. Weckel, "L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée", *ibid.*, 19; D. Momtaz, "L'intervention d'humanité de l'OTAN au Kosovo et la règle du non-recours à la force", *RICR*, n° 837, 2000, 89; T. Gazzini, "NATO Coercive Military Activities in the Yugoslav Crisis (1992-99)", *EJIL*, 2001, 391; G.L. Naarden y J.B. Locke, "Peacekeeping and Prosecutorial Policy: Lessons from Kosovo", *AJIL*, 2004, 727; B. Knoll, "From Benchmarking to Final Status? Kosovo and the Problem of an International Administration's Open-Ended Mandate", *EJIL*, 2005, 660.

3. Sobre las víctimas de los conflictos armados y su protección, con especial referencia al asilo y a los refugiados, en lengua española: D. López Garrido, *El derecho de asilo*, Madrid, 1991; P.A. Fernández Sánchez (ed.), *Refugiados: Derecho y solidaridad*, Sevilla, 1994; D. Blanquer, *Asilo político en España*, Madrid, 1997; J.J. Martín Arribas, *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid, 2000; M.T. Ponte, *Conflictos armados, refugiados y desplazados en el DI actual*, Santiago de Compostela, 2000; L. Peral, *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Madrid, 2001; F. Mariño, "Algunas observaciones sobre la futura Ley de asilo española", *REI*, 1981, 955; *id.*, "El concepto de refugiado en un contexto de DI General", *REDI*,

1983, 337; M.L. Espada y M. Moya, "La Ley reguladora del asilo y condición del refugiado de 26 de marzo de 1984...", *REI*, 1985, 73; C. Escobar, "El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", *RJE*, 1993, 53; J.M. Ortega, "Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio...", *Rev. Centro Estudios Constitucionales*, 1993, 135; G.L. da Cunha, "Reflexiones sobre el Derecho humanitario y la práctica actual del Alto Comisionado de las NU para los refugiados", *Cur. DI Vitoria* 1994, 85; A. Cançado, "DI de los refugiados y DI de los derechos humanos: aproximaciones y convergencias", *Estudios Internacionales*, 1997, 321. **En otras lenguas:** G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in IL*, Oxford, 1985 (2ª ed., 1996); G. Jaeger, *Etude des déplacements irréguliers des demandeurs d'asile et des réfugiés*, Ginebra, 1985; D. Miserez, *Refugees. The Trauma of Exile (The Humanitarian Role of the Red Cross and Red Crescent)*, Dordrecht, 1988; E. Zoller, *Le droit d'asile*, La Haya, 1989; *Le droit d'asile*, Dordrecht, 1990; J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto-Vancouver, 1991; H. Lambert, *Seeking Asylum. Comparative Law and Practice in Selected European Countries*, La Haya, 1994; F. Crepeau, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux controles migratoires*, Bruselas, 1995; V. Gowlland-Debbas, *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary IL Issues*, Londres, 1995; J.M. Hencsaerts, *Mass Expulsion in Modern IL and Practice*, La Haya, 1995; C.M. Skran, *Refugees in Inter-War Europe: The Emergence of a Regime*, Oxford, 1995; P. Weiss (ed), *Refugee Convention 1951. The 'Travaux Préparatoires' Analysed with a Commentary*, Cambridge, 1995; J.Y. Carlier y D. Vanheule (eds.), *Europe and Refugees: A Challenge?*, Cambridge (Ma.), 1997; *id.*, R. Hullmann y C.P. Galiano, *Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study*, Cambridge (Ma.), 1997; I.C. Jackson, *The Refugee Concept in Group Situations*, Oxford, 1999; F. Nicholson y P. Twomey, *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Londres, 1999; P. van Krieken, *Refugee Law in Context. The Exclusion Clause*, Leiden, 2000; H. Crawley, *Refugees and Gender: Law and Process*, Bristol, 2001; J. Fitzpatrick (ed.), *HR Protection for Refugees, Asylum-Seekers, and Internally Displaced Persons. A Guide to International Mechanisms and Procedures*, Nueva York, 2001; E. Feller, V. Türk y F. Nicholson, *Refugee Protection in IL. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003; O. Casanovas, "La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés", *R. des C.*, 2003, t. 306, 9. V. tb. los informes de ACNUR sobre *La situación de los refugiados en el mundo*. V. tb. biblio. Cap. XXI (política de la CE en materia de visados, asilo e inmigración).

Bibliografía general

Cuando el emir árabe abrió los toldos que cubrían el cielo de su patio y derramó sobre sus invitados una avalancha interminable de pétalos de rosa, todos admiraron el prodigio. Cerradas las puertas y sepultados en flores ninguno pudo escapar, sin embargo, a la aromática muerte maquinada por su sutil ejecutor. Quienes se admiran de las fuentes de información que hoy se derraman sobre los curiosos deben estar prevenidos...

I. FUENTES DE CONOCIMIENTO DOCTRINAL

1. *Tratados y manuales de Derecho Internacional*

Este apartado de la información bibliográfica recoge obras de muy distinta extensión que tienen en común el propósito de los autores de hacer una exposición sistemática global o de conjunto del DI. Puede considerarse a Emmerich de Vattel el padre del género. Su obra (*Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et souverains*, 1758), la primera que escapó al latín, tuvo un éxito extraordinario e influyó notablemente en los círculos diplomáticos por la habilidad del autor para resumir en términos claros, accesibles e ilustrados, el pensamiento racionalista de Christian Wolff (*Institutiones iuris naturae et gentium*, 1750), dosificándolo con los datos de la práctica contemporánea. La versión española de la obra de Vattel se editó tardíamente, en 1820, pero su contenido era conocido gracias a José Olmeda y León (*Elementos de Derecho Público de la Paz y de la Guerra*, 1771), primera exposición sistemática del derecho de Gentes que se da en España, tan deudora de Vattel que el profesor Herrero Rubio considera a Olmeda su rapsoda... Hacer una historia del DI a través de una presentación crítica de los principales tratados y manuales es una tentación permanente en la que tal vez habrá ocasión de caer, pero no será hoy en que nuestro fin se limita a citar obras con ediciones o reimpressiones en los últimos treinta años (lo que ha permitido salvar algunos títulos de fecha anterior). Tratándose de publicaciones en lengua española, nuestro propósito es, dentro de esos límites cronológicos, extensivo; no así tratándose de publicaciones en otras lenguas. Tratados y manuales recientes son, aparte de su valor doctrinal, la primera fuente básica de información bibliográfica. Son citados por orden cronológico, atendiendo a la fecha de su primera edición, mencionándose, si la hay, la traducción a la lengua española.

En lengua española: L. Podestá Costa, DIP, Buenos Aires, 1943 (4ª ed. por J. M. Ruda, 2 vls., 1979 y 1984, reimpr. act., 1988); M. J. Sierra, Tratado de DIP, México 1947 (7ª ed., 1981); A. Miaja, Introducción al DIP, Madrid, 1953 (7ª ed., 1979); A. Herrero Rubio, DIP, I, Valladolid, 1960 (10ª ed., 1994); C. Sepúlveda, Curso de DIP, México, 1960 (24ª ed., 2004); D. Guerra, DIP, Caracas, 1960 (11ª ed., 1999); M. Seara, DIP, México, 1964 (22ª ed., 2006, que incorpora un CD con el apéndice documental); B. T. Halajczuk y M. T. Moya, DIP, Buenos Aires, 1972 (3ª ed., 1999); M. Díez de Velasco, Instituciones de DIP, I, Madrid, 1973 (15ª edición, 2005), II, con el título Las Organizaciones Internacionales, Madrid, 1977 (13ª ed., 2003); J. D. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés, Curso de DIP, Madrid, 1975 (9 ed. Civitas, 2006); S. Benadava, DIP, Santiago de Chile, 1976 (8ª ed., 2004); E. Gaviria, DIP, Bogotá, 1976 (6ª ed., 2005); M. Terán, Manual de DIP contemporáneo, Quito, 1976 (2ª ed., 1999); G. R. Moncayo, R. E. Vinuesa y H. D. T. Gutiérrez Posse, DIP, I, Buenos Aires, 1977, 1981; H. Llanos, Teoría y práctica del DIP, 3 vls., Santiago de Chile, 1977, 1980, 1983 (t. I, 3ª ed., 2005); M. C. Monroy, Manual de DIP, Bogotá, 1978 (5ª ed., 2002); E. Vargas, Introducción al DI, San José, 1979 (2ª ed., 1992); M. D'Estefano, Esquemas del DIP, 2 vls., La Habana, 1977; J. L. Fernández Flores, DIP Instituciones. I: Sistema y II: Estructura, Madrid, 1980, 1996; E. Jiménez de Aréchaga, El DI contemporáneo, Madrid, 1980; id. (con H. Arbuet y R. Puceiro, DIP, Montevideo, 1993, t. I; 2ª ed., 2005; A. Remiro, Lecciones de DIP. Formación de normas y obligaciones

internacionales, Murcia, 1981; id., DIP. 1. Principios fundamentales, Madrid, 1982; id., DIP. 2. Derecho de los tratados, Madrid 1987; A. Rizzo, Manual de DIP, Buenos Aires, 1981 (3ª ed., 1994); L. Solari, DIP, Lima, 1982 (8ª ed., 2004); C. Arellano, DIP, 2 vls., México, 1983, 1985, presentados a partir de la 2ª ed. como Primer curso de DIP, México, 1993 (6ª ed., 2006) y Segundo Curso de DIP, México, 1998 (3ª ed., 2004); P.P. Camargo, Tratado de DI, Bogotá, 1983, 2 vls. (3ª ed., 2004, 1 vl.); E. Paz Barnica, Lecciones de DIP, Madrid, 1984; J.A. Pastor, Curso de DIP, Madrid, 1986, con el título Curso de DIP y Organizaciones Internacionales, 3ª ed., Madrid, 1989 (9ª ed., 2003); A. Rodríguez Carrión, Lecciones de DIP, Madrid, 1987 (6ª ed., 2006); L. Arias, DIP: Texto oficial de la asignatura DIP, II, Santo Domingo, 1989 (6ª ed., 2000); J. E. Benavides, Lecciones de DI, Medellín, 1989 (5ª ed., 1997); M. Becerra, DIP, México, 1991; id., Panorama de Derecho Mexicano. DIP, México, 1999; J. A. Carrillo, Curso de DIP (Introducción a su estructura, dinámica y funciones), Madrid, 1991 (2ª ed., 1999); L. Mauricio, DI, México, 1991; J. Puente, Lecciones de DIP, I, Madrid, 1992 (3ª ed., 2001) y II. Cuaderno complementario, Madrid, 1994 (3ª ed., 1999); E. Ramírez, DIP. 1, Lima, 1992; F. Mariño, DIP (Parte General), Madrid, 1993 (4ª ed., 2005); L. Ortiz Ahlf, DIP, México, 1993 (3ª ed., 2004); F. Tredinnick, Curso de DIP y Relaciones Internacionales, La Paz, 1999 (3ª ed.); J. Trigo, Manual de DIP, La Paz, 1993; C. Gutiérrez Espada, DIP, Madrid, 1995; id., Apuntes sobre las funciones del DI contemporáneo, Murcia, 1995; R. Martínez Vera, Plan de estudio de DI, México, 1995; J. Pallares Bossa, DIP, Bogotá, 1996 (2ª ed., 2004); J.B. Rivarola, DIP, Asunción, 1996 (6ª ed., 2004); K.S. Cho, DI, Buenos Aires, 1997; L.F. Álvarez Londoño, DIP, Bogotá, 1998 (3ª ed., 2004); F. Gamboa, DIP, Talca, 1998; Id. (con L.P. Silva, Tratado de DIP, Santiago de Chile, 2002; 2ª ed. con M. Fernández Undurraga, Tratado de DIP y Derecho de la Integración, 2006); A. Valle González, Manual de DIP, Managua, 1998; J. Barboza, DIP, Buenos Aires, 1999 (actualización *Uso de la Fuerza Pública. Responsabilidad internacional*, Buenos Aires, 2006); G.R. Moncayo, DIP, Buenos Aires, 1999; F. Novak y L. García-Corrochano, DIP, Lima, 2000, 2001, 2002; H. López Bassols, DIP Contemporáneo e instrumentos básicos, México, 2001 (2ª ed., 2003); J.J. Quintana, DIP Contemporáneo, Bogotá, 2001 (2ª ed., 2004); F. Toro Jiménez, DIP, 2 vls., Caracas, 2001, 2002; G. García Montúfar, DIP, Lima, 2002; J. Juste Ruiz y M. Castillo Daudi, DIP, Valencia 2002 (2ª ed.; antes bajo el título Lecciones de DIP, que retoma en la 3ª ed., Tirant Lo Blanch, 2005); C. Fernández de Casadevante, DIP, Madrid, 2003; H.D.T. Gutiérrez Posse, Guía para el conocimiento de los elementos de DIP, Buenos Aires, 2003; H. Valencia, DIP, Medellín, 2003 (2ª ed., 2005); A. Fernández Tomás, A. Sánchez Legido y J.M. Ortega Terol, Manual de DIP, Valencia, 2004; M. T. Moya Domínguez, Manual de DIP, Buenos Aires, 2004; J.A. Travieso, DIP, Buenos Aires, 2004; R. Abello (ed.), DI Contemporáneo, Bogotá, 2006.

En lengua catalana: V. Abellán, X. Pons y J. Saura y otros, *Nocions bàsiques de DIP per a les diplomatures de Ciències Empresarials i de Gestió i Administració Pública*, Barcelona, 1996 (2ª ed., 2005).

En lengua alemana: A. Verdross, *Völkerrecht*, Viena, 1950 (5ª ed., con S. Verosta y K. Zemanek, 1964; traduc. al castellano de A. Truyol con la colaboración de M. Medina, Madrid, 1976); G. Dahm, *Völkerrecht*, 3 vls., Stuttgart, 1958, 1961 (t.2-t.3) (2ª ed. con la incorporación de J. Delbrück y R. Wolfrum, de Gruyter, Berlín, 1989, 2002 (t.2-t.3); E. Menzel, *Völkerrecht*, Munich, 1962 (5ª ed., 2004, con K. Ipsen, presente desde la 2ª ed., y V. Epping); I. Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, Colonia, 1965 (11ª ed., 2005, con T. Stein y Ch. Butlar); A. Verdross y B. Simma, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, Berlín, 1976 (3ª ed., 1984); F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 3 vls., Munich-Berlín, 1960, 1962, 1964 (2ª ed., 1975, 1969 y 1977); J. P. Müller y L. Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts*, Berna 1979 (3ª ed., 2001); H. Neuhold, W. Hummer y Ch. Schreurer (e.), *Osterreichisches Handbuch des Völkerrechts*, 2 vls., Viena, 1983 (4ª ed., 2004); J. Kokott, K. Doehring y Th. Buergeth, *Grundzüge des Völkerrechts*, Heidelberg, 1988 (3ª ed., 2003); M. Bothe, R. Dölzer, K. Hailbronner, E. Klein, Ph. Kunig, M. Schröder y W. Graf Vitzthum, *Völkerrecht*, Berlín, 1997 (3ª ed., 2004); K. Doehring, *Völkerrecht: ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1999 (2ª ed., 2004); M. Herdegen, *Völkerrecht*, Munich 2000 (5ª ed., 2006; trad. al español por M. Anzola, México, 2005); A. Bleckmann, *Völkerrecht*, Baden-Baden, 2001; Ch. Tomuschat (e.), *Völkerrecht*, Baden-Baden, 2001 (3ª ed., 2005); W. Kälin, *Völkerrecht: eine Einführung*, Berna, 2003; P. Fischer y H.F. Köck, *Völkerrecht: das Recht der Universellen Staatengemeinschaft*, Viena, 2004; Th. Schweisfurth, *Völkerrecht*, Stuttgart, 2006.

En lengua francesa: G. Scelle, *Précis de Droit des Gens* (Principes et systematiques), 2 vls., París, 1932-34 (reimpr. en 1 vl., París, 1984); P. Reuter, DIP, París, 1958 (7ª ed., 1992; traduc. española de la 5.ª ed. francesa por J. Puente, Barcelona, 1978, reimpr. 1982); R. J. Dupuy, *Le DI*, París, 1960 (12ª ed., 2001); Ch. Rousseau, DIP, 5 vls., 1971-83; D. Ruzié, DIP, París, 1972 (18ª ed., 2006); N. Quoc Dinh, P. Daillier y A. Pellet, DIP, París, 1975 (7ª ed., 2002); S. Bastid, *Cours de DIP*, París, 1976-77; P. H. Manin, DIP, París, 1979; H. Thierry, J. Combaçu, S. Sur y Ch. Vallée, DIP, París, 1979 (5ª ed., 1986); P. M. Dupuy, DIP, París, 1982 (8ª ed., 2006); J. M. Arbour, DIP, Québec, 1985 (7ª ed., 1997); D. Carreau, DI, París, 1986 (8ª ed., 2004); C. Emmanuelli, DIP, Montreal, 1990 (3ª ed. con Wilson & Lafleur, 2004); L. Condorelli, *Cours de DIP*, Ginebra, 1990-1991; R. Ranjeva, DIP, Vanves, 1992; J. Combacau y S. Sur (e.), DIP, París, 1993 (6ª ed., 2004); J. Touscoz, DI, París, 1993; P. M. Martin, DIP, París, 1995; M. Lascombe, *Le DIP*, París 1996; E. Decaux, DIP, París, 1997 (5ª ed., 2006 con O. Frouville); G. J. Perrin, DIP, *Sources, sujets, caractéristiques*, París, 1999; M. Sikondo, DIP, París, 1999; D. Alland (d.), DIP, París, 2000; J. Verhoeven, DIP, Bruselas, 2000; D. E. Adouki, DIP: T.1: *Les sources*, París, 2002; L. A. Aledo, DIP, París, 2005.

En lengua inglesa: J. G. Starke, *Introduction to IL*, Londres, 1947 (10ª ed., 1991); G. Schwarzenberger, *A Manual of IL*, Londres, 1947 (6ª ed., 1976); id., *IL as Applied by International Courts and Tribunals*, 4 vls., Londres, 1957-86 (3ª ed. vl. I, 1986); I. Brownlie, *Principles of PIL*, Oxford, 1966 (6ª ed., 2003); J. H. W. Verzijl, *IL in Historical Perspective*, 11 vls., Leiden, 1968-79; M. Akehurst, *A Modern Introduction to IL*, Londres, 1970 (8ª ed., 2005, P. Malanczuk (e.); traduc. española de la 2ª ed. por M. Medina, *Introducción al Derecho Internacional*, Madrid, 1972, 2ª ed., 1982); W. Levi, *Contemporary IL: a Concise Introduction*, 1979 (2ª ed., 1991); M. N. Shaw, *IL*, Cambridge, 1977 (4ª ed., 1997); D. P. O'Connell, *IL*, 2 vls. Londres, 1979; B. M. Jankovik, *PIL*, Nueva York, 1984; Th. Buergenthal, y H. G. Maier, *PIL in a Nutshell*, St. Paul (Minn.), 1985 (3ª ed., 2002, por Th. Buergenthal y S. D. Murphy; traducido y ampliado en español como *Manual de DI*, México, 1994); R. M. M. Wallace, *International Law. A Student Introduction*, Londres, 1986 (5ª ed., 2005); M. W. Janis, *An Introduction to IL*, Boston-Toronto, 1988 (4ª ed., 2003); L. Ch. Chen, *An Introduction to Contemporary IL*, New Haven, 1989; S. L. Bhalla, *Fundamentals of IL*, Nueva Delhi, 1990; W. R. Slomanson, *Fundamental Perspectives on IL*, Belmont, 1990 (5ª ed., 2006); R. Jennings y A. Watts, *Oppenheim's IL, I (Peace)*, 2 t., Londres, 1992 (se trata de la 9ª ed. del primer vl. de la obra de L. Oppenheim, IL, cuya 1ª ed. se remonta a 1905-1906. H. Lauterpacht se hizo cargo de las eds. 5ª a 7ª, así como de la 8ª ed. del vl. I (1955). Existe una traducción española de este vl. por J. López Olivan y J. M. Castro-Rial, Barcelona, 1961, y del vl. II, —7ª ed. 1952— por A. Marín, Barcelona, 1966-67); T. Hillier, *PIL*, Londres, 1994; S. Blay R. Piotrowicz y B. M. Tsamenyi (e.), *PIL: An Australian Perspective*, Nueva York, 1997; B. H. Weston, R. A. Falk y A. D'Amato, *IL and World Order: A Problem-Oriented Coursebook*, St. Paul (MN), 1980 (3ª ed., 1997, por B. H. Weston, R. A. Falk y H. Charlesworth); O. Blackwell y D. Ong, *PIL*, Londres, 1998; Sh. K. Kapoor, *IL*, Allahabad, 1998 (12ª ed.), Th. R. VanDervort, *IL and Organization: An Introduction*, Thousand Oaks, 1998; B. E. Carter y P. R. Trimble, *IL*, Nueva York, 1991 (4ª ed., 2003, con C. A. Bradley); J. Ibegbu, *Fundamentals of IL*, Lewiston, 1999; D. J. Bederman, *IL Frameworks*, Nueva York, 2001; A. Cassese, *IL*, Oxford, Nueva York, 2001 (2ª ed., 2005), con recursos electrónicos (guía de recursos, enlaces, bibliografía y documentos) en página en línea con la siguiente dirección: www.oup.com/uk/orc/law (una versión rev., con P. Gacta, puede encontrarse en italiano, 2 vls, Bolonia, 2003, 2004); J. O'Brien, *IL*, Londres, 2001 (3ª ed., 2006); J. H. Wolfe, *Modern IL: an introduction to the law of nations*, New Jersey, 2002; M. D. Evans (e.), *IL*, Oxford, 2003 (2ª ed., 2006); R. K. Gardiner, *IL*; Harlow, 2003 (enlaces generales y por capítulo, actualizados a abril 2006 se hallan en <http://www.booksites.net/gardiner>); A. Aust, *Handbook of IL*, Cambridge, 2005; M. Byers, *The Beginner's Guide to IL*, Cambridge, 2005; M. J. Goodman, *IL*, Londres, 2006.

En lengua italiana: G. Bosco, *Lezioni di DI*, Milán, 1972 (2ª ed; reimpr. 1992); M. Giuliano, T. Scovazzi y T. Treves, *DI*, 2 vls., Milán, 1974 (3ª ed., t.1, 1991 y 2ª ed., t.2., 1983); G. Barile, *Lezioni di DI*, Padua, 1977 (2ª ed. 1983); B. Conforti, *DI*, Nápoles, 1985 (7ª ed., 2006; 4ª ed. en español revisada por R. E. Vinuesa, Buenos Aires, 1995); L. Ferrari, *Lezioni di DI*, Nápoles, 1986 (4ª ed., 2002); A. Tommasi di Vignano y M. Solina, *Profili di DI*, Turín, 1990; M. R. Saulle, *Lezioni di DI*, Nápoles, 1998; T. Scovazzi, *Corso di DI, I, Caratteri generali ed evoluzione della Comunità Internazionale*, y *II. Trattati, norme generali, adattamento. Responsabilità* (ésta última tratada por M. Arcari), Milán, 2000, 2006; C. Focarelli,

Lezioni di Storia del DI, Perugia, 2002; id., Schemi delle Lezioni di DI, Perugia, 2003; S.M. Carbone (e.), Istituzioni di DI, Turín, 2002; A. Tanzi y otros, Introduzione al DI contemporaneo, Padua, 2003; T. Treves, DI: Problemi Fondamentali, Milán, 2005.

En lengua portuguesa: A. Gonçalves Pereira, Manual de DIP, Coimbra, 1964 (3ª ed. rev., con F. Quadros, 1993, 5ª reimpr., 2002); A.A. Cançado Trindade, Princípios do DI Contemporâneo, Brasília, 1981; A. Moreira, DIP, Lisboa, 1983; C. D. Albuquerque Mello, Curso de DIP, Río de Janeiro, 1986, (15ª ed., rev. y amp., 2 vls., 2004); Id., DI Americano, Río de Janeiro, 1995; A. A. Soares, Lições de DIP, Coimbra, 1988 (4.a ed.); J. da Silva, DIP: Relações Internacionais; Aspectos Fundamentais do Seu Regime Jurídico, Lisboa, 1990; id., DIP (A Sociedade Internacional: Composição, Organização e Domínio), Lisboa, 1993; J. Miranda (e.) DIP, Lisboa, 1991; G.B.M. Boson, DIP: O Estado em Direito das Gentes, Belo Horizonte, 1994 (3ª ed., 2000); E. C. Baptista Correia, DIP: I. Conceito e Fontes y II. Sujeitos e Responsabilidade, Lisboa, 1998, 2004; R.L. Silva, DIP resumido, Belo Horizonte, 1999 (1ª ed., 2ª reimpr.); J.S. Cunha y M.A. do Vale Pereira, Manual de DIP, Coimbra, 2000 (2ª ed., 2004); L.I.A. Araújo, Curso de DIP, Río de Janeiro, 2001 (10ª ed., 2 reimpr.); O. L. Litrento, Curso de DIP, Río de Janeiro, 2001 (4ª ed.); J.F. Rezek, DIP: Curso Elementar, São Paulo, 2002 (9ª ed. rev.); R. Rodrigues Gama, Introdução ao DI, Campinas, 2002; G.F.S. Soares, Curso de DIP, São Paulo, 2002; J. Bacelar Gouveia, Manual de DIP, Coimbra, 2003 (2ª ed., 2004, Río de Janeiro, 2005; V.M.A.A. Rodrigues, Temas de DI, Río de Janeiro, 2003; J. Miranda, Curso de DIP, Cascais, 2004 (2ª ed., rev. y amp.).

2. Obras generales y recopilaciones de artículos sobre Derecho Internacional (desde 1976)

Hay quien ha advertido el abandono por los iusinternacionalistas de los Estados Unidos del arte de escribir manuales y tratados de DI (A.L.C. de Mestral, AJIL, 1994, 553). A cambio cultivan los ensayos generales, la edición de obras colectivas y —cuando la maestría y los contactos editoriales lo permiten— la recopilación de los propios trabajos desperdigados en otras publicaciones. Han hecho escuela, como se advierte en algunos ejemplos de la relación que sigue.

En lengua española: J. A. Carrillo, Soberanía del Estado y DI, Madrid, 1976; id., El DI en un mundo en cambio, Madrid, 1984; id., Globalización y Orden Internacional, Sevilla, 2004 (2ª ed., 2005); F. Orrego y J. Irigoyen (e.), Perspectivas del DI contemporáneo: experiencias y visión de América latina, 3 vls., Santiago de Chile, 1981; E. Ferrer Vieyra, Temas de Derecho y Política Internacional; Montevideo, 1986; A. Gómez-Robledo Verduzco, Temas selectos de DI, México, 1986 (4ª ed., 2003); R. Mesa, La nueva sociedad internacional, Madrid, 1992; A. L. Steffens (e.), Nuevos enfoques del DI, Santiago de Chile, 1992; L. I. Sánchez Rodríguez, DIP: Problemas actuales, Madrid, 1993; J. Barberis, La formación del DI, Buenos Aires, 1994; La J. C. Puig, Estudios de DI, Caracas, 1994; J. G. Castañeda, Obras Completas, 3 vls., México, 1995; A. Remiro, Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional, Madrid, 1996; C. Fernández Casadevante y J. Quel López (coordinadores), Las NU y el DI, Barcelona, 1997; S. Salinas, *El DI y algunos de sus contrastes en el cambio de milenio*, Zaragoza, 2001; C.M. Díaz Barrado, El DI en el tiempo presente, Madrid, 2004; L. Pérez-Prat Durbán, La provincia del DI, Madrid, 2004; M. Pinto, El DI: Vigencia y Desafíos en un escenario globalizado, México, 2004; R. Riquelme Cortado, DI. Entre un orden global y fragmentado, Madrid, 2005; L. I. Sánchez Rodríguez, DI y crisis internacionales, Madrid, 2005.

En otras lenguas: L. Henkin, How Nations Behave: Law and Foreign Policy, Nueva York-Londres, 1970 (2.a ed., 1979); Id., IL: Politics and Values, La Haya, 1995; R. B. Lillich y J. N. Moore (e.), Readings in IL from the Naval War College Review, 1947-1977, Newport, 1980 (J. N. Moore y R. F. Turner han publicado un segundo vl. en 1995 abarcando el periodo 1978-1994); M. S. McDougal y W. Reisman, IL in contemporary perspective: the public order of the world community, Nueva York, 1981; M. Bos, A Methodology of IL, Amsterdam, 1984; A. Cassese, Il DI nel mondo contemporaneo, Bolonia, 1984 (versiones francesa e inglesa, París y Oxford, 1986, la última reimpr. en 1988 y 1990); L. Gros, Selected Essays on IL and organization, Nueva York, 1992; R. A. Falk, F. Kratochwill y S. H. Mendlowitz, IL A contemporary perspective, Londres, 1985; AAVV, The Structure and Process of IL, Essays in Legal Philosophy: Doctrine and Theory, Dordrecht, 1986; A. Carty, The Decay of IL?: a Reappraisal of the

Limits, Manchester, 1986; R.J. Dupuy, *La Communauté Internationale entre la mythé et l'histoire*, París, 1986; id., *La clôture du système international. La cité terrestre*, París, 1989; W. E. Butler (c.), *IL and International System*, Dordrecht, 1987; A.A. D'Amato, *Collected Papers*, 3 vols., Deventer, 1995, Leiden, Boston, 1997, 2004; M. Lachs, *The teacher in IL, Teachings and teaching*, 2ª ed., Dordrecht, 1987 (versión francesa: *Le monde de la pensée en DI. Théories et pratiques*, 2ª ed., París, 1989); E. Butler (c.), *Perestroika and IL*, Dordrecht, 1990; A. Carty y G. Danilenko, *Perestroika and IL: Current Anglo-Soviet Approachs to IL*, Edimburgo, 1990; M. Virally, *Le DI en devenir: essays écrits au fil des ans*, París, 1990 (traducida al español por E. Cazenave Tapie Isoard, México, 1998); P. Allot, *Theory and IL: an Introduction*, Londres, 1991; M. Bedjaoui (c.), *DI: bilan et perspectives/IL achievements and prospects*, 2 vls., París, 1991; M. W. Janis y C. Evans, *Religion and IL*, La Haya, Londres, Boston, 1999; E. MacWhinney, D. Ross, G. Tunkin y V. Vereshchetin (c.), *From Coexistence to Cooperation: IL and Organization in the Post-Cold War Era*, Dordrecht, 1991; O. Schachter, *IL in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991; S. Tabata, *Problems of Modern IL*, Tokyo, 1991; M. Koskenniemi, *IL (The International Library of Essays in Law and Legal Theory)*, Londres, 1992; T. Kotani, *IL in International Politics*, Kyoto, 1992; P. Ziccardi, *Vita giuridica internazionale: scritti scelti a cura degli allievi*, 2 vls., Milán 1992; AAVV, *A la recherche du nouvel ordre mondial/Association Droit des Gens*, 2 vls., Bruselas, 1993; B.S. Chimni, *IL and World Order: a Critique of Contemporary Approaches*, Nueva Delhi, 1993; R.A. Falk, R.C. Johansen y S.S. Kim (c.), *The Constitutional Foundations of World Peace*, Albany, 1993; S. Rosenne, *An IL Miscellany*, Dordrecht, 1993; R. Ben Achour y R. Lahmani (c.), *Les nouveaux aspects du DI*, París, 1994; I. Dettter, *The International Legal Order*, Cambridge, 1994; J. Dugard, *IL: a South African Perspective*, Ciudad del Cabo, 1994 (3ª ed., 2006); G. Gillaume, *Les grandes crisis internationales et le droit*, París, 1994 (traducción española por S. M. del Carril, Barcelona, 1995); R. Higgins, *Problems and Process: IL and How we Use it*, Oxford, 1994; E. R. Perrin, *Les grands problèmes internationaux*, París, 1994; S. M. Schwebel, *Justice in IL. Selected Writings*, Cambridge, 1994; N. Al-Nauimi y R. Meese (c.), *International legal Issues arising under the UN Decade of IL*, Dordrecht, 1995; L.F. Damrosch, G. Danilenko y R. Müllerson, *Beyond Confrontation: IL for the Post-Cold War Era*, Boulder (CO), 1995; R. A. Falk, *On Humane Governance. Toward a New Global Politics*, U. of Pennsylvania, 1995; T. M. Franck, *Fairness in IL and Institutions*, Oxford, 1995; N. Jasentuliyana (c.), *Perspectives on IL*, Londres, 1995; O. Schachter y C. C. Joyner (c.), *UN Legal Order*, Nueva York, 1995; R. J. Beck, A. C. Arend y R. D. Vanderlugt, *International Rules (Approaches from IL and IR)*, Oxford, 1996; R. Ben Achour (c.), *Harmonie et Contradictions en DI*, París, 1997; Ch. Dominicé, *L'Ordre Juridique International entre Tradition et Innovation: Recueil d'études*, París, 1997; J.K. Gamble y Ch.C. Joyner, *Teaching IL: Approaches and Perspectives*, Washington, 1997; E. G. Schaffer y R. J. Snyder (c.), *Contemporary Practice of PIL*, Dobbs Ferry, 1997; A.P. Rubin, *Ethics and Authority in IL*, Cambridge, 1997; I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs. IL at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, La Haya, 1998; R.A. Falk, *Law in an Emerging Global Village: A Post-Westphalian Perspective*, Ardsley, 1998; *Collected writings of Sir Robert Jennings*, La Haya, 1998; W.P. Heere (c.), *Contemporary IL Issues: New Forms, New Applications*, La Haya, 1998; Ch. Ku y P. F. Diehl (c.), *International Law: Classic and Contemporary Readings*, Boulder, Londres, 1998 (2ª ed., 2003); T.J. Schoenbaum, J. Nakagawa y L.C. Reif (c.), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues: From Theory into Practice*, Ardsley, 1998; A.C. Arend, *Legal Rules and International Society*, Oxford, Nueva York, 1999; G. Battaglini, *Il DI come Sistema di Diritto Comune*, Padua, 1999; Y. Le Bouthillier, D.M. McRae y D. Pharand (c.), *Selected Papers in IL: Contributions of the Canadian Council on IL*, La Haya, Londres, Boston, 1999; R.J. Dupuy, *Dialectiques du DI: Souveraineté des États, Communauté Internationale et Droits de l'Humanité*, París, 1999; H. Charlesworth y Ch. Chinkin, *The Boundaries of IL: A Feminist Analysis*, Manchester, 2000; L.-Ch. Chen, *An Introduction to Contemporary IL: A Policy-Oriented Perspective*, New Haven, Londres, 2000; W.G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlín, 2000; R. Müllerson, *Ordering Anarchy: IL in International Society*, La Haya, 2000; Ph. Allot, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford, 2001; AAVV, *Le DI et le temps*, París, 2001; R. Beck y T. Ambrosio, *IL and the Rise of Nations*, Londres, 2001; L. Boisson de Chazournes y V. Gowland-Debbas (c.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, La Haya, Londres, Boston, 2001; M. Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and IL*, Oxford, 2001; A.

Kaczorowska, PIL, Londres, 2001; J. Kasto (ed.), *New International Order and IL After the Millenium*, Hounslow, 2001; D. Kennedy y M. Koskenniemi (eds), *IL*, Aldershot, 2001; M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of IL 1870-1960*, Cambridge, 2001; AAVV, *Looking Ahead: IL in the 21st Century*, La Haya, 2002; D. J. Bederman, *The Spirit of IL*, Athens (GA), 2002; A. A. Cançado, *O DI em um mundo em transformação*, Río de Janeiro, 2002; G. Distefano, *L'Ordre International entre Légalité et Effectivité*, París, 2002; R.A. Falk (e.), *Re-framing the International: Law, Politics and Culture*, Nueva York, 2002; D. A. Freestone, D. Subedi y S. Davidson (e.), *Contemporary Issues in IL: A Collection of the Josephine Onoh Memorial Lectures*, La Haya, 2002; Ch. Kegley, Jr., G.A. Raymond, *Exorcising the Ghost of Westphalia: Building World Order in the New Millenium*, Upper Saddle River (NJ), 2002; D.N. Nelson y L. Neack, *Global Society in transition*, Kluwer, 2002; B. Conforti, *Scritti di Diritto Internazionale*, 2 vls., Nápoles, 2003; R. Foot, J. Gaddis y A. Hurrell, *Order and Justice in International Relations*, Oxford, 2003; I.F. Dekker y W. G. Werner (e.), *Governance and International Legal Theory*, Leiden, 2004; S. Ratner y A.M. Slaughter (e.), *The Methods of IL*, Washington, 2004 (ed. actual. y ampl. del simposio *Appraising the Methods of IL*, publicado en *AJIL*, 1999-2); Ch. Reus-Smit (e.), *Politics of IL*, Cambridge, 2004; Sh. Rosenne, *The Perplexities of Modern IL*, Leiden, Boston, 2004; A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, 2004; H. Veltmeyer (e.), *Globalization and Antiglobalization: Dynamics of Change in the New World Order*, Aldershot, 2004; C.G. Weeramantry, *Universalising IL*, Leiden, Boston, 2004; S. Yee, *Towards an IL of Co-progressiveness*, Leiden, Boston, 2004; D. Buss y A. Manji (e.), *IL. Modern Feminist Approaches*, Oxford, 2005; O.A. Hathaway y H.H. Koh (e.), *Foundations of IL and Politics*, Nueva York, 2005; Ch.C. Joyner, *IL in the 21st Century: Rules for Global Governance*, Boulder CO, Nueva York, 2005; P. Sh. Berman (e.), *The Globalization of IL*, Aldershot, 2006; R. Burchill (e.), *Democracy and IL*, Aldershot, 2006; A.A. Cançado, *A Humanização do DI*, Belo Horizonte, 2006; S.C. McCaffrey, *Understanding IL*, London, 2006; J.M. Rochester, *Between Peril and Promise: The Politics of IL*, Washington DC, 2006; S. D. Murphy, *Principles in IL*, St. Paul (MN), 2006;

También cabe mencionar aquí los comentarios sistemáticos de la Carta de las NU: J.P. Cot y A. Pellet (e.), *La Charte des NU, commentaire article par article*, París, 1985 (3^a ed., 2005); B. Simma (e.), *Charta der Vereinten Nationen. Kommentar*, 1991, en versión inglesa, Oxford-Nueva York, 1994 (2^a ed., 2002).

3. *Cursos generales impartidos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (1923-)*

Los cursos de la Academia de Derecho Internacional en La Haya se iniciaron en 1923 con periodicidad anual sólo interrumpida entre 1940 y 1946 a causa de la Segunda Guerra Mundial. Publicados en el *Recueil de la Academia* (R. des C.), hoy componen un impresionante corpus de doctrina. Disponer de sus volúmenes es caro, pero indispensable en una biblioteca universitaria de DI. Los cursos de la Academia, inicialmente en francés, pasaron a partir de 1947 a dictarse —y escribirse— en francés y en inglés según un reparto salomónico que guarda el *Curatorium de la Academia*. El curso general (un año en inglés, otro en francés) viene arropado por varios cursos monográficos. La relación que sigue, sólo pretende refrescar la memoria sobre los cursos generales publicados en los últimos treinta años:

P. Ziccardi, "Règles d'organisation et règles de conduite en DI. Le droit commun et les ordres juridiques", R. des C., 1976, t. 152, 119; W. Wengler, "PIL. Paradoxes of a Legal Order", R. des C., 1977, t. 158, 9; E. Jiménez de Aréchaga, "IL in the Past Third of a Century", R. des C., 1978, t. 159, 1; R. J. Dupuy, "Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de DIP", R. des C., 1979, t. 165, 9; M. Lachs, "The Development and General Trends of IL in our Time", R. des C., 1980, t. 169, 9; A. Truylol, "Théorie du DIP. Cours général", R. des C., 1981, t. 173, 9; O. Schachter, "IL in Theory and Practice", R. des C., 1982, t. 178, 9; M. Virally, "Panorama du DI contemporain", R. des C., 1983, t. 183, 9; P. Cahier, "Changement et continuité du DI", R. des C., 1985, t. 195, 9; I. Seidl-Hohenveldern, "International Economic Law. General Course on PIL", R. des C., 1986, t. 198, 9; G. Abi-Saab, "Cours général de DIP", R. des C., 1987, t. 207, 9; B. Conforti, "Cours Général de DIP", R. des C., 1988, t. 212, 13; L. Henkin, "IL: Politics, Values and Functions. General Course on PIL", R. des C., 1989, t. 216, 9; H. Thierry, "L'évolution du DI. Cours général de DIP", R. des C., 1990, t. 222, 13; R. Higgins, "IL and the

Avoidance Containment and Resolution of Disputes. General Course on PIL", R. des C., 1991, t. 230, 13; P. Weil, "Le DI en quête de son identité. Cours général de DIP", R. des C., 1992, t. 237, 9; T. M. Franck, "Fairness in the International Legal and Institutional System. General Course on PIL", R. des C., 1993, t. 240, 9; F. Capotorti, "Cours général de DIP", R. des C., 1994, t. 248, 9; I. Brownlie, "IL at the Fiftieth Anniversary of the UN. General Course on PIL", R. des C., 1995, t. 255, 9; J.A. Carrillo, "DI et souveraineté des Etats", R. des C., 1996, t. 257, 35; K. Zemanek "The Legal Foundations of the International System: General Course on PIL", R. des C., 1997, t. 266, 9; J.A. Pastor, "Le droit international à la veille du vingt-et-unième siècle: normes, faits et valeurs", R. des C., 1998, t. 274, 11; C. Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", R. des C., 1999, t. 281, 9; A-M. Slaughter, "International Law and International Relations", R. des C., 2000, t. 285, 9; S. Rosenne, "The Perplexities of Modern International Law", R. des C., 2001, t. 291, 9; P.M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international", R. des C., 2002, t. 297, 9; Th. Meron, "International Law in the Age of Human Rights", R. des C., 2003, t. 301, 9; M. Bedjaoui, "L'Humanité en quête de paix et de développement", R. des C., 2004 (en prensa); H.E.A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New Ius Gentium", R. des C., 2005 (en prensa); Ch. Dominicé, "International Law and the Test of the Challenges of Today", R. des C., 2006 (en prensa).

Si lo que se desea es recordar los habidos desde 1929, v. R. Kolb, *Les cours généraux de DIP de l'Académie de La Haye*, Bruselas, 2003.

Por otra parte, desde 1968 la Academia celebra un Coloquio anual (Colloque/Workshop) sobre un tema de actualidad, reproduciendo luego ponencias y comunicaciones en un volumen. Los títulos han sido, en su caso, reseñados en la bibliografía por capítulos.

4. Cursos generales impartidos en los Cursos Euromediterráneos de Castellón (1997-)

Estos Cursos, iniciados en septiembre de 1997 con periodicidad anual ofrecen un curso general y varios monográficos, luego publicados en un volumen bajo las siglas CEBDI (Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional). Dado el crédito que han alcanzado en poco tiempo consideramos oportuno mencionar los cursos generales publicados:

A. Pellet, "Le Droit International à l'aube du XXIème siècle (La société internationale contemporaine: Permanences et tendances nouvelles)", CEBDI, I, 1997, 104; O. Casanovas y La Rosa, "Unidad y pluralismo en DIP", CEBDI, II, 1998, 35 (rev. y publicado posteriormente en inglés, La Haya, Boston, Londres, 2001); J. A. Carrillo, "Permanencia y cambios en el DI" CEBDI, III, 1999, 223; U. Leanza, "Le droit international: d'un droit pour les Etats à un droit pour les individus. Une vision de la théorie et de la pratique des relations internationales contemporaines", CEBDI, IV, 2000, 27 (publicado en italiano, Turín, 2002); A. Remiro Brotons, "Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada", CEBDI, V, 2001, 45; J. Salmon, "Le droit international à l'épreuve au tournant du XXIème siècle", CEBDI, VI, 2002, 35; S. Belaïd, "Société Internationale, DI: Quelles mutations?" CEBDI, VII, 2003, 39.

5. Libros homenaje

El acervo doctrinal e informativo que atesoran estas publicaciones jubilares es sobresaliente. La dificultad de controlarlo ha resultado en gran medida superada con la obra de P. Macalister-Smith y J. Schwietzke, *PIL-Concordance of the Festschriften*, Berlín, 2006. En ella, están reflejados los contenidos de cerca de cuatrocientos libros homenaje del período 1930-2005, por orden cronológico, con índices sistemáticos y de autor.

No obstante, mencionamos los libros homenaje a profesores españoles e iberoamericanos (por orden alfabético):

Estudios de DI Marítimo. Homenaje al Prof. J. L. de Azcárraga, Madrid, 1968; *Estudios de DI. Hom. al Prof. C. Barcia Trelles*, Santiago de Compostela, 1958; *Colección de estudios en hom. al prof. C. Barcia Trelles en sus bodas de plata de Catedrático de DI*, Santiago de Compostela, 1965; *Os rumos do DI dos Directos Humanos. Ensayos en hom ao prof. A.A. Cançado*, 4 vls., Porto Alegre, 2005; *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Hom. al Prof. J.A. Carrillo Salcedo*, 2 vls., 2005; *The New Challenges of Humanitarian*

Law in Armed Conflicts. In Honour of Prof. J.A. Carrillo Salcedo, Leiden, Boston, 2005; *El DI en los albores del siglo XXI. Hom. Al prof. J.M. Castro-Rial*, Madrid, 2002; *Hacia un nuevo orden internacional y Europeo. Hom. al prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993; *Symbolae García Arias (Estudios de DI)*, Zaragoza, 1974; *Varia Iuris Gentium. Temas selectos de DIP. En Hom. A V.C. García Moreno*, México, 2001; *Pacis Artes. Hom. J.D. González Campos*, 2 vls., Tomo I: DIP y Derecho Comunitario y de la UE, Madrid, 2005. *Estudios en Homenaje a D. Jorge Fernández Ruiz. DI y otros temas*, México, 2005; *Persona humana y DI. H. Gros Espiell Amicorum Liber*, 2 vls., Bruselas, 1997. *El DI en un mundo en transformación; Liber Amicorum en hom. al Prof. E. Jiménez de Aréchaga*, 2 vls., Montevideo, 1994; *Estudios de DI. Hom. a D. A. de Luna*, Madrid, 1968; *O Direito Internacional no terceiro milênio. Estudos em Hom. ao Prof. V. Marotta Rangel*, Sao Paulo, 1998; *Estudios de DI. Hom. al prof. A. Miaja de la Muela*, 2 vls., Madrid, 1979; *Dimensão Internacional do Direito: Estudos em hom. a G.E. do Nascimento e Silva*, São Paulo, 2002; *El DI: Normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, 2005; *Liber Amicorum. Colección de Estudios Jurídicos en hom. al Prof. J. Pérez Montero*, 3 vls., Oviedo, 1988; *Temas de DI en hom. a F. Pfirter de Armas Barea*, Buenos Aires, 1989; *CI y SI. Después del 11 de septiembre de 2001. Seminario conmemorativo del 60 Aniversario de la publicación CI y SI por el prof. A. Poch y Gutiérrez de Caviedes*, Gernika, 2005; *Estudios de DI en hom. al Prof. Ernesto Rey Caro*, Córdoba (R. Argentina), 2002; *Liber Amicorum "In Memoriam" of José María Ruda*, La Haya, 2000; *Estudios de DIP y Privado. Hom. al Prof. L. Sela Sampil*, Oviedo, 1970; *Liber Amicorum en hom. al Dr. Luis Tapia*, Madrid, 1990; *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Est. en honor del Prof. A. Truyol y Serra*, 2 vls., Madrid, 1986.

6. Enciclopedias y Diccionarios

Bajo la dirección de B. Goldman se publicó en París a partir de 1966 el *Iurisclasseur de DI*, 11 vls. de hojas cambiables (actualmente bajo la dir. de L. Vogel y Ph. Kahn). Hoy la enciclopedia más significativa es la *Encyclopedia of PIL (EPIL)* dirigida por R. Bernhardt y editada por el Max Planck Institute for Comparative Public and IL, Amsterdam-Oxford-Nueva York, 12 vls. aparecidos, 1981-90. Una versión revisada de esta *Enciclopedia* en forma de diccionario ha sido publicada en 5 vls. (1992-2000). Recordemos asimismo el *Dictionnaire Diplomatique de la Académie Diplomatique Internationale*, 7 vls. (París, a partir de 1933) y la *Encyclopedie juridique. Repertoire de DI Dalloz*, bajo la dirección de Ph. Franceskakis, 2 vls., París, 1968-69 (más un vl. de actualización), a los cuales se ha de sumar la *Encyclopedia of IL*, editada por V.K. Lall, 7 vls., 1997. También se presenta como un diccionario —con más de cuatro mil voces— la *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y NU*, de E. J. Osmanczyk, Mexico, 1976, primera de las publicadas en lengua española sobre esta materia (en su versión inglesa, fue publicada por primera vez en 1985 y su 3ª ed., 2003, cuenta con la edición de A. Mango).

Dentro de este mismo rubro cabe mencionar otras obras más sucintas y estrictas, como el *Dictionnaire de la Terminologie de DIP*, de J. Basdevant, Sirey, París, 1960; I. Paenson, *Manual of Terminology of PIL (Law of Peace) and IO* y *Manual of the Terminology of the Law of Armed Conflicts and International Humanitarian Organizations*, Bruselas, 1983 y 1989; I. Seidl-Hohenveldern (e.), *Lexicon des Rechts-Völkerrecht*, Neuwied, 1985 (3ª ed., 2001); C. Parry y J.P. Grant, *Encyclopaedic Dictionary of IL*, Oceana, Nueva York, 1986 (2ª ed., 2003); B.A. Boczek y R.L. Bledsoe, *The IL Dictionary*, Abc Clío, 1987; M. Kdhir, *Dictionnaire juridique de la CIJ*, Bruselas, 1997 (2ª ed. rev. y aum., 2000 y preparándose la 3ª ed.); G.R. Berridge y A. James, *A Dictionary of Diplomacy*, Basingstoke, 2001; J. Salmon (e.), *Dictionnaire du DIP*, Bruselas, 2001; J.R. Fox, *Dictionary of International and Comparative Law*, Dobbs Ferry NY, 1992 (3ª ed., 2003); B.A. Boczek, *IL: A Dictionary*, Lanham, Toronto, Oxford, 2005. Para un diccionario biográfico, W. F. Kuchl (e.), *Biographical Dictionary of Internationalist*, Westport, 1983. En lengua española S. Martínez Lage y A. Martínez Morcillo publicaron un *Diccionario diplomático iberoamericano*, Madrid, 1987 (2ª ed. rev., 1993) y A. Gómez-Robledo y J. Witker coordinaron el *Diccionario de DI*, México, 2001.

Sobre la ONU, v. R. Wolfrum y C. Philipp (e.), *United Nations: Law, Policies and Practice*, 2 vls., Munich-Dordrecht, 1995, donde se pasa revista en 162 caps. ordenados alfabéticamente a todos los sectores de actividad de la Organización; H. Volger (e.), *Lexicon der Vereinten Nationen*, Munich, 2000 (su versión inglesa ha sido publicada como *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, La Haya, 2002); v. también 1.2, último párrafo.

II. FUENTES DE CONOCIMIENTO DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

1. Colecciones generales de Tratados

A partir de Emmerich de Vattel (véase 1.1) la tendencia general y cada vez más acusada fue la del abandono del iusnaturalismo y del racionalismo en beneficio del consentimiento de los Estados, expresado por vía consuetudinaria o mediante tratados, como fundamento exclusivo del Derecho de Gentes: *pacta sunt servanda*. Exponente destacado de este primer voluntarismo positivista fue Juan Jacobo Moser, prolífico autor (y minucioso recopilador), culpable al parecer de no menos de 500 volúmenes en alemán durante una vida, que fue larga, y protagonista del primer intento de exposición sistemática del DI positivo basado en la experiencia, es decir, primordialmente, en los tratados (*Versuch des neuesten europäischen Völkerrechts in Friedens und Kriegszeiten...*, 1777-80; *Beiträge zu dem neuesten europäischen Völkerrecht*, 1778-81). Moser abrió definitivamente la senda a los autores de las colecciones de tratados, que tuvieron en el escéptico y, a pesar de eso (o por eso) acumulador de cargos, condecoraciones y prebendas, Jorge Federico (luego von) Martens, autor de un fundamental *Recueil des principaux Traités...* (1791-1801), su más célebre referente. El *Recueil* de J. F. Martens tuvo la fortuna de ir siendo completado por otros autores, el último de los cuales, Heinrich Triepel, llega en su serie hasta el año 1942. Antes de Martens, el mismo G. W. Leibnitz había firmado una obra del género, que también fue predilecto de una generación de protestantes franceses emigrados, como J. Bernard y J. Dumont (cuya recopilación fue continuada por J. Barbeyrac y J. Rousset de Missy). Naturalmente, ahora no se trata de hacer un guiño a la historia del DI como una historia de los tratados ni de sus colecciones sucesivas, cada vez más aparatosas. A los interesados en ello remito al triplemente virtuoso (ágil, breve y documentado) trabajo de A. Truyol, "Los tratados como factor del desarrollo histórico del DI", *Cur. DI Vitoria* 1988, 17.

En un plano universal hoy lo más práctico es acudir a la Consolidated Treaty Series de C. Parry (Nueva York, 1969...) que en 243 vls. (más 12 de Índices) abarca más de 10.000 tratados desde la paz de Westfalia hasta la creación de la S.de N. (1648-1918), enlazando con el *Recueil de Traités* registrados —y publicados— por la Organización ginebrina (1920-46) y, luego, con el de la ONU, que se inicia en 1946 y llega hasta nuestros días. No obstante, por lo que se refiere a los tratados multilaterales depositados en Naciones Unidas, resulta ineludible reconducir a su base de datos en línea <http://untreaty.un.org>. Si se prefiere el papel y no se desea la información institucional, Ch. Wiktor es el editor de *Multilateral Treaty Calendar, 1648-1995*, La Haya, 1998.

Por su parte, cada Estado (y OI) ha ido generando sus propias colecciones. Hay que llamar la atención sobre ello. Ciñéndonos a España, una buena secuencia sería la de J. A. de Abreu (Colección de los tratados..., 12 vls., Madrid, 1740-52), A. del Cantillo (Tratados, convenios, declaraciones de paz..., Madrid, 1843) y Marqués de Olivart (Colección de Tratados..., 13 vls., Madrid, 1890-1911) que abarcan los tratados concluidos hasta 1911. El MAE ha buscado la continuidad al publicar entre 1977 y 1982 seis vls. (Tratados internacionales suscritos por España) que abarcan los tratados bilaterales celebrados entre 1911 y 1943. El propio Ministerio publicó, además, un *Censo de Tratados internacionales suscritos por España* (1125 a 1975), 3 t. (5 vls.), Madrid, 1976 (t. I: Bilaterales, 16 septiembre 1125-21 octubre 1975; t. II: Multilaterales, 1 mayo 1323-1 agosto 1975); t. III: Índice KWOC, 16 septiembre 1125-20 noviembre 1975). En relación con América latina, la serie I de la Colección de tratados de Carlos Calvo, 11 vls., cubre los tratados de la América española desde 1493 hasta la independencia; la obra, editada en París a partir de 1862, ha sido reimpresa en Vaduz, 1978. En cuanto a Brasil, S.J.C. Bahia ha preparado *Tratados Internacionais no Directo Brasileiro*, Río de Janeiro, 2000. Los *Tratados de Colombia*, a cargo de G. Cavelier, han aparecido en, hasta ahora, 3 t. (Bogotá, 1983-85), que cubren de 1811 a 1962. La Secretaría de Relaciones Exteriores de México elaboró la *Relación de Tratados en vigor: Consultoría Jurídica* en 1998, y J. Z. Vázquez y M. R. González publicaron *Tratados de México: Soberanía y Territorio, 1821-1910, México, 2000*. Respecto a Nicaragua, encontramos dentro de la Colección *Leyes de la República*, la publicación *Tratados y Convenciones Internacionales*. A su vez, R. Campillo Celado, realizó la obra *Derecho de los Tratados e Índice anotado de la Colección de Tratados de la República Dominicana*, Santo Domingo, 1999, mientras que E. B. Bordenave (e.), se ocupó, asimismo, de los *Tratados y actos internacionales de la República de Paraguay*, Asunción, 1990. La Secretaría del Senado uruguayo hizo

lo propio con los tratados celebrados por el Uruguay en el período 1953-1961, 4 vls, estando ordenados por orden alfabético los correspondientes a 1959-1961. Los Libros Amarillos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela son instrumentos apropiados para obtener esta información...

Por otra parte, R. Gaebler y M. Smolka-Day son los editores de *Sources of State Practice in IL*, Ardsley, 2002: una obra que acompaña a sus citas de colecciones de tratados, referencias a fuentes de documentación diplomática y otros materiales (anuarios, repertorios de jurisprudencia), restringidas, eso sí, a 14 países, predominantemente europeos.

Las referencias a recopilaciones sectoriales de tratados se harán en las bibliografías de los capítulos a los que correspondan.

2. Recopilaciones de jurisprudencia

De alcance general son las *Fontes Juris Gentium* (Serie A, sección 1) que bajo la dirección, primero de E. V. Bruns y, luego, de Bilfinger, H. Mosler y R. Bernhardt, han incorporado en 7 t., entre 1931 y 1990, el *Répertoire des décisions* del Tribunal Permanente de Arbitraje (t. 2), de la CPJI (t. 1, 3 y 4) y de la CIJ hasta 1986 (t. 5-7). Esta recopilación sistematizada inició un nuevo camino con la publicación *World Court Digest*, preparada por R. Hofman et al., cuyos actuales 3 vls. cubren el período 1986-2000, y que cuentan con una versión en línea, eso sí, no exactamente igual a la de papel (disponible en la página del Max Planck Institute for Comparative Public Law and IL, www.mpil.de).

Cabe apuntar que, a medio camino entre recopilación y publicación doctrinal, se encuentra *The Global Community: Yearbook IL and Jurisprudence*, editado por G. Ziccardi Capaldo y cuyo primer número (5 vls.), cubrió el período 2001-2003. Asimismo, desde 2002, se publica la revista *Law and Practice of International Courts and Tribunals*.

Igualmente, de alcance general es la obra de G. Distefano y G.P. Buzzini, *Bréviaire de Jurisprudence Internationale: les Fondamentaux du DIP*, Bruselas, 2005. Por otra parte, B. Tchikaya nos ofrece *Memento de la jurisprudence du DIP*, París, 2001 (2ª ed. rev. y ampl.), un formato más conveniente para los menos iniciados.

Tribunales arbitrales. La ONU ha venido publicando a partir de 1948 un *Recueil des sentences arbitrales/Reports of International Arbitral Awards (RIAA)* dictadas a partir de 1898. No hay colección más completa. Las sentencias arbitrales anteriores pueden encontrarse en el clásico *Recueil des arbitrages internationaux (RAI)*, de A. de Lapradelle y N. Politis (3 vls., París, 1905, 1923 y 1954) que cubre ampliamente el período 1798-1875. La *Pasicrisie internationale* de H. La Fontaine (Berna, 1902) es más sucinta al ofrecer la historia documental de los arbitrajes entre 1793 y 1900 (una summa de los mismos en *RDILC*, 1902, vl. 4). J. B. Moore ya había ofrecido en 1898, en 6 vls., la *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* hasta esa fecha, amén de otras muchas informaciones. Posterior es el *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, de V. Coussirat-Coustère y P. M. Eisemann (3 vls., Dordrecht, 1989-91) que abarca de 1794 a 1988. A. M. Stuyt tuvo el acierto en 1939 de componer una obra de referencia, el *Survey of International Arbitrations*, que en su 3ª ed. (Dordrecht, 1990) informa sobre las sentencias dictadas en el mismo período (1794-1989).

Por lo que se refiere a las decisiones de los llamados tribunales arbitrales mixtos establecidos por los tratados de paz a la terminación de la primera guerra mundial, cabe recordar que fueron objeto de un *Recueil (Rec. TAM)* (9 vls.) que se publicó en París entre 1922 y 1930. La informática también permite encontrar en la página electrónica de la Corte Permanente de Arbitraje (<http://www.pca-cpa.org/>) los arbitrajes recientes y pendientes.

Corte de La Haya (CPJI y CIJ). La CPJI contó con sus propias publicaciones, ordenadas en diferentes series (A: *Recueil de sentences y órdenes* hasta 1931; B: *Recueil de opiniones consultivas* hasta 1931; A/B: sentencias, órdenes y opiniones consultivas desde 1931; C: actos y documentos relativos a las sentencias y opiniones consultivas; D: actos y documentos relativos a la organización de la Corte; E: informes anuales de la Corte; F: índice de publicaciones de la Corte). Lo mismo cabe decir de la CIJ, cuyas publicaciones (siempre en francés e inglés) corresponden a: 1) *Recueil/ Reports* de sentencias, opiniones consultivas y órdenes (anual); 2) memorias, alegatos orales y documentos; 3) actos y documentos

relativos a la organización de la Corte, y 4) *Annuaire/Yearbook* de la Corte. Los mismos pueden ser, igualmente, consultados en la muy completa página electrónica de la Corte (<http://www.icj-cij.org>).

Entre los repertorios de la jurisprudencia de la Corte de La Haya cabe mencionar los de E. Hambro y A. W. Rovine, *La jurisprudence de la Cour Internationale* (1922-74), 8 vls. Leyden, 1952-76, y P. Guggenheim, D. Bindschedler-Robert y L. Caflish (e.), *Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la CPJI et de la CIJ*, que ha dedicado sus primeros 5 vls. (serie I), publicados en Ginebra entre 1961 y 1989, a la CPJI (1922-45). K. Marek, responsable de los dos primeros vls. del citado *répertoire*, aparecidos en 1961 y 1967, elaboró más adelante un *Précis de la jurisprudence de la Cour internationale*, 3 vls., La Haya, 1974-78, que abarca tanto la CPJI como la CIJ. Una obra de divulgación, con presentación resumida de los asuntos planteados ante la CIJ, es el *Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ*, París, 1970 (4ª ed., 1984), de P. M. Eisemann, V. Coussirat-Coustère y P. Hur; en la misma línea NU ha publicado un pequeño vl. con los *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the ICJ* del periodo 1948-1991. En lengua española ha de mencionarse J. A. Pastor Ridruejo, *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya (sistematización y comentarios)*, Madrid, 1962, que sería muy aconsejable actualizar o completar. L. Nemer ha editado en lengua portuguesa (Belo Horizonte, 2006) los resúmenes de las decisiones de la CIJ publicados por la Corte en francés e inglés (que se encuentran en su página electrónica).

Otros Tribunales. La jurisprudencia del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (CEDH), puede consultarse en *Publications de la CEDH* (Estrasburgo, desde 1960; Serie A: *arrêts et décisions*; Serie B: *mémoires, plaidoiries et documents*. Para facilitar su consulta, se elaboró un *Sommaire Analytique des décisions* aparecidas en los t.1-30, Estrasburgo, 1973), en Consejo de Europa, *Reports of Judgements and Decisions/ECHR* (en edición, también, francesa), elaborada desde 1996 o en la base de datos en línea HUDOC (<http://www.echr.coe.int>); en lengua española, v. Boletín de Jurisprudencia Constitucional (Cortes Generales, desde 1981). Por su parte, fruto de la colaboración entre el Consejo de Europa y el Europa Instituut de la Universidad de Utrecht, surgió el *Digest* de Estrasburgo, compuesto de 4 vls. que abordan la práctica desde 1955 hasta 1982 (t.1, Artículos 1-5; t.2, Artículo 6; t.3, Artículos 7-12; t.4, Artículos 13-25; t.5, Artículos 26-36 y Protocolos; y t.6, Índice General), y actualizado a través de sus suplementos (de los cuales en la actualidad hay 6 vls.). Este trabajo sirve en parte de precedente e inspiración de la base de datos de casos, procedimientos y decisiones vinculadas con los derechos humanos efectuada por el Netherlands Institute of Human Rights (SIM) de la Universidad de Utrecht (accesible a través de <http://www.uu.nl>).

Asimismo, hay que señalar que son diversas las obras que facilitan la localización y utilización de esta jurisprudencia. Ese sería el caso de la que G. Dutertre y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos publicaron bajo el nombre *Key Case-Law Extracts: ECHR*, Estrasburgo, 2003 (también presentado en francés); la obra de P. Kempes, *A Systematic Guide to the Case Law of the European Court of Human Rights*, 4 vls., La Haya, 1996, 1998 y 2000, que cubre el periodo 1960-1998; o el *Human Rights Practice* de J. Simor y B. Emmerson Q.C., Londres y Totton, 2006, que, además de un índice de casos y una serie de documentos y enlaces electrónicos relacionados, presenta la jurisprudencia en función de los artículos del Convenio y sus Protocolos (de momento, sólo cubre el Protocolo 1) y, donde su formato de archivador facilita su actualización, sin necesidad de volver a adquirir la obra completa. En lengua española, encontramos M.J. Terol Becerra, F. Álvarez Osorio Michco y A. Barrero Ortega, *Las grandes decisiones del tribunal europeo de derechos humanos*, Valencia, 2005.

Por lo que se refiere a la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, independientemente de la información que podamos encontrar en su página de Internet: <http://www.corteidh.or.cr/juris/index.html>, la Secretaría lleva años publicando la siguientes series: Serie A.: Fallos y Opiniones; Serie B.: Memorias, Argumentos Orales y Documentos (relativos a la Serie A); Serie C: Resoluciones y Sentencias; Serie D: Memorias, Argumentos Orales y Documentos (relativos a la Serie C); y Serie E: Medidas Provisionales. La Biblioteca de Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota, ofrece también en red los documentos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (<http://www1.umn.edu/humanrts/inter-americansystem.htm>). Por otra parte, C. Grossman, R.K. Goldman, C. Martín y Diego Rodríguez con la labor de asistencia de L. Zwaak del SIM, han elaborado el Repertorio de Jurisprudencia

del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 vols., Washington, 1998 (versión inglesa publicada en Washington, 2000), que se encuentra disponible en papel, en Cdrom (Período 1980-1997) y en Internet (en este caso hasta 2002. Disponible en español e inglés en: <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/digest/inter-american/indexesp.html>). Sobre las opiniones consultivas de la Corte, G. J. Bidart y H. Gros Espiell (e.), *Derechos Humanos: Corte Interamericana. Opiniones consultivas. Textos completos y comentarios*, Mendoza, 2005.

Con relación al **Tribunal Internacional del Derecho del Mar**, ha de contarse con *Report of Judgements, Advisory Opinions and Orders*, existente desde 1997, así como *Pleadings, Minutes of Public Sitzings and Orders* (ambas, también, en francés), disponibles además en la página electrónica del Tribunal: <http://www.itlos.org>.

En cuanto al **Tribunal de reclamaciones Irán-EEUU**, aparte de contar con su página electrónica (<http://www.iusct.org>), la publicación *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, actualmente editada por K. Leen, cuenta ya con 37 vols.

3. Repertorios de práctica diplomática

Es ésta una rúbrica tradicionalmente bien atendida por los países más implicados en la vida internacional. Así no son de sorprender los 26 vols., al cuidado de F. Deak y F. S. Ruddy, de *American IL Cases (1783-1978)*, editados por Oceana Publications (completados hasta 1989 por D. Bernard y J. R. Reams, e., en 2 vols., 1991). Ya antes el Departamento de Estado había editado los *Digest of IL* de G. H. Hackworth (1940-44, 8 vols.) y de M. M. Witheman (1963-70, 14 vols.) y en 1973 la Oficina del Asesor legal del Departamento inició un *Digest of the United States Practice in IL*, bajo la dirección de A. W. Rovine y de M. Nash Leich, que continúa bajo la dirección de S. J. Cummins y D. P. Stewart. El *Cumulative Digest 1981-1989* ha sido completado en 1996. Por su parte, S. D. Murphy, a partir de sus trabajos en el AJIL, ha publicado *United States Practice in International Law: Volume 1, 1999-2001*, Cambridge, Nueva York, 2002; M. D. Gambone ha realizado la compilación *Documents of American Diplomacy from the American Revolution to the Present*, Westport (Conn.), 2002. Respecto a Canadá, resulta de obligada referencia la obra de S. A. Williams y A. L. C. de Mestral, *Introduction to IL. Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, Toronto, 1979 (7ª ed., 2006, H. M. Kindred y Ph. M. Saunders (e.), con página de recursos electrónicos (tratados, casos, índice), en <http://www.emp.ca/intlaw7/index.html>). Para la práctica británica: A. D. Mc Nair recogió en *IL Opinions* (3 vols., Cambridge, G. B., 1956) los dictámenes de los jurisconsultos de la Corona entre 1782 y 1902. C. Parry (con G. Fitzmaurice) inició en 1965 un *British Digest of IL* con base principalmente en los archivos del Foreign Office a partir de 1860, cubriendo hasta 1960 los 15 primeros vols.; el mismo C. Parry (con J. A. Hopkins) ha publicado un *Commonwealth IL cases*, 7 vols., Nueva York, 1974-76, y G. Marston ha preparado un base de datos denominada *UK Materials on IL (1975-2001)* en formato CDRom. Para la práctica francesa: A. Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de DIP (1790-1958)*, 7 vols., París, 1962-72. Para la práctica holandesa: v. H. F. Panhuys (e.), *IL in the Netherlands*, 3 vols., Dobbs-Ferry, Nueva York, 1978-80. La Sociedad Italiana para la OI se embarcó a iniciativa de R. Ago en la recopilación de *La Prassi italiana del DI (1861-1945)*, cuyos primeros vols. (primera serie) salieron en 1970, seguidos luego por los de la segunda (1979) y tercera (1985) que abarcan la práctica italiana hasta 1925. A ellos hay que sumar obras como M. Franchi (e.), *La giurisprudenza di DI*, 2 vols., que recogen la jurisprudencia italiana en este ámbito de 1921 a 1930 o C. Focarelli (e.), *Digesto del DI*, Nápoles, 2004; por otro lado, la jurisprudencia italiana de DIP entre 1960-1987 y 1987-1997 ha sido objeto de un repertorio preparado por P. Picone y B. Conforti (Nápoles, 1988, 1997)... En América latina, el *Repertório da Prática Brasileira do DIP*, que cubre el período 1889-1981 (6 vols., Brasilia, 1984-1988) de A. A. Cançado Trindade marca un camino... Los informes de los Asesores jurídicos de la Cancillería brasileña también se vienen publicando: *Pareceres dos Consultores jurídicos do Itamaraty* (así vol. VIII, 1985-1990; *Pareceres de A. A. Cançado*, org. Por A. P. Cachapuz de Medeiros, Brasilia, 2004).

Las OI —y sus órganos— producen un gran volumen de documentación que, eventualmente, repertorian para su más fácil manejo. En este sentido cabe citar, por ejemplo, el *Anuario Jurídico de las NU*, que se viene editando desde 1963; en el ámbito de la OEA, el *Anuario Jurídico Interamericano*... La

Dotación Carnegie para la Paz Internacional publicó en 1938 1 vl., Conferencias Internacionales Americanas, recopilando los tratados y otros documentos generados por éstas entre 1889 y 1936; en 1943 un Suplemento abarcó el período 1938-1942. Ambos fueron reeditados por el Gobierno de Venezuela con ocasión de la X Conferencia Interamericana (Caracas, 1954). Posteriormente el Departamento Jurídico de la Unión Panamericana preparó un Segundo Suplemento (1945-1954), Washington, 1956, bajo el patrocinio del Gobierno venezolano.

4. Selección de textos, casos y materiales de prácticas

Dada la finalidad de esta clase de obras y el número y calidad de las publicadas en lengua española nos limitaremos a mencionar algunas de éstas. Así, entre las selecciones de textos (principal o exclusivamente tratados): M. Raventós y J. de Oyarzábal, *Colección de textos internacionales*, Barcelona, 1936; J. M. Cordero, *Textos básicos de OI*, Madrid, 1955; id., *Textos básicos de América*, Madrid, 1955; L. García Arias, *Corpus Iuris Gentium*, Zaragoza, 1968; J. A. Carrillo, *Textos básicos de NU*, Madrid, 1973 (2.ª ed., 1982); R. Mesa, *La sociedad internacional contemporánea: documentos básicos*, 2 vls., Madrid, 1982; J. R. Remacha, *DI codificado. Derecho de Gentes. Recopilación sistemática de textos y tratados*, Pamplona, 1984; N. Torres, *Textos normativos de DIP*, Madrid, 1985 (10ª ed., 2006); C. Gutiérrez Espada y A. L. Calvo, *Textos de DIP*, Madrid, 1986; J. A. Corriente, *DIP: Textos fundamentales*, Madrid, 1989; AAVV, *Textos básicos de DIP*, Barcelona, 1991 (6ª edición, 2002); J. J. Caicedo y J. D. Garzón, *DIP. 1. Textos y Documentos de DI General*, Bogotá, 1991; M. Hinojo, *Selección de textos de DIP*, Córdoba, 1991; J. Juste y R. Bermejo, *OI Universales del sistema de las NU. Convenios constitutivos*, Madrid, 1993; M. Díez de Velasco, C. Escobar y N. Torres, *Código de OI*, Madrid, 1997; J. M. Sobrino Heredia, *Textos Básicos de DIP y RI*, Santiago de Compostela, 1997 (3ª ed., 2001); V. Bou Franch (coord.), *Recopilación de Textos de DIP*, Valencia, 1998 (3ª ed., 2004); J. A. Travieso, *Tratados e Instrumentos internacionales*, Buenos Aires, 1998; J. Pueyo Losa y T. Ponte Iglesias, *DIP, OI y Unión Europea. Recopilación de instrumentos jurídicos fundamentales*, Santiago de Compostela, 1999 (3ª ed. rev. y aum., 2002); E. Rey Caro y G. R. Salas, *Tratados y Textos internacionales*, Córdoba (Arg.), 1999; J. González Campos y P. Andrés Sáenz de Santa María, *Legislación Básica de DIP*, Madrid, 2003 (6ª ed., 2006); J. Oráa y F. Gómez Isa, *Textos básicos de DIP*, Bilbao, 2000; A. Remiro Brotons, C. Izquierdo, C. Espósito y S. Torrecuadrada, *DI. Tratados y otros documentos*, Madrid, 2001; M. Bernad, S. Salinas y C. Tirado, *Textos básicos de DIP*, Zaragoza, 2002..

Entre los libros de casos y materiales de prácticas: O. Casanovas, *Prácticas de DIP*, Madrid, 1972 (5ª ed., 2005, con A. J. Rodrigo y bajo el título *Casos y textos de DIP*); J. D. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés, *Materiales de prácticas de DIP*, Madrid, 1987 (3ª ed., 2002); A. Fernández Tomás, *DIP. Casos y materiales*, Valencia, 1990 (5ª ed., 2001); J. Puente, *Casos prácticos de DIP*, Madrid, 1991 (3ª ed., 2000); V. Abellán, *Prácticas de DIP*, Barcelona, 1993 (3ª ed., 2005, con J. Saura Estapà como coor.); Z. Drnas de Clément, *DIP. Casos prácticos*, Córdoba (R. A.), 1995; A. G. Chueca Sancho, C. F. P. Ponce Martínez y A. I. Sánchez Ruiz, *El DIP en la práctica: Textos*, Zaragoza, 2003; S. Salinas Alcega y C. Tirado Robles, *Casos Prácticos de DIP*, Zaragoza, 2005.

También merece una especial mención C. Jiménez Piernas (e.), *Iniciación a la práctica en Derecho Internacional y Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 2003.

III. PUBLICACIONES PERIÓDICAS REGULARES

1. De información bibliográfica

La mejor publicación actualmente existente aplicada a la información bibliográfica especializada en DI es *PIL. A Current Bibliography of Articles*, editada por el Max Planck Institute for Comparative Law and International Law a partir de 1975. Asimismo, la bibliografía mensual publicada por la Biblioteca de las NU en Ginebra, desde 1978, en dos partes, la primera de las cuales incluye monografías, documentos oficiales y otras publicaciones en serie, y la segunda, artículos seleccionados de revista. J. G. Goedan, director de la biblioteca del Max-Planck Institute for Foreign and private IL (Hamburgo), ha publicado una

útil guía bibliográfica para iusinternacionalistas, *International Legal Bibliographies: A World-wide Guide and Critique*, Ardsley-on-Hudson, NY, 1992.

2. Sobre la práctica

International Legal Materials (ILM), editado con periodicidad bimestral por la American Society of International Law (ASIL) desde 1961 ofrece una información documental (tratados y jurisprudencia) amplia e inmediata. Cabe recordar que en 1874 T. C. Asser, G. Rolin-Jacquemyns y J. Westlake, directores de la *Revue de DI et de la Législation Comparée*, abrieron este camino con la publicación anual de unos *Archives de DI et de Législation Comparée*.

En relación con la jurisprudencia internacional han de destacarse los IL Reports (ILR), que sucedieron (1950), con H. Lauterpacht como editor, al Annual Digest of PIL Cases (1919). Actualmente rebasan los 126 vls. (E. Lauterpacht y C. J. Greenwood (e)).

Para la crónica de los hechos internacionales lo mejor es el Keesing's Record of World Events, que se publica mensualmente a partir de 1931.

En España, las declaraciones de los órganos centrales de la acción exterior del Estado aparecen en Actividades, textos y documentos de la política exterior española, Oficina de Información Diplomática, MAE, Madrid, desde 1980, estando disponibles en red a partir de 1998 (<http://www.mae.es>).

3. Anuarios y Revistas

Conviene destacar, en primer lugar, como monumento histórico la *Revue de DI et de la Législation Comparée* (1869-1940), una publicación trimestral auténticamente internacional no sólo por su objeto, sino también por la nacionalidad de sus directores, colaboradores y suscriptores. La *Revue*, como los *Archives* (cit. en III.2) fueron iniciativas concomitantes con la creación del *Instituto de Derecho Internacional*, una institución cerrada a la que se accede por cooptación y cuyos miembros, si hemos de creer a Rolin-Jacquemyns que en 1870 lo comparaba a un Concilio sin Papa ni infalibilidad, disponen de capelo cardenalicio en cuestiones jurídicas internacionales, la mayoría (aunque no todos) por merecimientos propios (pero lo mismo ocurre con los cardenales). Las ponencias y sesiones de Instituto se registran en su célebre *Annuaire* (AIDI, 1877), que en los últimos años ha mejorado los tiempos de edición y ha disminuido su carestía. Un *Tableau des resolutions* del Instituto entre 1957 y 1991 apareció en París, 1992. Las resoluciones pueden encontrarse en la página electrónica del Instituto (www.idi-ii.org)

Toda Revista y Anuario que se precie (a menos que sea el soporte de unos cursos o jornadas) contiene secciones doctrinales, de práctica y de información bibliográfica. Hoy conviene destacar, entre los Anuarios, el modélico *Annuaire Français de Droit International* (AFDI) y, entre las revistas, la *Revue Générale de Droit International Public* (RGDIP) y la *Rivista di Diritto Internazionale* (RDI) por su acervo secular y su capacidad de supervivencia, así como el *American Journal of International Law* (AJIL), puntual en su aparición trimestral y de gran difusión, aunque ahora más globalizado y menos universal que hace unos años, cuando podían encontrarse en su sección bibliográfica reseñas de obras no publicadas en inglés. Por si las moscas, los iusinternacionalistas no angloparlantes que se hacen ilusiones tratan de difundir su pensamiento y la práctica de sus países en publicaciones editadas (o con resúmenes) en inglés.

Ha de advertirse la dificultad de seguir la bibliografía latinoamericana debido a su habitual inserción en revistas y publicaciones genéricas de ciencias sociales, en su caso jurídicas, o de facultad universitaria, que lógicamente no se pueden recoger en un trabajo como éste. No obstante, el Catálogo colectivo de publicaciones periódicas de centros españoles especializados en relaciones internacionales (núm. 33 de la R. CIDOB d'Afers Internacionals, 1996) contiene entre sus 2.332 entradas no menos de 700 referidas a publicaciones latinoamericanas o sobre América latina. La Fundación CIDOB participa en los proyectos de la *European Information Network on International Relations and Area Studies* (EINIRAS), entre los que se encuentra *EINIRAS Database Network* (EDN), base de datos con vocación paneuropea, apoyada técnica y financieramente por el Consejo de Europa, con más de trescientas mil entradas de las que alrededor de doce mil han sido aportadas por la Fundación (disponible en <http://einiras.coe.int/>).

La relación que sigue se ha dividido en dos rúbricas, atendiendo al objeto temático principal de las publicaciones y, dentro de ellas, los títulos se han ordenado alfabéticamente, figurando a continuación de cada uno, cuando consta, el año de su aparición. La relación de revistas sobre relaciones internacionales, meramente indicativa, pretende sólo contextualizar los problemas que aborda el DI. En la medida en que tales revistas incluyen estudios iusinternacionales, algunas son mencionadas en la rúbrica de publicaciones sobre DI. Por otro lado, las publicaciones periódicas sectoriales aparecen citadas, en su caso, en la biblio. de los capítulos concernidos. Con alguna excepción, se han excluido las publicaciones periódicas de las OI y de sus órganos, dado su volumen. Baste ahora con señalar que no hay Organización —ni órgano importante— que no disponga de un soporte impreso para la información y análisis regular de sus actividades.

Téngase igualmente presente que en la actualidad resulta difícil encontrar una revista publicada en lengua anglosajona que no esté disponible en versión electrónica, mayoritariamente, mediante suscripción de alguna de las diferentes bases de datos que existen. Éstas suelen tener páginas que permiten acceder a sus índices o al texto de alguno de sus contenidos; sin embargo, en el listado que ofrecemos se ha optado por obviar esta información, incluyendo sólo las direcciones de Internet de aquéllas que exclusivamente tienen formato electrónico, presentan diferencias según el formato que se maneje o cuyo contenido está completamente disponible en red.

Sobre Derecho Internacional

Acta Scandinavia iuris gentium, 1930 (a partir de 1950, fusionada con la Nordisk Tidsskrift for International Ret. Publicada desde 1986 como Nordic Journal of International Law) (ASIG/NTIR/NJIL)

Actualité et Droit International (<http://www.ridi.org/adi/home.html>)

Afers Internacionals (Revista CIDOB d'), Barcelona, 1982 (Afers)

African Journal of International and Comparative Law/Revue africaine de droit international et comparative, 1989 (Su publicación se ha recuperado en 2005)

African Yearbook of International Law, 1993 (AfYIL)

Agenda ONU-Anuario de la Asociación para las Naciones Unidas en España, 1998.

American Journal of International Law, 1907 (AJIL)

Annali di Diritto Internazionale (v. Diritto Internazionale)

Annual Review of United Nations Affairs (ARUNA)

Annuario di Diritto Internazionale, Nápoles, 1965 (An. DI)

Annuaire Francais de Droit International, 1955 (AFDI)

Annuaire Suisse de Droit International, 1944 (desde 1991 aparece como Revue Suisse de Droit International) (ASDI)

Anuario Argentino de Derecho Internacional, 1983 (AADI)

Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Belo Horizonte, 2006 (ABDI)

Anuario de Derecho Internacional, Pamplona, 1974 (ADI)

Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, 1927 (AAFV)

Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional, 1959 (AHLADI)

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2001 (AMDI)

Archiv des Offentlichen Rechts, 1875 (AOR)

Archiv des Völkerrechts, 1948-49 (AV)

Asian Yearbook of International Law, 1991 (AsYIL)

Austrian Journal of Public International Law (v. Oesterreichische Zeitschrift fur Offentliches Recht und Voelkerrecht (desde 1996 aparece como Zeitschrift fur Offentliches Recht) (AJPIL)

Austrian Review of International and European Law, 1996 (ARIEL)

Australian Yearbook of International Law, 1980 (AuYIL)

Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, 1945 (Bol. SBDI)

British Yearbook of International Law, 1920-21 (BYIL)

Brooklyn Journal of International Law, 1975 (Brooklyn JIL)

- Bulletin of AAA, 1925 (v. Hague Yearbook...)
- California Western International Law Journal, 1970 (Cal. WILJ)
- Canadian International Lawyer, 1995.
- Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien de Droit International, 1963 (CYIL)
- Cardozo Journal of International and Comparative Law, 1992
- Chicago Journal of International Law, 2000 (ChicJIL)
- Chinese Journal of International Law, 2002 (ChJIL)
- Chinese Yearbook of International Law and Affairs, 1981, (Chinese YIL&A)
- Columbia Journal of Transnational Law (antes International Law Bulletin) 1963 (Col. JTL)
- Comunicazioni e Studi, 1949 (C. e S.)
- Connecticut Journal of International Law, 1985-1986 (Conn JIL)
- Cornell International Law Journal, 1968-69 (Cornell ILJ)
- Cuadernos de la Escuela Diplomática, 1960 (CED)
- Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, 1984 (Cur. DI Vitoria)
- Denver Journal of International Law and Policy, 1971 (Denver JILP)
- Diritto Internazionale, 1947 (con anterioridad, Annali di Diritto internazionale) (DI)
- European Journal of International Law, 1992 (EJIL)
- Fordham International Law Journal, 1977 (For ILJ)
- Finnish Yearbook of International Law, 1990 (FYIL)
- Georgia Journal of International and Comparative Law, 1970 (Georgia JICL)
- Georgetown Journal of International Law, 1969
- German Yearbook of International Law, 1957 (GYIL)
- Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Hague de Droit International, 1951 (antes, Annuaire de l'Association des Auditeurs et Anciens Auditeurs de l'Académie de Droit International de La Haye) (HYIL)
- Harvard International Law Journal, 1959-60 (HILJ), (antes Harvard IL Club Bulletin y Harvard IL Club Journal)
- Houston Journal of International Law (HJIL)
- Indian Journal of International Law, 1960 (IJIL)
- In.Law, 2005 (I.L.) (Versión online, In.Law Journal, en <http://www.inlawjournal.it/>)
- International and Comparative Law Quarterly, 1952 (ILCQ)
- Internationnal Law Bulletin, (v. Columbia Journal...)
- International Law Forum/Forum du Droit International, 1999
- International Recht und Diplomatie, 1956 (IRD)
- Iranian Journal of International Affairs (The), 1989 (Iranian JIA)
- Italian Yearbook of International Law, 1975 (IYIL)
- Jahrbuch für Internationales Recht, 1948 (JIR)
- Japanese Annual of International Law, 1957 (Japanese AIL)
- Jewish Yearbook of International Law, 1949 (Jewish YIL)
- Journal du Droit International (Clunet), 1874 (JDI)
- Journal of International Affairs (Columbia Un.) (JIA)
- Journal of Maritime Law and Commerce (JMLC)
- Journal of the J.B.Moore Society of International Law (The) (v. Virginia Journal...)
- Journal of the University of Texas International Society (v. Texas International...)
- La Comunità Internazionale, 1946 (LCI)
- Leiden Journal of International Law, 1988 (Leiden JIL)
- ILSA Journal of International and Comparative Law, 1995 (previamente, ILSA Journal of International Law, 1977)
- Indiana Int. and Comparative Law Review, 1991 (IICLR)
- International Lawyer, 1966 (IntLawy)
- Islamic and Comparative Law Quarterly, 1981 (IslamCLQ)

- Max Planck Yearbook of United Nations Law, 1997 (MPYUNL)
- Melbourne Journal of International Law, 2000 (MelJIL) (<http://mjil.law.unimelb.edu.au>)
- Michigan Journal of International Law, 1979 (MichJIL)
- Moskovskii zhurnal mezhdunarodnogo prava/Moscow Journal of International Law, 1991 (MZMP)
- Nederlands Tijdschrift voor International Recht (Netherlands International Law Review), 1954 (NILR)
- Netherlands Yearbook of International Law, 1970 (NYIL)
- New York University Journal of International Law and Politics, 1968 (New York UJILP)
- Non State Actors and International Law, 2001
- Nordic Journal of International Law: (v. Acta scandinavia....)
- Nordisk Tidsskrift for International Recht: (v. Acta scandinavia....)
- Osterreichische Zeitschrift fur öffentliches Recht, 1914 (entre 1919 y 1943 se tituló Zeitschrift fur öffentliches Recht) (OZOR)
- Palestine Yearbook of International Law (The), 1988 (Palestine YIL)
- Polish Yearbook of International Law, 1970 (PYIL)
- Proceedings de la American Society of International Law, 1907 (Proceedings ASIL)
- Review of International Affairs, Belgrado, 1950 (RIA Belgrado)
- Revista de Ciencias Internacionales, Quito (RCI)
- Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas, Rosario (R. Argentina), 1952 (RDICD)
- Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2000 (REEI)
- Revista Española de Derecho Internacional, 1949 (REDI)
- Revista Uruguay de Derecho Internacional (RUDI)
- Revue Belge de Droit International, 1965 (RBDI)
- Revue de Droit International et de Droit Européen, 1991 (RDIDE)
- Revue de Droit International et de Droit Comparé, 1949 (RDIDC)
- Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques, et Politiques, 1923 (RDISD-P)
- Revue Egyptienne de Droit International, 1945 (REgypt.DI)
- Revue Générale de Droit International Public, 1894 (RGDIP)
- Revue Hellenique de Droit International, 1948 (RHDI)
- Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review de la Croix-Rouge (RICR)
- Revue Québécoise de Droit International, 1984
- Revue Roumaine d'Etudes internationales (RRDI)
- Revue Suisse de Droit International (v. Annuaire Suisse...) (RSDI)
- Rivista di Diritto Internazionale, 1906 (RDI)
- Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale (RDIPPr)
- Rossiiskii ezhegodnik mezhdunarodnogo prava/Russian Yearbook of International Law, 1992 (REMP), (antes Sovetskij yezegodnik mezhdunarodnogo prava/ Soviet Yearbook of International Law), 1958-1992 (SYMP))
- Singapore Journal of International and Comparative Law, 1997
- Singapore Yearbook of International Law, 1997
- South Africa Yearbook of International Law, 1975
- Spanish Yearbook of International Law, 1991 (SYIL)
- Stanford Journal of International Studies, 1966 (Stanford JIS)
- Texas International Law Journal, 1965 (antes Journal of the University of Texas International Society) (Texas ILJ)
- Transnational Law and Contemporary Problems (TL&CP)
- United Nations Juridical Yearbook, 1962 (UNJY)
- Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1967 (Vanderbilt JTL)
- Virginia Journal of International Law, 1960 (antes The Journal of the J. B. Moore Society of International Law) (Va. JIL)
- Yale Journal of International Law, 1976 (Yale JIL)
- Zeitschrift fur auslandisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1929 (ZaöRV)

Zeitschrift für öffentliches Recht (v. Österreichische Zeitschrift...)
 Zeitschrift für Völkerrecht, 1960 (ZV)

Sobre Relaciones Internacionales en general y disciplinas conexas

Adelphi Papers, 1964
 Affari Esteri, 1969
 América Latina Internacional, 1984
 Annuaire Français des Relations Internationales, 2000 (<http://www.afri-ct.org>)
 Anuario de las Relaciones Europeo-Latinoamericanas, 1993 (ARELA)
 Anuario internacional CIDOB, 1994
 Aussen Politik: German Foreign Affairs Review, Hamburgo
 Boletín de Análisis Internacional, (<http://www.ceim.es/cliente/boletin/index.asp>) 2005
 Cono Sur, Santiago de Chile
 Contexto internacional, 1985
 Croatian International Relations Review, 1995
 Cronología de las relaciones internacionales del Perú, Lima
 Cuadernos de Política Internacional (véase Revista de Estudios Internacionales)
 Chronique de Politique Etrangère, 1948
 Estratégia/Strategy/Stratégie: Revista de estudos internacionais, 1986
 Études Internationales, 1970
 Foreign Affairs, 1922 (Edición en línea y en español en <http://www.foreignaffairs-esp.org>).
 Foreign Policy, 1971 (Edición en línea y en español en <http://www.fp-es.org>).
 Foro Internacional, 1961
 Georgetown Journal of International Affairs, 2000
 Global Governance, 1995
 Hérodote: Revue de géographie et de géopolitique, 1975
 Indian Yearbook of International Affairs, 1952
 International Affairs, 1970 (IA)
 International Organization, 1947
 International Security, Cambridge, MA, 1975
 International Spectator (The), Roma, 1965
 International Studies, 1964
 Journal of Conflict Resolution, 1957
 Journal of Interamerican Studies and World Affairs, 1970 (previamente Journal of Interamerican Studies, 1959, y posteriormente, Latin American Politics and Society, 2001)
 Journal of International Affairs, 1947
 Journal of Peace Research, 1966
 Limes, Rivista italiana di geopolitica, 1993
 Medunarodni Problemi /International Problems, 1949
 Millenium: Journal of International Studies, 1971
 Monde diplomatique (Le), 1954
 Orbis, a Journal of World Affairs, 1957
 Papeles: cuestiones internacionales de paz, ecología y desarrollo, 1994
 Papeles del Este, 2000 (anteriormente, Cuadernos del Este, 1990)
 Perceptions. Journal of Internacional Affaire, Ankara, 1996
 Política Exterior, 1987 (PE)
 Política externa, 1992
 Politique Etrangère, París, 1936
 Relaciones Internacionales, 2005
 Relaciones Internacionales, La Plata (R. Argentina), 1991
 Relaciones Internacionales, México, 1973

Relations internationales et stratégiques, Villetaneuse (Francia)

Revista de Análise e Estudos Internacionais, 1997

Revista de Estudios Internacionales (REI) 1980-86. (Antes, a partir de 1950, Cuadernos de Política Internacional, que luego pasaron a llamarse Revista de Política Internacional).

Revista de Política Internacional (RPI) (v. Revista de Estudios Internacionales)

Revista Electrónica de Relaciones Internacionales (<http://www.redri.org>)

Revista Mexicana de Política Exterior, 1983

Revue algérienne de relations internationales, 1986

Rivista di Studi Politici Internazionali (RSPi) (A partir de 2000, todos los artículos están en línea, en <http://padis2.uniroma1.it:81/ojs/index.php/rpsi>)

Security Dialogue, 1971

Studia Diplomática, 1948

Tempo Exterior (Segunda Etapa), 2000 (anteriormente, Revista de análise...) (http://www.igadi.org/html/t_tempo.htm)

Tiempo de Paz, 1984

Washington Quarterly, 1978

World Policy Journal, 1984

World Politics: A Quarterly Journal of International Relations, 1948

World Today (The), 1945

Yearbook of the United Nations, 1946

Yearbook of World Affairs, 1947 (YWA)

IV. DIRECCIONES INTERNET

Cada vez con mayor profusión van surgiendo y desarrollándose en INTERNET direcciones cuya consulta resulta de gran utilidad para el estudio del DI. Aunque los servidores más populares (*Google*, *Yahoo*...) ofrecen muchas pistas, parece conveniente ofrecer una selección de direcciones significativas, además de las ya mencionadas en los párrafos anteriores.

1. Naciones Unidas

De sobra conocida es la dirección electrónica de la Organización (<http://www.un.org>), que cuenta con un amplio directorio. Además de ser accesible desde la página del Centro de Documentación de Naciones Unidas, los documentos incluidos en el *Optical Disk* de NU pueden ser localizados en <http://documents.un.org>. Información diaria de las principales actividades de la Organización y de las Instituciones Especializadas en *UN Pulse* (<http://unhq-appspub-01.un.org/lib/dhlrefweblog.nsf>). También se puede acceder a ella desde la página principal de la Asamblea General en el enlace Documents Alert situado en Herramientas de la Biblioteca. A destacar también la labor informativa desarrollada por la Fundación de Naciones Unidas (<http://www.unfoundation.org>), sobre todo, a través de su conocido *UN Wire*, y por *Global Policy Forum*, una ONG con acceso en ocasiones a documentos no oficiales, no siempre fáciles de localizar.

2. Otras direcciones de interés

La Universidad de Georgetown cuenta con una dirección general: <http://www.ll.georgetown.edu>, que, a su vez, contiene una voz específica sobre DI. Esta voz abre un amplísimo abanico de direcciones, permitiendo conectar con casi todos los organismos internacionales, desde la Agencia Internacional para el Desarrollo y la American Society of IL, hasta las relativas a NU y a la OMC; con voces temáticas (Convención sobre el cambio climático, Convenciones sobre medio ambiente, Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, DI Económico, Bases de datos de tratados multilaterales, Tribunal Permanente de Arbitraje). De utilísima consulta.

Igualmente, cabe apuntar que empieza a ser usual encontrar en las páginas de las Bibliotecas correspondientes colecciones de enlaces que facilitan la búsqueda de recursos para el estudio del DI. Un ejemplo de esta tendencia se halla en la página de la Biblioteca de la UAM (http://biblioteca.uam.es/paginas/Derecho/rec_internet/der_rev.html).

Muy útil resulta también la utilización del trabajo *Conducting Research in PIL. An Introduction to the Information Resources*, realizado por G. Middeldorp y editado por H. Zonneveld, disponible en la página de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Utrecht (<http://www.uu.nl>), y en el que se da cuenta de recopilaciones y enlaces relativos a Tratados, Casos prácticos, Documentación y Bibliografía.

Por otra parte, el sitio *Actualité et Droit International* (<http://www.ridi.org/adi/>) ofrece información sobre la actualidad, artículos breves, crónicas, revistas de nuevas obras, cursos de verano, concursos....

Si buscamos sitios que nos suministren a su vez enlaces electrónicos, entonces, sin duda, habremos de visitar el Institut Max Planck, en su versión virtual <http://www.virtual-institute.de/en/LINK/ePILVR.cfm>, y, sobre todo, *Ressources-E (Guide de l'ASIL)*, en <http://www.asil.org/resource/home.htm>, con una amplia variedad de recursos electrónicos, enriquecida y superada con *Electronic Information System for International Law (EISIL)*, (<http://www.eisil.org>), una exhaustiva guía que cubre la gran mayoría de los aspectos del DI.

Índice de jurisprudencia internacional

I. DECISIONES JUDICIALES

1. Corte Permanente de Justicia Internacional

1.1. Asuntos contenciosos

- Wimbledon (Francia, Reino Unido, Italia, Japón c. Alemania; Polonia interviniente), s. de 1 de agosto de 1923, CPJI, *Serie A*, núm. 1 (1923): 37, 146, 331, 501.
- Concesiones Mavromatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido), s. de 30 de agosto de 1924, CPJI, *Serie A*, núm. 2 (1924): 124, 368, 372, 472.
- Interpretación del parágrafo 4 del anexo siguiente al artículo 79 del tratado de Neuilly (Bulgaria/Grecia), s. de 12 de septiembre de 1924, CPJI, *Serie A*, núm. 3 (1924): 384.
- Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (Alemania c. Polonia), s. de 25 de mayo de 1926, CPJI, *Serie A*, núm. 7 (1926): 403.
- Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia) (competencia), s. de 26 de julio de 1927, CPJI, *Serie A*, núm. 9 (1927): 252, 407.
- Interpretación de las sentencias 7 y 8 relativas a la Fábrica de Chorzow (Alemania c. Polonia), s. de 16 de diciembre de 1927, CPJI, *Serie A*, núm. 13 (1927): 394.
- Fábrica de Chorzow, s. de 13 de septiembre de 1928 (fondo), CPJI, *Serie A*, núm. 17 (1928): 280, 422, 423.
- Lotus (Francia/Turquía), s. de 7 de septiembre de 1927, CPJI, *Serie A*, núm. 10 (1927): 38, 39, 267, 270, 403, 531, 561.
- Readaptación de las concesiones Mavromatis en Jerusalén (Grecia c. Reino Unido), s. de 10 de octubre de 1927, CPJI, *Serie A*, núm. 11 (1927): 241.
- Derechos de las minorías en la Alta Silesia (Alemania c. Polonia), s. de 26 de abril de 1928, CPJI, *Serie A*, núm. 15 (1928): 386.
- Pago de diversos empréstitos serbios emitidos en Francia (Francia/Reino de los Servios, Croatas y Eslovenos), s. de 12 de julio de 1929, CPJI, *Serie A*, núm. 20 (1929): 128, 145.
- Jurisdicción territorial de la Comisión internacional del río Oder (Alemania, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Suecia, Checoslovaquia, Polonia), s. de 10 de septiembre de 1929, CPJI, *Serie A*, núm. 23 (1929): 280, 331, 499, 500.
- Zonas francas de la Alta Saboya y del País de Gex (Francia/Suiza), s. de 7 de junio de 1932, CPJI, *Serie A/B*, núm. 46 (1932): 258, 280, 314, 331, 360.
- Estatuto jurídico de la Groenlandia Oriental (Dinamarca c. Noruega), s. de 5 de abril de 1933, CPJI, *Serie A/B*, núm. 53 (1933): 43, 122, 124, 131, 423, 486, 536.
- Desviación de las aguas del Mosa (Países Bajos c. Bélgica), s. de 28 de junio de 1937, CPJI, *Serie A/B*, núm. 70 (1937): 327.
- Fósforos de Marruecos (Italia c. Francia) (excepciones preliminares), s. de 14 de junio de 1938, CPJI, *Serie A/B*, núm. 74 (1938): 401.
- Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (Estonia c. Lituania), s. de 28 de febrero de 1939, CPJI, *Serie A/B*, núm. 76 (1939): 474, 478.
- Compañía de electricidad de Sofía y de Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria), s. de 4 de abril de 1939, CPJI, *Serie A/B*, núm. 77 (1939): 477.

1.2. Opiniones consultivas

- Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos, op. cons. de 7 de febrero de 1923, CPJI, *Serie B*, núm. 4 (1923): 25, 455.
- Estatuto de Carelia Oriental, op. cons. de 23 de julio de 1923, CPJI, *Serie B*, núm. 5 (1923): 370.
- Ciertas cuestiones relativas a los colonos alemanes en Polonia, op. cons. de 10 de septiembre de 1923, CPJI, *Serie B*, núm. 6 (1923): 403.
- Jaworzina, op. cons. de 6 de diciembre de 1923, CPJI, *Serie B*, núm. 8 (1923): 24, 492, 493.

- Intercambio de poblaciones griegas y turcas, op. cons. de 21 de febrero de 1925, CPJI, *Serie B*, núm. 10 (1925): 333, 352.
- Interpretación del artículo 3, parágrafo 2, del Tratado de Lausana (frontera entre Turquía e Iraq), op. cons. de 21 de noviembre de 1925, CPJI, *Serie B*, núm. 12 (1925): 493.
- Comunidades greco-búlgaras, op. cons. de 31 de julio de 1930, CPJI, *Serie B*, núm. 17 (1930): 360.
- Trato a los nacionales polacos y otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Dantzig, op. cons. de 4 de febrero de 1932, CPJI, *Serie A/B*, núm. 44 (1932): 403.
- Escuelas minoritarias en Albania, op. cons. de 6 de abril de 1935, CPJI, *Serie A/B*, núm. 64 (1935): 51.

2. Corte Internacional de Justicia

2.1 Asuntos contenciosos

- Estrecho de Corfú (Reino Unido c. Albania), s. de 25 de marzo de 1948 (excepción preliminar), CIJ, *Reports* (1947-48): 385, 392, 601.
- Estrecho de Corfú (Reino Unido c. Albania), s. de 9 de abril de 1949 (fondo), CIJ, *Reports* (1949): 46, 328, 385, 386, 394, 401, 424, 513.
- Derecho de asilo (Colombia/Perú), s. de 20 de noviembre de 1950 (fondo), CIJ, *Reports* (1950): 268, 272, 397, 542.
- Demanda de interpretación de la s. de 20 de noviembre de 1950 en el asunto del derecho de asilo (Colombia c. Perú), s. de 27 de noviembre de 1950 (fondo), CIJ, *Reports* (1950): 394.
- Haya de la Torre (Colombia c. Perú), s. de 13 de junio de 1951 (fondo), CIJ, *Reports* (1951): 386, 392.
- Pesquerías (Reino Unido c. Noruega), s. de 18 de diciembre de 1951 (fondo), CIJ, *Reports* (1951): 127, 270, 271, 278, 509.
- Ambatielos (Grecia c. Reino Unido), s. de 1 de julio de 1952 (excepción preliminar), CIJ, *Reports*, (1952): 317, 378.
- Ambatielos (Grecia c. Reino Unido), s. de 19 de mayo de 1953 (fondo), CIJ, *Reports* (1953): 370, 378.
- Anglo-Iranian Oil Company (Reino Unido c. Irán), s. de 22 de julio de 1952 (excepción preliminar), CIJ, *Reports* (1952): 145, 320, 386, 389, 392.
- Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. EE.UU.), s. de 27 de agosto de 1952 (fondo), CIJ, *Reports* (1952): 141, 320, 326, 327.
- Minquiers y Ecréhous (Francia/Reino Unido), s. de 17 de noviembre de 1953 (fondo), CIJ, *Reports* (1953): 124, 127, 486.
- Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), s. de 18 de noviembre de 1953 (excepción preliminar), CIJ, *Reports* (1953): 378, 389.
- Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) (segunda fase), s. de 6 de abril de 1955, CIJ, *Reports* (1955): 25, 128, 456, 474.
- Oro monetario sacado de Roma en 1943 (Italia c. Francia, Reino Unido y Estados Unidos), s. de 15 de junio de 1954 (competencia de la Corte), CIJ, *Reports* (1954): 392.
- Ciertos empréstitos noruegos (Francia c. Noruega), s. de 6 de julio de 1957 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1957): 389.
- Interhandel (Suiza c. EE.UU.), orden de 24 de octubre de 1957 (medidas provisionales), CIJ, *Reports* (1957): 392.
- Interhandel (Suiza c. EE.UU.), s. de 21 de marzo de 1959 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1959): 378, 389, 477.
- Derecho de paso por el territorio indio (Portugal c. India), s. de 26 de noviembre de 1957 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1957): 330, 389.
- Derecho de paso por territorio indio (Portugal c. India), s. de 12 de abril de 1960 (fondo), CIJ, *Reports* (1960): 258, 266, 268, 336, 389.
- Aplicación de la Convención de 1902 para regular la tutela de los menores (asunto Bill) (Países Bajos c. Suecia), s. de 28 de noviembre de 1958 (fondo), CIJ, *Reports* (1958): 360.
- Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas (Bélgica/Países Bajos), s. de 20 de junio de 1959 (fondo), CIJ, *Reports* (1959): 327.
- Sentencia arbitral dictada por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (Honduras c. Nicaragua), s. de 18 de noviembre de 1960 (fondo), CIJ, *Reports* (1960): 35, 128, 378, 394.
- Templo de Préah Vihear (Camboya c. Tailandia), s. de 26 de mayo de 1961 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1961): 124.

- Templo de Práh Vibhār (Camboya c. Tailandia), s. 15 de junio de 1962 (fondo), *CIJ, Reports* (1962): 127, 128, 141, 241, 258, 423, 486, 493.
- Sudoeste Africano (Etiopía c. África del Sur; Liberia c. África del Sur), s. de 21 de diciembre de 1962 (excepciones preliminares), *CIJ, Reports* (1962): 368, 372, 376, 391, 392.
- Sudoeste Africano (Etiopía c. África del Sur; Liberia c. África del Sur) (segunda fase), s. de 18 de julio de 1966, *CIJ, Reports* (1966): 4, 16, 326, 376, 392, 394, 434.
- Camerún Septentrional (Camerún c. Reino Unido), s. de 2 de diciembre de 1963 (excepciones preliminares), *CIJ, Reports* (1963): 343, 368.
- Barcelona Traction (Bélgica c. España), s. de 24 de julio de 1964 (excepciones preliminares), *CIJ, Reports* (1964): 387, 392.
- Barcelona Traction (Bélgica c. España) (segunda fase), s. de 5 de febrero de 1970, *CIJ, Reports* (1970): 12, 16, 41, 392, 407, 423, 472, 475, 623.
- Plataforma continental del Mar del Norte (RFA/Dinamarca; RFA/Países Bajos), ss. de 20 de febrero de 1969 (fondo), *CIJ, Reports* (1969): 128, 157, 224, 268, 269, 278, 288, 290, 291, 292, 293, 372, 391, 515, 522, 523, 524, 525, 528.
- Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia; RFA c. Islandia), órdenes de 17 de agosto de 1972 (medidas provisionales), *CIJ, Reports* (1972): 372, 392.
- Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia; RFA c. Islandia), ss. de 2 de febrero de 1973 (competencia), *CIJ, Reports* (1973): 130, 247, 288, 289.
- Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia; RFA c. Islandia), ss. de 25 de julio de 1974 (fondo), *CIJ, Reports* (1974): 278, 329, 377, 392, 516.
- Apelación concerniente a la competencia del Consejo de la OACI (India c. Paquistán), s. de 18 de agosto de 1972 (fondo), *CIJ, Reports* (1972): 130, 289.
- Ensayos nucleares (Australia c. Francia; Nueva Zelanda c. Francia), órdenes de 22 de junio de 1973 (medidas provisionales), *CIJ, Reports* (1973): 392.
- Ensayos nucleares (Australia c. Francia; Nueva Zelanda c. Francia), orden de 12 de julio de 1973 (solicitud de intervención de Fiji), *CIJ, Reports* (1973): 392.
- Ensayos nucleares (Australia c. Francia; Nueva Zelanda c. Francia), ss. de 20 de diciembre de 1974 (fondo), *CIJ, Reports* (1974): 43, 121, 122, 124, 157, 328, 376, 377, 378, 387, 392, 433, 531, 536.
- Proceso de los prisioneros de guerra paquistaníes (Paquistán c. India), orden de 15 de diciembre de 1973 (desistimiento del demandante), *CIJ, Reports* (1973): 376, 392.
- Plataforma continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía), s. de 19 de diciembre de 1978 (competencia), *CIJ, Reports* (1978): 130, 138, 331, 343, 372, 376, 389, 392.
- Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán), orden de 15 de diciembre de 1979 (medidas provisionales), *CIJ, Reports* (1979): 392, 540, 552.
- Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán), s. de 24 de mayo de 1980 (fondo), *CIJ, Reports* (1980): 289, 294, 343, 372, 375, 377, 392, 404, 410, 421, 443, 446, 540, 541, 552, 553, 667.
- Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia, s. de 14 de abril de 1981 (solicitud de intervención de Malta), *CIJ, Reports* (1981): 392.
- Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia), s. de 24 de febrero de 1982 (fondo), *CIJ, Reports* (1982): 131, 278, 290, 329, 516, 522, 523, 528.
- Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine (Canadá/EE.UU.), orden de 20 de enero de 1982 (constitución Sala *ad hoc*), *CIJ, Reports* (1982): 384.
- Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine (Canadá/EE.UU.), s. de 12 de octubre de 1984 (fondo), *CIJ, Reports* (1984): 121, 127, 128, 266, 270, 290, 516, 522, 523, 524, 526.
- Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta, s. de 21 de marzo de 1984 (petición de intervención de Italia), *CIJ, Reports* (1984): 392.
- Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), s. de 3 de junio de 1985 (fondo), *CIJ, Reports* (1985): 266, 290, 515, 516, 522, 523, 524, 526.
- Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), orden de 10 de mayo de 1984 (medidas cautelares), *CIJ, Reports* (1984): 601.
- Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), s. de 26 de noviembre de 1984 (competencia de la Corte y admisibilidad), *CIJ, Reports* (1984): 127, 128, 343, 372, 377, 382, 383, 387, 388, 389, 392, 601.
- Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), s. de 27 de junio de 1986 (fondo), *CIJ, Reports* (1986): 12, 20, 26, 47, 51, 53, 84, 125, 266, 268, 269, 270, 288, 289, 294, 295, 297.

- 343, 369, 381, 387, 388, 389, 392, 394, 404, 407, 408, 443, 446, 485, 502, 503, 510, 511, 574, 575, 576, 581, 582, 584, 585, 601, 602, 612, 646.
- Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), orden de 26 de septiembre de 1991 (desistimiento), *CIJ, Reports* (1991): 392, 601.
 - Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí), orden de 3 de abril de 1985 (constitución Sala *ad hoc*), *CIJ, Reports* (1985): 384.
 - Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí), s. de 22 de diciembre de 1986 (fondo), *CIJ, Reports* (1986): 10, 124, 273, 329, 484, 486, 487, 489, 491, 528.
 - Demanda de revisión e interpretación de las. de 24 de febrero de 1982 en el asunto de la plataforma continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia) (Túnez c. Jamahiriyá Árabe Libia), s. de 10 de diciembre de 1985 (fondo), *CIJ, Reports* (1985): 383, 394.
 - Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos c. Italia), orden de 2 de marzo de 1987 (constitución Sala *ad hoc*), *CIJ, Reports* (1987): 384.
 - Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos c. Italia), s. de 20 de julio de 1989 (fondo), *CIJ, Reports* (1989): 387, 392, 475, 477, 478.
 - Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras), orden de 8 de mayo de 1987 (constitución Sala *ad hoc*), *CIJ, Reports* (1987): 384, 390.
 - Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras), s. de 13 de septiembre de 1990 (solicitud de intervención de Nicaragua), *CIJ, Reports* (1990): 128, 392.
 - Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras; Nicaragua interviniente), s. de 11 de septiembre de 1992 (fondo), *CIJ, Reports* (1992): 127, 130, 289, 386, 394, 486, 487, 489, 509, 522, 525, 528.
 - Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Costa Rica), orden de 19 de agosto de 1987 (desistimiento), *CIJ, Reports* (1987): 387, 601.
 - Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras), s. de 20 de diciembre de 1988 (competencia y admisibilidad), *CIJ, Reports* (1988): 212, 214, 289, 372, 375, 376, 377, 383, 387, 390.
 - Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras), orden de 27 de mayo de 1992 (desistimiento), *CIJ, Reports* (1992): 601.
 - Sentencia arbitral de 31 de julio de 1989 (Guinea Bissau c. Senegal), orden de 2 de marzo de 1990 (medidas provisionales), *CIJ, Reports* (1990): 392.
 - Sentencia arbitral de 31 de julio de 1989 (Guinea Bissau c. Senegal), s. de 12 de noviembre de 1991 (fondo), *CIJ, Reports* (1991): 378.
 - Paso por el Grand-Belt (Finlandia c. Dinamarca), orden de 29 de julio de 1991 (medidas provisionales), *CIJ, Reports* (1991): 372, 392.
 - Paso por el Grand-Belt (Finlandia c. Dinamarca), orden de 10 de septiembre de 1992 (desistimiento), *CIJ, Reports* (1992): 372, 392.
 - Sentencia arbitral de 31 de julio de 1989, s. de 12 de noviembre de 1991 (fondo), *CIJ, Reports*, (1991): 378.
 - Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriyá Árabe Libia c. Reino Unido; Jamahiriyá Árabe Libia c. Estados Unidos), órdenes de 14 de abril de 1992 (medidas provisionales), *CIJ, Reports* (1992): 336, 343, 372, 377, 391, 504, 601.
 - Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriyá Árabe Libia c. Reino Unido; Jamahiriyá Árabe Libia c. Estados Unidos), ss. de 27 de febrero de 1998 (excepción preliminar), *CIJ, Reports* (1998): 343, 387, 601.
 - Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriyá Árabe Libia c. Reino Unido; Jamahiriyá Árabe Libia c. Estados Unidos), orden de 10 de septiembre de 2003 (desistimiento), *CIJ, Reports* (2003): 19, 343, 601.
 - Ciertas tierras de fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia), s. de 26 de junio de 1992 (excepciones preliminares), *CIJ, Reports* (1992): 63, 124, 127, 389, 391, 392, 435.
 - Delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega), s. de 14 de junio de 1993 (fondo), *CIJ, Reports* (1993): 320, 522, 523, 524, 525, 526.
 - Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), orden de 13 de septiembre de 1993 (medidas cautelares), *CIJ, Reports* (1993): 43, 73, 343, 382, 392, 536.
 - Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), s. de 11 de julio de 1996 (excepción preliminar), *CIJ, Reports* (1996): 12, 28, 43, 124, 258, 294, 368, 382, 387, 413, 534, 623, 629, 644.

- Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), orden de 17 de diciembre de 1997 (demanda reconvencional), CIJ, *Reports* (1997): 391.
- Controversia territorial (Jamahiriya Árabe Libia/Chad), s. de 3 de febrero de 1994 (fondo), CIJ, *Reports* (1994): 127, 130, 164, 258, 289, 325, 328, 330, 385, 394, 486, 489, 491.
- Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein), s. de 1 de julio de 1994 (competencia y admisibilidad), CIJ, *Reports* (1994): 138, 185, 368, 392.
- Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein), s. de 15 de febrero de 1995 (competencia y admisibilidad), CIJ, *Reports* (1995): 368, 372.
- Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein), s. de 16 de marzo de 2001 (fondo), CIJ, *Reports* (2001): 145, 162, 258, 289, 332, 489, 509, 522, 523, 524, 525, 526, 528.
- Timor oriental (Portugal c. Australia), s. de 30 de junio de 1995, CIJ, *Reports* (1995): 12, 16, 63, 66, 124, 299, 368, 385, 392, 408.
- Demanda de examen de la situación del párrafo 63 de la sentencia dictada por la Corte el 20 de diciembre de 1974 en los asuntos de los ensayos nucleares (Nueva Zelanda c. Francia), orden de 22 de septiembre de 1995 (medidas cautelares, solicitud de intervención), CIJ, *Reports* (1995): 392, 394, 531.
- Incidente aéreo de 3 de julio de 1988 (República Islámica de Irán c. EEUU), orden de 22 de febrero de 1996 (desistimiento), CIJ, *Reports* (1996): 601.
- Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), orden de 15 de marzo de 1996 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1996): 392.
- Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), s. de 11 de junio de 1998 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1998): 128, 157, 388, 389, 392, 526, 603.
- Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), orden de 30 de junio de 1999 (demanda recomencional), CIJ, *Reports* (1999): 392.
- Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), orden de 21 de octubre de 1999 (solicitud de intervención de Guinea Ecuatorial), CIJ, *Reports* (1999): 392.
- Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente), s. de 10 de octubre de 2002 (fondo), CIJ, *Reports* (2002): 35, 43, 145, 240, 258, 289, 389, 392, 394, 489, 522, 525, 526, 528, 536.
- Plataformas petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos), s. de 12 de diciembre de 1996 (excepción preliminar), CIJ, *Reports* (1996): 289, 332, 387, 391, 392, 407.
- Plataformas petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos), orden de 10 de marzo de 1998 (demanda reconvencional), CIJ, *Reports* (1998): 392.
- Plataformas petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos), s. de 6 de noviembre de 2003 (fondo), CIJ, *Reports* (2003): 19, 51, 330, 368, 387, 391, 407, 575, 581, 582, 585, 601.
- Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), s. de 25 de septiembre de 1997, CIJ, *Reports* (1997): 239, 246, 247, 253, 258, 260, 287, 288, 289, 304, 331, 372, 384, 394, 397, 407, 410, 413, 419, 423, 443, 444, 445, 446, 447, 500.
- Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos), orden de 9 de abril de 1998 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1998): 375, 392.
- Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos), orden de 10 de noviembre de 1998 (desistimiento), CIJ, *Reports* (1998): 392.
- Competencia en materia de pesquerías (España c. Canadá), s. de 4 de diciembre de 1998 (competencia), CIJ, *Reports* (1998): 4, 19, 207, 232, 389, 391, 477, 533.
- LaGrand (Alemania c. Estados Unidos), orden de 3 de marzo de 1999 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1999): 20, 355, 392, 403.
- LaGrand (Alemania c. Estados Unidos), s. de 21 de junio de 2001 (fondo), CIJ, *Reports* (2001): 20, 51, 344, 375, 387, 423, 469, 477, 623.
- Demanda de interpretación de la s. de 11 de junio de 1998 en el asunto de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria, s. de 25 de marzo de 1999, CIJ, *Reports* (1999): 394.
- Licitud del empleo de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Alemania..., Bélgica... Canadá... Francia... Gran Bretaña... Italia... Países Bajos... Portugal), órdenes de 2 de junio de 1999 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1999): 383, 389, 391, 392, 433, 601, 629.
- Licitud del empleo de la fuerza (Serbia y Montenegro c. España), orden de 2 de junio de 1999 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1999): 629.
- Licitud del empleo de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Estados Unidos), orden de 2 de junio de 1999 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1999): 629.

- Licitud del empleo de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Alemania..., Bélgica... Canadá ... Francia... Gran Bretaña... Italia... Países Bajos... Portugal), ss. de 15 de diciembre de 2004 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (2004): 4, 28, 128, 258, 324, 325, 328, 332, 368, 385, 387, 392, 433, 601, 629.
- Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibia), s. de 13 de diciembre de 1999 (fondo), CIJ, *Reports* (1999): 127, 130, 138, 258, 289, 330, 331, 333, 385, 393, 486, 489, 491.
- Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Croacia c. Serbia y Montenegro) (1999...), CIJ, *Reports* (1999): 382, 387.
- Delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua c. Honduras) (1999...), CIJ, *Reports* (1999): 376, 387, 522.
- Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Uganda), orden de 1 de julio de 2000 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (2000): 392, 601.
- Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Uganda), orden de 29 de noviembre de 2001 (demandas recomenciales), CIJ, *Reports* (2001): 392.
- Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Uganda), s. de 19 de diciembre de 2005 (fondo), CIJ, *Reports* (2005): 404, 433, 474, 540, 552, 575, 582, 646.
- Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Ruanda), orden de 30 de enero de 2001 (desistimiento), CIJ, *Reports* (2001): 392, 433.
- Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Burundi), orden de 30 de enero de 2001 (desistimiento), CIJ, *Reports* (2001): 392, 433.
- Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (R.D. del Congo c. Bélgica), orden de 8 de diciembre de 2000 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (2000): 392, 663, 666.
- Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (R.D. del Congo c. Bélgica), s. de 14 de febrero de 2002 (fondo), CIJ, *Reports* (2002): 19, 41, 43, 376, 421, 422, 536.
- Diferencia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), CIJ, *Reports* (2001...): 387.
- Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), s. de 23 de octubre de 2001 (solicitud de intervención de Filipinas), CIJ, *Reports* (2001): 130, 385, 392.
- Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), s. de 17 de diciembre de 2002 (fondo), CIJ, *Reports* (2002): 127, 241, 289, 324, 325, 330, 486, 489, 508.
- Controversia fronteriza (Benin/Níger), orden de 27 de noviembre de 2002 (constitución de sala ad hoc), CIJ, *Reports* (2002): 384, 385.
- Controversia fronteriza (Benin/Níger), s. de 12 de julio de 2005 (fondo), CIJ, *Reports* (2005): 360, 487, 489, 491.
- Demanda de revisión de la sentencia de 11 de julio de 1996 en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), (Yugoslavia c. Bosnia y Herzegovina), s. de 3 de febrero de 2003 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (2003): 28, 394.
- Avena y otros súbditos mexicanos (México c. Estados Unidos), orden de 5 de febrero de 2003 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (2003): 20, 51, 392, 642.
- Avena y otros súbditos mexicanos (México c. Estados Unidos), s. de 31 de marzo de 2004 (fondo), CIJ, *Reports* (2004): 127, 289, 344, 375, 387, 391, 392, 423, 433, 435, 469, 474, 477, 623.
- Ciertos procedimientos penales iniciados en Francia (República del Congo c. Francia), orden de 17 de junio de 2003 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (2003): 41, 378, 386, 392, 663.
- Demanda de revisión de la s. de 11 de septiembre de 1992 en el asunto de la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras; Nicaragua interviniente) (El Salvador c. Honduras), s. de 18 de diciembre de 2003, CIJ, *Reports* (2003): 127, 384, 384, 491.
- Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania), (2004...), CIJ, *Reports* (2004): 522.
- Diferencia relativa a los derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua) (2005...), CIJ, *Reports* (2005): 376, 387, 491, 522.
- Ciertos bienes (Liechtenstein c. Alemania), s. de 10 de febrero de 2005 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (2005): 368, 376, 387.
- Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda 2002, R.D. del Congo c. Ruanda), s. de 3 de febrero de 2006 (competencia y admisibilidad), CIJ, *Reports* (2006): 16, 43, 124, 230, 294, 387, 433, 601, 629.
- Fábricas de pasta de papel en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay), orden de 13 de julio de 2006 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (2006): 20, 384, 390, 392, 500.
- Demanda introducida por Djibouti c. Francia (Djibouti c. Francia) (2006...), CIJ, *Reports* (2006): 378, 386.

2.2. Opiniones consultivas

- Condiciones de admisión de un Estado como miembro de las NU (art. 4 de la Carta), *op. cons.* de 28 de mayo de 1948, CIJ, *Reports* (1947-48): 99, 622.
- Reparación de daños sufridos al servicio de las NU, *op. cons.* de 11 de abril de 1949, CIJ, *Reports* (1949): 21, 87, 91, 92, 109, 278, 328, 336, 400, 427, 474, 481.
- Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las NU, *op. cons.* de 3 de marzo de 1950, CIJ, *Reports* (1950): 99.
- Interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania, *op. cons.* de 30 de mayo de 1950, CIJ, *Reports* (1950): 368, 370, 378.
- Reservas a la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio, *op. cons.* de 28 de mayo de 1951, CIJ, *Reports* (1951): 221, 226, 230, 267, 278.
- Estatuto internacional del Sudoeste Africano, *op. cons.* de 11 de julio de 1950, CIJ, *Reports* (1950): 112, 397.
- Efectos de las sentencias del Tribunal Administrativo de las NU (TANU), *op. cons.* de 13 de julio de 1954, CIJ, *Reports* (1954): 107, 342.
- Composición del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Intergubernamental Consultiva de la Navegación Marítima Internacional, *op. cons.* de 8 de junio de 1960, CIJ, *Reports* (1960): 342.
- Ciertos gastos de las NU (art. 17.2 de la Carta), *op. cons.* de 20 de julio de 1962, CIJ, *Reports* (1962): 92, 101, 150, 342, 343, 427, 594, 595.
- Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia (Sudoeste Africano) a pesar de la res. 276 (1970) del C. de S., *op. cons.* de 21 de junio de 1971, CIJ, *Reports* (1971): 63, 110, 130, 153, 289, 293, 299, 316, 331, 342, 383, 397, 593.
- Sáhara occidental, *op. cons.* de 16 de octubre de 1975, CIJ, *Reports* (1975): 26, 64, 65, 299, 326, 328, 383, 483, 486.
- Interpretación del acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, *op. cons.* de 20 de diciembre de 1980, CIJ, *Reports* (1980): 21, 87, 91, 250, 289.
- Aplicabilidad de la obligación de someter a una controversia a arbitraje de conformidad con la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de NU, *op. cons.* de 26 de abril de 1988, CIJ, *Reports* (1988): 360, 368, 378, 544.
- Aplicabilidad del artículo 6 de la sección 22 de la Convención sobre privilegios e inmunidades de las NU, *op. cons.* de 15 de diciembre de 1989, CIJ, *Reports* (1989): 212, 427.
- Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, *op. cons.* de 8 de julio de 1996, CIJ, *Reports* (1996): 4, 5, 12, 53, 92, 157, 270, 278, 284, 288, 291, 295, 296, 297, 299, 394, 397, 408, 429, 576, 585, 613, 645.
- Licitud del empleo de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado, *op. cons.* de 8 de julio de 1996, CIJ, *Reports* (1996): 92.
- Controversia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos, *op. cons.* de 29 de abril de 1999, CIJ, *Reports* (1999): 403, 427, 481.
- Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado, *op. cons.* de 9 de julio de 2004, CIJ, *Reports* (2004): 16, 67, 92, 205, 284, 288, 289, 291, 295, 297, 299, 316, 332, 342, 370, 392, 398, 419, 420, 422, 423, 575, 579, 584, 619, 623, 644, 646, 648.

3. Corte Penal Internacional

- Situación el la R.D. del Congo (ICC-01/04), Sala Preliminar I (v. <http://www.icc-cpi.int/cases/RDC.html>): 657.
- Situación de Uganda (ICC-02/04), Sala Preliminar II (v. <http://www.icc-cpi.int/cases/UGID.html>): 657.
- Situación de Darfur (Sudán), Sala Preliminar I (v. <http://www.icc-cpi.int/cases/Darfur.html>): 657.

4. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

- Tadic (IT-94-1), decisión (de la Sala de Apelaciones) de 2 de octubre de 1995, excepción prejudicial de incompetencia: 343, 652.
- Tadic (IT-94-1), s. de 15 de julio de 1999 de la Sala de Apelación de 15 de julio de 1999: 19, 20, 381, 404.
- Nolic, Dragan (IT-94-2), decisión (de la Sala de Apelaciones) de 9 de octubre de 2002: 398, 427.
- Blaskic (IT-95-14), decisión (de la Sala de Apelaciones) de 29 de octubre de 1997: 274.
- Furundzija (IT-95-17/1, s. de (Sala de primera instancia II) de 10 de diciembre de 1998: 12, 407, 662.
- Kunarac, Kovac y Vukovic (IT-96-238/23-1), s. (de la Sala de Apelaciones) de 12 de junio de 2002: 12.

5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

- Golder c. Reino Unido, s. de 21 de febrero de 1975 (*Serie A*, nº 18): 19.
- Marckx c. Bélgica, s. de 13 de junio de 1979 (*Serie A*, nº 31): 331.
- Belilos c. Suiza, s. de 29 de abril de 1988 (*Serie A*, nº 132): 216, 230, 232.
- Soering c. Reino Unido, s. de 7 de julio de 1989 (*Serie A*, nº 161): 397.
- Lentia y otros c. Austria, s. de 24 de noviembre de 1993 (*Serie A*, nº 276): 397.
- Otto-Preminger Institut c. Austria, s. de 20 de septiembre de 1994 (*Serie A*, nº 295-A): 397.
- Loizidou c. Turquía, s. de 23 de marzo de 1995 (excepciones preliminares) (*Serie A*, nº 310): 230, 331.
- Loizidou c. Turquía, s. de 18 de diciembre de 1996 (*Recueil des arrêts...* 1996-VI): 19.
- Prager and Oberschlick c. Austria, s. de 26 de abril de 1995 (*Serie A*, nº 313): 397.
- Ahmet Sadik c. Grecia, s. de 15 de noviembre de 1996 (*Recueil des arrêts...* 1996-V): 397.
- Al-Adsani v. United Kingdom [GC], s. de (la Gran Sala) 21 de noviembre de 2001 (nº 35763/97, *CIDH* 2001-XI): 19, 667.
- Bankovic y otros c. Bélgica y otros... [GC], s. de 12 de diciembre de 2001 (nº 52207/99, *CIDH* 2001-12): 668.
- Ilascu *et al.* c. la República de Moldavia y la Federación de Rusia [GC], s. de (la Gran Sala) 8 de julio de 2004 (nº 48787/99, *CIDH* 2004-VII): 230.
- Yagiz y otros c. Turquía, s. de 22 de noviembre de 2005 (nº. 57344/00, *CIDH* 2005): 403.

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos

6.1. Casos contenciosos:

- Benavides Cevallos c. Ecuador, s. de 19 de junio de 1998 (*Serie C* No. 38): 397.
- Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, s. de 31 de agosto de 2001 (*Serie C* No. 79): 81, 397.
- Las Palmeras c. Colombia, s. de 6 de diciembre de 2001 (*Serie C* No. 89): 405.

6.2. Opiniones consultivas:

- Otros tratados "Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 (*Serie A* No. 1): 381.
- Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 (*Serie A* No. 2): 223, 227, 642.
- Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983 (*Serie A* No. 3): 214, 629.
- El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-8/87 del 30 de enero de 1987 (*Serie A* No. 8): 642.
- Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-10/89 del 14 de julio de 1989 (*Serie A* No. 10): 397, 642.
- Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-11/90 del 10 de agosto de 1990 (*Serie A* No. 11): 642.
- Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994 (*Serie A* No. 14): 642.
- El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 (*Serie A* No. 16): 20, 642.
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02 del 28 de agosto de 2002 (*Serie A* No. 17): 642.
- Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados, OC-18-03 del 17 de septiembre de 2003 (*Serie A* No. 18): 466, 642.

7. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

7.1. Sentencias

- Bélgica y Luxemburgo c. Comisión, s. de 14 de diciembre de 1962, asunto 2/62 (*Rec.*, 1962, 813): 438.
- Moebes, s. de 9 de junio de 1964, asunto 92/63 (*Rec.*, 1964, 557): 334.
- Internationale Handelsgesellschaft, s. de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70 (*Rec.*, 1970, 1125): 367.
- Durrafour, s. de 16 de junio de 1971, asunto 18/70 (*Rec.*, 1971, 515): 274.

- AETR (Comisión c. Consejo), s. de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70 (*Rec.*, 1971, 263): 144.
- Politi, s. de 14 de diciembre de 1971, asunto 43/71 (*Rec.*, 1971, 1039): 351.
- Variola, s. de 10 de octubre de 1973, asunto 34/73 (*Rec.*, 1973, 981): 350.
- Haegeman, s. de 30 de abril de 1974, asunto 181/73 (*Rec.*, 1974, 449): 315, 348.
- BRT, s. de 30 de enero de 1974, asunto 127/73 (*Rec.*, 1974, 51): 351.
- Walrave, s. de 12 de diciembre de 1974, asunto 36/74 (*Rec.*, 1974, 1405): 482.
- Kramer, s. de 14 de julio de 1976, asuntos acumulados 3, 4 y 6/76 (*Rec.*, 1976, 1279): 144, 517.
- Simmenthal, s. de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77 (*Rec.*, 1978, 629): 341, 367.
- Bussone, s. de 30 de noviembre de 1978, asunto 31/78 (*Rec.*, 1978, 2429): 351.
- Auer, s. de 7 de febrero de 1979, asunto 136/78 (*Rec.*, 1979, 437): 334.
- International Chemical Corporation, s. de 13 de marzo de 1981, asunto 66/80 (*Rec.*, 1981, 1191): 341.
- Arbelaiz-Emazabel, s. de 8 de diciembre de 1981, asunto 181/80 (*Rec.*, 1981, 2961): 339.
- CILFIT, s. de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81 (*Rec.*, 1982, 3415): 358.
- Kupferberg, s. de 26 de octubre de 1982, asunto 104/81 (*Rec.*, 1982, 3641): 356.
- Comisión c. Consejo —contingente arancelario—, s. de 13 de diciembre de 1983, asunto 218/82 (*Rec.*, 1983, 4063): 334.
- Conegate, s. de 11 de marzo de 1986, asunto 121/85 (*Rec.*, 1986, 1007): 339.
- Los Verdes (c. Parlamento), s. de 23 de abril de 1986, asunto 294/83 (*Rec.*, 1986, 1339): 90, 340.
- Demirel, s. de 30 de septiembre de 1987, asunto 12/86 (*Rec.*, 1987, 3719): 315, 351, 429.
- Foto-Frost, s. de 22 de octubre de 1987, asunto 314/85 (*Rec.*, 1987, 4199): 341.
- Pate de bois, s. de 27 de septiembre de 1988, asuntos acumulados 114, 116 y 117/85 (*Rec.*, 1988, 5193): 38.
- Deserbais, s. de 22 de septiembre de 1988, asunto 286/86 (*Rec.*, 1988, 4907): 339.
- Cowan, s. de 2 de febrero de 1989, asunto 186/87 (*Rec.*, 1989, 195): 321.
- Sevince, s. de 20 de septiembre de 1990, asunto C-192/89 (*Rec.*, 1990, I-3461): 351.
- Kziber, s. de 31 de enero de 1991, asunto C-18/90 (*Rec.*, 1991, I-199): 351.
- Comisión c. España, s. de 25 de julio de 1991, asunto C-258/89 (*Rec.*, 1991, 3977): 532.
- Parlamento Europeo c. Consejo, s. de 7 de julio de 1992, asunto C-293/90 (*Rec.*, 1992, I-4193): 341.
- Poulsen, s. de 31 de marzo de 1992, asunto C-200/90 (*Rec.*, 1992, I-2217): 359.
- Egle, s. de 21 de enero de 1992, asunto C-310/90 (*Rec.*, 1992, I-177): 334.
- Levy, s. de 2 de agosto de 1993, asunto C-158/91 (*Rec.*, 1993, I-4287): 339.
- Comisión c. España, s. de 7 de julio de 1993, asunto C-217/91 (*Rec.*, 1993, I-3923): 363.
- Anulación del Acuerdo entre la Comisión y el Gobierno de EE. UU. sobre Derecho de la competencia (Francia c. Comisión), s. de 9 de agosto de 1994, asunto C-327/91 (*Rec.*, 1994, I-3641): 138, 202, 400.
- Parlamento Europeo c. Consejo, s. de 2 de marzo de 1994, asunto C-316/91 (*Rec.*, 1994, I-625): 429.
- Organización común de mercados en el sector del plátano, s. de 5 de octubre de 1994, asunto C-280/93 (*Rec.*, 1994, I-4973): 365.
- Medical, s. de 28 de marzo de 1995, asunto C-324/93 (*Rec.*, 1995, I-563): 339.
- Odigitria, s. del TPI de 6 de julio de 1995, asunto T-572/93 (*Rec.*, 1995, II-2025): 470.
- Comisión c. Alemania, s. de 24 de octubre de 1996, asunto C-329/93 (*Rec.*, 1996, I-5151): 359.
- Acuerdo con EE.UU. sobre contratación pública, s. de 7 de marzo de 1996, asunto C-360/93 (*Rec.*, 1996, I-1195): 363.
- Comisión c. Francia, s. de 9 de diciembre de 1997, asunto C-265/95 (*Rec.*, 1997, I-6959): 400.
- Parlamento Europeo c. Consejo, s. de 10 de junio de 1997, asunto C-392/95 (*Rec.*, 1997, I-3213): 363.
- Racke, s. de 16 de junio de 1998, asunto C-162/96 (*Rec.*, 1998, I-3655): 251.
- Francia c. Comisión, s. de 18 de junio de 1998, asunto C-43/96 (*Rec.*, 1998, I-3903): 340.
- Portugal c. Consejo, s. de 23 de noviembre de 1999, asunto C-149/96 (*Rec.*, 1999, I-8395): 356, 365.
- Dior/Assco, s. de 14 de diciembre de 2000, asunto C-300/98 (*Rec.*, 2000, I-11307): 351.
- Kaur, s. de 20 de febrero de 2001, asunto C-192 (*Rec.*, 2001, I-1237): 327.
- Cielos abiertos, ss. de 5 de noviembre de 2002, asuntos C-466, 467, 468, 469, 471, 472, 475 y 476/98 (*Rec.*, 2002, I-9427, 9519, 9575, 9627, 9681, 9741, 9797 y 9855): 144.
- Yusuf/Barakaat y Kadi, s. de 21 de septiembre de 2005, asunto T-306/01 (*Rec.*, 2005, II-3533): 366.

7.2. Dictámenes

- Competencia de la CE para concluir el acuerdo de la OCDE relativo a una Norma para los Gastos locales, dict. 1/75, de 11 de noviembre de 1975 (*Rec.*, 1975, 1355): 138, 144, 202.
- Proyecto de Acuerdo relativo a la constitución de un Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior, dict. 1/76, de 26 de abril de 1977 (*Rec.*, 1977, 741): 144.

- Proyecto de Convenio de la AIEA sobre la protección de materias, instalaciones y transportes nucleares, resolución 1/78 (ex art. 103.3 TCEEA), de 14 de noviembre de 1978 (*Rec.*, 1978, 2151): 144.
- Proyecto de acuerdo sobre la creación del Espacio Económico Europeo, dicts. 1/91 y 1/92, de 14 de diciembre de 1991 y 10 de abril de 1992 (*Rec.*, 1991, 1-6079 y 1992, 1-2821): 202.
- Convenio núm. 170 de la OIT sobre la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo, dict. 2/91, de 19 de marzo de 1993 (*Rec.*, 1993, 1-1061): 144.
- Competencia de la CE para celebrar el Acuerdo por el que se crea la OMC, dict. 1/94, de 15 de noviembre de 1994 (*Rec.*, 1994, 1-5267): 98, 144, 202.
- La adhesión de la Comunidad al Convenio de Roma de 1950 sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dict. 2/94, de 28 de marzo de 1996 (*Rec.*, 1996, 1-1759): 202.
- Acuerdo marco GATT-OMC sobre los plátanos, dict. 3/94, de 13 de diciembre de 1995 (*Rec.*, 1995, 1-4579): 202.
- Conclusión del Protocolo de Cartagena, dict. 2/00, de 6 de diciembre de 2001 (*Rec.*, 2001, 1-9713): 144.

8. Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM) y arbitrajes especiales establecidos conforme a CONVEMAR

- Saiga II (San Vicente y las Granadinas c. Guinea) (asunto No. 2), s. de 1 de julio de 1999 (fondo): 474.
- Atún de aleta azul (Nueva Zelanda c. Japón; Australia c. Japón) (asuntos Nos. 3 y 4), orden 1999/2 de 3 de agosto de 1999 (medidas cautelares): 381.
- Atún de aleta azul, s. arbitral de 4 de agosto de 2000 (dictada por el Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII de la CONVEMAR): 381.
- Conservación y explotación sostenible del pez espada en el Océano Pacífico (Chile/CE) (asunto No. 7), orden de 2000/3 de 20 de diciembre de 2000 (constitución de una Sala especial): 20, 381.
- Fábrica Mox (Irlanda c. Gran Bretaña) (Asunto nº 10) Orden de 3 de diciembre de 2001: 19.

II. DECISIONES ARBITRALES

- Bensley, 1850 (Moore, *International Arbitrations*, III, 3018): 403.
- Isla de Aves (Holanda-Venezuela), s. de 30 de junio de 1865 (*RAI*, II, 412): 378.
- Alabama (Estados Unidos/Gran Bretaña), s. de 14 de septiembre de 1872 (*RAI*, II, 889): 360, 423.
- Ferrocarril de la bahía de Delagoa (Gran Bretaña-Portugal), s. de 24 de julio de 1875 (*RAI*, III, 637): 423, 486.
- Delimitación fronteriza entre Colombia y Venezuela (arbitraje de la Reina Regente M^a Cristina), s. de 16 de marzo de 1891 (*UNRIAA*, I, 292): 354, 360, 487, 491.
- Adjudicación de la Guyana Esquivia (Venezuela-Gran Bretaña), s. de 3 de octubre de 1899 (*La Fontaine*, 556; *RGDIP*, 1901, 72): 378.
- Reclamaciones de los súbditos italianos residentes en el Perú (Italia-Perú), ss. de 30 de septiembre de 1901 (*UNRIAA*, XV, 395): 403.
- El Triunfo (Estados Unidos/El Salvador), s. de 8 de mayo de 1902 (*UNRIAA*, XV, 467): 475.
- Cape Horn Pigeon (Estados Unidos/Rusia), s. de 19 de octubre de 1902 (*UNRIAA*, IX, 63): 423.
- Kunhardt (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/Venezuela), decisión de 1903 (*UNRIAA*, IX, 172): 475.
- Aora Mines (Comisión de reclamaciones Gran Bretaña-Venezuela), decisión de 1903 (*UNRIAA*, IX, 408): 405.
- Rudloff (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/Venezuela), decisión de 1903 (*UNRIAA*, IX, 244): 403.
- Boutres de Mascate (Francia-Gran Bretaña), s. de 8 de agosto de 1905 (*RIAA*, IX, 92): 531.
- Límite fronterizo entre Honduras y Nicaragua (arbitraje del Rey Alfonso XIII), s. de 23 de diciembre de 1906 (*RIAA*, XI, 111): 491.
- Savarkar (Francia-Gran Bretaña), s. de 24 de febrero de 1911 (*UNRIAA*, XI, 252): 414.
- El Chamizal (Estados Unidos/México), s. de 15 de junio de 1911 (*RIAA*, XI, 316): 486, 491.
- Canevaro (Italia-Perú), s. de 3 de mayo de 1912 (*UNRIAA*, XI, 405): 474.
- Validez del laudo arbitral de la reina-regente María Cristina sobre Cuestiones limítrofes entre Venezuela y Colombia, s. (del Consejo Federal Suizo) de 24 de marzo de 1922 (*RIAA*, I, 227): 127, 487, 492.
- Tinoco, s. de 18 de octubre de 1923 (Gran-Bretaña/Costa Rica) (*UNRIAA*, I, 371): 128.
- Deuda pública Otomana, s. de 18 de abril de 1925 (*UNRIAA*, I, 532): 28.
- Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos (España-Gran Bretaña), s. arbitral de 1 de mayo de 1925 (*RIAA*, II, 615): 405.
- Zafiro (Estados Unidos/Gran Bretaña), s. arbitral de 30 de noviembre de 1925 (*UNRIAA*, VI, 161): 404.
- North American Dredging Co. of Texas c. México (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/México), decisión de 31 de marzo de 1926 (*UNRIAA*, IV, 26): 479.

- Roberts (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/México), decisión de 2 de noviembre de 1926 (*UNRIAA*, IV, 77): 364.
- Mallén (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/México), decisión de 27 de abril de 1927 (*UNRIAA*, IV, 173): 403, 423.
- Isla de Palmas (Estados Unidos/Países Bajos), s. de 4 de abril de 1928 (*RIAA* II, 829): 24, 38, 127, 131, 280, 331, 409, 486, 489.
- Georges Pinson (Comisión de reclamaciones franco-mexicana), s. de 19 de octubre de 1928 (*UNRIAA*, V, 313): 330, 360, 405.
- Incidente de Naulilaa (Alemania-Portugal), s. de 1928 (*UNRIAA*, II, 1013): 423, 440, 445, 446, 447.
- Pellat (Comisión de Reclamaciones franco-mexicana), decisión de 7 de junio de 1929 (*UNRIAA*, V, 535): 403.
- Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. el Estado polaco, s. de 1 de agosto de 1929 (*Rec. TAM*, IX, 336): 23, 24.
- Reclamaciones por los daños sufridos por los bombardeos de la ciudad de México (Comisión de reclamaciones México-Gran Bretaña), s. de 15 de febrero de 1930 (*UNRIAA*, V, 76): 405.
- The Mexican Union Railway (Ltd.) Co. (Comisión de reclamaciones México-Gran Bretaña), decisión de 21 de febrero de 1930 (*RIAA*, V, 115): 479.
- Cysne, s. de 30 de junio de 1930 (*UNRIAA*, II, 1952): 445.
- Lena Goldfields c. el Gobierno soviético, s. de 3 de noviembre de 1930 (*Cornell Law Quarterly*, 36, 1950, 42): 378.
- Isla de Clipperton (Francia-México), s. de 28 de enero de 1931 (*RIAA*, II, 1105): 127, 280, 486.
- John Gill (Comisión de reclamaciones México-Gran Bretaña), decisión de 19 de mayo de 1931 (*UNRIAA*, V, 157): 417.
- Chevreau (Francia-Gran Bretaña), s. de 9 de junio de 1931 (*UNRIAA*, II, 1113): 406.
- Oro Mining and Railway Co. (Comisión de reclamaciones México-Gran Bretaña), decisión de 18 de junio de 1931 (*UNRIAA*, V, 191): 403.
- International Fisheries Co. c. Estados Unidos (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/México), decisión de julio de 1931 (*UNRIAA*, IV, 669): 401, 479.
- Salem (Egipto c. Estados Unidos), s. de 8 de junio de 1932 (*UNRIAA*, II, 1161): 474.
- Noyes (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/Panamá), s. de 22 de mayo de 1933 (*UNRIAA*, VI, 309): 404.
- Delimitación fronteriza entre Honduras y Guatemala, s. de 23 de enero de 1933 (*UNRIAA*, II, 1322): 127.
- Buques finlandeses (Finlandia c. Gran Bretaña), s. de 9 de mayo de 1934 (*UNRIAA*, III, 1484): 478.
- Fundición de Trail (Canadá/Estados Unidos), s. de 11 de marzo de 1941 (*UNRIAA*, III, 1905, 1938-1941): 401.
- Petroleum Development (Qatar) Ltd c. Sheikh Abdullah bin Qasin al Thami, *The Rule of Qatar*, s. de 27 de marzo de 1950 (*ILR*, vl. 18, 1951, 161): 378.
- Petroleum Development Ltd. c. Sheikh Shakhbut Bin Sultan Bin Za'id, *Rule of Abu Dhabi*, s. de 28 de agosto de 1951 (*ILR*, vl. 18, 1951, 144): 276, 331.
- Herederos del Duque de Guisa (Comisión de reclamaciones franco-italiana, establecida en virtud del Tratado de Paz de 1947, art. 83), decisión de 15 de septiembre de 1951 (*UNRIAA*, XIII, 154): 403.
- Dame Mossé (Comisión de reclamaciones franco-italiana, establecida en virtud del Tratado de Paz de 1947, art. 83), decisión de 17 de enero de 1953 (*UNRIAA*, XIII, 486): 403.
- Armstrong Cork Company (Comisión de reclamaciones italo-americana), decisión de 22 de octubre de 1953 (*UNRIAA*, XIV, 159): 399.
- Currie (Comisión de reclamaciones franco-italiana, establecida en virtud del Tratado de Paz de 1947, art. 83), decisión de 13 de marzo de 1954 (*UNRIAA*, XIV, 21): 403.
- Alsing Trading company Ltd y Svenska Tändsticks Aktiebolaget c. el Estado helénico, s. de 22 de diciembre de 1954 (vl. 23, *ILR*, 1956, 633): 378.
- Florence Strusky-Merge (Comisión de reclamaciones italo-americana), decisión de 10 de junio 1955 (*UNRIAA*, XIV, 236): 474.
- Abu Dhabi (Gran Bretaña-Arabia Saudí), s. de 16 de septiembre de 1955 (*AFDI*, 1957, 188): 378.
- Ambatielos (Gran Bretaña-Grecia), s. de 6 de marzo de 1956 (*UNRIAA*, XII, 91): 320.
- Lago Lanós (España-Francia), s. de 16 de noviembre de 1957 (*UNRIAA*, XII, 281): 232, 372, 378, 401, 500.
- Aramco (Arabia Saudí-Arabian American Oil Co.), s. de 23 de agosto de 1958 (*ILR*, vl. 27, 1959, 117): 378.
- Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Co., s. de 15 de marzo de 1963 (*ILR*, vl. 35, 1967, 136): 378.
- Río Encuentros (delimitación fronteriza entre Argentina y Chile en los Andes), s. de 1 de abril de 1966 (*UNRIAA*, XVI, 111): 378.

- Rann de Kutch (India-Paquistán), s. de 19 de febrero de 1968 (*ILM*, 1968, 633): 127.
- Acuerdo sobre las deudas exteriores alemanas, s. de 26 de enero de 1972 (*ILR*, vl. 47, 1974, 418): 372.
- British Petroleum (BP Exploration Co. —Libia— c. el Gobierno de la República Árabe de Libia), s. de 10 de octubre de 1973 (*ILR*, vl. 53, 1979, 300): 378.
- Texaco-Calasiatic c. el Gobierno libio, s. de 12 de enero de 1977 (*JDI*, 1977, 359): 145, 275, 295, 378.
- Liamco c. el Gobierno libio, s. de 12 de abril 1977 (*ILR*, vl. 62, 1982, 141): 378.
- Canal de Beagle (Argentina-Chile), s. de 18 de abril de 1977 (*ILM*, 1978, 734): 130, 333, 336, 378, 491, 522, 526, 527.
- Delimitación de la plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña en el mar de Iroise, s. de 30 de junio de 1977 (*ILM*, 1979, 397): 130, 223, 232, 293, 378, 522, 523.
- Interpretación de la sentencia arbitral de 30 de junio de 1977 relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Francia y Reino Unido, s. de 14 de marzo de 1978 (*ILM*, 1979, 462): 378.
- Acuerdo sobre los servicios aéreos de 27 de marzo de 1946 entre Francia y los Estados Unidos, s. de 9 de diciembre de 1978 (*UNRIAA*, XVIII, 417): 378, 438, 441, 443, 446, 447.
- Young Loan, s. de 16 de mayo de 1980 (*RGDIP*, 1980, 1157): 130, 332, 333.
- Delimitación de la frontera terrestre y marítima entre los Emiratos de Dubai y Sharjah, s. de 19 de octubre de 1981 (inédita, texto en el Palacio de la Paz de La Haya): 127, 487, 522.
- Aminoil (Kuwait-American Independent Oil Co.), s. de 24 de marzo de 1982 (*ILM*, 1982, 976): 378.
- Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia (CIADI, Caso No. ARB/81/1), decisión sobre jurisdicción de 25 de septiembre de 1983, decisión sobre medidas cautelares de 9 de diciembre de 1983 (v. 23 *ILM* 351 (1984); 89 *I.L.R.* 379 (1992); 1 *ICSID Rep.* 389 (1993): 128.
- Jurisdicción sobre reclamaciones de personas con doble nacionalidad (Tribunal de reclamaciones Irán/Estados Unidos), s. 6 de abril de 1984 (*ILM*, 1984, 489): 19, 474.
- Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea Bissau, s. de 15 de febrero de 1985 (*RGDIP*, 1985, 484): 130, 280, 522, 527.
- Pesca en el Golfo de San Lorenzo (Canadá-Francia), s. de 17 de julio de 1986 (*RGDIP*, 1986, 713): 130, 378, 461, 517.
- Delimitación territorial entre Egipto e Israel en el enclave de Taba, s. de 29 de septiembre de 1988 (*ILM*, 1988, 1427): 378.
- Delimitación de la frontera marítima entre Guinea Bissau y Senegal, s. de 31 de julio de 1989 (*RGDIP*, 1990, 204): 35, 488, 522, 527.
- Rainbow Warrior (Nueva Zelanda c. Francia), s. de 30 de abril de 1990 (*UNRIAA*, XX, 217, y *RGDIP*, 1990, 838): 378, 395.
- Delimitación de la frontera marítima entre Canadá y las islas francesas de St. Pierre y Miquelon, s. de 10 de junio de 1992 (*ILM*, 1992, 1149): 378, 522.
- Controversia sobre el trazado de la línea fronteriza entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy (Laguna del Desierto) (Argentina-Chile), s. de 21 de octubre de 1994 (*RGDIP*, 1996, 520): 378, 491, 492.
- Interpretación de la s. arbitral de 21 de octubre de 1994 relativa al trazado de la línea fronteriza entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy (Laguna del Desierto), s. de 7 de marzo de 1996 (inédita): 378.
- Soberanía territorial y alcance de la disputa y delimitación marítima entre Eritrea y Yemen (primera fase), s. de 9 de octubre de 1998 (v. TPA, <http://www.pca.cpa/PDF/EY%20Phase%20I.PDF>): 127, 376, 378, 522.
- Delimitación marítima (segunda fase), s. de 17 de diciembre de 1999 (v. TPA, <http://www.pca-cpa.org>: 522, 526).
- Emilio Agustín Maffezini c. España (CIADI, Caso No. ARB/97/7), s. rendida el 13 de noviembre de 2000 (16 *ICSID Rev.*—*FILJ* 248 (2001); 5 *ICSID Rep.* 419 (2002); 124 *I.L.R.* 35 (2003) y rectificada el 31 de enero de 2001 (*ICSID Rev.*—*FILJ* 279 (2001); 5 *ICSID Rep.* 440 (2002); 124 *I.L.R.* 58 (2003): 320.
- Delimitación de la frontera entre Eritrea y Etiopía, s. de 13 de abril de 2002 (v. TPA, <http://www.pca.cpa/PDF/EEBC/EEBC%20-%20Text%20of%20Decision.htm>): 376, 378.
- The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. Estados Unidos de America (CIADI, Caso No. ARB(AF)/98/3), s. de 26 de junio de 2003 (42 *ILM* 811 (2003), French translation 131 *Journal du droit international* 219 (2004), 7 *ICSID Rep.* 442 (2005): 476.
- Controversia entre Irlanda y el Reino Unido en el marco de la Convención de 1992 sobre la protección del medio marino del Atlántico Noreste (OSPAR) (Irlanda c. Reino Unido), s. de 2 de julio de 2003 (v. TPA, <http://www.pca.cpa/PDF/OSPAR%20Award.pdf>): 19, 336, 376.
- Siemens A.G. v. República Argentina (CIADI, Caso No. ARB/02/8), decisión de jurisdicción de 3 de agosto de 2004 (v. <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>, French translation *Journal du droit international* 142 (2005): 320, 480.

- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A c. Jordania (CIADI, Caso No. ARB/02/13), decisión sobre jurisdicción de 29 de noviembre de 2004 (20 *ICSID Rev.*—*FILJ* 148 (2005); 44 *ILM* 569 (2005); French translation *Journal du droit international* 182 (2005): 320.
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina (CIADI, Caso No. ARB/01/3), 2 de agosto de 2004 (v. <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>, y *International Law in Brief* at <http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>): 480.
- Plama Consortium Limited v. Republica de Bulgaria (Case No. ARB/03/24), decisión sobre jurisdicción de 8 de febrero de 2005 (20 *ICSID Rev.*—*FILJ* 262 (2005); 44 *ILM* 721 (2005); orden de medidas provisionales, 6 de septiembre de 2005 (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>): 320.
- Impreglio S.p.A. v. República Islámica de Pakistán (CIADI, caso No. ARB/02/2, y ARB/03/3), 22 de abril de 2005 (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>): 320.
- CMS Gas Transmission Company v. República Argentina (CIADI, Caso No. ARB/01/8), s. de 12 de mayo de 2005 (v. <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>; 44 *ILM* 1205 (2005): 480.
- Camuzzi International S.A. v. República Argentina (CIADI, Caso No. ARB/03/7), decisión sobre las objeciones de jurisdicción de 10 de junio de 2005 (v. <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>): 320.
- The Iron Rhin (Ijzeren Rijn) Railway (Bélgica c. Holanda), s. de 24 de mayo de 2005 (v. TPA, <http://www.pca-cpa.org>): 331.

III. COMISIONES DE CONCILIACIÓN

- Islas Aaland (Finlandia c. Suecia) (Comisión internacional de juristas designados por la S. de N.), dictamen de 5 de septiembre de 1920 (*J.O. S. de N.*, 1920, 3): 26, 54, 71, 258.
- Delimitación de la frontera marítima entre Islandia y Jan Mayen (Noruega), decisión de mayo de 1981 (*ILR*, vol. 67, 108): 526.

IV. OMC (ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS)

- Helms Burton (Ley para la Libertad y la Solidaridad democrática cubana) (Comunidades Europeas c. Estados Unidos) (DS 38), 3 de mayo de 1996 (solicitud de celebración de consultas): 53.
- CE-hormonas (Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos) (DS 36 y DS 48), Informe del Órgano de Apelación de 16 de enero de 1998, Informe de del Arbitraje previsto en el pár. 3.c) del artículo 21, de 29 de mayo de 1998: 19.
- Camarones (Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos) (India, Malasia, Pakistán, Tailandia c. Estados Unidos) (DS 58), 8 de octubre de 1996 (solicitud de celebración de consultas), Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998: 19.
- Pez Espada (Medidas que afectan a la importación y tránsito de pez espada) (Comunidades Europeas c. Chile) (DS193), 19 de abril de 2000 (solicitud de celebración de consultas): 381.
- Estados Unidos, artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 (Comunidades Europeas c. Estados Unidos) (DS 152), Informe del Grupo Especial de 22 de diciembre de 1999: 351.
- V. por todas <http://www.wto.org/spanish/tratop-s/dispu-s/find-dispu-cases-s.htm#results>

Índice analítico *

Abordaje: 531

Acción exterior (del Estado): 26, 43, 536; v. Entes territoriales, Jefe del Estado, Ministro de Asuntos Exteriores, PESCA, Referéndum, Relaciones diplomáticas, Rey, Secreto oficial, Unidad de acción exterior

Aceptación (tratados): 168, 170, 171, 173

Acreditación múltiple: v. Misión diplomática

Act of State: v. Inmunidad de jurisdicción

Acto unilateral (del Estado): 121, 312; v. Aquiescencia, *Estoppel*

Actores internacionales: 2

Actores no estatales: 117, 306, 395-397

Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI): 464, 480; v. Protección diplomática

Acuerdo de salvaguardia (AIEA): 613-615; v. Desarme nuclear

Acuerdo en forma simplificada (Tratados): 155

Acuerdo infra-estatal: 141

Acuerdo internacional: v. Tratado

Acuerdo mixto (CE): 141, 144, 163, 202, 348; v. CE

Acuerdo no normativo (de naturaleza política): v. Acuerdo no jurídico

Acuerdo modificativo (Tratado): 210

Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI): 116

Acuerdo no jurídico: 146-151, 279, 281, 407

Acuerdo verbal: 132

Acuerdos CE y Estados miembros: 315

Adhesión (Tratados): 168, 170, 171, 173, 314

Adjudicación (territorial): v. Territorio

Administración exterior del Estado: 43, 536

órganos centrales: 535; v. Jefe del Estado, Jefe del Gobierno, Ministro de Asuntos Exteriores

órganos periféricos: 536; Misión diplomática, Misión permanente, Misión especial, Oficina consular

Administración fiduciaria (colonias): 56

Admisión en NU: v. NU

Adopción (Tratados): 155, 160, 287

Aeronave (civil y de Estado): 502-504; v. Espacio aéreo, Jurisdicción sobre aeronaves, Navegación aérea

Agencia consular: v. Oficina consular

Agencia Internacional de la Energía Atómica (AIEA): 305, 613-615, 617

Agotamiento de recursos internos (protección diplomática): 435, 468, 477, 478
 y derechos humanos: 626, 632

* Los números reenvían a los párrafos, no a las páginas.

- Agresión:** 576, 58, 593, 594, 600-602, 610, 616; v. Legítima defensa, Ocupación
- Agresión (de un individuo):** 657, 660, 668; v. Responsabilidad internacional del individuo
- Aguas archipelágicas:** 507, 511, 519, 520, 530; v. Archipiélago
- Aguas históricas:** 522
- Aguas interiores:** 502, 507, 509-512, 520, 524, 529, 530, 535; v. Jurisdicción sobre buques, Navegación marítima, Puertos
- Alianza Atlántica:** v. OTAN
- Alta mar:** 505-507, 509, 513-522, 530-535; v. Buque, Ensayo nuclear, Investigación científica, Isla artificial, Maniobras militares, Navegación marítima, Pesca, Tendido de cables y tuberías, Zona de exclusión
- Alto comisionado:** 537; v. Misión diplomática
- Alto Comisionado de las NU para los Refugiados (ACNUR):** 681, 684, 685; v. Asilo, Refugiado
- Alto Comisionado para la Protección de los Derechos Humanos (NU):** 628, 630, 633, 635; v. Derechos humanos
- Amenaza a la paz y seguridad internacionales:** 593, 594, 597, 599, 606, 608, 610, 611, 615-617, 655, 672, 673, 679; v. C de S, Desarme nuclear, Sistema de seguridad colectiva, Terrorismo internacional
- Amicus curiae (CIJ):** 397; v. Actores no estatales, ONG
- Anexión territorial (y derecho de secesión minorías):** 71
- Antártida:** 613
- Apatridia:** 460; v. Nacionalidad
- Aplicación del DI:** 311-313, 345, 351-356; v. Eficacia directa, Ejecución normativa, Entes territoriales, Interpretación normas internacionales, Primacía, Recepción
- ámbito aplicación espacial normas internacionales: 316
 - ámbito aplicación temporal normas internacionales: 317
 - de disposiciones *self-executing*: 351
 - de disposiciones *non self-executing*: 352
 - determinación contenido normas: 318
 - identificación normas aplicables: 313
 - órganos de aplicación: 312
- Aplicación coactiva (del DI):** 300, 416, 436-448; v. Contramedida, Inadimplenti, Medidas coercitivas del C de S, Reciprocidad, Represalia, Retorsión, Sanción internacional
- y C de S: 436
 - modalidades: 438
 - medidas: 439-443
- Aplicación coactiva de políticas sobre el DI:** 437
- Aplicación provisional (Tratados):** 183-184
- Aprobación (Tratados):** 168, 170, 171, 173
- Aquiescencia (del Estado):** 127, 314, 486, 489; v. Acto unilateral
- Aquiescencia (de la comunidad Internacional):** 273
- Arbitraje comercial:** 378
- Arbitraje *ex aequo et bono*:** 371, 377, 378
- Arbitraje internacional:** 369-379, 387, 394, 395; v. Cláusula compromisoria, TPA
- compromiso arbitral: 378
 - convenio de arbitraje: 378
 - derecho aplicable: 378
 - órgano arbitral: 378
 - procedimiento: 378
 - sentencia arbitral: 378
 - sujetos parte: 378
 - tribunal arbitral: 378

Arbitraje mixto: 378

Archipiélago: v. Aguas archipelágicas, Estado archipelágico, Líneas de base archipelágicas, Principio archipelágico

Archipiélago de Estado: 520

Archipiélagos españoles: 520

Armas: v. Desarme, Desarme nuclear

Armas de destrucción masiva (proliferación): 614, 616

Armas nucleares: 585, 613, 614, 615; v. Legítima defensa

Arreglo de controversias: 591-592

y actores no estatales: 395

y aplicación coactiva: 437

obligación de arreglo: 369

libre elección de medios: 369, 370

papel de las OI: v. OEA, OMC, OSCE, Sala de controversias de Fondos Marinos, TJCE

papel de NU: v. Organismo regional, Sistema de seguridad colectiva

y prohibición uso de la fuerza: 574

Arreglo judicial de controversias: 370, 371, 372, 375-380; v. CIJ, TJCE, Tribunal Internacional de Derecho del Mar

Asamblea General (NU): 57-60, 67, 118, 279, 284-287, 295, 342, 383, 626, 628, 631, 632, 634, 635, 645, 655, 656, 659, 667;

v. Arreglo de controversias, Codificación internacional, Libre determinación, Operación de mantenimiento de la paz, Resoluciones AGNU, Sistema de seguridad colectiva

y Capítulo VI de la Carta: 591, 592

y operaciones de mantenimiento de la paz: 595

ASEAN (ONG): 119

Asilo: 542, 680, 683, 684; v. ACNUR, Refugiado

Asilo diplomático: v. Misión diplomática

Asistencia consular: 469; v. Oficina consular, Protección consular en la UE: 470

Asistencia diplomática: v. Misión diplomática, Protección diplomática de la CE: 470

Asistencia humanitaria: 669-670; v. Injerencia humanitaria y principio de no intervención: 670

Asistencia marítima: 531; v. Navegación marítima

Asociación: 42, 58; v. Estado asociado, Libre determinación

Asociado (de una OI): 105

Ataque armado (y legítima defensa): 582-584, 610; v. Agresión y actores no estatales: 584

Aut dedere aut iudicare: 53, 608, 661

Autenticación (Tratados): 155, 161-164

Auto-organización del Estado (principio de): 26, 70, 72, 76, 82, 141, 403

Autoridad Internacional de Fondos Marinos: 534; v. ZIFM

Autorización parlamentaria (Tratados): 187-194; v. Cortes Generales

acto de autorización: 192

alcance: 194

naturaleza: 188

en OI: 155, 201-202

tratados a autorizar: 189, 193

calificación: 190-191

Autotutela: 438, 573, 610; v. Aplicación coactiva

Aviación civil internacional: 502; v. Navegación aérea, OACI

Bahía (líneas de base): 509

Bahía histórica: 509

Bajío (Mar): 525

Banco Mundial: 101; 115

Bantustanes: 67, 76

Beligerante: 142, 645; v. Capacidad convencional

Bienes culturales (protección conflicto armado): 645

Bloqueo: 594, 596; v. Capítulo VII Carta, Medidas del C de S, Sistema de seguridad colectiva

Buena Fe: 121, 128, 157, 276, 329

Buenos oficios: 370, 371, 372, 373, 592, 631, 837-839; v. Medios políticos

Buque (nacionalidad): 512; v. Jurisdicción sobre buques, Navegación marítima, Pabellón de complacencia, Registro de buques

Buque de guerra: 510, 512, 531; v. Aguas interiores, Paso inocente

Cabotaje (aéreo): 503; v. Navegación aérea

Cambio fundamental de circunstancias (Tratados): v. Suspensión y Terminación

Canal internacional: 501

Canje de instrumentos (Tratados): 168, 169, 174; v. Manifestación del consentimiento, Perfeccionamiento del consentimiento

Canje de notas o cartas (Tratados): 160

Capacidad convencional: v. Competencias OI

de beligerantes e insurgentes: 142

del Estado: 140-141

de OI: 143

de OI de integración: 144

de pueblos coloniales: 142

Carta patente: v. Oficina consular

Cartas credenciales: v. Misión diplomática

Cascos azules: 597, 598, 674, 679; v. Operación de mantenimiento de la paz

Caso fortuito (responsabilidad internacional): 413, 417; v. Circunstancia de exclusión de la ilicitud, Fuerza mayor, Hecho ilícito

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI): 378

Cesación de un ilícito (responsabilidad internacional): v. Hecho ilícito

Cesión (territorial): v. Territorio

Ceuta: 494

Ceuta (aguas): 529

Circunstancia de exclusión de la ilicitud: 413-419, 581; v. Consentimiento Estado lesionado, Contramedidas, Estado de necesidad, Fuerza mayor, Legítima defensa, Peligro extremo, Responsabilidad internacional e intervención armada humanitaria: 677

Circunstancias especiales (delimitación marítima): 523, 524

Ciudadanía: 454; v. Nacionalidad

Ciudadanía de la UE: 462, 464, 470; v. Protección de los ciudadanos de la UE

Cláusula abierta: 203, 204; v. Tratado multilateral (participación)

Cláusula Calvo: 479; v. Protección diplomática

- Cláusula compromisoria (arreglo de controversias): 370, 372, 375, 376
- Cláusula compromisoria (CIJ): 385, 387, 629; v. CIJ
- Cláusula compromisoria de arbitraje: 378; v. Arbitraje internacional
- Cláusula de compatibilidad (Tratados): 337
- Cláusula de excepción (Tratados): 203, 206
- Cláusula de exclusión (Tratados): 203, 207, 217, 337; v. Tratado multilateral (fomento participación)
- Cláusula de la nación más favorecida (Tratados): 318, 320, 464
- Cláusula de opción alternativa (Tratado): 208; v. Tratado multilateral (fomento participación)
- Cláusula de opción cumulativa (Tratado): 208; v. Tratado multilateral (fomento participación)
- Cláusula de reciprocidad: 318, 322, 464
- Cláusula de reserva negociada: 217
- Cláusula de restricción (Tratado): 203, 206
- Cláusula de salvaguardia (Tratados): 207, 318
- Cláusula de subordinación (Tratados): 337; v. Carta UN
- Cláusula de trato nacional: 318, 321, 464
- Cláusula democrática: 83; v. Principio democrático
- Cláusula derogatoria (Tratado): 209
- Cláusula facultativa: 203, 207, 318; v. Tratado multilateral (fomento participación)
- Cláusula federal: 355, 403
- Cláusula modelo de arbitraje comercial: 378; v. Arbitraje comercial
- Cláusula opcional (CIJ): 387-389; v. Declaración (de aceptación de la jurisdicción CIJ) y Pacto de Bogotá: 390
- Cláusula todos los Estados (Tratados): 204
- Cláusulas finales (Tratados): 160
- Clean hands*: v. Manos limpias
- Coacción del representante (tratados): v. Nulidad
- Coacción del sujeto (tratados): v. Nulidad
- Codificación internacional: 130, 279-287, 295; v. CDI, Comisión de Derechos Humanos, Costumbre, Tratado de codificación
 ámbitos materiales en NU: 285
 codificación dura y blanda: 281
 codificación pública y privada: 278
 codificación regional: 283
 en NU: 284-287
 órganos *ad hoc*: 285
- Códigos de conducta (y responsabilidad internacional): 431
- Coercibilidad (del DI): v. Aplicación coactiva
- Coerción (económica, política, diplomática): 577
- Colonia: v. Administración fiduciaria, Fuerza armada, Libre determinación, Mandato, Pueblo colonial, Territorio colonial, Territorio no autónomo
- Combatiente (conflicto armado): 645
- Comisión Badinter: 23, 27, 28, 32, 35, 36, 74
- Comisión UE: 107; v. CE, Delegación
- Comisión de consolidación de la paz: 678; v. Operación de paz
- Comisión de Derecho Internacional (CDI): 130, 285, 286; v. Codificación internacional

- Comisión de Derechos Humanos (CDH) (NU):** 626, 630, 633, 634; v. Comité de Derechos humanos, Derechos humanos
- Comisión fluvial:** 499; v. Río internacional
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos:** 305, 396, 639-643; v. OEA
procedimiento extraconvencional: 643
- Comisión internacional de pesquerías:** 531
- Comité de Derechos Humanos (NU):** 628, 630, 632; v. CDH, Derechos humanos
- Comité de los Veinticuatro:** 57, 66, 67; v. Libre determinación
- Comité contra el Terrorismo:** 611; v. Consejo de Seguridad, Terrorismo internacional
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR):** 306, 649-651
- Comité Jurídico Interamericano:** 283
- Competencia (falta de) (celebración de tratados):** v. Nulidad
- Competencia exterior (del Estado):** v. Acción exterior, Capacidad convencional
- Competencia extraterritorial (del Estado):** 39
- Competencia interna del Estado:** 71
asuntos internos del Estado receptor: 537; v. Misión diplomática
y Cap VII de la Carta: 674
y derechos humanos: 626, 635, 669
y libre determinación: 57
- Competencia personal (del Estado):** 25, 37, 452, 453; v. Apatridia, Extradición, Extranjería, Nacionalidad, Oficina consular
- Competencia discrecional (del Estado):** 37
- Competencia reglada (del Estado):** 37
- Competencia territorial (del Estado):** 25, 37, 452; v. Competencia extraterritorial, Territorio
- Competencias OI:** v. Competencias implícitas, OI, Resolución
- Competencias estatales:** v. Acción exterior, Capacidad convencional, Competencia judicial, Competencia personal, Competencia territorial
- Complicidad (responsabilidad internacional):** 411
- Comportamiento unilateral:** 127-128; v. Aquiescencia, Protesta, Estoppel
- Compromiso (CIJ):** 386; v. CIJ
- Compromiso arbitral:** 370; v. Arbitraje internacional
- Compromiso judicial:** 370; v. Arreglo judicial de controversias
- Comunicaciones interestatales (OEA-derechos humanos):** 641
- Comunidad Andina:** v. Tribunal Andino de Justicia
- Comunidad de intereses (curso de agua internacional):** 500
- Comunidad internacional:** 408, 615, 668, 676; v. *ius cogens*, Responsabilidad internacional
- Comunidades Autónomas (celebración de Tratados):** 159
- Comunidades Autónomas (ejecución de Tratados y resoluciones OI):** 354-355; v. Cláusula federal
- Comunidades Europeas (CE):** 315, 348, 350, 351; v. Ciudadanía de la UE, Comisión CE, Competencias CE, Consejo CE, Derecho comunitario, PE, Política común de pesca, Responsabilidad internacional, TJCE, UE
y aplicación coactiva: 438
celebración de Tratados: 144, 202; v. Acuerdo mixto, Primacía del DI
Estados miembros y acuerdos CE: 315
financiación: 101
participación en otras OI: 98
y responsabilidad internacional: 400, 429
- Conciliación:** 370, 371, 372, 374-376, 378, 592, 631; v. Medios políticos

- Concurrencia (entre DI y Derecho interno):** 360-367; v. Primacía
entre costumbre y Derecho interno: 361
entre resoluciones OI y Derecho interno: 366
entre tratado y constitución: 362; v. Control de constitucionalidad (tratados)
entre tratado y ley: 364
- Concurrencia (entre normas y obligaciones internacionales):** 336, 393-394; v. Jerarquía, *Lex posterior*, *Lex specialis*
- Concurrencia (entre Tratados):** 337-339 v. Carta NU, Cláusula de compatibilidad, Cláusula de subordinación, *Lex posterior*
- Conferencia diplomática:** 157, 158
de codificación: 270, 284, 286, 287
cumbres internacionales: 543
y ONG: 115, 165
- Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE):** 89; v. OSCE
- Confianza recíproca (ppio de):** 121, 128
- Confirmación formal (Tratados):** 168, Conflicto armado: v. Fuerza armada, Derecho Humanitario
- Conflicto armado:** 538, 680; v. Derecho Humanitario
y Tratados: v. Suspensión
de carácter interno: 578
- Conflicto secesionista:** 73-75
- Conflicto territorial**
de atribución: 486
de delimitación: 486
- Conquista:** 71; v. Fuerza armada, *Stimson*, Territorio, Título a la soberanía
- Consejo UE:** 107
- Consejo de Administración Fiduciaria:** 66
- Consejo de Derechos Humanos (NU):** 626, 633, 634
- Consejo de Estado (celebración de Tratados):** 191
- Consejo de Estado (ejecución de Tratados y resoluciones OI):** 350, 353
- Consejo de Estado (interpretación de Tratados):** 358
- Consejo de Europa**
cooperación transfronteriza: 497
derechos humanos: 636-638; v. CEDH, Minorías, TEDH
y ONG: 119
- Consejo de Ministros (Tratados):** 162
- Consejo de Seguridad (NU):** 67, 279, 342-343, 383, 395, 591-605, 607-622, 655, 657, 658, 659, 664, 670, 672, 673; v. Arreglo de controversias internacionales, Operación de mantenimiento de la paz, Sistema de seguridad colectiva,
actos *ultra vires*: 343, 622
y aplicación coactiva: 436
control de validez de sus decisiones: 622
y Capítulo VI de la Carta: 592
y Capítulo VII de la Carta: 593; v. Agresión, Amenaza a la paz, Quebrantamiento de la paz, Sistema de seguridad colectiva
decisiones: 593
medidas: 593, 600
provisionales: 594, 597
pacíficas: 596, 597; v. Embargo
de fuerza armada: 594, 596; v. Bloqueo
- Comité de Estado Mayor:** 593
- Comités:** 597
- y CIJ:** 601

- derecho de veto: 621, 593
- y legítima defensa: 581, 584
- miembro permanente: 621
- y ONG: 118; v. Fórmula Arria
- reforma: 621
- práctica guerra fría: 594; v. Operaciones de mantenimiento paz
- práctica posguerra fría: 596-597
- y responsabilidad internacional: 600
- y responsabilidad penal internacional del individuo: 602
- y terrorismo internacional: 607-611
- y uso de la fuerza: 574, 580, 587
- y violación masiva derechos humanos: 672-679
- Consejo Económico y Social (NU): 626, 628, 634, 635
- y ONG: 118
- Consenso (adopción tratados): 160
- Consentimiento:
 - creación del DI: 120
 - del Estado lesionado (responsabilidad internacional): 413-414; v. Hecho ilícito, Circunstancia de exclusión de la ilicitud
- Consolidación de la paz: 597, 598; v. Comisión para la consolidación de la paz, Operación de paz
- Constitución nacional (y Tratados): 188-193, 200; v. Control de constitucionalidad, Primacía del Derecho comunitario
- Consulta popular (Tratados): 200
- Consulta popular (libre determinación): 58
- Contexto (Tratados): v. Interpretación lógico-sistemática
- Continuidad (Tratados): 257-260
- Contracting in* (resoluciones OI): 153
- Contracting out* (resoluciones OI): 153
- Contramedida: 246, 300, 322, 439, 441-448, 667; v. Aplicación coactiva, Injerencia humanitaria, Represalia, Sanción armada (prohibición): 446; v. Fuerza armada
- y C de S: 442, 450
- función: 448
- legitimados: 445
- y normas imperativas: 451
- proporcionalidad: 446
- preventivas: 445
- requisitos: 444-448
- responsabilidad internacional: 413, 416; v. Circunstancia de exclusión de la ilicitud, Hecho ilícito de terceros Estados: 449-451
- y violación masiva de derechos humanos: 671, 677
- Contratante (Tratados): v. Parte
- Contrato de Estado: 137, 145, 407; v. Arbitraje comercial
- Contrato internacionalizado: 378; v. Arbitraje comercial
- Control de constitucionalidad (Tratados): 197-199, 363
- preventivo: 198, 363
- a posteriori*: 199, 363
- Control de constitucionalidad en la CE: 341, 363
- Control de constitucionalidad en las NU: 342-343
- Control internacional: 309
- sistema de control: 303

- Controversia internacional:** 4, 300, 368, 591; v. Arreglo de controversias, Medios de arreglo de controversias
justiciable y no justiciable: 377
políticas y no políticas: 377
que amenaza a la paz internacional: 368
- Convención internacional:** v. Tratado
- Convenio de arbitraje:** v. Arbitraje internacional, Cláusula compromisoria de arbitraje, Compromiso arbitral
- Convenio internacional:** v. Tratado
- Convoyes humanitarios:** 674
- Cooperación transfronteriza:** 495-497
- Cooperar, obligación de:** 500
- Copia de estilo:** v. Cartas credenciales
- Corporaciones transnacionales:** 113, 114, 116, 145, 276
y códigos de conducta: 116
y OI: 116
responsabilidad: 430-431
- Corrección de errores (Tratados):** 161
- Correo diplomático:** v. Misión diplomática
- Corrupción del representante (Tratados):** v. Nulidad
- Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos:** 20, 380, 396
- Corte Interamericana de Derechos Humanos:** 20, 380, 381, 397, 640-642; v. OEA
jurisdicción consultiva: 642
- Corte Internacional de Justicia (CIJ):** 20, 277, 278, 376, 377-394, 396, 397
Competencia consultiva: 278, 342, 385
competencia contenciosa: 343, 385, 386; v. Cláusula compromisoria, Compromiso, *Forum prorogatum*, Tratado general de arreglo pacífico
composición: 383
demanda reconvencional: 392
derecho aplicable: 393
desistimiento: 392
excepciones preliminares: 392
incidentes: 392
intervención: 392
***ius standi*:** 385
jueces *ad hoc*: 383
medidas provisionales: 392
organización: 384; v. Salas *ad hoc*, Salas de procedimiento sumario, Salas especializadas,
procedimiento: 391
sentencia: 394
- Corte Penal Internacional:** 20, 276, 380, 602, 654-662, 664-666, 668; v. Responsabilidad internacional del individuo
y acuerdos bilaterales de no entrega a la CPI: 658
y jurisdicciones estatales: 657
- Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI):** 277, 376, 384-389
- Cortes Generales (y celebración de Tratados):** 159, 188-194
- Cortes Generales (y ejecución de Tratados y resoluciones OI):** 348, 353-356
- Costumbre (internacional):** 264-273, 279-281, 313; v. Codificación internacional, Objeto persistente, *Opinio iuris*, Práctica,
 Resoluciones AGNU
y codificación: 285-286
desuetudo: 273
determinación: 278; v. Jurisprudencia internacional, Resoluciones AGNU, Tratado de codificación

elementos:*opinio iuris*: 265, 266, 269, 270, 273, 290, 295, 297-299*práctica*: 265, 266, 267, 268, 290, 295, 297-299**general**: 265, 268, 271; v. DI general**instantánea**: 268, 298**negativa y positiva**: 267**modificación**: 273**noción**: 266**objeto persistente**: 268, 271, 314**oponibilidad**: 271, 272, 289**particular y regional**: 268, 272; v. DI americano, DI regional**prueba**: 289, 313**y resoluciones AGNU**: 281, 295-299**efecto declarativo**: 295, 297**efecto cristizador**: 295, 298**efecto generativo**: 295, 299**salvaje**: 265**y tratados (interacción)**: 265, 281-291, 293**efecto declarativo**: 288, 289, 291, 292**efecto cristizador**: 288, 290, 291, 292**efecto generativo**: 288, 291, 292**Costumbre judicial**: 278**Crimen contra la Humanidad**: 73, 585, 602, 623, 625, 657-661, 663, 665, 666, 679**Crimen contra la paz y la seguridad de la Humanidad**: 654, 655, 660, 661, 662, 668**Crimen de guerra**: 73, 602, 618, 623, 657, 658-660, 662, 663, 665, 666, 668, 674**Crimen internacional**: 13; v. Delito internacional, *Ius cogens*, Hecho ilícito, Obligaciones *erga omnes*, Responsabilidad internacional, Sanción internacional**Crimen internacional (de un Estado)**: 408; v. *Ius cogens*, Hecho ilícito, Responsabilidad internacional**Crimen internacional (de un individuo)**: v. Responsabilidad internacional del individuo**Cruz Roja (internacional)**: v. Derecho humanitario**Cuenca hidrográfica**: 500**Cuestión de inconstitucionalidad (Tratados)**: 199, 363; v. Control de constitucionalidad (tratados)**Cuestión prejudicial (CE)**: 335, 341; v. TJCE**Curso de agua internacional**: 498, 500; v. Río internacional**Decisiones del C de S**: v. C de S**Declaración unilateral**: 122-126; v. Acto unilateral**y Carta NU**: 125**condiciones**: 124**y Derecho interno**: 126**y normas imperativas**: 125**tipos**: 123**Declaración (de aceptación de la jurisdicción CIJ)**: 377, 388, 389; v. Cláusula opcional
declaración española: 389**reserva automática**: 377, 389**reservas**: 377, 389**Declaración interpretativa (Tratados)**: 203, 231-233; v. Interpretación, Reserva
y participación Cámaras legislativas: 234-236

- Delegación (ante Conferencias y OI):** 536, 545; v. Diplomacia *ad hoc*
 privilegios e inmunidades: 545
 privilegios e inmunidades miembros: 558
- Delicta iuris gentium:*** 654
- Delimitación (marítima):** 522-529; v. Equidad, Equidistancia, Trifinio, *Uti possidetis iuris*
- Delimitación (marítima) (espacios españoles):** 529
- Delimitación (terrestre):** 491; v. Demarcación, Frontera, Territorio, Trifinio, *Uti possidetis iuris*
- Delimitación frontal y lateral (marítima):** 522
- Delito internacional:** 408; v. Crimen internacional, Hecho ilícito, Responsabilidad internacional
- Demandas individuales (TEDH):** 638
- Demarcación (terrestre):** 492; v. Delimitación
- Democracia (y no intervención):** v. No intervención
- Democratización (de la sociedad internacional):** 87
- Denegación de justicia (Hecho ilícito):** 403
- Densificación (Frontera):** 493
- Denuncia (Tratados):** 245; v. Terminación
- Denuncia de particulares (protección de derechos humanos):** 632
- Denuncia de particulares (OEA):** 641
- Denuncia no motivada (tratados):** v. Terminación
- Depósito (Tratados):** 174
- Derecho comunitario (derivado):** v. CE, Eficacia directa, Decisión CE, Directiva CE, Primacía del Derecho comunitario, Primacía del DI, Publicación oficial, Recomendación CE, Reglamento CE.
- Derecho de legación:** v. *Ius legationis*, Legación, OI, Misión diplomática, Misión especial, Misión permanente, Relaciones diplomáticas
- Derecho de los Derechos Humanos:** 644; v. Derechos Humanos
- Derecho de los Tratados:** 130
- Derecho de persecución (en la mar):** 531
- Derecho de visita (en la mar):** 531
- Derecho global sin Estado:** 116
- Derecho Internacional:**
 coercibilidad: 1
 cumplimiento: 300-305; v. Derecho humanitario
 y actores no estatales: 306
 medidas de cumplimiento: 305
 comunicaciones individuales: 307
 denuncia: 307
 encuesta: 307
 informes periódicos: 307
 información: 307
 sistema de cumplimiento: 303, 305, 307
 de la coexistencia: 87
 de la cooperación: 87
 del desarrollo: 87
 desarrollo progresivo: 278
 expansión normativa: 114
 fragmentación: 18, 381
 fundamentación: 1

- fuentes: 122
 - autonomía: 294
- eficacia: 1, 301, 303
- negadores: 1, 301
- norma y obligación: 120
- normas primarias y secundarias: 398
- normas *non self-executing*: 322, 351-355
- normas *self-executing*: 351
- observancia espontánea: 3, 436
- poder: 6
- principio de no formalismo: 4
- relativismo: 4
- unidad: 19, 20

Derecho humanitario: 644-659; v. Asistencia humanitaria, Cruz Roja, Genocidio, Injerencia humanitaria, Responsabilidad internacional del individuo

- normas internacionales: 645-646
- conflictos armados internacionales: 647-649
- conflictos armados internos: 650-651
- control internacional: 649, 651
- cumplimiento: 648
- principios: 646
- y terrorismo internacional: 652-653

Derechos humanos: 623-643, 652, 680

- deber de solidaridad: 669
- derechos colectivos: 624
- indivisibilidad e interdependencia: 624
- justiciabilidad: 624
- primera, segunda y tercera generación: 624
- respeto: 669
- universalidad: 623
- violaciones graves y masivas: 669; v. Amenaza a la paz, C de S, Contramedida, Retorsión, Sanción

Derechos Humanos (protección internacional universal): 623, 625-635; v. Alto Comisionado para la Protección de los Derechos Humanos, CDH, Comité de Derechos Humanos, Consejo de Europa, OEA, OSCE

- mecanismos de protección:* 629-632
 - comentarios generales: 630
 - comunicaciones interestatales: 631
 - diálogo constructivo: 631
 - denuncias de particulares: 632
 - obligación de informar: 629, 630
 - protección extraconvencional: 633
 - procedimientos especiales: 634
 - procedimiento 1503: 634
 - mecanismo de examen periódico universal: 634
 - sistema de visitas periódicas: 629

Derechos humanos (protección internacional regional): 636-643

- Consejo de Europa: 636-638
- sistema interamericano: 639-643

Derelictio (abandono Territorio): 485, 486

Desarme: 612

Desarme nuclear: 613; v. AIEA, Ensayo nuclear, TNP, Zona desnuclearizada

Desarrollo progresivo del DI: 279, 283-286, 295; v. Codificación internacional

Descolonización: 54-55, 57-64, 66, 485

- Descubrimiento (Territorio):** 486
- Desdoblamiento funcional (doctrina del):** 2
- Desembocadura (de río) (líneas de base):** 509
- Desigualdad compensadora (principio de):** 51
- Desigualdad jurídica de los Estados:** 51
- Desmembramiento (de un Estado):** v. Estado, Sucesión
- Desplazados:** 619, 680, 685; v. Asilo, Refugiado
- Desuetudo (Tratados):** 245; v. Terminación
- Determinación de los hechos:** v. Investigación
- DI americano:** 10
- DI general:** 129, 646; v. Codificación internacional, Costumbre general, DI universal
- DI particular:** 129
- DI regional:** 9
- DI socialista:** 9
- DI universal:** 8; v. *ius cogens*
- Diplomacia:** v. Misión diplomática, Relaciones diplomáticas
- Diplomacia *ad hoc*:** 536, 543, 545; v. Misión especial, Delegación
- Diplomacia preventiva:** 591, 597, 603
- Divortia aquarum* (Delimitación terrestre):** 491
- Doctrina Calvo:** 464; v. Protección diplomática
- Doctrina de los efectos (y competencia territorial):** 38, 53
- Doctrina Monroe (y principio de no intervención):** 45
- Dolo (Tratados):** v. Nulidad
- Dualismo:** v. Recepción
- Duración de un Tratado:** v. Terminación
- Efecto relativo de las normas consuetudinarias:** 314
- Efecto relativo de los Tratados:** 257, 258, 279, 314, 338
- Efecto útil (Tratados):** v. Interpretación teleológica
- Efectividad (del gobierno):** 26
- Efectividad (del Estado):** 38
- Efectividad (y OI):** 89
- Efectividades (Territorio):** 487-489
- Eficacia directa en la CE:** 342, 350-351
- Eficacia directa en la OMC:** 351
- Eficacia directa (Tratados y resoluciones OI):** 351; v. Ejecución normativa
- Eiusdem generis* (regla):** 320, 321
- Ejecución normativa (Tratados y resoluciones OI):** 352, 353
- Ejecución normativa (Tratados y resoluciones OI) (Derecho español):** 35, 353, 354, 355; v. Comunidades Autónomas, Cortes Generales
- Elasticidad o variabilidad (principio de):** 259, 260; v. Sucesión de Estados en tratados
- Embajada:** 537; v. Misión diplomática
- Embargo:** 593; v. Medidas pacíficas del C de S, Sistema de seguridad colectiva

Empresa (ZIFM): 534

Encuesta: 371, 374, 375, 376; v. Investigación

Enmienda (Tratados): 90, 161, 238, 262; v. Modificación, Revisión

Ensayo nuclear: 531, 613; v. Desarme nuclear

Entes territoriales: v. Comunidades Autónomas

celebración de Tratados: 195-196

ejecución de Tratados y resoluciones: 354

inmunidad del Estado: 566

responsabilidad internacional: 403

Entrada en vigor (Tratados): v. Tratado

Equidad: v. Arbitraje *ex aequo el bono*, *Ex aequo el bono* (CIJ), Principios generales del Derecho

Equidad (delimitación marítima): 486, 523-525; v. Delimitación

Equidad (interpretación de Tratados): 329; v. Interpretación

Equidistancia (delimitación marítima): 523; v. Delimitación

Erga omnes (obligaciones): v. DI general, DI universal, *Ius cogens*

Error (Tratados): v. Nulidad

Error material (Tratados): v. Corrección de errores

Escuela española del DI: 573

Esfera de influencia: 52

Espacio aéreo: 24, 502-504; v. Aeronave, Delimitación, Navegación aérea

Espacio terrestre: 502; v. Territorio

Espacio ultraterrestre: 613

Especies altamente migratorias: 506, 517, 531

Estabilidad relativa (principio de): 517; v. Política común de pesca

Establecimiento público internacional (capacidad convencional): 145

Estado: 21, 22, 37, 113, 114, 117, 311; v. Competencias estatales, Desmembración, Gobierno, Población, Pueblo y población, Reconocimiento, Sucesión, Territorio, Unificación

Estado (absorción): 28

Estado (continuidad): 28

Estado (crisis del): 22

Estado (desmembramiento): 28

Estado (elementos): 23-27, 453; v. Gobierno, Población, Territorio

Estado (extinción): 28

Estado (intereses vitales): 5, 37; v. Principio de protección

Estado (nacimiento): 28

Estado (nombre): 27

Estado (poder y DI): 6, 51

Estado (unificación): 28

Estado acreditante: 537; v. Misión diplomática

Estado archipelágico: 519, 520; v. Archipiélago

Estado asociado: v. Libre determinación

Estado desagregado: 22

Estado de necesidad (responsabilidad internacional): 413, 418, 419, 677; v. Circunstancia de exclusión de ilicitud, Hecho ilícito

y fuerza armada: 586

Estado democrático: 83; v. Principio democrático

Estado dependiente: 42; v. Esfera de influencia

Estado en situación geográfica desventajosa (Derecho del Mar): 517, 519, 521; v. Estado sin litoral

Estado exiguo: 42, 51

Estado fallido: 27, 66, 82, 674, 679; v. Democracia

Estado hampón: 8, 34, 53

Estado hegemon: 51

Estado lesionado: 307, 433, 441, 447

Estado-mamut: 21

Estado mediterráneo: 483

Estado minimalista: 22

Estado neutral: 42; v. Neutralidad

Estado nómada: 483

Estado no pacífico: 67

Estado plurinacional: 55, 68, 72, 75; v. Minorías

Estado receptor: 537; v. Misión diplomática

Estado sancionado: 42, 597

Estado sin litoral: 24, 517, 519, 521

Estándar humanitario mínimo (Derecho humanitario): 644, 645, 650, 652

Estándar internacional mínimo (Derechos humanos): 462, 463, 464, 466, 625

Estoppe: 128, 233, 314; v. comportamiento unilateral

Estrecho de Gibraltar: 513

Estrecho de Magallanes: 513

Estrecho de Tirán: 513

Estrecho internacional: 513; v. Navegación aérea, Navegación marítima

Estrechos turcos:

Ex aequo et bono (CIJ): 300; v. Arbitraje *ex aequo et bono*

Excepción de ilegalidad (CE): 341; v. TJCE

Excepción preliminar (CIJ): v. CIJ

Exequatur: v. Oficina consular

Extranjería: 25, 453, 464; v. Asilo, Derechos Humanos, Entrada de extranjeros, Expulsión de extranjeros, Refugio, Schengen

Extranjeros: 453, 462-464, 625

admisión: 463

expulsión: 463

permanencia: 463

Extraterritorialidad (principio de): v. Competencia extraterritorial

Fideicomiso: v. Administración fiduciaria

Firma (Tratados): 155, 162, 163, 168, 169; v. Autenticación, Manifestación del consentimiento

Firma *ad referendum* (Tratado): 162, 169; v. Autenticación, Manifestación del consentimiento

Fondo Monetario Internacional (FMI): 101

Forum prorogatum (CIJ): 386; v. CIJ

Fragmentación del DI: 18

Frontera: 490-494; v. Cooperación transfronteriza, Delimitación, Demarcación, Territorio, Trifinio intangibilidad:

Frontera exterior UE (y extranjeros): 463

Fronteras españolas: 494

Fronteras naturales: 491

Fronteras seguras: 491

Fuerza armada: 576, 577, 673, 676

contra colonialismo: 59, 578

contra movimiento separatista: 73

en territorio colonial: 62

prohibición: 273; v. Agresión, Arreglo de controversias, Conquista, Derecho Humanitario, Desarme, Injerencia humanitaria, Legítima defensa, Sistema de seguridad colectiva

Fuerza mayor (responsabilidad internacional): 412, 413, 417, 418, 419; v. Caso fortuito, Circunstancia de exclusión de la ilicitud, Hecho ilícito

Fuerzas transnacionales: 21, 113

Funcionario internacional: 163; v. Agente internacional

Genocidio: 69, 71, 73, 623, 644, 655, 657-663, 665, 666, 674, 679; v. Responsabilidad penal internacional del individuo

Gentlemen's agreement: v. Acuerdo no jurídico

Gibraltar: 40, 64; v. Estrecho de Gibraltar

Globalización: 113, 116

Gobernanza mundial: 116, 117

Gobierno (del Estado): 26, 27; v. Reconocimiento

Gobierno (Tratados): 159, 187, 354-355

en autorización parlamentaria: 188-194

Grupo de Schengen: 463

Guerra: 644, 645; v. Fuerza armada

declaración de guerra: 573

ilegal (Sociedad de Naciones): 590

justa e injusta: 573, 648

Guerra cibernética: 589

Guerra de agresión: 616

Hecho ilícito: 398-401; v. Caso fortuito, Circunstancia de exclusión de la ilicitud, Consentimiento, Contramedida, Crimen internacional, Delito internacional, Estado de necesidad, Fuerza mayor, Legítima defensa, Peligro extremo, Responsabilidad internacional, Violación de un tratado

cesación: 399, 410, 420-421, 600

compuesto: 410

continuo: 410

de un órgano del Estado: 355, 403

elemento objetivo: 407-408

elemento subjetivo: 403-406

elemento temporal: 409-410

garantías de no repetición: 420, 424

de movimientos insurreccionales: 405

de particulares: 403-404

de OI: 406

de otros Estados: 406

instantáneo: 410

Hecho no prohibido (por el DI): 400, 402; v. Responsabilidad internacional absoluta

Helms-Burton (ley): 53

Hot pursuit: v. Derecho de persecución

Humanidad (y DI): 21

Humanización del DI: 87, 625

Igualdad (entre Estados): 49; v. Desigualdad compensadora

Ilícito internacional: v. Hecho ilícito

Imperativa (norma de DI): v. *ius cogens*

Imperialismo legislativo: 53

Imposibilidad de cumplimiento (Tratados): v. Suspensión, Terminación

Inadimplenti non est adimplendum: 247, 322, 439, 441; v. Aplicación coactiva, Represalia

Inconstitucionalidad de un Tratado: v. Control de constitucionalidad

Incorporación por referencia (Tratados): 318, 319

Indemnización (responsabilidad): 423, 600; v. Reparación

Independencia: 58; v. Libre determinación (pueblo colonial)

Influencia: v. Esfera de influencia

Injerencia humanitaria: v. Asistencia humanitaria, No intervención, Intervención humanitaria

Inmigración (gestión internacional): 467

Inmigrante: 465-467, 623

noción: 465

normas internacionales: 466

Inmunidad de agentes del Estado Extranjero y crímenes internacionales: 666; v. Responsabilidad penal internacional del individuo

Inmunidad de jurisdicción del Estado: 560-570

actos *iure imperii* y *iure gestionis*: 564, 566

y *Act of State*: 571

alcance procesal: 567

alcance subjetivo: 566

y competencia judicial internacional: 561

inmunidad absoluta: 563

inmunidad restringida: 563-565, 566

límites y excepciones: 565

y medidas coercitivas: 569, 570

aeronaves y buques de Estado: 570

bancos centrales: 570

cuentas bancarias misión diplomática: 570

normas internacionales: 562

origen: 562

y principio de reciprocidad: 568

Instalaciones portuarias (líneas de base): 509

Intangibilidad tratados territoriales: 486, 488

Integración: 58; v. Libre determinación

Integridad del territorio estatal (principio de la): 70, 71, 635; v. Comisión Badinter

Interpretación normas internacionales: 323-335; v. Tratado
por órganos internos: 357-359

- Interpretación Derecho interno conforme al DI:** 359
- Interpretación (sentencia arbitral):** 378; v. Arbitraje, Sentencia arbitral
- Interpretación (sentencia CIJ):** 394; v. Sentencia
- Interpretación auténtica:** 334, 357; v. Tratado
- Interpretación gramatical y lógico-sistemática:** 357; v. Tratado
- Interpretación teleológica:** 334, 357; v. Efecto útil, Tratado
- Intervención:** 46; v. No intervención
- Intervención humanitaria:** 46, 669, 673-677, 679; v. Responsabilidad de proteger
 por NU: 674
 al margen de NU: 675
 contra la Carta de NU: 676
- Intervención pro democracia:** 84; v. Principio democrático
- Intervención (de tercero) (CIJ):** v. CIJ
- Investigación (Arreglo de controversias):** 371, 374; v. Encuesta
- Investigación científica (en ZEE y plataforma continental):** 517
- Inviolabilidad (locales de la Misión diplomática):** v. Misión diplomática
- Inviolabilidad (locales de la Oficina consular):** v. Oficina consular
- Inviolabilidad (miembros de la Misión diplomática):** v. Misión diplomática
- Isla:** 508, 525; v. Roca
- Isla artificial:** 517; v. Zona de seguridad
- lure gestionis y lure imperii* (actos del Estado):** v. Inmunidad de jurisdicción del Estado
- ius ad bellum*:** 573; v. Fuerza armada,
 y armas nucleares: 613
- ius ad tractatum*:** 139-145, 195-196; v. Capacidad convencional
- ius cogens*:** 11-17, 19, 120, 125, 159, 223, 243, 246, 247, 252, 271, 313, 317, 318, 336, 574, 623, 646; v. Concurrencia, Crimen internacional, DI universal, *Opinio iuris cogentis*
 y crimen internacional: 408
 y Derecho interno: 17
 y reconocimiento de Estados: 32
 y responsabilidad internacional: 15, 16, 399, 408, 425
 y Tratados: 15, 16; v. Nulidad
- ius cogens superveniens* (y Tratados):** v. Terminación
- ius in bello*:** 573, 644, 645; v. Derecho humanitario
 y armas nucleares: 613
- ius legationis*:** 538; v. Derecho de legación
- ius sanguinis y ius soli*:** 456, 457, 460; v. Nacionalidad
- Jefe del Estado (acción exterior):** 43, 124, 176, 178, 536; v. Declaración unilateral, Rey
 privilegios e inmunidades: 551
 Tratados: 172; v. Rey
- Jefe del Gobierno:** 124, 176, 17, 536; v. Declaración unilateral
 privilegios e inmunidades: 551
- Jerarquía (entre normas y obligaciones internacionales):** 19, 336; v. Concurrencia
- Juez *ad hoc* (CIJ):** v. CIJ
- Jurisdicción sobre aeronaves:** 504; v. Aeronave, Navegación aérea

Jurisdicción sobre buques: v. Buque, Derecho de visita, Derecho de persecución, Navegación marítima, Pabellón de complacencia, Piratería, Registro de buques, Tráfico de esclavos, Tráfico de estupefacientes, Transmisiones
 en aguas interiores: 510
 en alta mar: 531
 en mar territorial: 512
 en ZEE y plataforma continental: 517
 en zona contigua: 514

Jurisdicción universal, principio de: 654, 661-665, 667, 668

Jurisprudencia internacional: 264, 277-278, 313, 323

Laudo arbitral: v. Sentencia arbitral

Legación: 537; v. Misión diplomática

Legítima defensa: 580-586, 606; v. Agresión, Fuerza armada, Sistema de seguridad colectiva, Terrorismo internacional
 casus operandi: 582
 colectiva: 582; v. OTAN, UEO
 condiciones de ejercicio: 585
 preventiva: 583
 y población colonial: 62
 y responsabilidad internacional: 413, 415; v. Circunstancia de exclusión de la ilicitud, Hecho ilícito
 y sistema de seguridad colectiva:
 y terrorismo internacional: 608

Lex mercatoria: 113, 116

Lex posterior: 336

Lex specialis: 336, 338, 400; v. Concurrencia, Responsabilidad internacional, Tratados sucesivos

Liability: 400, 402

Libertades del aire: 503; v. Espacio Aéreo, Navegación aérea

Libre determinación de los pueblos (ppio): 54, 67, 70, 82; v. Libre determinación (pueblos coloniales), Minorías
 titulares: 55

Libre determinación (pueblos coloniales): 54-67; v. Administración fiduciaria, Fuerza armada, Pueblo colonial, Territorio colonial, Territorio no autónomo
 formas ejercicio: 58
 y uso de la fuerza: 586-587

Libre determinación (pueblos no coloniales): 68-81, 82; v. Minorías, Pueblo indígena, Población del Estado

Límite (Territorio): 490

Limpieza étnica: 73

Líneas de base (espacios marinos): 509, 522; Bahía, Desembocadura

Líneas de base archipelágicas: 520; v. Archipiélago

Línea media (delimitación marítima): 523

Mandato (S de N): 56

Manifestación del consentimiento: 155, 167-172, 182; v. Tratado, Fase final
 Derecho español: 172

Maniobras militares (en la mar): 531

Manos limpias: 473; v. Protección diplomática

Mantenimiento de la paz y seguridad internacionales: 71, 586, 590-593, 597, 598, 600-602; v. Arreglo de controversias, Operaciones de mantenimiento de la paz, Sistema de seguridad colectiva

Mantenimiento de la paz y seguridad regionales: 603, 604; v. Organismos regionales

- Mapas (Territorio):** 486, 490
- Mar patrimonial:** 516; v. ZEE
- Mar presencial (Chile):** 533
- Mar territorial:** 502, 505, 506, 507-517, 520, 522-525, 527-529, 531, 535; v. Navegación aérea, Navegación marítima
 Derecho español: 511
- Matrimonio consular:** v. Oficina consular
- Mediación:** 370-373, 592; v. Medios políticos de arreglo de controversias
- Medidas provisionales (CIJ):** v. CIJ
- Medidas provisionales del C de S:** v. C. de S.
- Medios de arreglo de controversias (libertad de elección):** 370; v. Arreglo de controversias, Controversia internacional
- Medios jurisdiccionales de arreglo de controversias:** 370; v. Arbitraje internacional, Controversia internacional, CIJ, TJCE, Tribunal Internacional de Derecho del Mar
- Medios políticos de arreglo de controversias:** 370; v. Buenos oficios, Conciliación, Controversia internacional, Investigación, Mediación, Negociaciones diplomáticas
- Melilla:** 494
- Melilla (aguas):** 529
- Ministerio de Asuntos Exteriores:** 537
- Ministro de Asuntos Exteriores:** 124, 176, 178
 - y acción exterior: 43, 536; v. Unidad de acción
 - privilegios e inmunidades: 551
 - y tratados: 159, 162, 349
 - Derecho español:**
- Minorías:** 54, 55, 61, 63, 68-71, 74, 75, 77-79, 82, 83
 - derecho de autogobierno: 68, 70, 79
 - derecho de separación: 55, 68, 70-76
 - y Derecho interno: 72
 - derechos humanos: 69
 - libre determinación: 55
- Misión de OI (ante Estados *u al*):** 543
- Misión diplomática:** 43, 100, 468, 536-542, 543; v. Asistencia diplomática, Cartas credenciales, Derecho de legación, Nunciatura, Relaciones diplomáticas
 - acreditación múltiple: 538
 - asilo diplomático: 542
 - cartas credenciales: 539
 - y copia de estilo: 539
 - correo diplomático: 541
 - encargado de negocios: 538, 539
 - establecimiento: 538
 - funciones: 537
 - inviolabilidad: 541
 - locales, bienes y archivos: 538, 541
 - miembros: 539
 - privilegios e inmunidades: 552-556
 - persona *non grata*: 539
 - pláacet: 537, 539
 - privilegios e inmunidades: 540, 541, 777-783
 - sección consular: 537; v. relaciones consulares
 - terminación: 538
 - valija: 541

Misión especial: 43, 536, 537, 543, 545

bilateral y multilateral: 545

composición: 545

funciones: 545

plácet: 545

privilegios e inmunidades: 545

privilegios e inmunidades miembros: 558

Misión permanente de Estados (ante OI): 100, 536, 543, 544

y acuerdos de sede: 544

establecimiento: 544

funciones: 544

miembros: 544

privilegios e inmunidades: 557

y Misión diplomática: 544

privilegios e inmunidades: 544

Modificación (Tratados): 161, 210; v. Acuerdo modificativo, Enmienda, Revisión

Monismo/Dualismo: 347; v. Recepción

Monroe (doctrina): v. No intervención

Movimiento de liberación nacional: 59, 62, 205, 586; v. Libre determinación

Movimiento insurreccional: v. Hecho ilícito

Movimiento separatista: 73

Mundo westphaliano: 113; v. Sociedad internacional

Nacionalidad: 25, 435, 453-459, 474-476; v. Apatridia, Buque, Ciudadanía, *Ius sanguinis*

aeronaves: 461, 504

cambio: 457

continuidad nacionalidad: 476

doble nacionalidad: 453, 459, 474

efectiva: 474

navíos: 461, 531

objetos espaciales: 461

personas físicas: 474

personas jurídicas: 461, 475

privación: 457

y protección diplomática: 474

y sucesión de Estados: 35, 458; v. Comisión Badinter, Sucesión de Estados

Nacionales: 453, 468

Naciones Unidas: 279, 284, 536; v. ACNUR, Administración fiduciaria, Alto Comisionado para la Protección de los Derechos Humanos, Arreglo de controversias, AG, CDH, CDI, Comité de Derechos Humanos, C de S, CH, Operación de mantenimiento de la paz, Organismo regional, Organización interestatal, Sistema de seguridad colectiva

financiación: 101

imposición de la paz: 674; v. Operaciones de paz

Navegación aérea: 503; v. Aeronave, Cabotaje, Espacio aéreo, Jurisdicción sobre aeronaves, OACI, Zona de exclusión aérea

Navegación aérea (estrechos): 513; v. Paso en tránsito, Paso inocente

Navegación aérea (mar territorial): 512

Navegación fluvial: 499; v. Río internacional

Navegación marítima: v. Asistencia marítima, Buque, Jurisdicción sobre buques, Maniobras militares, Zona de exclusión marítima, Zona de seguridad

aguas archipelágicas: 520; v. Archipiélago

aguas interiores: 510; v. Puertos

- alta mar: 530, 531
- estrechos: 513; v. Paso en tránsito, Paso inocente
- mar territorial: 511, 512; v. Paso inocente
- ZEE: 518; v. Jurisdicción sobre buques, Zona de exclusión, Zona de seguridad
- Negociación (Tratados): 155-159, 287
- Derecho interno: 159
- Negociaciones diplomáticas (arreglo de controversias): 370, 371, 372; v. Medios políticos
- Necesidad militar: 646, 653; Derecho humanitario, Terrorismo internacional
- Neutralidad (estatuto de): 42; v. Estado neutral
- No devolución (principio de): 466
- No formalismo (principio de): 127, 386
- No intervención (principio de): 9, 44-48, 59, 62, 679; v. Democracia, Fuerza armada, Injerencia humanitaria, *Monroe* y Retorsiones: 440
- Non liquet*: 276
- Norma (y obligación) internacional: 2
- Notificación: 127
- Notificación (Tratados): 174; v. Perfeccionamiento del consentimiento
- Nueva diplomacia multilateral: 165
- Nuevos Estados
 - y costumbre: 271; v. oponibilidad costumbre
 - y conflictos armados: 647
 - y nacionalidad: 458
 - y participación en tratados multilaterales: 204
- Nulidad (Tratados): 237, 239-243, 579
 - Causas
 - Coacción sobre el representante: 239, 241, 252, 255
 - Coacción sobre el sujeto: 239, 242, 252, 255
 - Competencia: 239, 240, 252, 255
 - Corrupción del representante: 239, 241, 252, 255
 - Dolo: 239, 241, 252, 255
 - Error: 239, 241, 252, 255
 - ius Cogens*: 239, 243, 252, 253, 255
 - Inobservancia restricción poder del representante: 239, 240, 252, 255
 - Divisibilidad del tratado: 255
 - Efectos: 255
 - Efectos *ex tunc*: 244
 - Legitimados para invocarla: 252
 - Nulidad absoluta y relativa: 252
 - Procedimiento de verificación: 253
- Nunciatura: 537; v. Misión diplomática
- Objeción (a una reserva): v. Reserva
- Objetivo militar (conflicto armado): 645-647
- Objeto persistente (costumbre): v. Costumbre internacional
- Obligación internacional: 407; v. Acto unilateral, Declaración Unilateral, Costumbre, Resolución de OI, Responsabilidad internacional, Tratado
- Obligaciones bilaterales: 433
- Obligaciones *erga omnes*: 12, 16, 433, 434, 623, 648

- Obligaciones integrales: 433
- Obligaciones inter-partes: 433
- Observador (de una OI): 105
- Observadores (de NU): v. Operación de mantenimiento de la paz
- Observancia del DI: 300; v. Cumplimiento
observancia espontánea: 301
- Ocupación (territorial): 55, 67, 71, 618-620, 647; v. Conquista, Legítima defensa, *Stimson*, *Terra nullius*, Territorio, Territorio ocupado
- Oficina consular: 453, 468, 469, 536; v. Protección consular, Registro consular, Relaciones consulares, Misión diplomática (Sección consular)
 - asistencia consular: 546
 - carta patente: 548
 - establecimiento: 547
 - exequatur*: 548
 - funcionario consular: 547
 - funciones: 546
 - matrimonio consular: 546
 - miembros: 548
 - privilegios e inmunidades: 559
 - persona *non grata*: 548
 - privilegios e inmunidades: 549
 - inviolabilidad: 549
 - registro de matrícula de nacionales: 546
 - terminación: 547
- Operación de paz: 673
 - Tipos:
 - de consolidación de la paz: 678
 - de imposición de la paz: 599, 673
 - de mantenimiento de la paz (NU): 595, 597, 673; v. Asistencia humanitaria, Fuerza armada, Injerencia humanitaria, Observadores
- Operación de mantenimiento de la paz (NU):
 - autorización: 595
 - ejecución: 595
 - financiación: 101, 595, 598
 - papel AGNU: 595
 - papel SG: 595
 - de segunda generación: 597
 - requisitos: 598
- Opinio iuris (costumbre)*: 130; v. Costumbre, Resoluciones AGNU
- Opinio iuris cogentis*: 13, 270, 273; v. *Ius cogens*
- Opinión consultiva (CIJ): 342; v. CIJ
- Opinión disidente e individual (CIJ): 394; v. CIJ
- Organismo para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina (OPANAL): 613
- Organismo especializado de NU: 86
- Organismo regional (Cap VIII de la Carta NU): 580, 603, 604, 675, 679; v. Arreglo de controversias, Sistema de seguridad colectiva
- Organización de Aviación Civil Internacional (OACI): 502-504
- Organización de Estados Americanos (OEA): 603
 - arreglo de controversias (Pacto de Bogotá): 370, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 387, 390

derechos humanos: 639-643; v. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos
y ONG: 119

Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI): v. Navegación aérea

Organización de las Naciones Unidas (ONU): v. NU
y corporaciones transnacionales: 116
y ONG: 114, 115, 305

Organización de las NU para el Desarrollo Industrial (ONUDI): 89

Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN): 603, 604, 676

Organización internacional (OI): 21, 86-95, v. Arreglo de controversias, Misión permanente, NU, Protección funcional, Resolución, Responsabilidad internacional
adopción de decisiones: 110
agentes: 536
privilegios e inmunidades: 536
aplicación del DI: 311
clases:
abiertas/cerradas: 94, 95, 99
cooperación/integración: 94, 97
generales/sectoriales: 94, 96
regional: 86
cambio/extinción: 111
capacidad convencional: 143-144
competencias: 92
y cumplimiento DI: 300
y cumplimiento reglas OI: 306
derecho de legación: 536
derecho primario: 90
derecho secundario: 90
miembros: 98-100, 102-103
admisión Estados democráticos: 83 v. Principio democrático
derecho de retirada: 102
expulsión: 103
limitación de derechos: 103
suspensión: 103
y tratados de la OI: 314
financiación: 101
noción: 88
órganos: 106-109, 306
misiones permanentes ante Estados y OI: 543
y participación en tratados multilaterales: 205
personalidad jurídica interna: 93
personalidad jurídica internacional: 91, 93
personalidad jurídica objetiva: 91
privilegios e inmunidades: 535
responsabilidad internacional: 89, 406, 426-429
subjetividad funcional: 92, 94
subjetividad secundaria: 91
sucesión: 112
territorio: 482
tratado constitutivo: 89, 90, 104, 334
y tratados: 163, 315

Organización Internacional del Trabajo (OIT): 78, 90, 116, 627

Organización Mundial de Comercio (OMC): 110, 116, 119; v. Comercio internacional
y aplicación coactiva: 438
arreglo de controversias: 400
y responsabilidad internacional: 400

Organización no gubernamental (ONG): 113-117, 670
y *amicus curiae*:
y arreglo de controversias: 395
y cumplimiento del DI: 302-306, 307
definición: 115
estatuto consultivo: 118, 165
fórmula Arria: 113, 117, 118
legitimación activa ante tribunales internacionales: 396
y NU: 118
y OI: 113, 115, 117-119
responsabilidad: 430-431
y formación de tratados: 156, 158, 165

Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP): 89

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE): 89; v. Arreglo de controversias

Órgano de Solución de Diferencias (OMC): 277

Órgano del Estado: 403; v. Auto-organización (ppio), Hecho ilícito

Órgano subestatal y responsabilidad internacional: 403

Pabellón (buque): v. Buque

Pabellón de complacencia (buque): 531

***Pacta sunt servanda*:** 3, 238, 304, 488, 648

Pacto Andino: 97; v. Comunidad Andina

Pacto entre caballeros: v. Acuerdo no jurídico

Pacto Mundial (Global Compact): 116

***Pactum de negotiando*:** 156

País de ascendencia: 55, 69, 75; v. Minorías

Palestina: 67

Parlamento Europeo (PE) (Tratados): 107, 202

Parte (Tratados): v. Contratante

Paso archipelágico: 520

Paso en tránsito (estrechos): 2, 502, 513, 519, 520; v. Estrecho internacional, Navegación marítima

Paso inocente: 507, 511-513, 520, 535; v. Mar territorial, Navegación marítima

Paso inocente (estrechos): 513; v. Estrecho internacional, Navegación marítima

Patrimonio común de la Humanidad: 506, 534; v. Espacio ultraterrestre, ZIFM

Peligro extremo (responsabilidad internacional): 413, 418, 419; v. Circunstancia de exclusión de la ilicitud, Hecho ilícito

Perfeccionamiento del consentimiento: 155, 173, 174, 182; v. Tratado, Fase final

Persecución en caliente: v. Derecho de persecución

***Persona non grata* (miembros de la Misión diplomática):** v. Misión diplomática

***Persona non grata* (miembros de la Oficina consular):** v. Oficina consular

Personalidad activa, principio de (competencias extraterritoriales): 39, 40

Personalidad pasiva, principio de (competencias extraterritoriales): 39, 41

- Pesca (en alta mar):** 532; v. Comisiones internacionales de pesquerías, Especies altamente migratorias, Jurisdicción sobre buques, Poblaciones transzonales, Política común de pesca
pesca responsable: 532
- Pesca (en ZEE):** 517; v. Especies altamente migratorias, Jurisdicción sobre buques, Política común de pesca, TAC, Zona de pesca
- Pesca (en ZEE) (Derecho español):** v. Política común de pesca
- Piratería (marítima):** 531
- Plataforma continental:** 506-508, 514-525, 528-531, 535; v. Isla artificial, Jurisdicción sobre buques, Tendido de cables y tuberías
- Plataforma continental amplia (o residual):** 515, 522
- Plenos poderes:** 175-179, 536; v. Competencia
- Población (del Estado):** 23, 25, 27, 68, 82, 453; v. Pueblo y población
- Población (del territorio colonial):** 61, 64, 65
- Población civil (protección conflicto armado):** 645, 647
- Poblaciones transzonales (pesca en alta mar y ZEE):** 506, 531, 533
- Poderes implícitos (doctrina de los):** 328, 340, 343; v. Competencias implícitas
- Política común de pesca (CE):** 517; v. Estabilidad relativa
- Posesión efectiva (Territorio):** 486, 487
- Potencia ocupante:** 618, 619
- Potencia protectora:** 306, 649
- Práctica internacional (costumbre):** v. Costumbre
- Precedente:** 323
- Prescripción (territorial):** v. Territorio
- Primacía del Derecho comunitario:** 341, 367; v. Derecho comunitario
- Primacía del Derecho comunitario (sobre Constitución nacional):** 367; v. Constitución nacional, Derecho comunitario
- Primacía del DI (sobre Derecho del Estado):** 365; v. Constitución nacional
- Primacía del DI (sobre Derecho español):** 365
- Primacía del DI (sobre Derecho comunitario):** 365; v. Derecho comunitario
- Principio archipelágico:** 520, 525; v. Archipiélago
- Principio democrático:** 55, 82-85
- Principio de protección (competencias extraterritoriales del Estado):** 39, 41, 53
- Principios de DI:** 264
- Principios fundamentales del DI:** 264
y normas imperativas: 14
- Principios generales del Derecho:** 264, 274-276; v. Buena Fe, Equidad
- Prisioneros de guerra:** 647, 649, 653; v. Derecho humanitario, Terrorismo internacional
- Privilegios e inmunidades agentes Estado extranjero:** 550-559
miembros de las Delegaciones: 558
miembros de la Misión diplomática: 552-556
miembros de las Misiones especiales: 558
miembros de la Misión permanente: 557
miembros Oficina consular: 559
órganos centrales: 551
- Procedimiento (CIJ):** v. CIJ
- Procedimiento arbitral:** v. Arbitraje internacional

Programa de paz: 597, 604

Prohibición del uso de la fuerza (ppio): 62, 273, 574-579, 594, 644; v. *Fuerza armada y arreglo pacífico de controversias*: 369
 ámbito prohibición: 578
 excepciones: 580
 y guerra cibernética: 589
 ¿otros usos lícitos?: 586-588
 usos más graves y menos graves de la fuerza: 576, 582

Promesa: 123; v. *Declaración unilateral*

Protección consular: 487; v. *Asistencia consular, Oficina consular*

Protección de los ciudadanos de la VE: 470; v. *Ciudadanía de la VE*

Protección del medio marino: 516, 535

Protección diplomática: 469-480, 625; v. *Agotamiento de recursos internos, Asistencia diplomática, Cláusula Calvo, Manos limpias, Protección funcional, Reclamación internacional*
Derecho español: 47
 persona jurídica: 475, 480; v. *APPRI*
 renuncia del particular: 479
 requisitos: 473-478

Protección funcional (OI): 481

Protección nacionales y uso de la fuerza: 588

Protesta (del Estado): v. *Aquiescencia*

Publicación oficial (resoluciones O1) (Derecho español): 350

Publicación oficial (Tratados) (Derecho español): 349

Pueblo y nación: 68

Pueblo y población: 68

Pueblo colonial: 55, 57, 59, 61, 205; v. *Libre determinación, Población*

Pueblo indígena: 77-81, 623
 capacidad convencional: 80, 145
 y *derechos minorías*: 77-78
 derecho de separación: 77, 79
 y Estado: 80, 81
 y libre determinación: 55, 79
 normas internacionales: 78

Pueblo del Estado (libre determinación): 55

Pueblo ocupado (libre determinación): 55

Puertos: 510; v. *Aguas interiores*

Puertos (líneas de base): 509

Quebrantamiento de la paz: 593, 594, 596, 602; v. *C de S*

Ratificación (Tratados): 168, 170, 171

***Rebus sic stantibus* (Tratados):** v. *Cambio fundamental de las circunstancias*

Recepción (del DI en el Derecho del Estado): 346-350
 de las normas consuetudinarias: 346
 de las resoluciones de OI: 350
 de los tratados: 347-348

Recepción acuerdos CE: 348

- Recepción resoluciones CE:** 350
- Recepción resoluciones C de S:** 350
- Recepción resoluciones Mercosur:** 350
- Recepción automática y especial:** 347
- Reciprocidad (medidas de):** 439, 441; v. Aplicación coactiva, Represalia
- Reciprocidad (aplicación DI):** 356
- Reclamación internacional:** 432-435, 469, 471, 472; v. Protección diplomática, Responsabilidad internacional
- Reclamación territorial:** 64, 65; v. Libre determinación
- Reconocimiento:** 123, 314, 486, 489; v. Declaración unilateral
- de Estados:** 29 a 34, 63, 73; v. Comisión Badinter, Relaciones diplomáticas
 - colectivo:** 30
 - implícito:** 31
 - premature:** 32, 73
 - de Gobiernos:** 32; v. Gobierno
- Recurso de anulación (CE):** 341; v. TJCE
- Recurso de inconstitucionalidad (Tratados):** 199, 363; v. Control de constitucionalidad (Tratados)
- Recurso interestatal (TEDH):** 638
- Referéndum (y tratados):** 187, 200
- Refugiado:** 67, 619, 623, 680-685; v. ACNUR, Asilo, Desplazados
- concepto:** 682
 - derecho de asilo:** 683
 - estatuto:** 683
 - normas internacionales:** 681
 - principio de no devolución:** 683
 - principio de no discriminación:** 683
- Regionalismo (y DI):** 9
- Régimen autónomo:** 18, 19, 129
- y aplicación coactiva:** 438, 439
 - responsabilidad internacional:** 398-400, 432
- Régimen internacional:** 113, 114, 300-303, 305-307
- Régimen territorial objetivo (Tratados que establecen un):** 258
- y delimitación marítima:** 527
- Registro (Tratados):** v. Tratado
- Registro consular:** v. Oficina consular
- Registro de buques:** v. Buque
- Registro de matrícula (Oficina consular):** v. Oficina consular
- Reglamento CE:** 153, 341; v. Derecho comunitario
- Relaciones consulares:** 536, 537; v. Oficina consular
- Relaciones diplomáticas:** 536; v. Derecho de legación, Diplomacia *ad hoc*, Misión diplomática, Misión permanente, Reconocimiento, Ruptura de relaciones diplomáticas
- Relativismo (del DI):** 4, 314; v. Costumbre general
- y derechos humanos:** 623
- Relativismo (tratados):** 314
- Renuncia:** 123, 486; v. Acto unilateral
- Reparación (responsabilidad internacional):** 420-423, 600; v. Nacionalización, Indemnización, Reparación por equivalencia, *Restitutio in integrum*, Satisfacción

Reparación por equivalencia: 423

Repatriación: 684; v. ACNUR, Asilo, Refugiados

Represalia: 127, 300, 416, 439, 441, 443; v. Aplicación coactiva, Contramedida, *Inadimplenti*, Reciprocidad armada: 584; v. Fuerza armada (prohibición)

Representación internacional (del Estado u otros sujetos): v. Plenos poderes

Representación permanente: v. Misión permanente

Res communis: 482, 530

Res inter alios acta: 338

Reserva (Tratados): 203, 211-230; v. Cláusula de reserva negociada, Declaración interpretativa y política, Objeción

a tratados constitutivos de OI: 90

a tratado que declara costumbre: 292

y objetor persistente: 292

a tratado de derechos humanos: 230, 627

a tratado que declara norma de *jus cogens*: 292

de exclusión y de modificación:

embrionaria: 214

denominación: 220

y declaraciones interpretativas: 231, 232

formulación: 214

negociada: 211, 223, 318

y participación Cámaras legislativas: 234-236

objeto: 216

de exclusión: 217

de modificación: 217, 218

reserva extensiva: 218

reserva general: 216

reserva transversal: 216

régimen jurídico: 221-230

aceptación y objeción: 225, 226, 227, 229

aceptante, objetante y reservante: 226

y entrada en vigor tratado: 227

regla panamericana mínima: 221

reserva prevista: 223

autorizada: 223

prohibidas: 223

reserva no prevista: 224

retirada reservas y objeciones: 229

sistema flexible (de Viena): 221, 222, 228, 230

tardía: 215

temporal: 229

Resolución (OI): 121, 152-154, 279; v. Codificación internacional, *Contracting in*, *Contracting out*, Decisiones del C de S, Derecho comunitario, Mercosur, Resoluciones AGNU

interpretación: 334

y tratado constitutivo: 340

Resoluciones AGNU: 279, 281, 295-299, 626

y costumbre internacional: 297-299

resolución-declaración: 296

y tratado multilateral general: 281

Resoluciones AGNU (y *opinio iuris*): 270

Resoluciones C de S (cumplimiento): 597

Responsabilidad civil del Estado por crímenes de sus agentes: 667

Responsabilidad de proteger: 679

Responsabilidad internacional: 300, 306, 307, 398-435, 437, 581, 584; v. Crimen internacional, Delito internacional, Denegación de justicia, Hecho ilícito, Hecho no prohibido, Protección diplomática, Reclamación internacional, Régimen autónomo, Reparación, Violación de un tratado

función: 398

normas: 398

objetiva: 398

origen: 399-402

rasgos esenciales: 399

Responsabilidad internacional (actores no estatales): 400, 430-431

Responsabilidad internacional (OI): 400, 426-429

y de Estados miembros: 429

Responsabilidad internacional absoluta (objetiva o por riesgo): 400, 402

Responsabilidad penal internacional del individuo: 654, 667, 671; v. Agresión, Genocidio, Tribunal Penal Internacional, Tribunales penales internacionales

Restitutio in integrum (responsabilidad internacional): 423, 600; v. Reparación

Retorsión: 127, 300, 416, 439, 440; v. Aplicación coactiva

y violación masiva de derechos humanos: 671

Retroactividad (Tratados): 317

Revisión (sentencia arbitral): 378; v. Arbitraje, Sentencia arbitral

Revisión (sentencia CIJ): 394; v. Sentencia

Revisión (Tratados): 90, 238, 261-263; v. Enmienda, Modificación, Sucesión de tratados

Rey (tratados) (Derecho español): 172

Río internacional: 499; v. Comisión fluvial, Equidad, Navegación fluvial, *Thalweg*

Río fronterizo o contiguo: 499

Río sucesivo o internacional: 499

Roca (mar): 508, 525; v. Isla

Rúbrica (Tratados): 162; v. Autenticación

Ruptura de relaciones diplomáticas: 249, 538; v. Terminación (Tratado)

Sáhara occidental: 65

Sala de controversias de Fondos Marinos: 396, 534; v. Tribunal Internacional de Derecho del Mar, ZIFM

Salas ad hoc (CIJ): 384, 386; v. CIJ

Salas de procedimiento sumario (CIJ): 384; v. CIJ

Salas especializadas (CIJ): 384; v. CIJ

Sanción internacional: 439, 441, 442, 594, 597, 608, 609, 617, 620; v. Aplicación coactiva, Injerencia humanitaria, Medidas coercitivas C de S, Terrorismo internacional

contra colonialismo: 63

y violación masiva de derechos humanos: 672

Sanción internacional (Sociedad de Naciones): 590

Santa Sede (capacidad convencional): 145

Satisfacción (responsabilidad internacional): 423, 600; v. Reparación

Schengen (acuerdos de): v. Asilo, UE

Sección consular: v. Misión diplomática

Secesión (de un territorio estatal): 28, 35, 55, 68, 70

- Secretario general (NU):** 373, 630, 635, 645, 655, 657-659, 663, 679; v. Arreglo de controversias, Operación de mantenimiento de la paz, Sistema de seguridad colectiva
y Capítulo VI de la Carta: 592
- Secreto oficial (y acción exterior):** v. Tratado secreto
- Seguridad (del Norte):** 605
- Seguridad colectiva:** 678
- Self-executing (tratados y resoluciones O1):** v. Eficacia directa, Ejecución normativa
- Sentencia**
Corte Interamericana de DH: 641
CIJ: v. CIJ, Interpretación, Opinión consultiva, Revisión
TEDH: 638
- Sentencia arbitral:** v. Arbitraje internacional, Interpretación, Revisión
- Ser humano (y DI):** 21, 626; v. derechos humanos, persona humana
- Sic utere tuo ut non laedas (curso de agua internacional):** 500
- Silencio:** v. Aquiescencia
- Silencio (adopción tratados):** 160
- Sistema de seguridad colectiva (NU):** 574, 590-605, 608-611, 614-620; v. Arreglo de controversias, C de S, Desarme, Injerencia humanitaria, Medidas coercitivas del C de S, Medidas provisionales, Operación de mantenimiento de la paz, Organismo regional, Zona de exclusión aérea, Zona de protección
y legítima defensa: 581
papel de la AGNU:
y terrorismo internacional: 610-611
- Sistema internacional:** 114, 117
- Soberanía (principio de):** 37-39, 42, 53, 55, 121, 452, 502, 503, 536, 561, 573, 635, 679; v. Estado, competencias territoriales
dimensión exterior: 42
- Soberanía territorial:** 38, 482; v. Territorio
y uso de la fuerza: 579
- Soberanía virtual (pueblo colonial):** 57
- Sobrevuelo (estrechos):** v. Paso en tránsito, Paso inocente
- Sociedad civil internacional:** 113, 114, 117, 267, 281, 302
- Sociedad de Naciones:** 86
- Sociedad internacional (y DI):** 1, 2, 7, 8, 86, 87, 113, 114, 265
polimorfismo: 87
- Sociedad internacional (y universalismo):** 8
- Soft-Law:** 147; v. Resoluciones AGNU
- Stimson (doctrina):** 579; v. Conquista, Ocupación
- Submarino (Navegación):** 512
- Sucesión (de Estados):** 35; v. Comisión Badinter, Nacionalidad
como miembro de una OI: 35, 104
en materia de bienes, archivos y deudas: 35, 36
en materia de Tratados: 35, 257-260; v. Continuidad, Elasticidad, *Tabula rasa*
- Sucesión de Tratados:** 238, 261, 263; v. Modificación, Revisión, Tratados sucesivos
- Sujetos de DI:** 21, 91, 92, 113, 120, 133, 264, 312, 378
- Suspensión (de Estados) (como miembro de una OI):** v. OI
- Suspensión (Tratados):** 237, 244, 250; v. Cambio fundamental de circunstancias, Conflicto armado, Imposibilidad de cumplimiento, Violación de un tratado

Causas:

- por acuerdo de las partes: 245
- sin acuerdo de las partes: 246
 - cambio fundamental de circunstancias: 246, 247
 - conflicto armado: 248
 - contramedida: 248
 - imposibilidad temporal de cumplimiento: 246, 247
 - violación de un tratado: 246, 247, 251, 254

Divisibilidad del tratado: 256

Efectos: 256

Efectos *ex nunc*: 244

Legitimados para invocarla: 252

No son causas: 249

Procedimiento de verificación: 253

Suspensión no motivada: 250

Tabula rasa: 257, 259; v. Sucesión de Estados en materia de tratados

TAC y cuotas (pesca): 517; v. Política común de pesca

Tendido de cables y tuberías (en ZEE y plataforma continental): 518

Tercero (y delimitación marítima y terrestre): v. Trifinio

Tercero (y Tratados): 314; v. Relativismo

Terminación (Tratados): 237, 244-251

Causas:

- por acuerdo de las partes: 245
 - abrogación: 245
 - cláusula de denuncia: 245
 - cláusula de duración: 245
 - desuetudo*: 245
- sin acuerdo de las partes: 246
 - cambio fundamental de circunstancias: 246, 247, 250, 252
 - conflicto armado: 248
 - contramedida: 248
 - ejecución de las obligaciones del tratado: 246, 248
 - extinción o desaparición del sujeto parte: 246, 248
 - imposibilidad de cumplimiento: 246, 247
 - ius cogens superveniens*: 246, 247, 252, 253
 - violación de un tratado: 246, 247, 252

Denuncia no motivada: 250, 253

Divisibilidad del tratado: 256

Efectos: 256

Efectos *ex nunc*: 244

Legitimados para invocarla: 252

No son causas: 249

Procedimiento de verificación: 253

de la violación del tratado multilateral: 254

Terra nullius: 60, 482, 484, 485, 486, 489; v. Ocupación

Territorialidad (principio de): 38 v. Competencia territorial

territorialidad objetiva: 38

territorialidad subjetiva: 38

y universalidad: 664

- Territorio (estatal):** 23, 24, 27, 38, 453, 482, 483; v. *Accesión, Adjudicación, Cesión, Competencia territorial, Conquista, Cooperación transfronteriza, Delimitación, Frontera, Integridad del territorio, Ocupación, Prescripción, Terra nullius, Territorio polémico, Uti possidetis iuris*
- Territorio colonial:** 59, 61-64, 66
integridad del: 59, 60, 61; v. *Libre determinación, Territorio no autónomo*
y Tratados: 316; v. *Cláusula colonial Territorio español:* 562
- Territorio comunitario (CE):** 482
- Territorio no autónomo:** 56, 57, 59, 61, 67, 70, 316; v. *Libre determinación*
- Territorio no autónomo (e inmunidad del Estado):**
- Territorio ocupado:** 618-619
y Tratados: 316; v. *Ocupación*
- Territorio polémico:** 316, 489; v. *Ceuta, Gibraltar, Melilla*
- Territorio polémico (Latinoamérica):**
- Terrorismo internacional:** 583, 584, 586, 588, 606-611
definición: 606
y legítima defensa: 608, 610-611
tratados: 607
- Thalweg:** 491, 494; v. *Río internacional*
- Título a la soberanía territorial:** 484
fundamentos: 484, 486
modos de adquisición: 484, 485
adjudicación: 485, 486
accesión: 484, 485, 486
avulsión: 486
cesión: 484, 485, 486
conquista: 485
ocupación: 484, 485, 486
prescripción: 485, 486
- Trabajos preparatorios:** 334; v. *Tratado*
- Tráfico de esclavos (por mar):** 531; v. *Derecho de visita*
- Tráfico de estupefacientes (por mar):** 531
- Tránsito (Estado sin litoral):** v. *Paso en tránsito*
- Transmisiones (desde la mar):** 531
- Tratado:** 129-147, 149-150, 265, 313; v. *Aceptación, Acuerdo administrativo, Acuerdo en forma simplificada, Acuerdo no normativo, Acuerdo verbal, Adhesión, Adopción, Aplicación, Aplicación provisional, Autenticación, Autorización parlamentaria, Buena Fe, Canje de instrumentos, Capacidad convencional, CE, Cláusula de compatibilidad, Cláusula de la nación más favorecida, Cláusula de salvaguardia, Cláusula de subordinación, Concurrencia, Confirmación formal, Contratante, Control de constitucionalidad, Corrección de errores, Costumbre, Depósito, Eficacia directa, Enmienda, Entes territoriales, Entrada en vigor, Firma, Firma ad referendum, Gobierno, Incorporación por referencia, Interpretación, Jefe del Estado, Ministro de Asuntos Exteriores, Modificación, Modus vivendi, Nulidad, Pacta sunt servanda, Parte, Plenipotencia, Primacía, Publicación internacional, Publicación oficial, Ratificación, Recepción, Reciprocidad, Referéndum, Registro, Relativismo, Reserva, Revisión, Rey, Rúbrica, Sucesión, Suspensión, Terminación*
y acuerdo no jurídico: 149-150
ámbito espacial: 316; v. *Cláusula colonial, Territorio colonial*
ámbito temporal: 317
aplicación provisional: 183-184
capacidad convencional: 139-145
clases:
bilateral: 133, 134, 168, 181, 182, 203

multilateral: 133, 134, 158, 182, 203, 262

clases:

abierto: 134, 203

cerrado: 134, 203

general: 134, 203, 204

restringido: 134, 181, 203, 228

participación: 203-236; v. *Cláusula abierta*,

derecho de participación: 203-205; v. *Movimiento de liberación nacional*, *Pueblo colonial*, *OI*

fomento de participación: 206-210

plurilateral: 134, 158

denominación: 90, 138

efecto relativo: 279-280, 314

efectos: 135-136

efectos en el tiempo: v. *Duración de un tratado*, *Retroactividad*, *Terminación*

entrada en vigor: 154, 166, 179-182, 227

forma: 132

formación: 154-174

fase inicial: 156-165; v. *Adopción*, *Autenticación*, *Negociación*

fase intermedia: 155; v. *Autorización parlamentaria*

fase final: 166-174

interpretación: 324-333; v. *Buena fe*, *Equidad*

efecto útil (ppio): 328, 329

factor tiempo: 331

reglas: 324-325

interpretación gramatical: 324, 325, 326

interpretación lógico-sistemática: 324, 325, 326, 327, 330, 331

interpretación teleológica: 324, 325, 328, 331

lenguas: 333

medios complementarios: 332

trabajos preparatorios: 324, 326, 332, 333

circunstancias de celebración: 324, 326, 332

uniforme: 335

lengua: 164

noción: 131

***nomen iuris*:** 162

objeto y fin: 183

obligatoriedad: 166

publicación internacional: 186

registro: 185

sujetos: 133-134

negociadores: 155

contratantes: 155, 179

partes: 155, 179

Tratado constitucional: 90

Tratado de codificación: 279, 280, 282, 313; v. *Codificación internacional*

Tratado de no proliferación nuclear (TNP): 613, 614, 615

Tratado *erga omnes*: 314

Tratado general de arreglo pacífico: 370, 375, 387

Tratado normativo: 280

Tratado secreto: 313; v. *Secreto oficial*

Tratados sucesivos: 338

Tratados sucesivos (entre sujetos diferentes): 339

- Trato humano:** 653; Derecho humanitario, Terrorismo internacional
- Tribunal arbitral:** v. Arbitraje internacional, Comisión mixta, TP A
- Tribunal Constitucional (y tratados):** v. Control de constitucionalidad
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE):** 20, 277, 278, 341, 380
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:** 380
- Tribunal de Justicia de MERCOSUR:** 20, 380
- Tribunal de Reclamaciones Irán-EEUU:** 373
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):** 20, 380, 396, 397, 637-638, 667, 668; v. Consejo de Europa, Demandas individuales, Recurso interestatal
- Tribunal Internacional de Derecho del Mar:** 20, 277, 380, 381, 396; v. Sala de controversias de Fondos Marinos
- Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:** 20, 276, 380, 597, 655, 659, 668
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda:** 20, 276, 380, 597, 656, 659
- Tribunal Permanente de Arbitraje (TPA):** 376, 378, 383; v. Arbitraje internacional
- Tribunales penales mixtos:** 659
- Tribunales internacionales:** 277, 278, 311
y principios generales del Derecho: 274
proliferación: 20, 109, 277, 380
- Trifinio (delimitación marítima):** 528
- Trifinio (delimitación terrestre):** 491
- TUE:** 89
- Unidad de acción exterior (principio de la):** 159
- Unidos para la paz (AGNU):** 594; v. Sistema de seguridad colectiva
- Unificación (de Estados):** 28
- Unión aduanera:** v. Cláusula de la nación más favorecida
- Unión Africana:**
y ONG: 119
- Unión Europea (UE):** 145, 110, 470, 536; v. Adhesión a la UE, Asilo, CE, PESCE, Refugiado, Schengen, TUE
y cumplimiento DI: 305
y ONG: 119
y responsabilidad internacional: 400
- Universalidad, principio de (competencias extraterritoriales):** 39, 41
- Utilización equitativa, principio de (curso de agua internacional):** 500
- Uti possidetis de facto:** 488
- Uti possidetis iuris:** 9, 74, 273, 483, 485-489
- Uti possidetis iuris (y delimitación marítima):** 527
- Valija (consular y diplomática):** v. Misión diplomática
- Veto (C de S):** v. C de S
- Vía de agua internacional:** 498-501; v. Canal internacional, Curso de agua internacional, Río internacional
- Violación de un Tratado:** v. Hecho ilícito, Suspensión, Terminación
- Zona arqueológica:** 514
- Zona contigua:** 506, 507, 508, 514, 516, 520, 522, 523, 531

17690/09

1382

ÍNDICE ANALÍTICO

Zona contigua (Derecho español): 514

Zona de amojonamiento: 495; v. Cooperación transfronteriza

Zona de exclusión aérea: 597, 675; v. Medidas coercitivas del C de S, Navegación aérea, Sistema de seguridad colectiva

Zona de exclusión marítima: 531; v. Navegación marítima

Zona de pesca: 516; v. Pesca, ZEE

Zona de protección

unilateral (en el mar): 531

decidida por el C de S: 670, 674; v. Medidas coercitivas del C de S, Sistema de seguridad colectiva

Zona de protección ecológica: 516

Zona de protección pesquera: 516

Zona de seguridad (isla artificial): 517, 518; v. Isla artificial

Zona desmilitarizada: 619; v. Antártida, Desarme, Espacio ultraterrestre, ZIFM

Zona desnuclearizada: 613; v. Antártida, Desarme nuclear, ZIFM

Zona económica exclusiva (ZEE): 507-509, 512-521, 523, 524, 527, 529-533, 535; v. Especies altamente migratorias, Estado sin litoral, Isla, Isla artificial, Jurisdicción sobre buques, Navegación marítima, Pesca, Política común de pesca, Roca, TAC y cuotas, Tendido de cables y tuberías, Zona de seguridad

Zona económica exclusiva (ZEE) (Derecho español): 516

Zona fronteriza: 495; v. Cooperación transfronteriza

Zona internacional de fondos marinos (ZIFM): 506, 613; v. Autoridad Internacional de Fondos Marinos, Comisión preparatoria de fondos marinos, Sala de controversias de Fondos Marinos

