

**Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.**

*sj* A

C d

© EDMUNDO VARGAS CARREÑO

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE  
Ahumada 131, 4<sup>B</sup> piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción N<sup>o</sup> 164.355, año 2007  
Santiago de Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición  
de 600 ejemplares en el mes de agosto de 2007

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-1801-3

**EDMUNDO VARGAS CARREÑO**

"GENTILEZA"  
EDITORIAL JURIACA DE CHILE

**DERECHO  
INTERNACIONAL  
PÚBLICO**

**DE ACUERDO A LAS NORMAS  
Y PRÁCTICAS QUE RIGEN EN  
EUSICU1XXI**



**EDITORIAL  
JURIDICA  
DE CHILE**



18695

C 4



## ABREVIATURAS MÁS USUALES

<b>ABACO</b>	<b>Agencia Brasileño-Argentina de Contabilidad y Control de Materiales Nucleares</b>
<b>ACNUR</b>	<b>Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados</b>
<b>AFDI</b>	<b>Annuaire Frangaise de Droit International</b>
<b>AG</b>	<b>Asamblea General (de la ONI' o de la OEA)</b>
<b>AIDI</b>	<b>Annuaire de L'Institute de Droit International</b>
<b>AJIL</b>	<b>American Journal of International Law</b>
<b>ALALC</b>	<b>Asociación Latinoamericana de Libre Comercio</b>
<b>ALADI</b>	<b>Asociación Latinoamericana de Integración</b>
<b>ASDI</b>	<b>Annuaire Suisse de Droit International</b>
<b>ASIL</b>	<b>American Society of International Law</b>
<b>BID</b>	<b>Banco Interamericano de Desarrollo</b>
<b>BIRD</b>	<b>Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo</b>
<b>BYIL</b>	<b>British Yearbook of International Law</b>
<b>CADCI</b>	<b>Cursos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional</b>
<b>CIAN'</b>	<b>Comunidad Andina de Naciones</b>
<b>CARICOM</b>	<b>Caribbean Community and Common Market</b>
<b>CDI</b>	<b>Comisión de Derecho Internacional</b>
<b>CECA</b>	<b>Comunidad Europea del Carbón y el Acero</b>
<b>CEE</b>	<b>Comunidad Económica Europea</b>
<b>CEPAL</b>	<b>Comisión Económica para América Latina</b>
<b>CIADI</b>	<b>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones</b>
<b>CIDH</b>	<b>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b>
<b>CIJ</b>	<b>Cour Internationale de Justice. Corte Internacional de Justicia</b>
<b>CJI</b>	<b>Comité Jurídico Interamericano</b>
<b>CPA</b>	<b>Corte Permanente de Arbitraje</b>

<b>CPI</b>	<b>Corte Penal Internacional</b>
<b>Corte IDH</b>	<b>Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>
<b>CPJI</b>	<b>Cour Permanent de Justice International. Corte Permanente de Justicia Internacional</b>
<b>DI</b>	<b>Derecho Internacional</b>
<b>DIP</b>	<b>Derecho Internacional Público</b>
<b>Docto.</b>	<b>Documento</b>
<b>ECOSOC</b>	<b>Economic and Social Council. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas</b>
<b>EEUU</b>	<b>Estados Unidos de América</b>
<b>EURATOM</b>	<b>European Atomic Energy Community. Comunidad Europea de Energía Atómica.</b>
<b>FA</b>	<b>Revista Foreign Affairs</b> *
<b>FAO</b>	<b>Food and Agriculture Organization. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura</b>
<b>FMI</b>	<b>Fondo Monetario Internacional</b>
<b>GATT</b>	<b>General Agreement on Tariffs and Trade. Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio</b>
<b>HRLJ</b>	<b>Human Rights Law Journal</b>
<b>icj</b>	<b>International Court of Justice. Corte Internacional de Justicia</b>
<b>ICLQ</b>	<b>International and Comparative Law Quarterly</b>
<b>IDI</b>	<b>Instituí de Droit International. Instituto de Derecho Internacional</b>
<b>IHLADI</b>	<b>Institute Hispano Luso Americano de Derecho Internacional</b>
<b>ILA</b>	<b>International Law Association. Asociación de Derecho Internacional</b>
<b>ILM</b>	<b>International Legal Materials</b>
<b>MERCOSUR</b>	<b>Mercado Común del Sur</b>
<b>NU</b>	<b>Naciones Unidas</b>
<b>OACI</b>	<b>Organización de la Aviación Civil</b>
<b>ODECA</b>	<b>Organización de Estados Centroamericanos</b>
<b>OEA</b>	<b>Organización de Estados Americanos</b>
<b>OIEA</b>	<b>Organismo Internacional de Energía Atómica</b>
<b>OIT</b>	<b>Organización Internacional del Trabajo</b>
<b>OMC</b>	<b>Organización Mundial del Comercio</b>
<b>OMI</b>	<b>Organización Marítima Internacional</b>
<b>OMM</b>	<b>Organización Meteorológica Mundial</b>
<b>OMPI</b>	<b>Organización Mundial de la Propiedad Intelectual</b>
<b>OMS</b>	<b>Organización Mundial de la Salud</b>
<b>ONG</b>	<b>Organismo No Gubernamental</b>
<b>ONU</b>	<b>Organización de las Naciones Unidas</b>
<b>ONUDI</b>	<b>Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial</b>
<b>OPANAL</b>	<b>Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe</b>

ABREVIATURAS MVS USUALES

<b>OPS</b>	<b>Organización Panamericana de la Salud</b>
<b>OTAN</b>	<b>Organización del Tratado del Atlántico Norte</b>
<b>Pág.</b>	<b>página; page</b>
<b>Par.</b>	<b>párrafo; paragraph</b>
<b>PASIL</b>	<b>Proceedings of the American Society of International Law</b>
<b>PMA</b>	<b>Programa Mundial de Alimentos</b>
<b>PNUD</b>	<b>Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo</b>
<b>PNUMA</b>	<b>Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente</b>
<b>RGADI</b>	<b>Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye</b>
<b>REDI</b>	<b>Revista Española de Derecho Internacional</b>
<b>Reports (ICJ)</b>	<b>Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice</b>
<b>RGDIP</b>	<b>Revue Générale de Droit International Public</b>
<b>RIAA</b>	<b>Reports of International Arbitral Awards</b>
<b>RID</b>	<b>Rivista di Diritto Internazionale</b>
<b>RUDI</b>	<b>Revista Uruguaya de Derecho Internacional</b>
<b>SDN</b>	<b>Sociedad de las Naciones</b>
<b>SEATO</b>	<b>South East Asia Treaty Organization. Organización del Tratado del Sudeste Asiático</b>
<b>TLAR</b>	<b>Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca</b>
<b>UA</b>	<b>Unión Africana</b>
<b>UE</b>	<b>Unión Europea</b>
<b>UIT</b>	<b>Unión Internacional de Telecomunicaciones</b>
<b>UNCIO</b>	<b>United Nations Conference for the International Organization. Conferencia de las Naciones Unidas para la Organización Internacional</b>
<b>UNCTAD</b>	<b>Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. United Nations Conference on Trade and Development</b>
<b>UNEF</b>	<b>United Nations Emergency Force. Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas</b>
<b>UNESCO</b>	<b>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura</b>
<b>UNICEF</b>	<b>United Nations Children's Fund. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.</b>
<b>UNTS</b>	<b>United Nations Treaty Series. Recopilación de Tratados de Naciones Unidas</b>
<b>UPU</b>	<b>Unión Postal Universal</b>
<b>URSS</b>	<b>Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas</b>
<b>YBUN</b>	<b>Yearbook of the United Nations</b>



## PALABRAS PREVIAS

Cuando concluya la Segunda parte de este texto, lo que confío ocurra durante el curso del 2008, habré culminado una etapa de mi vida dedicada al derecho internacional. En estos últimos más de cuarenta años he tenido la suerte y el privilegio de que todas mis actividades profesionales, bajo distintas responsabilidades, hayan estado directamente relacionadas con esa disciplina. He enseñado derecho internacional en universidades chilenas y de otros países, he tenido la oportunidad de servir y representar a mi país en la diplomacia y de fungir como funcionario internacional, así como de pertenecer a órganos encargados de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, todo lo cual me ha permitido seguir de cerca el impresionante desarrollo que éste ha experimentado en las cuatro últimas décadas.

Al escribir estas líneas no puedo dejar de evocar a quienes contribuyeron decisivamente a hacer posible las diferentes actividades académicas y profesionales que me ha correspondido desempeñar. Quiero, en ese sentido, recordar especialmente a Julio Rui/ Bourgeois, quien al asumir con bríos de renovación la Dirección de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, a comienzos de los años sesenta, cuando comenzaba mi carrera académica como ayudante de derecho constitucional, me dio persuasivos argumentos para que decidiera dedicarme al derecho internacional y puso sus mayores empeños para que se me concediera una beca de postgrado a fin de que lo estudiara en Italia. Para quien, como fue mi caso, tuvo la oportu-



tunidad posteriormente de imbuirse en la práctica internacional, la formación teórica que recibí de grandes maestros italianos, que me motivaron siempre a encontrar primero el fundamento de las instituciones jurídicas internacionales, ha sido un factor importante en mi formación. Por ello, al enseñar después el derecho internacional he procurado que el estudio de sus diferentes materias comprenda tanto su fundamento teórico como su expresión en la realidad de la práctica internacional.

Debo también expresar mi reconocimiento a Gabriel Valdés, quien como Ministro de Relaciones Exteriores, cuando me desempeñaba como profesor de derecho internacional público en la Universidad Católica de Valparaíso, me designó, a comienzos de 1966, Asesor Jurídico de la Cancillería, confiándome a los 28 años de edad una de las más altas responsabilidades jurídico-internacionales del país y me otorgó la oportunidad de representar a Chile en la elaboración y adopción de las normas de derecho internacional que estaban surgiendo en esa época, como el derecho de los tratados, los principios de derecho internacional que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados y el derecho del mar. Quiero agradecer de igual modo a Andrés Aguilar, destacado jurista venezolano, quien como Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1977, cuando enseñaba Relaciones Internacionales y Derecho Internacional en dos universidades de Caracas, promovió mi designación como Secretario Ejecutivo de la referida Comisión, dándome la oportunidad de participar en una tarea llena de apasionantes desafíos que coincidió con uno de los cambios más significativos de esta disciplina, cual es el comienzo del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Expreso asimismo mi gratitud a Patricio Aylwin, quien como Presidente de República en 1990, al recuperar Chile la democracia, me confirió el honor de ser Subsecretario de Relaciones Exteriores, permitiéndome así participar activamente en la reinserción internacional de Chile y en la adopción de reglas y principios de derecho internacional que surgieron al inicio de la postguerra fría.

También me ha correspondido estos años ejercer otras funciones y responsabilidades en el campo internacional, la última de las cuales lo es en materia de desarme nuclear y no proliferación de las armas de destrucción masiva, temas de creciente

importancia en el actual derecho internacional. Durante todos esos años, cuando cumplía esas funciones y actividades, nunca abandoné el ejercicio de la enseñanza del derecho internacional, ya fuera en cursos regulares, como los que impartí en tres Facultades de Derecho chilenas o a través de cursos, seminarios y conferencias que dicté en diversos países.

He tenido la oportunidad en estos años de ser testigo y, en algunas ocasiones, protagonista -secundario, desde luego- de la profunda transformación y vertiginosa expansión del derecho internacional. Estas experiencias inevitablemente, en alguna medida, están presentes en buena parte de este libro. Mi afán, no obstante, ha sido que éste pueda recoger de la manera más fiel y actualizada posible las normas y prácticas que constituyen el derecho internacional del siglo XXI.

Para ello he procurado exponer cada una de las materias que comprende su estudio a nivel de licenciatura con rigurosa objetividad y tal como se manifiesta en la práctica, precedido de los antecedentes que permitan una mejor comprensión del asunto objeto del estudio. En aquellos asuntos susceptibles de provocar controversias, me ha parecido conveniente dar a conocer mi opinión personal o adelantar un juicio de valor, pero sólo después de que el lector haya recibido los antecedentes pertinentes del asunto que le permitan coincidir o discrepar de mi parecer.

En el siglo XXI gran parte del derecho internacional vigente consta en tratados. De ahí el énfasis que he puesto en exponer y desarrollar las diferentes materias a través de los correspondientes instrumentos convencionales, aunque también para su explicación e interpretación haya recurrido a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, especialmente de la Corte Internacional de Justicia, a ejemplos de la práctica internacional y a la doctrina prevaleciente, dando preferencia, si es el caso, a los autores latinoamericanos, sin desconocer el innegable aporte que tienen los autores europeos, norteamericanos o de otras regiones. A falta de un tratado que rija una institución o una materia, he utilizado la costumbre internacional cuando ésta ha sido aceptada como tal, dando preferencia dentro de ella a los proyectos de artículos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional. Es el

caso, por ejemplo, en esta parte del libro, de los proyectos relativos a los actos unilaterales de los Estados, la sucesión de Estados en materia de nacionalidad y de la protección diplomática, así como en el siguiente tomo, de los proyectos relativos a la responsabilidad internacional del Estado, asuntos en los cuales, a falta de un tratado, el criterio de la CDI aparece como el más cierto para exponer cuál es el derecho aplicable.

Este libro fue elaborado en dos etapas. La primera de ellas, que comprende los cinco primeros capítulos, fue redactada en la parte que corresponde al derecho de los tratados, en Chile, recogiendo un curso que dicté en la Academia Diplomática "Andrés Bello", una vez que fue adoptada la Convención de Viena de 1969; luego las otras materias introductorias al derecho internacional las escribí en 1976 y 1977, mientras me encontraba en Venezuela, habiéndose publicado esa primera parte en Costa Rica en 1979, a la que siguió una segunda edición en 1992, estando ambas ediciones actualmente agotadas. En esta ocasión he actualizado esos primeros cinco capítulos incorporando hechos y situaciones posteriores y la jurisprudencia más reciente de la Corte Internacional de Justicia. En los capítulos cuarto y quinto he introducido referencias al derecho constitucional de Chile, incluyendo los aspectos derivados de la reforma constitucional de 2005.

La segunda parte, que comprende los capítulos sexto al decimocuarto, la he escrito en México a partir de 2004, aprovechando las ventajas que existen en este país para investigar y obtener la información y documentación necesarias para escribir una obra como ésta.

En la preparación y redacción de este libro estoy en deuda con muchas personas. En primer término, con los que me estimularon a escribirlo y me alentaron a proseguirlo en momentos de vacilaciones. También lo estoy con los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, así como los de las Secretarías Generales de Naciones Unidas, de la OEA y de otras organizaciones internacionales que me proporcionaron documentos e informaciones.

**Un especial reconocimiento merecen aquellos amigos a quienes les solicité que leyeran determinados capítulos o secciones**

relativas a materias en las que son especialistas o poseen una amplia versación. Algunos así lo hicieron y, aunque no me formularon observaciones, el hecho de que no me señalaran la existencia de errores es un motivo de alivio para mí. En ese sentido agradezco a José Luis Cea y Ana María García, destacados constitucionálistas, a quienes les di a conocer las correspondientes secciones de los capítulos cuarto y quinto, que inciden en el derecho constitucional de Chile; a los funcionarios de la OEA Jean Michel Arrighi y Edith Márquez, profundos conocedores del sistema interamericano, quienes leyeron el capítulo undécimo, que trata precisamente sobre la OEA; y a Elena del Mar Ciarra Rico, profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Málaga, quien tuvo la amabilidad de leer algunas secciones de los tres últimos capítulos.

Por su parte, el distinguido diplomático uruguayo v Presidente de la Comisión de Cuotas de Naciones Unidas, Bernardo Greiber, me dio útiles informaciones sobre cómo se elabora el presupuesto de esa organización y me formuló algunas observaciones respecto a esa materia en el capítulo noveno. Alvaro Arévalo, Alfredo Labbé e Ignacio Llanos, meritorios funcionarios de la Misión Permanente de Chile ante Naciones Unidas, me proporcionaron importantes informaciones relativas al proceso de reforma de Naciones Unidas y me formularon valiosos comentarios en lo que respecta al capítulo décimo. En lo que respecta al capítulo duodécimo, que trata sobre el lugar del individuo en el derecho internacional, Aldo Monsálvez, profesor de Derecho Internacional Público y Privado, me hizo entrega de documentos e informaciones sobre la nacionalidad y la condición de los extranjeros, y Ricardo Méndez Silva, profesor del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, me brindó su cooperación el relación al Caso Avena. Cristina Cerna, actual funcionaria de la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la sección del capítulo decimotercero que trata sobre la protección de los derechos humanos por el sistema interamericano, me corrigió algunas imprecisiones que contenía el texto que le había enviado v me hizo valiosas sugerencias, algunas de las cuales incorporé al texto. En el capítulo decimocuarto, relativo a la responsabilidad penal internacional del individuo, el profesor

de Derecho Penal y prestigioso abogado penalista Alfredo Etcheberry me hizo el favor de leer las tres primeras secciones de ese capítulo y formularme comentarios apropiados. También en la última sección de ese capítulo, que versa sobre la Corte Penal Internacional, el actual Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Claudio Troncoso, me proporcionó algunos importantes antecedentes, especialmente en relación a la situación de Chile con respecto a ese tribunal. Con todo, debo expresar que la responsabilidad por todo lo que se contiene en el libro es exclusivamente mía.

En la preparación de este libro hay dos personas, ambas funcionarias de la Secretaría General del OPANAL, con las cuales tengo un especial motivo de gratitud. Guadalupe Menchoro, mi secretaria, quien con la eficiencia y paciencia que la caracteriza mecanografió el texto, y Jessica Miaño, quien me ayudó a encontrar en Internet una buena parte de los documentos e informaciones que en él se contienen. De más está decir que esa colaboración de estas dos competentes funcionarias me la proporcionaron una vez cumplidas sus obligaciones con el OPANAL.

Por último, no puedo dejar de agradecer a Pía, a quien por el empeño que puse por escribir este libro la privé en estos últimos tres años de compartir muchas tardes y fines de semana del descanso y esparcimiento que merecíamos. A ella y a mis hijos dedico este libro.

EVC

Enero de 2007

## CAPÍTULO PRIMERO

# INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL

### *Sección I*

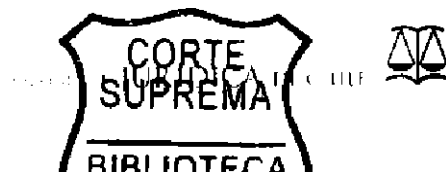
## NOCION Y PRESUPUESTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

### **1. Denominación**

El término "derecho internacional" —"*hilernational law*"— fue empleado por primera vez por el filósofo y jurista británico Jeremías Bentham en 1780. Con anterioridad, esta rama del derecho era conocida como "derecho de gentes," expresión que provenía del *jus genium* del derecho romano y que posteriormente, en la Edad Media, pasó a designar al derecho común a los diferentes pueblos, de donde lo extrajeron los fundadores de esta disciplina.<sup>1</sup>

La expresión "derecho de gentes" prevaleció hasta las primeras décadas del siglo XIX e incluso hasta ahora se la suele emplear a veces como sinónima del derecho internacional. Es significativo al respecto que el primer libro sobre la materia en América Latina, del que es autor el venezolano-chileno Andrés Bello, publicado en Santiago en 1832, se titulara precisamente *Principios de Derecho de Gentes*, pero en ediciones posteriores pasó a denominarse *Principios de Derecho Internacional*.

<sup>1</sup> Sin embargo, algunos de esos fundadores, como Vitoria y Suárez, supieron distinguir entre un *jus genium*, propiamente tal, y un *jus inter gentes*, como derecho específicamente aplicable a las relaciones de los Estados entre sí. No obstante, esa distinción posteriormente no prosperó.



Algunos autores más modernos, sin propiciar necesariamente el abandono del término derecho internacional, han señalado que a esta ciencia jurídica se la podría caracterizar mejor con otras expresiones. Así, Phillip Jessup se refiere a un "derecho transnacional",<sup>2</sup> James Brierly emplea las expresiones "derecho de las naciones",<sup>3</sup> C. Wilfred Jenks utiliza la denominación "derecho común de la humanidad",<sup>4</sup> y Kotaro Tanaka opta por el término "derecho mundial".

Con todo, el término derecho internacional (*international law*) para denominar esta disciplina ha quedado consagrado en la práctica, designándosele en las principales otras lenguas romances como "*divil international*," "*diritto xntenmxicmaW*" y "*dimto internacional*".

## 2. Concepto de derecho internacional público

La definición más difundida del derecho internacional público es aquella en que se señala que éste regula las relaciones entre los Estados independientes.

Sin embargo, aunque esa definición no es enteramente inexacta, ella es manifiestamente incompleta, ya que el derecho internacional, además de regir las relaciones entre los Estados, regula la situación de otros sujetos de este ordenamiento jurídico, como la Santa Sede y las organizaciones internacionales e incluso, en determinadas circunstancias, los individuos pueden ser destinatarios de sus normas. De ahí que los Estados, si bien continúan siendo los principales sujetos del derecho internacional, ya no son los únicos.

Por otra parte, el creciente campo de actividades y asuntos que son regulados por el actual derecho internacional hacen imposible caracterizarlo por las materias que pueden ser objeto de esta disciplina,

- P. Jessup. *Transnational Law*. New Haven, 19:56.

\* J. Brierly. *The Law of Nations*. Oxford, 1963.

\* C. W. Jenks. *The common Law of Mankind*. London, 1964.

" K. Tanaka. "Du droit international au droit mondial" en *Eludes furidiques ojjertvs a Juillot de la Morandme*. París, 1964.

‡ Además de los muchos manuales y tratados de derecho internacional público de la primera mitad del siglo XX que adoptan esa definición u otra similar, ese mismo concepto ha sido utilizado por la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del Lotus. CPJI Serie A. N° 10. Pág. 18.

Parece por ello preferible definir al derecho internacional público, más que por los sujetos obligados o el objeto regulado, por el procedimiento de elaboración de sus normas.<sup>7</sup> En este sentido, cabría definirlo como el conjunto de normas que, creadas mediante procedimientos apropiados por dos o más Estados o por la comunidad internacional en su conjunto, tienen un carácter jurídico vinculante para sus destinatarios.

Así conceptualizado, el derecho internacional público está formado por todas aquellas normas, cualquiera que sea su contenido, que por proceder de una fuente propia del derecho internacional -principalmente tratados, costumbres o principios generales de derecho- han adquirido en un determinado momento el carácter de jurídicas, esto es, de obligatorias para los Estados, las organizaciones internacionales y demás destinatarios de esas normas, incluyendo, en ciertos casos, a los individuos.

### 3. *Derecho internacional público y derecho internacional privado*

El derecho internacional público debe distinguirse del derecho internacional privado, toda vez que el contenido, fuentes y método de uno u otro son diferentes.

Mientras el derecho internacional público es un derecho material que regula situaciones substantivas, el derecho internacional privado tiene un carácter formal, ya que su función consiste principalmente en solucionar conflictos de leyes en los casos que frente a una determinada situación en la que intervienen uno o más elementos de orden extranjero existan varias legislaciones concurrentes. Así, por ejemplo, un italiano, domiciliado en Chile, con cónyuge e hijos chilenos, fallece dejando bienes en Italia, ¿cuál legislación -la chilena o la italiana- deberá aplicarse en lo que respecta a la sucesión? De ese modo, el derecho internacional privado no proporciona la solución de fondo al problema, sino indica en cuál legislación nacional ella debe encontrarse.

<sup>7</sup> Este método ha sido utilizado también, entre otros autores, por E. Sm en "Sur la définition du Droit des Gens", RGDI. 1960. Pág. 770; E. Hambro, "The relation between International Law and Conflict Law" en RCADI. Vol. 105. 1962; H. Kelsen. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, 1965. Pág. 172; A. Miaja de la Muela. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid, 1908. Pág. 34; y J. A. Pastor Ridruejo. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid, 1998. Pág. 47.



Las reglas del derecho internacional privado, contrariamente a las del público, se contienen en lo fundamental en las legislaciones internas de cada Estado, aunque también dichas reglas pueden codificarse en tratados o convenciones internacionales a fin de lograr su unificación, como ha sucedido con las Convenciones de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, el Código de Bustamante de 1928 y con diversas convenciones interamericanas de derecho internacional privado que, a partir de 1975, se han venido celebrando y de los que son partes varios Estados americanos.

En lo sucesivo, salvo indicación en un sentido contrario, cuando nos refiramos al derecho internacional se entenderá que lo hacemos al derecho internacional público.

#### ***4. Derecho internacional general y particular***

Dentro del derecho internacional cabe distinguir al derecho internacional general, llamado también común, del derecho internacional particular o regional. El primero está formado por las normas que son válidas o pueden llegar a serlo para todos los Estados del mundo. En cambio, el particular o regional comprende sólo las normas que se aplican a un número más o menos limitado de Estados, generalmente pertenecientes a una misma región geográfica.

El derecho internacional general, estrictamente, está constituido únicamente por normas consuetudinarias universales o principios generales de derecho, aunque en la actualidad la Carta de las Naciones Unidas, de la que son partes prácticamente todos los Estados del mundo, puede también considerársela un tratado universal. Asimismo, otros tratados pueden también ser considerados generales. Sin perjuicio de que, en cuanto tales, esos tratados sólo rijan para los Estados que son parte de ellos, dichos tratados, por el tipo de disposiciones que contienen o porque sus normas fueron codificadas mediante un consenso de la comunidad internacional, pueden ser considerados para los que no son partes de ellos como expresivos de principios generales de derecho internacional o de costumbres internacionales y, en ese carácter, obligar a esos Estados, como es el caso, por ejemplo, de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, respectivamente.

Por su parte, el derecho internacional particular está formado por los tratados bilaterales o multilaterales celebrados por un grupo de Estados y por las normas consuetudinarias aplicables en una determinada región geográfica.

En la actualidad, a medida que la interdependencia y la globalización a escala mundial se han ido haciendo más evidentes, el derecho internacional tiende cada vez más a regular sus asuntos mediante normas generales o comunes, no obstante lo cual hay que destacar que en América Latina surgió un derecho internacional con características e instituciones propias, algunas de las cuales, como el asilo diplomático, subsisten todavía como derecho regional.

##### 5. *Carácter jurídico del derecho internacional*

El carácter eminentemente jurídico que posee el derecho internacional resulta al reunir éste los elementos propios de todo sistema normativo y de la comprobación de que, en la práctica, sus normas son observadas por los Estados como categorías jurídicas. El derecho internacional es, pues -valga la redundancia- derecho y no moral, política o cortesía internacionales.

Si bien sus vinculaciones con la moral internacional son evidentes, el derecho internacional se diferencia de ella en cuanto a su contenido, fuentes y organización de las sanciones. Aunque estas últimas, en el estado actual de las relaciones internacionales, no tienen siempre la eficacia que poseen las sanciones impuestas por el derecho interno, de todas maneras, la infracción a una norma de derecho internacional trae normalmente consigo, a modo de sanción, la obligación jurídica de reparar las consecuencias de tal infracción, lo que no sucede cuando un Estado ha dejado de cumplir un deber meramente moral.

También debe distinguirse el derecho internacional de la política internacional, aunque, al igual que lo que sucede en el derecho interno, la influencia de ésta sea muchas veces determinante en la formación de aquél. En todo caso, la política internacional, en cuanto ciencia, estudia las actuaciones de los Estados tal como éstas se manifiestan, independientemente de las consideraciones de justicia, mientras que el derecho internacional constituye un conjunto de normas obligatorias a las

cuales los Estados y demás destinatarios de este ordenamiento jurídico deben adecuar su conducta.

Tampoco debe confundirse esta disciplina con la cortesía internacional o *comitas gentium*, la que consiste en los meros usos o prácticas que los Estados adoptan por razones de recíproca conveniencia y que, por lo tanto, no son derecho, al faltar la convicción jurídica de su obligatoriedad, como es el caso de ciertos actos de protocolo o ceremonial. Sin embargo, nada obsta a que con el tiempo una cortesía se transforme en una regla de derecho internacional si los Estados llegan a tener el convencimiento de que están ya no ante una cortesía internacional, sino frente a una norma consuetudinaria de derecho que deben acatar, como históricamente sucedió con las inmunidades y privilegios diplomáticos, que comenzaron siendo una cortesía para transformarse luego en una norma de derecho.

El carácter jurídico del derecho internacional se manifiesta al reunir éste los elementos necesarios para ser considerado un sistema normativo autónomo. Desde luego, posee una autoridad revestida de la competencia necesaria para elaborar normas jurídicas, por mucho que en la generalidad de los casos esa autoridad esté constituida por quienes en definitiva se verán obligados a cumplir la norma. En efecto, la norma no deja de tener un carácter jurídico por el hecho de que la autoridad que la crea se identifique con quienes deban observarla; ello sucede incluso en el derecho privado interno con ciertos contratos regidos por la autonomía de las voluntades.

Por otra parte, el carácter jurídico del derecho internacional se comprueba en la práctica misma, en la que los Estados, tanto en sus relaciones recíprocas como internamente, acatan sus disposiciones. En el plano de sus relaciones internacionales, los Estados lo invocan en sus peticiones o sus controversias y tienen el convencimiento de que no pueden sustraerse del cumplimiento de sus normas. De hecho, las violaciones que en la actualidad se producen al derecho internacional son escasas y en casi todas ellas se trata de asuntos altamente determinados por consideraciones políticas. Internamente, los Estados suelen adecuar su legislación para evitar transgredir las normas internacionales; los tribunales nacionales lo aplican como parte de su respectivo ordenamiento

jurídico nacional y no son pocos los Estados que en su propia Constitución han hecho un formal reconocimiento a la validez de sus normas. En suma, la práctica nos confirma que el derecho internacional funciona como un verdadero orden jurídico.

## *Sección II*

### LAS FUNCIONES LEGISLATIVAS, EJECUTIVAS Y JUDICIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

#### **6. *La junción legislativa***

Dentro de un Estado, la función creadora del derecho es realizada por órganos centralizados y permanentes que legislan de manera más o menos general y abstracta para toda la nación o una parte de ella. En la creación de una norma jurídica no participan formalmente las personas que serán sus destinatarias. Lo normal es que a los particulares se les imponga la norma, salvo en ciertos casos excepcionales en que participan en ella, como sucede en algunos contratos regulados exclusivamente por la autonomía de las voluntades.

En cambio, algo muy distinto ocurre en la sociedad internacional, en la cual la función legislativa presenta aquí dos particularidades: su descentralización y el importante papel que desempeña la voluntad de los Estados en el proceso de creación de la norma.

En lo que respecta a la descentralización, debe observarse que el derecho internacional no cuenta aún con un órgano legislativo central. Lo que más se asemeja a ello es la Asamblea General de las Naciones Unidas; pero la gran mayoría de sus resoluciones son meras recomendaciones que carecen de fuerza vinculatoria. Cabe también observar que en los últimos años el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha comenzado a asumir, aunque de un modo excepcional, ciertas funciones legislativas vinculantes para todos los Estados de Naciones Unidas.

A su vez, el carácter voluntario del proceso de creación normativa es consecuencia de la descentralización internacional. Puede, por ello, afirmarse que, por lo general, no hay Estados que se

encuentran obligados frente a una **norma** jurídica a menos que hayan concurrido con su voluntad a la formación de ella. Este carácter voluntario del derecho internacional queda de manifiesto en el derecho convencional, el cual constituye la principal fuente del derecho internacional. En efecto, los tratados generalmente sólo obligan a los Estados que son parte de ellos. También tiene un carácter voluntario el derecho consuetudinario, porque la costumbre **internacional**, aunque no sea un acuerdo tácito, por regla general exige la conducta coincidente de un cierto número de Estados con cuyo concurso ella se va formando.

Sin embargo, hay excepciones a ese carácter voluntario que ofrece el derecho internacional. Entre esas excepciones pueden señalarse las siguientes:

a) Ciertos tratados se imponen a terceros que no son partes de ellos. Así, el artículo 2 N° 6 de la Carta de las Naciones Unidas, recogiendo el principio de indivisibilidad de la paz, declara que la Organización tiene poderes respecto de todos los Estados, incluso para los que no son miembros de la Organización, tratándose de asuntos que afectan a la mantención de la paz y seguridad internacionales;

b) La costumbre internacional suele obligar a todos los Estados, incluso a los que no la han reconocido o participado en su formación. Ello se percibe, por ejemplo, en los casos de los nuevos Estados que nacen después de establecida una costumbre internacional, la que, sin embargo, generalmente acatan;

c) Ciertas resoluciones de algunas organizaciones internacionales, al ser aprobadas por un quorum determinado, pasan a ser obligatorias para los Estados que componen esa organización, aunque no hayan participado en la votación o incluso hayan votado en contra. Por ejemplo, el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas establece que las resoluciones del Consejo de Seguridad son obligatorias para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. De igual modo, ciertas decisiones adoptadas por organizaciones comunitarias o de integración pueden también ser obligatorias para todos los Estados miembros de esa organización.

## 7. *La Junción ejecutiva*

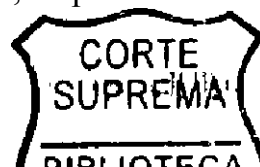
En el ordenamiento interno, la función ejecutiva está entregada a un órgano central cuya función consiste esencialmente en

obtener el cumplimiento de las normas legales o, en su defecto, asegurar la efectiva aplicación de las sanciones correspondientes. Este mecanismo centralizado presenta muy pocas excepciones, en las que el cumplimiento y respeto de los derechos se entrega al propio interesado, como es el caso de la legítima defensa.

El orden internacional, en cambio, carece de un órgano ejecutivo central, de manera que, en definitiva, es el propio Estado lesionado el que debe obtener que se respeten sus derechos. Resulta así que lo que constituye una excepción en el orden interno, es la regla general en el derecho internacional. Además de la utilización de la legítima defensa en caso de ataque armado -único caso en que el derecho internacional autoriza a un Estado a usar la fuerza en las relaciones internacionales- los Estados pueden ejercer diversas medidas para hacer cumplir y respetar sus derechos. Entre esas medidas cabe señalar el retiro de los agentes diplomáticos o la ruptura de relaciones diplomáticas con el Estado infractor; la suspensión del cumplimiento de un tratado respecto del Estado que lo ha violado o dejado de cumplir; el no reconocimiento de una situación surgida en violación al derecho internacional, etc.

Pero un sistema jurídico organizado no puede descansar sobre la base exclusiva de la aplicación de estas sanciones inorgánicas administradas por los propios lesionados. De ahí que hayan surgido diversos sistemas destinados a centralizar el ejercicio de la función ejecutiva. Entre ellos, uno de los primeros en ese sentido han sido los llamados tratados de garantía, de acuerdo a los cuales los Estados contratantes designan a un tercero o a varios Estados a los que encargan vigilar la observancia del pacto, y, en caso de que éste se desconozca, deban hacer cumplir el tratado o aplicar al infractor las sanciones correspondientes. Esos tratados de garantía, sin embargo, son poco frecuentes en la actual práctica internacional. Uno de los pocos casos que pueden citarse al respecto es el del Protocolo de Río de Janeiro de 1942, entre Perú y Ecuador, del cual son garantes Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos de América.

Otra forma más eficaz son los sistemas de seguridad colectiva. A escala universal, la primera experiencia en ese sentido fue el Pacto de la Sociedad de las Naciones, experiencia valiosa pero



insuficiente, que fue complementada y perfeccionada por la Carta de las Naciones Unidas. En la mencionada Carta, la centralización queda de manifiesto en las atribuciones reconocidas al Consejo de Seguridad en el Capítulo VII, las que fundamentalmente disponen que el Consejo de Seguridad puede determinar si hay una amenaza a la paz, un quebrantamiento a la paz o un acto de agresión, pudiendo dicho Consejo adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cumplir sus decisiones y que, según el caso, pueden llegar a incluir el empleo de la fuerza armada.

Otra manifestación de la tendencia a centralizar el ejercicio de la función ejecutiva se encuentra en el mecanismo previsto en la Carta de las Naciones Unidas para el cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte Internacional de Justicia. Al respecto, el artículo 94.2 establece que si una de las partes en el litigio se resiste a cumplir el fallo de la Corte, la otra puede recurrir al Consejo de Seguridad a fin de que ese órgano obtenga su cumplimiento.

### **8. *La función judicial***

En el derecho interno esta función corresponde a tribunales permanentes, establecidos mediante una ley. La función judicial nacional descansa en dos mecanismos fundamentales: la obligatoriedad de la jurisdicción y la jerarquización de las diversas instancias judiciales.

En el actual derecho internacional, el principio básico con relación a la jurisdicción es que ésta sólo es obligatoria cuando los Estados la han aceptado expresamente. En consecuencia, no se puede demandar a un Estado si éste no ha aceptado la jurisdicción del tribunal. Ahora bien, los Estados pueden otorgar competencia a un tribunal internacional de las siguientes maneras:

a) Mediante un tratado que establece el órgano judicial. Ese tratado puede ser bilateral o multilateral y puede pactarse antes o después que surja el litigio;

b) Los Estados pueden conferir competencia a un tribunal internacional mediante la llamada "cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria", la que consiste en que un Estado declara que reconoce como obligatoria *ipso facto* y sin necesidad de con-

venio especial, la jurisdicción del tribunal, como acontece, por ejemplo, con la Corte Internacional de Justicia o con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto al elemento de jerarquización, propio de los órganos jurisdiccionales del derecho interno, ella no existe respecto de los tribunales internacionales, los que son independientes y autónomos entre sí. Por lo general, entre ellos no existe ninguna coordinación orgánica y de ahí que sus sentencias no admiten otros recursos que los que pueden ejercerse frente al tribunal que las pronuncia. Los fallos generalmente son de única instancia, por lo que no son susceptibles de apelación. En el caso de la Corte Internacional de Justicia, su Estatuto sólo admite, en calificadas circunstancias, los recursos de interpretación y revisión.

### *Serrión III*

## FUNDAMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

### **9. Consideraciones generales**

El fundamento del derecho internacional puede ser explicado desde dos puntos de vista: el de su existencia y el de su obligatoriedad o, lo que es lo mismo, intentando responder a las interrogantes de ¿por qué existe? y de ¿por qué obliga?

En realidad esas interrogantes no son propias sólo del derecho internacional y más bien pertenecen a la sociología jurídica y a la filosofía del derecho, respectivamente.

El problema de la existencia u origen del derecho internacional, como se expresó, es de orden sociológico y no ofrece mayores dificultades. Puede señalarse que existe un derecho internacional en razón de la existencia de la comunidad internacional, en la cual coexisten unidas políticas diferentes que requieren entrar en una mutua relación. No pueden concebirse, hoy en día, Estados aislados que sean autosuficientes. Esta necesidad de comunicarse con otros Estados, de comerciar, pactar, enviarse recíprocamente representantes, resolver las disputas que surjan y de formar entre ellos otras agrupaciones para un beneficio común, generan vínculos de tal entidad que de-



ben ser regulados por normas, las que precisamente constituyen el derecho internacional.

Pero el principal problema, en lo que respecta a la fundamentación del derecho internacional, consiste en determinar por qué tales normas obligan y deben ser acatadas por los Estados. Es este un asunto de mayor complejidad y en el cual no ha habido criterios coincidentes.

Para los internacionalistas clásicos -principalmente Vitoria, Suárez, Vásquez de Menchaca, Grocio, Puffendorf, Wolff y Vattel- el fundamento de la validez del derecho internacional, como la de todo el derecho, radicaba en el derecho natural. Para estos autores, iniciadores del derecho internacional, estaba en la naturaleza de las cosas que los Estados en sus relaciones mutuas aceptasen un orden normativo superior al cual debían ajustar su conducta.

El gran mérito que tuvo esta explicación acerca de la validez del derecho internacional fue haber contribuido a su gestación y fundamentación inicial. Sin embargo, en la medida en que se fueron intensificando las relaciones entre los Estados, las explicaciones basadas tan sólo en el derecho natural se fueron haciendo cada vez más insuficientes para explicar la obligatoriedad del derecho internacional.

Surgen así doctrinas más modernas que intentan explicar el fundamento del derecho internacional desde otros puntos de vista. Básicamente esas doctrinas pueden clasificarse en dos grupos o corrientes: las que sostienen como fundamento la voluntad de los Estados, denominadas genéricamente teorías voluntaristas, y aquellas que trascienden la voluntad de los Estados, a las cuales, en general, puede designárselas como teorías objetivas. Entre las primeras cabe señalar: a) la doctrina de la autolimitación; b) la de la delegación del derecho interno; c) la de la voluntad común de los Estados, y d) la de la voluntad de la comunidad internacional.

Por su parte, las principales teorías objetivas que explican el fundamento de la obligatoriedad del derecho internacional fuera de la voluntad de los Estados son: a) la basada en la norma *Pacta sunt servanda*; b) la sociológica-jurídica; c) la normativista, y d) la jusnaturalista.

### ***10. La doctrina de la autolimitación***

Aunque pueden encontrarse antecedentes de la doctrina de la autolimitación en el pensamiento de Hegel y de Ihering, esta explicación del fundamento del derecho internacional encuentra en el constitucionalista alemán Georg Jellinek su principal expositor.

Según Jellinek, el Estado, como ente plenamente soberano, no puede someterse a una voluntad superior, sin dejar de ser tal. Si llega a obligarse en el plano internacional, lo hace en virtud de su propio interés y conveniencia, autolimitando su soberana voluntad. Sólo puede comprometerse a sí mismo con el deber de respetar aquellas normas que ha contribuido a crear. El mismo Jellinek admite que un Estado tiene derecho a liberarse de las obligaciones contraídas que juzgue contrarias a sus intereses.

Las consecuencias de esta doctrina son graves e inaceptables. Si el derecho internacional se basase exclusivamente en voluntades estatales susceptibles de ser modificadas unilateralmente, perdería toda su obligatoriedad, amenazando así seriamente la estabilidad y seguridad de las relaciones internacionales.

### ***11. Doctrina de la delegación del derecho interno***

Esta segunda explicación de tipo voluntarista ha sido enunciada por el jurista alemán Max Wenzel.

Para Wenzel la Constitución de todo Estado contempla dos modos de creación de normas jurídicas: la ley, que constituye una declaración unilateral de voluntad del Estado, y el tratado, el cual es el resultado de un acuerdo de voluntades con otro Estado. Si bien las leyes pueden ser modificadas o derogadas por otras leyes que dicte el Estado, los tratados, en cambio, para ser modificados o dejados sin efecto, requieren, conforme a la Constitución, el acuerdo de voluntades de aquellos Estados que los han celebrado. Por lo mismo, la violación de un tratado sería una infracción a la Constitución. De ese modo, esta doctrina funda las obligaciones internacionales de los Estados en el derecho constitucional de cada uno de ellos.

La explicación de Wenzel resulta tan inadecuada como la de Jellinek para fundamentar el derecho internacional, toda vez que

la obligatoriedad de éste queda igualmente basada en la voluntad unilateral del Estado, el cual podría desligarse de sus compromisos internacionales modificando su Constitución. Por lo demás, la práctica internacional desmiente plenamente que los compromisos internacionales de los Estados surjan de lo que dispongan sus respectivos ordenamientos constitucionales. Ello no sólo ha sido categóricamente rechazado por la jurisprudencia internacional, la cual ha expresado que "un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia Constitución para desvincularse de una obligación internacional",<sup>8</sup> sino por la propia actitud de los Estados, los cuales al producirse hondas transformaciones constitucionales en su interior, incluso cuando desaparece totalmente la Constitución, han manifestado su propósito de continuar respetando las obligaciones internacionales contraídas.

### *12. Doctrina de la voluntad común de los Estados*

El antiguo profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Berlín Heinrich Triepel ha fundamentado la obligatoriedad del derecho internacional en la voluntad común de los Estados, ya sea que ésta se manifieste expresamente, como en los tratados, o tácitamente, como sucede con las costumbres internacionales.

Según este autor, la única fuente del derecho internacional es la que emana de las voluntades estatales. Ni la ley particular de un Estado, ni las leyes concordantes de varios Estados pueden obligar a los otros Estados, jurídicamente iguales a ellos. Tan sólo la voluntad común de un gran número de Estados puede explicar la validez del derecho internacional.

A diferencia de Jellinek y de Wenzel, Triepel admite que un Estado una vez que ha manifestado su consentimiento no puede modificarlo sin el acuerdo de los otros pactantes. Dice al respecto Triepel:

**Desde el momento en que una norma ha sido creada mediante un acuerdo, sólo puede ser derogada mediante otro acuerdo, lo que surgió mediante la formación de una voluntad común sólo puede des-**

\* CPJI. Serie A-B, N° 44. Pág. 24.

aparecer mediante un cambio de la misma voluntad común, nunca con el cambio de una voluntad individual de las que formaban la voluntad común. Ciertamente, la fuerza vinculante de la voluntad común para la voluntad individual se basa en buena parte en que la voluntad individual no se ve, sin más, frente a una voluntad ajena, ya que ella misma ha participado en su formación; pero no es meramente la propia voluntad la que vincula en derecho internacional la voluntad del Estado. La declaración del cambio de voluntad hecha sólo por un Estado no es, pues, suficiente para derogar para él la norma jurídica promulgada antes con su aprobación.<sup>9</sup>

A pesar de que la doctrina de la voluntad común de los Estados representa un progreso con respecto a las anteriores teorías voluntaristas, de todas maneras no resulta adecuada para fundamentar la validez del derecho internacional. Desde luego, la explicación de que las costumbres internacionales constituyen un acuerdo tácito entre los Estados no resulta convincente. Pero más importante aún es la contradicción lógica en que se incurre al afirmar que el derecho internacional se funda exclusivamente en la voluntad común de los Estados, sin precisarse el porqué de ello, con lo cual, en vez de fundar la validez del derecho internacional, se da por sentada su existencia.

### ***13. Doctrina de la voluntad de la comunidad internacional***

Como una variante de la explicación de la voluntad común de los Estados, el eminente jusinternacionalista Hersch Lauterpacht ha buscado en la voluntad de la comunidad internacional la fuerza obligatoria del derecho internacional. Para él, así como en el derecho interno debe observarse la voluntad del Estado, expresada en su Constitución, leyes y costumbres, en el derecho internacional es la voluntad de la comunidad internacional manifestada en las fuentes formales de creación de las normas jurídico-internacionales, la que le confiere el carácter obligatorio al derecho internacional: *voluntas civitalis maxime est servanda*.

Según expresa Lauterpacht:

<sup>9</sup> H. Triepel. *Volkenecht und Landesrecht*. Leipzig. 1899. Págs. 88-89. Texto traducido al español en Oriol Casanovas y la Roda. *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Madrid. 1972. Pág. 31.

La hipótesis inicial en el derecho interno es que la voluntad del Estado debe ser obedecida, según ella esté expresada en la Constitución o, en monarquías absolutas, en la voluntad del monarca. A modo de una mayor explicación de esta hipótesis, se dice que la voluntad del Estado consta de las leyes debidamente promulgadas, de las costumbres, tal como son aplicadas por sus tribunales, de la legislación delegada, de las decisiones judiciales, y aun de los acuerdos privados que son convalidados por la ley. No hay razón por la cual la hipótesis original en derecho internacional no debiera ser que la voluntad de la comunidad internacional deba ser obedecida. Podría decirse, a título de una mayor explicación, que aunque en muchos casos la voluntad de la comunidad internacional deba ser deducida del mero hecho de su existencia, esto es, de la "razón de las cosas", los órganos de formación de la voluntad de la comunidad internacional son, en ausencia de una legislatura internacional, los Estados mismos, cuyo consentimiento es otorgado mediante costumbres o tratados y que son susceptibles de ser comprobados e interpretados imparcialmente por los tribunales internacionales. Una hipótesis inicial expresada en los términos de *voluntas civitatis maximae est servando*, indicaría como fuente de derecho a la voluntad de la sociedad internacional, la que se expresa en acuerdos contractuales entre sus miembros constituyentes, en sus costumbres y en los principios generales de derecho que ninguna comunidad civilizada puede ignorar.<sup>10</sup>

Si bien en esta doctrina la voluntad de la "comunidad internacional, como tal, no es la voluntad de los Estados individuales",<sup>11</sup> de todas maneras en ella se hace descansar la obligatoriedad del derecho internacional en consideraciones derivadas únicamente de las voluntades estatales, componentes de esa comunidad internacional, ofreciendo así inconvenientes similares a los de la doctrina de Triepel, ya que como ella se considera a la costumbre como un acuerdo tácito entre los Estados que forman esa comunidad y se da por sentada la existencia del derecho internacional. Por otra parte, aun si se admitiera que la voluntad de la comunidad internacional puede ser el fundamento de la obligatoriedad del derecho internacional, ello no explicaría la validez de las normas internacionales de carácter bilateral o regional, adoptadas o formadas independientemente de la comunidad internacional.

<sup>10</sup> H. Lauterpacht. *The Function of Law in International Community*. Oxford. 1933. Págs. 421-422.

<sup>11</sup> *Ibíd.* Pág. 423.

Lo dicho no significa que esta explicación de la obligatoriedad del derecho internacional no tenga evidentes méritos, sobre todo si se considera que al tiempo de ser formulada por Lauterpacht -1933- la comunidad internacional no había adquirido el grado de desarrollo, institucionalidad y representatividad que ella tiene actualmente. De ahí que es explicable que juristas posteriores, como Wilfred Jenks,<sup>12</sup> insistan en buscar el fundamento del derecho internacional en la existencia de una comunidad internacional.

#### **14. Doctrina basada en la norma *pacta sunt servanda***

Esta doctrina ha sido expuesta principalmente por el italiano Dionisio Anzilotti, uno de los grandes maestros de derecho internacional.

Para Anzilotti, la fuerza obligatoria del derecho internacional radica en el principio fundamental de que los Estados deben cumplir los pactos que han concluido, esto es: *pacta sunt servanda*, norma a la cual Anzilotti le atribuye "un valor objetivo absoluto o, en otras palabras, se presenta la hipótesis primera e indemostrable".<sup>13</sup> Según este mismo autor, el hecho de que la norma *pacta sunt servanda* no sea susceptible de una ulterior demostración desde el punto de vista jurídico:

No quiere decir que el principio no sea posible de ser demostrado desde otros puntos de vista (ético, político, etc.); pero ello es irrelevante con respecto a la disciplina que está basada en el estudio de sus reglas. Del mismo modo, la norma constitucional que impone obediencia a las órdenes del soberano o del parlamento es indemostrable desde el punto de vista del orden jurídico, es independiente de las razones éticas, políticas e históricas sobre las cuales descansa la autoridad de un soberano o de un parlamento determinado.<sup>N</sup>

- Véase especialmente, C.W. Jenks, "The will of the World Community as the basis of obligation in International Law", en *Hommage d'une génération de juristes au Président Bismarck*. París. 1960. Págs.280-299.

<sup>N</sup> Dionisio Anzilotti. "Corso di Diritto Internazionale", en *Opere di Dionisio Anzilotti*. Vol. 1. Padova. 1964. Pág. 45.

<sup>11</sup> *Ibid.*

La norma fundamental *pacta sunt servanda*, prosigue después Anzilotti:

**Determina, en consecuencia, cuáles son las normas que forman un ordenamiento jurídico determinado y les proporciona unidad. Lo que distingue el orden jurídico es que, en ese orden internacional, el principio *pacta sunt servanda* no descansa, como en el derecho interno, en una norma superior: es ella misma la norma suprema.<sup>15</sup>**

Al fundar el derecho internacional en esa norma suprema, la que constituye "el ordenamiento jurídico de la comunidad de los Estados", Anzilotti pretende conferirle un carácter metafísico a su concepción, por lo cual rechaza las explicaciones de tipo voluntarista, tanto de la teoría de la autolimitación del Estado, como de la voluntad común de los Estados".

No obstante el mérito indiscutible que tiene esta doctrina, al intentar fundamentar el derecho internacional en una norma suprema, superior a la mera voluntad de los Estados, aunque sean éstos quienes la hayan creado, la explicación de Anzilotti no resulta del todo convincente y ofrece actualmente vacíos insalvables.

Desde luego, en el actual derecho internacional, la norma *pacta sunt servanda* no tiene el carácter axiomático y absoluto que le atribuye Anzilotti. Ella, por de pronto, se encuentra incorporada al derecho internacional positivo como una de las reglas básicas que regulan la comunidad internacional organizada. Expresamente ha sido reconocida, entre otros tratados internacionales, por el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas; por el artículo 18 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; y por el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Tampoco se la puede considerar como una norma incondicional y absoluta, pues está sujeta a una serie de calificaciones. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, contempla una serie de disposiciones en virtud de las cuales se pueden legítimamente dejar sin efecto algunos tratados, lo cual demuestra que la norma *pacta sunt servanda* no se

<sup>11</sup> Dionisio Anzilotti. "Corso di Diritto Internazionale", en *Opere di Dionisio Anzilotti*. Vol. 1. Padova. 1964. Pág. 45.

<sup>1h</sup> *Ibíd.* Pág. 46.

basta a sí misma y que es necesario encontrar otra regla básica que, sirviéndole de fundamento a ella misma, a la vez pueda calificar qué pactos deben cumplirse y cuáles son susceptibles de dejarse sin efecto.

Por otra parte, aun si se admitiera que la norma *pacta sunt servanda* es idónea para fundamentar el derecho internacional convencional, ella no resulta capaz de explicar la validez de las otras fuentes de derecho internacional, como la costumbre internacional o los principios generales de derecho, respecto de los cuales es inadmisibles recurrir al subterfugio de que se trataría de acuerdos tácitos.

### 15. *Doctrina sociológica jurídica*

El ilustre internacionalista francés George Scelle ha intentado fundamentar no sólo la existencia u origen del derecho internacional, sino, además, su validez y obligatoriedad en consideraciones extraídas de la sociología.

Para Scelle, la fuente del derecho internacional es la misma que la de cualquiera otra rama del derecho: es única y radica en el *hecho social*. Toda norma social o intersocial, nos dice:

**Deriva de la exigencia que se impone por sí misma a los individuos, si no se respeta, si no se lleva a cabo la solidaridad del grupo, éste se desvanece y desaparece. La fuente del derecho internacional se desprende de las relaciones internacionales. El carácter obligatorio del derecho internacional deriva así de la necesidad de esas relaciones, las que han sido originariamente indispensables para la vida de cada grupo y que han adquirido por la división del trabajo, la fuerza de una necesidad biológica.<sup>17</sup>**

La doctrina sociológica sustentada por Scelle, ciertamente, constituye un instrumento valioso para explicar la existencia del derecho internacional. Pero esa explicación, limitada exclusivamente a consideraciones de orden social, resulta insuficiente para fundar la validez y obligatoriedad de sus normas. Por eso fue que al comenzar este estudio de la fundamentación del derecho internacional expresamos que los problemas de la existencia y de la obligatoriedad del derecho internacio-

<sup>17</sup> George Scelle. *Précis de Droit des Gens*. Vol. 1. París. 1952. Pág. 51





nal eran de distinta entidad y sólo el primero era propio de la sociología jurídica.

Con posterioridad a Scelle, algunos autores han intentado explicar, con otras variantes y modalidades, la naturaleza del derecho internacional, recurriendo a los aportes de la sociología. Entre los más destacados de estos autores se encuentran el norteamericano Myres S. Me. Dougal,<sup>18</sup> el británico Georg Schwarzenberger<sup>1a</sup> y el belga Charles de Visscher.<sup>20</sup>

### 16. *El normaüvismo*

La posición normativista o de la norma originaria se confunde con su autor, el austriaco-norteamericano Hans Kelsen, uno de los grandes juristas del siglo XX.

Para Kelsen, el derecho es una ciencia normativa "pura", desprovista de toda consideración sociológica o política.

En la concepción kelseniana la validez de una norma, tanto nacional como internacional, depende siempre de la validez de otra norma preexistente superior, por lo cual hay que imaginar un sistema de normas escalonadas, de tipo piramidal, en el cual la norma situada en la cúspide de la pirámide sería la norma originaria de la cual derivan todas las otras. Así, en el derecho interno de un Estado, el acto por el cual un funcionario policial detiene a un delincuente es válido porque ha sido ordenado por un juez; la sentencia del juez es válida porque ha sido dictada conforme al Código de Procedimiento Penal, el cual, a su vez, es válido porque ha sido aprobado de acuerdo a la Constitución, la que, por su parte, es el resultado de un proceso de reforma de Constituciones anteriores. De ese modo se llega a la primera Constitución, que para Kelsen es la norma originaria de la cual derivan su validez todas las otras.

Ahora bien, según Kelsen, el derecho internacional también encuentra su fundamento en la existencia de una norma origi-

<sup>18</sup> Véase especialmente Myres S. Me. Dougal, "International Law, Power and Policy". RCADI. Vol. 84. 1953.

Véase especialmente Georg Schwarzenberger, *La Política del Poder* (trad.) México. 1960.

<sup>20</sup> Véase especialmente Charles de Visscher, *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público* (trad.). Barcelona. 1962.

naria, la cual consiste en la costumbre internacional. Señala al respecto Kelsen:

Para encontrar la fuente del orden jurídico internacional, tenemos que seguir un procedimiento semejante al que nos condujo a la norma básica (originaria) del orden jurídico nacional. Tenemos que partir de la norma más baja dentro del derecho internacional, es decir, de la sentencia de un tribunal internacional. Si nos preguntamos por qué la norma creada por esa sentencia es válida, la respuesta nos la proporciona el tratado en cuya virtud el tribunal fue constituido. Si nuevamente inquirimos por qué este tratado es válido, seremos retrotraídos a la norma general que obliga a los Estados a comportarse de acuerdo con los tratados que han celebrado, o sea, a la norma que se expresa comúnmente por medio de la expresión "*pacta sunt servanda*". Esta, como ya indicamos, es una norma del derecho internacional general, y éste es creado por la costumbre constituida por los actos de los Estados. La norma básica del derecho internacional, por lo tanto, tiene que ser una norma que admita a la costumbre como un hecho creador de normas, y podría enunciarse del siguiente modo: los Estados deberán comportarse como lo hayan hecho por costumbre. El derecho internacional consuetudinario, desarrollado sobre la base de esta norma, es el primer escalón en el orden jurídico internacional. El grado siguiente está formado por las normas creadas por los tratados. La validez de estas normas depende de la norma "*pacta sunt servanda*", la que a su vez es una norma perteneciente a la primera etapa del derecho internacional general, que es el derecho consuetudinario. La tercera etapa está formada por normas creadas por órganos que a su vez son creados por tratados, como por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o de la Corte Internacional de Justicia o de los tribunales de arbitraje.\*<sup>1</sup>

La concepción de Kelsen ofrece serios reparos, no obstante la brillante fuerza intelectual desplegada en su creación y su aparente consistencia lógica. Desde luego, su empeño en separar absolutamente el derecho de todas las relaciones sociales es enteramente ficticio. El derecho no puede existir si, precisamente, no está destinado a regular situaciones sociales.

Por otra parte, la construcción piramidal del derecho ideada por Kelsen, según la cual las normas jurídicas están sometidas a la rígida jerarquización de una norma originaria y suprema,

<sup>21</sup> Hans Kelsen. *Principios de Derecho Internacional Público* (trad.). Buenos Aires. 1965. Págs. 357-358.

no es más que una entelequia, divorciada de la realidad histórica. Al menos en lo que respecta al derecho internacional, suponer que esa norma originaria y suprema es aquella "que admita a la costumbre como un hecho creador de normas", en cuya virtud "los Estados deberán comportarse como lo hayan hecho por costumbre", conduce a una irreal estratificación del orden internacional.

No puede, pues, afirmarse la existencia de un derecho "puro" en el cual, como acertadamente ha dicho Charles de Visscher, "la positividad de las normas depende únicamente de su reductibilidad a una norma fundamental, por lo demás hipotética, considerada como la fuente suprema del orden jurídico".<sup>22</sup>

### 17. *Eljumatualismo*

Posiblemente la confusión existente en torno a la naturaleza y fundamentación del derecho internacional ha hecho que algunos destacados internacionalistas del siglo XX -como el francés Le Fur,<sup>23</sup> el británico Brierly,<sup>24</sup> el austríaco Verdross,<sup>25</sup> el japonés Tanaka,<sup>26</sup> o el español Truyol-<sup>27</sup> hayan retornado, con las obvias adaptaciones, a las enseñanzas de los clásicos del derecho internacional e insistan en encontrar su fundamento en el derecho natural.

Para el jusnaturalismo, el derecho natural constituye aquel conjunto de preceptos fundados en la naturaleza misma, sea del hombre o de las sociedades creadas por éste. Este derecho natural es imprescindible, exigible, universal e inmutable, aunque en sus concretizaciones históricas pueda cambiar, sin que ello signifique una variación de lo esencial del precepto.

<sup>22</sup> Ch. De Visscher. *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público* (trad ). Barcelona. 1962. Pág. 70.

<sup>23</sup> Véase, especialmente, L. de Fur, "La Théorie du Droit Naturel depuis de XVII siècle et la doctrine moderne" RCADI. Vol. 18. 1927.

<sup>24</sup> Véase, especialmente, J. L. Brierly, "Le fondement du caractère obligatoire du droit international". RCADI. Vol. 58. 1936. *The Law of Nations*. Oxford. 1963. Págs. 54-56; y *The Basis of obligations in International Law*. Oxford. 1958.

<sup>25</sup> Véase especialmente. Alfred Verdross. "Fondement du droit international", RCADI. Vol. 16. 1927 y *Derecho Internacional Público*. Madrid. 1974. Pág. 58.

<sup>26</sup> Véase, especialmente, Kotaro Tanaka. "Du Droit international au droit mondial". Ob. cit. Págs. 547-570.

Véase, especialmente, Antonio Truyol y Serra. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid. 1970. Págs. 69-81.

La aplicación del derecho natural no sólo llega a la persona humana, a la cual éste le reconoce una serie de derechos subjetivos, sino que también se extiende a las sociedades, incluyendo a la internacional, la cual no es otra cosa que una prolongación de las diversas sociedades nacionales.

Sobre la base de la deducción de la razón, el derecho natural reconoce la existencia de ciertos principios fundamentales, como serían, en el orden internacional, las obligaciones de respetar los compromisos libremente adquiridos o de reparar los perjuicios injustamente causados. Estos principios básicos enunciados por el derecho natural deben ser recogidos por el derecho positivo. Como señala Le Fur:

**El derecho positivo no crea, sino solamente expresa -es decir, establece, determina y precisa- el derecho natural, otorgándole su normal investidura consistente en una sanción, indispensable en la práctica.**<sup>^</sup>

El gran problema que ofrece el derecho natural como fundamentación del derecho internacional, aun admitiendo su validez, es que su excesiva generalización impide muchas veces precisar su contenido. Ella ha significado en el campo propio del derecho internacional que su enunciación e interpretación haya servido, a veces, para fundamentar posiciones contradictorias. Así, se ha afirmado igualmente que es tan "derecho natural" el derecho que tiene un país a nacionalizar sus recursos naturales, cancelando por ello una indemnización determinada únicamente por sus posibilidades económicas, como el criterio opuesto, en virtud del cual, en caso de nacionalización, la indemnización, debe ser necesariamente pronta, adecuada y efectiva.

### ***18. Algunas conclusiones en torno al fundamento del derecho internacional***

Aun cuando compartimos la afirmación de Brierly, según la cual "el jusinternacionalista no tiene ninguna obligación especial de explicar por qué el derecho al cual se dedica posee un

<sup>J\*</sup> L. de Fur. Ob. cit., en RCA111. de 1927. Pág. 399.

carácter obligatorio",<sup>29</sup> creemos que es posible extraer algunas conclusiones del estudio de las diversas doctrinas, las que pueden ser de alguna utilidad desde el exclusivo punto de vista de esta disciplina.

La primera de estas conclusiones es la inadmisibilidad de todas las doctrinas voluntaristas. Verdaderamente no podría concebirse la obligatoriedad del derecho internacional si éste descansara únicamente en el mero consentimiento de los Estados.

El rechazo del voluntarismo no significa, por otra parte, negar la enorme gravitación que tiene el consentimiento de los Estados en la formación del derecho internacional. Dado que éste ofrece un escaso grado de institucionalización y se presenta como un sistema jurídicamente descentralizado, es explicable ese carácter predominantemente consensual que ofrecen la mayoría de las normas jurídico-internacionales.

Sin embargo, aun los más recalcitrantes voluntaristas tendrán que convenir que en el actual derecho internacional existen normas obligatorias que no descansan en las meras voluntades estatales. Así, además de la costumbre internacional -la cual, como se verá posteriormente, no deriva sólo del consentimiento de los Estados- en el propio campo del derecho convencional se puede apreciar que ciertos tratados pueden llegar a producir efectos respecto de terceros Estados no contratantes, como es el caso del más importante de todos los tratados, la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 2 N° 6 le atribuye poderes a la Organización para actuar con respecto a los Estados que no son miembros de ella en la medida que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales. Aún más, en el actual derecho internacional se reconoce la existencia de ciertas normas imperativas -denominadas *jus cogens*- a las cuales los Estados voluntariamente no pueden sustraerse. Esas normas imperativas han sido expresamente reconocidas a la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

De ese modo, las explicaciones voluntaristas como fundamento único del derecho internacional no sólo son filosóficamente inaceptables sino, además, se encuentran contradichas por el actual ordenamiento jurídico internacional.

J. B. Brierly, *The Law of Nations*. Oxford (6<sup>th</sup> ed.).1963. Pág. 56.

De ahí que la conclusión siguiente lleve necesariamente a fundamentar la obligatoriedad del derecho internacional en consideraciones objetivas que trascienden las voluntades de los Estados, aunque sin llegar a desconocer el importante papel que dichas voluntades desempeñan en la creación y mantención de la vigencia de tales normas jurídico-internacionales. Pero ¿dónde deben encontrarse esas normas objetivas, superiores a las voluntades estatales?, ¿en la norma *pacta sunt servanda*, como señala Anzilotti?; ¿en el hecho social que afirma Scelle?; ¿en una norma originaria y básica, la que constituye el fundamento de la obligatoriedad de las otras normas posteriores, como preconiza Kelsen?; ¿en un orden natural, como reclaman los jusnaturalistas?

Cuando se analizaron esas teorías objetivas vimos que ninguna de ellas podía de un modo satisfactorio explicar enteramente la validez del derecho internacional. Sin embargo, por otra parte, cada una de ellas contiene elementos que pueden ser utilizados -en diferente medida, claro está- para fundamentar la obligatoriedad y validez del derecho internacional o, al menos, ciertos aspectos de él.

La norma *pacta sunt servanda*, por ejemplo, como quiera que se la formule -ya sea como una norma axiomática, como sostiene Anzilotti, o como la norma originaria de carácter consuetudinario, como afirma Kelsen; o como una de las reglas fundamentales que se encuentran incorporadas al derecho convencional, tal cual es efectivamente en la actualidad-, constituye indudablemente uno de los pilares sobre los que descansa gran parte del derecho internacional convencional. Su sola enunciación es, por lo tanto, suficiente para fundamentar, en principio, la obligatoriedad de los compromisos internacionales libremente contraídos por los Estados.

Las explicaciones de tipo sociológico -de las cuales Scelle es el iniciador en el campo del derecho internacional- resultan hoy día imprescindibles para comprender la vigencia de las normas jurídico-internacionales, las cuales sólo pueden ser tales en la medida que ellas reflejen las realidades y necesidades sociales. Tal como ha escrito Charles De Visscher, la norma de derecho internacional sólo conserva su fuerza de aplicación si ella se encuentra sujeta a la doble exigencia de:

**El grado de correspondencia de su contenido con las necesidades sociales y la exactitud de su expresión formal con respecto a la práctica de los Estados.<sup>11"</sup>**

Aun si no el entero pensamiento de Kelsen, el recurso al método kelseniano de encontrar una norma originaria que sirva de fundamento a las otras **normas** jurídico-internacionales, puede ser un valioso aporte a la fundamentación de esta disciplina. Es lo que ha procurado hacer Eduardo Jiménez de Aréchaga, uno de los más destacados internacionalistas latinoamericanos del siglo XX. Para este distinguido tratadista uruguayo, al igual que Kelsen, se "debe obedecer lo que disponga el constituyente o legislador originario",<sup>31</sup> lo cual, en el derecho internacional, no significa necesariamente, como aduce Kelsen, que sea una norma consuetudinaria, sino que tal legislador originario u órgano constituyente primero puede variar históricamente, pudiendo ser un Estado o grupo de Estados dominantes que impongan la ley internacional a los demás, como aconteció con la Santa Alianza, o también puede ser, agrega Jiménez de Aréchaga:

**El caso de un numeroso conjunto de Estados, con base democrática e igualitaria, o una mayoría de la comunidad internacional, como ocurre, por ejemplo, con las cincuenta Naciones que fundaron las Naciones Unidas y dictaron la estructura básica de la comunidad internacional contemporánea/<sup>1"</sup>**

Así, la utilización del método kelseniano puede servir para fundamentar toda aquella importante parte del actual derecho internacional basada en la Carta de las Naciones Unidas, a la que puede considerársele como una norma originaria y suprema en razón del acuerdo logrado por los Estados victoriosos de la Segunda Guerra Mundial para establecer un nuevo orden internacional.

En un sentido similar, la fundamentación del derecho internacional por la voluntad de la comunidad internacional puede emplearse para explicar la obligatoriedad de aquellas normas

Ch. De Visscher, *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona. 1962, Pág. 144.

<sup>31</sup> E. Jiménez de Aréchaga. *Curso de Derecho Internacional Público*. Montevideo. 1959. Pág. 49.

<sup>M</sup> *Ibíd.*

que son adoptadas por el conjunto de los Estados como expresión de tal voluntad. Si Lauterpacht, en 1933, pudo ver el fundamento del derecho internacional en la voluntad de la comunidad internacional cuando ésta no había adquirido el grado de institucionalidad que hoy posee, con mucho mayor razón en la actualidad tal fundamento resulta más válido en razón a que los procedimientos de que goza la comunidad internacional para la creación de las reglas y principios del derecho internacional se han hecho más expeditos y representativos. Si, para citar un ejemplo de los muchos que podrían darse, hoy día ningún Estado puede jurídicamente desafiar el principio de la autodeterminación de los pueblos o el respeto a los derechos esenciales de la persona humana, ello se ha debido precisamente a que tales principios han sido declarados como principios de derecho internacional en forma constante y reiterada por los órganos de la comunidad internacional.

Por último, si bien el derecho natural no resulta idóneo para explicar con entera precisión el carácter vinculante de una determinada norma jurídica, le confiere a ésta su razón de ser última, su fundamento mediato, consistente en la necesidad de lograr la integración de esa norma dentro de un necesario orden internacional basado en la justicia y la paz. Como ha escrito con acierto al respecto Brierly:

**La razón última que explica el carácter obligatorio de todo el derecho es que el hombre, ya sea considerado como un individuo aislado o como asociado con otros hombres formando un Estado, está impedido, en tanto que es un ser razonable, a creer que el principio que rige el mundo en que ha de vivir es el orden y no el caos.<sup>1</sup>**

El examen de diversas doctrinas analizadas denota que todas ellas contienen elementos de los que puede valerse el jusinternacionalista para encontrar una explicación racional y coherente a la obligatoriedad del derecho internacional. No se trata, por supuesto, de pretender hacer una síntesis de todas esas doctrinas -conceptualmente imposible, por lo demás, de lograr para de ese modo buscar una fundamentación general y permanente de todo el derecho internacional.

<sup>1</sup> J. L. Brierly. *The Law of Nations*. Oxford. (6<sup>a</sup> ed.) 1963. Pág. W.



Como se expresó anteriormente, no es a esta rama del derecho a la que le corresponde fundamentar su obligatoriedad como sistema normativo, pero sí le es dable al jusinternacionalista que quiera reclamar la obligatoriedad de una norma jurídico-internacional extraer aquellos elementos incuestionablemente válidos que ofrecen cada una de las doctrinas estudiadas y emplearlos adecuadamente en función de esa norma invocada como obligatoria. En todo caso, dada la desigual naturaleza, origen y extensión de las normas del derecho internacional, el fundamento de la obligatoriedad de cada una de ellas nunca podrá plantearse en términos unívocos y bajo el prisma de una sola doctrina que sea idónea para fundamentar todo el derecho internacional.

Por otra parte, la tarea de buscar un fundamento doctrinario a la obligatoriedad del derecho internacional no tiene en la actualidad la importancia que tuvo anteriormente, cuando éste daba sus primeros pasos como un sistema normativo y resultaba importante consagrar su carácter jurídico. Hoy día, los Estados en sus relaciones recíprocas observan y acatan sin mayores dificultades las normas del derecho internacional, sin necesidad de racionalizar su conducta. De ahí que esa observancia y reconocimiento que en la práctica hacen los Estados sea, en el hecho, el mejor testimonio del carácter obligatorio de que goza el derecho internacional. El mismo Brierly, que tanto esfuerzo dedicó a este problema, así lo reconoce en otra de sus obras, al expresar:

**La mejor prueba de la existencia del derecho internacional es que cada Estado reconoce no sólo su existencia, sino también la obligatoriedad que tiene de observarlo. Es posible que los Estados violen la norma internacional del mismo modo que los individuos violan las leyes nacionales, pero ni los Estados ni los individuos defienden esas violaciones aduciendo que se encuentran por encima del derecho... Los Estados defenderán su conducta de mil otros modos, como negando que la norma cuya violación se les atribuye sea legal, alegando un supuesto derecho de autoconservación superior al derecho común, o bien sosteniendo otras excusas más o menos sinceras; pero nunca los Estados alegarán que es dudosa la existencia real del derecho internacional y su obligatoriedad.<sup>31</sup>**

<sup>31</sup> J. L. Brierly. *The Outlook for International Law*. Oxford. 1955. Págs. 4-5.

Si Briely, a mediados del siglo XX, pudo constatar que efectivamente los Estados reconocían la existencia y obligatoriedad del derecho internacional, en el mundo globalizado e interdependiente del siglo XXI. esa constatación resulta muchísimo más evidente.

En la actualidad el derecho internacional se presenta como el ordenamiento jurídico más respetado, en cuanto es el que tiene menos transgresiones.

Como agudamente lo ha observado un jurista latinoamericano, "cada vez que prendemos el televisor; cada avión que aterriza, cada frontera que cruzamos, cada producto extranjero que adquirimos, supone el cumplimiento de alguna norma internacional", normas que "tienen un mayor grado de cumplimiento que las que tienen muchos de nuestros códigos penales o civiles". <sup>17</sup>

Ciertamente, en el siglo XXI siguen ocurriendo violaciones ostensibles al derecho internacional, como la que ocurrió en 2003 cuando Estados Unidos, el Reino Unido y otros Estados invadieron Irak y usaron la fuerza en las relaciones internacionales, sin el consentimiento del Consejo de Seguridad; pero ese tipo de violaciones, aunque llamativas, son cada vez más excepcionales y por su gravedad pueden compararse a los golpes de Estado que importan una quiebra del orden constitucional de un Estado y, precisamente por ello, en uno y otro caso, esas violaciones provocan un profundo sentimiento mavoritario para que, apenas sea posible, se reestablezca el orden jurídico conculcado mediante el imperio del derecho como la única forma de lograr la estabilidad y la paz.

Por otra parte, la multiplicación de tratados y convenciones internacionales respecto a materias que usitalmente eran reguladas por el derecho interno -asuntos de derecho de familia y menores, materias comerciales y laborales, tipificación de ciertas conductas aberrantes como crímenes de lesa humanidad y, desde luego, los derechos humanos- han significado que cada vez más el derecho internacional se esté aplicando en la actualidad como parte integrante del ordenamiento jurídico interno de los Estados e incluso los tribunales superiores han comenzado a sancionar a aquellos jueces que dejan de aplicar en un Es-

<sup>17</sup> J. M. Arrighi. *Organizando dos Estados Americanos*. Sao Paulo. 2001. Pág. 2.

tado los tratados u otras normas vigentes de derecho internacional.

De ese modo, sin desconocer la importancia que tuvo en el pasado encontrar una explicación coherente para fundamentar la existencia y obligatoriedad del derecho internacional, al ser hoy día tan evidente su acatamiento, en la práctica el ejercicio de buscar un fundamento para su obligatoriedad reviste en la actualidad, más que una importancia práctica, un interés principalmente doctrinario, similar al que tiene la fundamentación del derecho en general.

CAPÍTULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO  
INTERNACIONAL

*Sección I*

EL DERECHO INTERNACIONAL DESDE SUS  
ORÍGENES HASTA LA PAZ DE WESTFALIA

**19. Origen histórico del derecho internacional**

El derecho internacional surge en el siglo XVI, al transformarse el orden político existente en Europa. Con anterioridad, propiamente, no puede afirmarse la existencia de un derecho internacional ni en los tiempos de los griegos de la antigüedad, donde las ligas anfictiónicas -consideradas como un esbozo de relaciones internacionales- no tuvieron ninguna gravitación significativa en el posterior desarrollo de las normas jurídicas de la comunidad internacional; ni en la época del Imperio Romano, en la que el mundo conocido estaba sujeto a una sola autoridad y en el que el derecho aplicable a los que no eran ciudadanos romanos -el *jus gentium*- era un derecho interno de Roma; ni en la Edad Media, en la que el poder político, bajo el régimen feudal, se encontraba disperso entre los distintos príncipes y señores, los cuales, a su vez, en mayor o menor grado, se encontraban subordinados a la autoridad del Papa, investido de una soberanía preeminente sobre todos ellos, y del emperador germánico, al que se consideraba heredero del Imperio Romano.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Con mucha mayor razón puede afirmarse que no existe vinculación histórica entre las "relaciones internacionales" practicadas por otros pueblos de la an-

Tal vez, el único antecedente significativo del derecho internacional, anterior al siglo XVI, se encuentre en las ciudades italianas, las que mantuvieron relaciones políticas y comerciales entre ellas y acostumbraron a enviarse recíprocamente representantes, originando así las modernas instituciones diplomática y consular. Pero, en realidad, es con la formación en Europa Occidental de varios Estados nacionales -particularmente en España, Francia e Inglaterra- con fronteras relativamente definidas y sujetos a la autoridad de monarcas que logran imponer obediencia a sus súbditos y afirmar el carácter de unidad política independiente de sus reinos, cuando se origina el derecho internacional.

Junto a la formación de esos Estados nacionales y la consecuencial necesidad de regular sus relaciones, especialmente en caso de guerra, otros factores como la expansión de la navegación y el comercio, iniciada anteriormente por los navegantes portugueses en sus viajes a las llamadas Indias; y sobre todo, el descubrimiento, conquista y colonización de América, dan origen a una serie de problemas y situaciones a los que los teólogos y juristas intentan dar respuestas que permitan adaptar estas nuevas realidades a los requerimientos de un orden jurídico superior. De ese modo se sientan las bases para la formación del derecho internacional.

## 20. *Vitoria y la escuela teológica española*

El primero en abordar estos nuevos temas afirmando por vez primera la existencia de un *jus inter gentes*, fue el teólogo dominico español Francisco de Vitoria (1486-1546), a quien por esa razón se le conoce como el "Padre del Derecho Internacional". Vitoria se desempeñó durante un largo período como profesor de teología en la Universidad de Salamanca y sus enseñanzas en dicha universidad, en lo que respecta a asuntos vinculados al derecho internacional como la conquista del Nuevo Mundo, el trato a los indios, el derecho de guerra y la idea de una comu-

**tigüedad, como los asirios, chinos, egipcios, hindúes, persas, etc., con lo que se entiende, a partir del siglo XVI, qué es el derecho internacional. En ese sentido no podemos compartir la tesis del ilustre internacionalista argentino Isidoro Ruiz Moreno de que el derecho internacional ha existido desde épocas remotas.**

nidad internacional, fueron recogidas en sus célebres selecciones *De Indis*, *De Jure Belli* y *De Potestate civil*<sup>2</sup>

Junto a Vitoria, otros teólogos españoles del siglo XVI, como Domingo de Soto (1494-1570), Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), Luis de Molina (1535-1600) y especialmente el jesuita Francisco Suárez (1548-1617), cuyo libro II del tratado *De legibus ac, Deo legislatore* trata sistemática y metódicamente el concepto de una comunidad internacional formada por Estados iguales, conforman la llamada escuela teológica española, la que tuvo una gran importancia en la formación inicial del derecho internacional. En general, esta escuela, utilizando el derecho natural y la teología, intentó unir las exigencias del nuevo orden político que surgía con su afán de establecer sobre bases morales y jurídicas la conducta de los Estados en sus relaciones externas.

## 21. *Gentili* y *Grocio*

Otro importante autor del siglo XVI es el italiano Alberico Gentili (1552-1608), quien inicia la secularización del derecho internacional, Gentili al abrazar la fe protestante tuvo que huir a Inglaterra, donde enseñó derecho civil en Oxford y se desempeñó como abogado de los intereses españoles ante la judicatura inglesa en litigios de presas. Sus principales obras son *De jure Belli*, *Hispanicae Advocationis* y *De legationibus*, obra esta última en la que trata de las embayadas y de las inmunidades de los diplomáticos.

Pero, sin lugar a dudas, el más destacado e importante de todos los tratadistas clásicos de esta época inicial del derecho internacional es el holandés Hugo Grocio (1583-1645), quien fue el primero en ofrecer una exposición sistemática sobre el conjunto de las reglas de esta disciplina. A temprana edad, siendo abogado de la Compañía de las Indias Orientales Holandesas, Grocio publica su célebre opúsculo *Mare Liberum?* Sin embargo, su principal obra, escrita mientras se encontraba exiliado en

<sup>2</sup> Estas y otras selecciones fueron publicadas postumamente, en 1557, bajo el título de *Rektiones Theologicae*.

<sup>3</sup> Publicado, posiblemente, en 1608 ó 1609. Mucho más tarde, en 1864, se determinó que el *Mare Liberum* formaba parte, como capítulo doce, de la obra de Grocio, hasta aquel entonces inédita, *Dejurepraedae*.

Francia, es *De Jure belli ac pacis*, publicada por vez primera en París el año 1625. Al igual que los clásicos españoles del siglo XVI, Grocio en esa obra fundamenta el derecho internacional en el derecho natural, si bien con una mayor tendencia al racionalismo y prescindiendo casi por entero de las consideraciones teológicas. En la concepción de Grocio, los Estados forman parte de una sociedad mayor unida por la supremacía de la justicia y la razón. Junto a ese derecho natural, Grocio también distingue un derecho voluntario derivado de los acuerdos entre los Estados.

La influencia de Grocio en el desarrollo posterior del derecho internacional ha sido enorme. Su libro *De jure belli ac pacis* ha sido objeto de numerosas ediciones y traducciones y durante mucho tiempo sirvió como fuente de inspiración a las cancillerías y a los tribunales que tenían que decidir sobre asuntos internacionales. Igualmente, su *Mare Liberam*, resistido inicialmente por autores nacionales de países que pretendían ejercer un dominio sobre ciertas partes de los océanos, como el fraile portugués Serafín de Freitas<sup>4</sup> y el inglés John Selden,<sup>5</sup> contribuyó posteriormente en una importante medida a que durante siglos el principio de la libertad de los mares se considerase una de las normas fundamentales del derecho internacional.

## *Sección II*

### EL DERECHO INTERNACIONAL DESDE LA PAZ DE WESTFALIA HASTA EL CONGRESO DE VIENA (1648-1815)

#### ***22. El desarrollo de las relaciones internacionales y el derecho internacional a partir de la Paz de Westfalia***

Con la Paz de Westfalia, que en 1648 puso término a la guerra de los treinta años, se abre toda una época en la que Europa queda organizada sobre la base de Estados independientes y jurídicamente iguales. Al consagrarse en ella la secularización del poder político y la desintegración de lo que en la Edad Media y

<sup>4</sup> *De iusto impio lusitanorum asyatico*. Publicado en 1625

<sup>5</sup> *Mare clausum seu de dominio maris*. Publicado en 1635.

en el alto Renacimiento había sido la *Respublica Christiana*, los Estados comienzan a encarar sus relaciones sobre la base de los principios de la igualdad religiosa y el equilibrio político entre ellos.

En este período histórico, que cubre más de un siglo y medio, surgen o se afianzan ciertos principios fundamentales, muchos de los cuales hasta ahora constituyen la base del derecho internacional general, como los principios de independencia e igualdad jurídica de los Estados. Asimismo, en esta época comienza a manifestarse la importancia de la voluntad de los Estados en la creación de normas jurídicas mediante los tratados; se desarrollan ciertas reglas consuetudinarias en materias tan importantes como la responsabilidad internacional de los Estados, el tratamiento a los extranjeros, las inmunidades de los Estados y de sus agentes diplomáticos. De igual modo, se establecen normas relativas a la soberanía territorial, la adquisición y pérdida de territorios, substituyéndose las normas anteriores de la concesión papal y el mero descubrimiento por la ocupación efectiva de los territorios *res nullius*; se destaca la importancia de la institución de la neutralidad en caso de conflictos entre otros Estados y, en lo que respecta al derecho de guerra, se señala una distinción entre los beligerantes y la población civil. También, como consecuencia de la independencia de Estados Unidos de América (1776) y de la Revolución Francesa (1779) nace el principio de la autodeterminación de los pueblos, que tanta influencia habría de tener en el posterior desarrollo del derecho internacional.

### 23. *La elaboración doctrinaria*

El aporte doctrinario durante esta época -segunda mitad del siglo XVII, siglo XVIII y primeros años del siglo XIX- es asimismo importante. En general, los autores de este período reconocen la influencia de Grocio y la gran mayoría de ellos continúan basándose en el derecho natural, aunque también surgen los primeros positivistas, para quienes el derecho internacional está constituido exclusivamente por los tratados y la costumbre.

Entre los autores del siglo XVII cabe recordar al inglés Richard Zouche (1590-1660), quien sin negar el derecho natural destaca la mayor importancia del derecho consuetudinario. En



un sentido similar se encuentra el alemán Samuel Rachel (1628-1691), motivo por el cual tanto Zouche como Rachel han sido considerados los precursores del positivismo. En cambio, en una dirección opuesta, en la que el derecho internacional se funda exclusivamente en la razón y el derecho natural, se inscriben en esta época los alemanes Samuel Pufendorf (1632-1694)<sup>6</sup> y Christian Thomasius (1655-1728).

En la primera mitad del siglo XVIII debe recordarse especialmente al alemán Christian Wolff (1679-1754), quien sigue los lincaamientos generales de Grocio, pero cuya concepción del derecho internacional se encuentra determinada por su teoría de una *Civitas Gentium Maxima*, esto es, la existencia de una comunidad internacional superior a la de los Estados que la forman.

En el siglo XVIII surgen también los primeros tratadistas propiamente positivistas: el holandés Cornelius van Bynkershoek (1673-1743) y los alemanes Jacob Moser (1701-1785) y Georg Friedrich von Martens (1756-1821).

El más importante autor del siglo XVIII es el suizo Emmerich de Vattel (1714-1767). Su principal obra, en la que recoge las enseñanzas de Grocio y Wolff, *Le droit des Gens, les principes de loi naturelle appliques a la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, publicada en 1758, ejerció una gran influencia durante muchos años.

Hacia las últimas décadas del siglo XVIII y las primeras del siglo XIX es necesario también recordar al filósofo y jurista inglés Jeremías Bentham (1748-1832), a quien el derecho internacional le debe, además de haber acuñado su denominación, una serie de visionarias proposiciones, como la necesidad de su codificación, la supresión de la diplomacia secreta, el desarme efectivo, la creación de un tribunal arbitral y el abandono de las colonias por las potencias que las poseyeran.

<sup>6</sup> Pufendorf, dentro de la historia del derecho internacional, tiene el mérito también de haber ocupado la primera cátedra de Derecho Natural y de Gentes, la que se creó en 1661 en la Universidad de Heidelberg.

*Sección III*

EL DERECHO INTERNACIONAL DESDE EL CONGRESO  
DE VIENA A LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL  
(1815-1914)

24. *El orden político internacional posterior al Congreso de Viena*

El Congreso de Viena (1815), sobre la base del concierto europeo y la política del equilibrio de poderes, instauró un orden relativamente estable en Europa.

Por otra parte, la revolución industrial surgida más tarde en Inglaterra y extendida luego a la mayoría de los países europeos, trajo como consecuencia un considerable aumento de los intercambios comerciales. También en esa época se produce la expansión colonialista de los países industrializados hacia Africa y Asia.

En este período histórico surge, asimismo, el principio de las nacionalidades, cuya influencia, como uno de los elementos fundamentales de la política internacional del siglo XIX, se va a manifestar hasta la Primera Guerra Mundial. A su amparo, Bélgica logra el año 1830 su independencia de los Países Bajos; en la segunda mitad del siglo XIX se producen las unificaciones políticas de Italia y Alemania; y más tarde la desintegración de los imperios otomano y austrohúngaro.

A la independencia de los Estados Unidos sigue, a partir de 1810, la de los países latinoamericanos e igualmente en esta época la comunidad internacional deja de ser exclusivamente europea y cristiana. En 1856, Turquía es admitida "a participar en las ventajas del derecho público de Europa y del concierto europeo". En la segunda mitad del siglo XIX, China, Japón, Persia (Irán) y Siam (Tailandia) se incorporan a la comunidad internacional, llegando incluso a participar en la Primera Conferencia de La Haya de 1899. En la Segunda Conferencia de La Haya, celebrada en 1907, participan veintiún Estados europeos, diecinueve de los veintiún países americanos y los cuatro asiáticos señalados anteriormente. Nunca antes se había realizado una conferencia internacional tan amplia y universal.

## 25. *El desarrollo del derecho internacional*

La estabilidad política alcanzada después del Congreso de Viena, la expansión del comercio internacional y la extensión de las relaciones internacionales significaron que el derecho internacional se desarrollase considerablemente durante este período histórico.

Ello se tradujo, en primer término, en un notable aumento de los tratados multilaterales como fuente creadora de derecho internacional y reguladora de determinadas instituciones internacionales. A este respecto es necesario recordar los acuerdos en los que se estableció la neutralidad de Suiza y Bélgica celebrados en 1815 y 1830, respectivamente; las normas sobre clasificación de los Jefes de Misión del Congreso de Viena de 1815, completadas tres años más tarde por las del Protocolo de Aquisgrán; el desarrollo de la libre navegación iniciada respecto de los ríos internacionales por el Acta Final del Congreso de Viena y continuada después por varios tratados multilaterales en los que, además de los ríos, se regularon la situación jurídica de determinados estrechos y canales internacionales; las varias convenciones relativas a las comunicaciones internacionales, especialmente en materias como correos y tráfico ferroviario; y los diversos tratados sobre asuntos de índole administrativa, como aquellos relativos a las propiedades intelectual e industrial, la agricultura, higiene, los pesos y medidas, etc.

También en esta época se inicia el derecho internacional humanitario, cuyas expresiones más importantes fueron las conferencias celebradas en Berlín en 1864 y en Bruselas en 1864, en las que quedó abolida la esclavitud; y las Convenciones de Ginebra de 1864 y 1906, que regularon el trato de los heridos y enfermos en tiempo de guerra.

Asimismo, se comienza con la codificación del derecho de guerra, a través de la Declaración de París de 1864 y de las convenciones que surgen de las Conferencias de La Haya de 1864 y 1907.

Otro campo en el cual se percibe un progreso del derecho internacional es el relativo a los procedimientos pacíficos para la solución de las controversias internacionales. Hacia la mitad de la segunda parte del siglo XIX, los Estados comienzan a recurrir al arbitraje internacional, especialmente después del éxi-

to del arbitraje entre Estados Unidos y Gran Bretaña en 1872 sobre el "Alabama". Posteriormente, se institucionaliza el arbitraje en la Primera Conferencia de La Haya, creándose la Corte Permanente de Arbitraje. En la Segunda Conferencia de 1907 se codifican los procedimientos sobre solución pacífica a los conflictos internacionales, añadiéndose a los ya existentes -buenos oficios, mediación y arbitraje- las comisiones internacionales de investigación, cuya eficacia había quedado demostrada en 1904 con el incidente entre Rusia v Gran Bretaña ocurrido en las aguas de Doggen Bank.

Por último, como otra caracterización general del derecho internacional de este período histórico, se dan los primeros pasos hacia la institucionalización de la comunidad internacional al crearse algunas organizaciones internacionales de carácter administrativo en los campos de las comunicaciones y de la cooperación económica, cultural, sanitaria y técnica.

## 26. Surgimiento *del sistema interamericano*

Dentro de estas primeras organizaciones internacionales, cabe recordar especialmente a la Oficina Panamericana, establecida por la Primera Conferencia Panamericana celebrada en Washington los años 1889 y 1890, la que más tarde se transformaría en la Unión Panamericana y que, a su vez, pasaría a convertirse posteriormente en la Organización de los Estados Americanos.

En lo sucesivo, los países latinoamericanos encauzarán sus relaciones entre sí precisamente a través de este sistema interamericano, con la participación de Estados Unidos y bajo la inspiración de la doctrina Monroe, la que no obstante ser la expresión unilateral de la política exterior de Estados Unidos, se la llegó a considerar como un acuerdo regional interamericano/

Además de la Primera Conferencia Panamericana de Washington, se celebraron la Segunda (Ciudad de México, 1901); la Tercera (Río de Janeiro, 1906), y la Cuarta Conferencia Panamericana (Buenos Aires, 1910), abandonándose así los intentos por establecer un sistema propiamente latinoamericano que Bolívar había previsto en el Congreso de Panamá de 1826 y de

<sup>7</sup> El artículo 21 del Pacto de la Sociedad de las Naciones llegó a mencionar expresamente a la doctrina Monroe como un caso de acuerdo regional.

los que habían resultado infructuosos todos los otros esfuerzos hechos durante el siglo XIX.

### 27. *La elaboración doctrinaria*

La orientación doctrinaria de esta época es predominantemente positivista, aceptándose generalmente que la obligatoriedad del derecho internacional radica en la voluntad de los Estados, que son los únicos que pueden crearlo.

Los más importantes autores europeos y norteamericanos son los alemanes Wilhelm Heffer (1796-1880), August von Bumering (1822-1890), Franz von Holtzendorff (1829-1889), Georg Jellinek (1851-1911), Franz von Liszt (1851-1919) y Heinrich Triepel (1868-1946); los belgas François Laurent (1810-1887) y Ernest Nys (1851-1921); los británicos James Lorimer (1818-1890), Sheldon Amos (1835-1886), William E. Hall (1835-1894), Thornas E. Holland (1835-1926) y Lassa Francis L. Oppenheim (1858-1919);\* los estadounidenses Joseph Story (1779-1845), Henry Wheaton (1785-1848), Theodore Woolsey (1801-1889) y David Dudley Field (1805-1894); los españoles Esteban Ferrater Mora (1812-1873) y Ramón Dalmar de Olivant (Marqués de Olivant) (1861-1928); los franceses P. Pradier Poderé (1827-1904), Henry Bonfils (1836-1897), Louis Renault (1843-1918), Antoine Pillet (1857-1926) y León Duguit (1859-1929); el holandés Hugo Krabbe (1857-1936); los italianos Ludovico Casanova (1799-1853), Pasquale Stanislao Manzini (1817-1888), Pasquale Fiore (1837-1914), Guilio Diena (1865-1939) y Dionisio Anzilotti

<sup>H</sup> Oppenheim, de origen alemán, enseñó derecho internacional los veinte últimos años de su vida en Londres y Cambridge. El texto de *Derecho Internacional* de Oppenheim, publicado en dos tomos (vol. I, Peace; y vol. II, Disputes, War and Neutrality), en 1905 y 1906, ha venido siendo actualizado en sucesivas ediciones por destacados juristas británicos que lo han enriquecido con su contribución personal. La segunda edición apareció en 1912 y estuvo a cargo de R.F. Roxburg, quien es también el autor de la tercera edición. La cuarta, es obra de Lord Me. Nair. La quinta, sexta, séptima y octava edición, esta última traducida al español {Barcelona, 1961}, se debieron a Sir Hersch Lauterpach. En 1991 se publicó la novena edición, la que estuvo a cargo de Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts y en ella se incorpora a la obra todo el progreso experimentado por el derecho internacional hasta esa fecha. De ese modo la obra de Oppenheim cubre prácticamente todo el siglo XX y posiblemente sea la que sobre el conjunto del derecho internacional ha alcanzado una mayor difusión.

(1867-1950); el ruso Fedor Fedorovich Martens (1845-1909); los suizos Johann Bluntschli (1808-1881) y Alphonse Pierre Octave Rivier (1835-1898).

Entre los autores citados conviene recordar especialmente a Triepel y Venzilotti, quienes no obstante continuar su fecunda labor durante casi toda la primera mitad del siglo XX, desarrollaron lo fundamental de su pensamiento precisamente en esta época. Ambos ya fueron estudiados como expositores de doctrinas sobre el fundamento del derecho internacional y más tarde, al estudiarse las relaciones entre el derecho interno y el internacional, nuevamente tendremos ocasión de volver a mencionarlos como los creadores de la explicación dualista.

## 28. *Bello y el aporte latinoamericano*

Valioso es también el aporte de los autores latinoamericanos de este período. De todos ellos, sin duda, el más importante es el venezolano-chileno Andrés Bello (1781-1865). Nacido en Caracas, su obra intelectual -que desborda el campo del derecho internacional- la realizó, sin embargo, en Chile, país que le otorgó la nacionalidad chilena mediante una ley especial. La labor como jurista internacional de Andrés Bello está contenida principalmente en su obra *Principios de Derecho de Gentes*, cuya primera edición fue publicada en Santiago en 1832; pero también ella se contiene en sus notas y dictámenes redactados en su calidad de Oficial Mayor de la Cancillería chilena, en diversos artículos periodísticos publicados especialmente en "El Araucano", y en algunas disposiciones del Código Civil chileno, del cual también es autor.

En su *Principios de Derecho de Gentes* (denominado *Principios de Derecho Internación al* en ediciones posteriores), Bello recoge las tendencias doctrinarias predominantes en su época -sobre todo como éstas se encuentran reflejadas en el libro de Vattel, el más influyente autor en aquel entonces- adaptándolas a la situación propia de los recién independizados países hispanoamericanos.<sup>1</sup>

" Aunque la influencia de Vattel en Bello es evidente, especialmente en cuanto a que como aquél distingue dentro del derecho internacional un derecho natural y otro positivo, Bello fue consciente de las limitaciones que la obra de Vattel tenía para los jóvenes países hispanoamericanos. En el prólogo a la edición publicada el año 1847 en Caracas, su amigo Antonio José de Irisarri escribe que don

Tanto en esa obra como en sus otros escritos internacionales, Bello es uno de los primeros en abordar ciertos temas o en formular, con asombrosa visión, algunas proposiciones que mucho más tarde serían recogidas por el derecho internacional o la práctica de los Estados, como, por ejemplo, el rechazo a las intervenciones extranjeras; la necesidad de reconocer a los nuevos Estados y gobiernos que surjan; el derecho de asilo; la conveniente utilización de los recursos oceánicos que para Bello, contrariamente a lo que se sostenía en su época, no son "inagotables"; la unidad de los países latinoamericanos y la necesidad de aumentar el comercio entre ellos sobre la base de la reserva de concesión a éstos de condiciones superiores a las de la cláusula de la nación más favorecida, proposición ésta que pasaría a denominarse "Cláusula Bello". Por todo esto, Andrés Bello merece ser calificado como el "padre del derecho internacional común de nuestras patrias", como lo ha propuesto Rafael Caldera.<sup>10</sup>

Otros importantes internacionalistas latinoamericanos de esta época son los argentinos Carlos Calvo (1824-1903),<sup>11</sup> Amando Alcorta (1842-1902) y Luis María Drago (1859-1921),<sup>12</sup> los

Andrés fue "el primero de que yo tuve la prueba de la deficiencia del Derecho de Gentes de Vattel en todas las cuestiones que interesaban a la causa de la emancipación de la América Española." Cit. por Rafael Caldera. *Andrés Bello*, Caracas. 1965. Pág. 186.

<sup>10</sup> Rafael Caldera. Ob. cit., pág. 187.

<sup>11</sup> Calvo es posiblemente, después de Bello, el más importante autor latinoamericano del siglo XIX. Su obra *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*, publicada en 1861, alcanzó gran difusión y fue traducida posteriormente al francés y otros idiomas. El más conocido aporte de Calvo fue su proposición de que los extranjeros debían renunciar a la protección diplomática de sus Estados como condición de su residencia en un país, lo que ha pasado a denominarse "Cláusula Calvo."

La mayor contribución de Drago al derecho internacional consiste en su proposición de que los Estados no pueden recurrir al empleo de la fuerza para cobrar las deudas externas de otros Estados. Siendo Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina y a raíz de la intervención armada en 1902 de Alemania, Inglaterra e Italia en Venezuela para exigirle coactivamente el pago de sus deudas, Drago envió una enérgica nota de protesta al Gobierno de los Estados Unidos sosteniendo la ilegitimidad de la acción emprendida por esos tres Estados europeos. Posteriormente, Drago fundamentó su posición en sus obras *La República Argentina y el caso de Venezuela*, Buenos Aires. 1903; *Cobro Coercitivo de deudas públicas*, Buenos Aires. 1906; "State loans in their relation to international policy", AJIL,

brasileños Ruy Barbosa (1849-1922) y Clovis Bevilagua (1859-1944) y el venezolano Rafael Fernando Seijas (1822-1901), autor este último de una monumental obra en seis tomos intitulada *El Derecho Internacional Hispanoamericano, público y privado*

En este período comienza también a expresarse un significativo aporte latinoamericano al desarrollo del derecho internacional. Además de las contribuciones de Bello, Calvo y Drago, ya mencionadas, ese aporte consistiría principalmente en la introducción de normas y principios de derecho internacional surgidos en América Latina y en el carácter precursor que tendrán ciertas instituciones adoptadas en el marco de las Conferencias Panamericanas.

### ***29. El inicio de la polémica por la existencia de un derecho internacional americano***

Hacia los finales de este período se inicia una polémica que habrá de prolongarse durante un largo tiempo, consistente en determinar si existe o no un derecho internacional americano. Tal discusión tuvo lugar por vez primera en 1883 en la *Nueva Revista de Buenos Aires* entre Alcorta, que afirmaba la existencia de ese derecho y Calvo, que la negaba; pero sus protagonistas principales fueron posteriormente el chileno Alejandro Alvarez (1868-1960) y el brasileño Manuel A. de Souza Sá Vianna (1860-1923).

Mientras Alvarez sostuvo que efectivamente los países americanos habían elaborado normas y principios jurídicos propios, constitutivos de un derecho internacional específicamente americano,<sup>14</sup> Sá Vianna afirmó lo contrario, al impugnar la existencia de ese derecho internacional regional y sostener que existe un solo derecho internacional.<sup>14</sup>

Nº 1907, publicado también como "Les Imprints d'État et leur rapports avec la politique internationale", RGDIP. París, 1907. Págs. 251-287. Lo que pasó a denominarse "Doctrina Drago" fue recogida, aunque parcialmente, por la Segunda Conferencia de La Haya de 1907.

" Alejandro Alvarez. *Le droit international américain. Son fondement. Sa nature*. París, 1910.

<sup>14</sup> Manuel A. de Souza Sá Vianna. *De la non existence d'un droit international américain*. Río de Janeiro. 1912.



Con posterioridad, la controversia por la existencia de un derecho internacional americano, autónomo y diferente del derecho internacional general, repercutirá hondamente en las actitudes de los países latinoamericanos. Mientras algunos Estados en la práctica prescindieron de este problema, otros, en cambio, llegaron incluso a formular un explícito reconocimiento en la propia Constitución a la existencia de ese derecho internacional americano.<sup>15</sup>

### *Sección IV*

## EL DERECHO INTERNACIONAL ENTRE EL TÉRMINO DE LAS DOS GUERRAS MUNDIALES (1919-1945)<sup>16</sup>

### **30. *Las relaciones internacionales y el derecho internacional durante este período***

El derecho internacional si bien adquirió en esta época un alto grado de conceptualización y sistematización, a la vez se caracterizó por su falta de correspondencia con lo que efectivamente ocurría en las relaciones internacionales de este período comprendido entre las dos guerras mundiales. En efecto, el notable progreso institucional alcanzado no se tradujo verdadera-

<sup>15</sup> Tal es el caso de la Constitución Política de la República Dominicana, cuyo artículo tercero distingue entre el derecho internacional americano y el general, al afirmar su párrafo segundo que "La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general y americano...".

Como puede apreciarse, se ha excluido de esta sección el estudio del período comprendido entre 1914 y 1919, no sólo porque con el estallido de la Primera Guerra Mundial termina una época muy definida, la que sólo será sustituida al cabo de ésta, sino porque, además, en estos cuatro años no se advierte ningún desarrollo institucional en las relaciones internacionales. Así, la Tercera Conferencia de La Haya y la Quinta Conferencia Panamericana, previstas para ser celebradas el año 1915, no pudieron llevarse a cabo en esa oportunidad. En cambio, algo muy distinto sucedió entre los años 1939 y 1945. Si bien la Segunda Guerra Mundial tuvo una muchísima mayor gravedad que la Primera, durante el transcurso de ella, hubo una intensa actividad política y diplomática que más tarde repercutió en lo que ha sido el derecho internacional de la segunda postguerra mundial.

mente en una adecuación de la conducta de los Estados en sus relaciones externas a los requerimientos del orden normativo internacional surgido en esta época.

A la vez, la experiencia dejada por la Primera Guerra Mundial hizo surgir toda una ideología del pacifismo, cuyo principal exponente fue el Presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson. Bajo su inspiración se creó en el Tratado de Versalles de 1919 el Pacto de la Sociedad de las Naciones, que vino a representar el primer esfuerzo por organizar la comunidad internacional sobre bases universales. Igualmente en el Tratado de Versalles se estableció la Organización Internacional del Trabajo; en 1921 se creó la Corte Permanente de Justicia Internacional; y en el Acuerdo de Locarno (1925) y el Tratado de París de 1928 (Pacto Briand-Kellog) los Estados renunciaron a la guerra para la solución de sus controversias políticas y como instrumento de política internacional.

Pero, por otra parte, el Tratado de Versalles con sus durísimas cláusulas territoriales, industriales, económicas, militares y hasta morales en contra de Alemania; el fracaso de la Sociedad de las Naciones, como quedó en evidencia con la guerra de Manchuria entre China y Japón (1931-1932) y en la invasión de Italia a Abisinia (Etiopía) en 1935; y sobre todo la incorporación al escenario político de regímenes totalitarios en Italia, Japón y Alemania, para los cuales sus relaciones internacionales no eran instrumento de paz y colaboración, sino de conquista y guerra, hizo que primero se viviese lo que Lord Keynes denominó una "paz cartaginesa", es decir, una paz que no es acertada ni posible; que después en Europa se entrase en un período de recíprocas desconfianzas y que, finalmente, se precipitase la Segunda Guerra Mundial.

Es en ese contexto histórico que se desarrolla el derecho internacional. La creencia relativamente generalizada que prevaleció en los primeros diez o doce años después de la Primera Guerra Mundial de que era suficiente la creación de normas e instituciones jurídicas para lograr la paz y transformar las relaciones entre los Estados contribuyó ciertamente a una exagerada confianza en el valor de los razonamientos abstractos, lo que también se manifestó en una excesiva inclinación del derecho internacional hacia un formalismo meramente jurídico.

El estallido de la Segunda Guerra Mundial y la concepción de los aliados de cómo deberían organizarse la paz y seguridad internacionales al cabo de dicha guerra, trajo como consecuencia una inmediata crítica a la forma como, hasta aquel entonces, se venía entendiendo el derecho internacional. Durante no pocos años, bajo la influencia especialmente de las posiciones "realistas" de la política internacional, el derecho internacional tuvo que pagar su precio por esa falta de objetividad y desvinculación con la realidad internacional en que incurrió durante esta época.

### 31. *La elaboración doctrinaria*

Lo expresado no resta méritos, desde un punto de vista doctrinario, a los trabajos realizados en esta época. Entre los más calificados autores de este período sobresalen, en primer lugar, los franceses Louis le Fur (1870-1943), Albert de la Pradelle (1871-1955), Jules Basdevant (1877-1968), Gilbert Gidel (1880-1958), Marcel Sibert (1884-1957), Georges Scelle (1884-1961), y Louis Cavaré (1893-1964), todos los cuales publicaron importantes obras. También en este período surge la famosa Escuela de Viena, cuyos más caracterizados representantes son Hans Kelsen (1881-1972), Josef Kunz (1890-1970) y Alfred Verdross (1890-1980). Aunque entre ellos existen discrepancias, especialmente en cuanto a la fundamentación del derecho internacional, la Escuela de Viena tiene importancia en lo que respecta a su explicación monista de la unidad entre el derecho interno y el internacional.

Otros importantes autores de estos años y, en general, de una buena parte del siglo XX, son los británicos James Leslie Brierly (1881-1955), Arnold D. McNair (1885-1975) y Hersch Lauterpacht (1897-1960); los belgas Charles De Visscher (1884-1973) y Henri Rolin (1891-1973); el español Camilo Barcia Trelles (1884-1977); los griegos Nicolás Politis (1872-1942) y Stelio Spheriades (1873-1951); los italianos Santi Romano (1875-1947), Arrigo Cavaglieri (1880-1936) y Tomaso Perassi (1886-1960); los norteamericanos Charles Cheney Hyde (1873-1952), Manley Hudson (1886-1960) y Edwin Dickinson (1887-1961), los austríacos Kelsen y Kunz y Verdross ya citados; los suizos Max Huber (1874-1960) y Dietrich Schindler (1890-1948) y el japonés Kotaro Tanaka (1890-1974).

### 32. *El surgimiento de concepciones político-ideológicas del derecho internacional*

Junto a esos autores, cabe también recordar en esta época a quienes intentaron fundamentar el derecho internacional en función del interés político nacional o la concepción ideológica de su correspondiente Estado.

Entre estas concepciones político-ideológicas es necesario citar a las sustentadas por los nacionalsocialistas alemanes Erich Kaufmann, Karl Schmitt y Gustav Adolf Walz, quienes junto a meritorios trabajos doctrinarios y a sus intentos para establecer las bases jurídicas que permitieran una revisión favorable a Alemania del Tratado de Versalles, publicaron escritos justificando algunas de las aberrantes posiciones internacionales del Tercer Reich, tales como el racismo, la teoría del "espacio vital" y la concepción de un <sup>L</sup>intercorporativo derecho internacional de coordinación entre Estados de la misma consanguinidad racial".

Aunque en un sentido diametralmente opuesto al de los nacionalsocialistas, corresponde también recordar dentro de estos autores imbuidos por una noción político-ideológica del derecho internacional, a los soviéticos E. B. Pashukanis, A. Y. Vychinski, S. B. Krylov, F. I. Kozhevnikov y -al más importante de ellos- Y. A. Korovin (1892-1964), quienes tomando como punto de partida el marxismo leninismo elaboraron una concepción del derecho internacional basado en la necesidad de regular los conflictos y colaboración de Estados dominados por clases sociales antagónicas.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Korovin define al derecho internacional señalando que es "el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados en el proceso de sus conflictos y colaboración, y cuya meta reside en la salvaguardia de una coexistencia pacífica, al mismo tiempo que expresa la voluntad de las clases dirigentes de tales Estados y en caso de necesidad es defendido coercitivamente por ellos ya individual, ya colectivamente". (Y. A. Korovin y otros. *Derecho Internacional Público* (trad.). México. 1963. Pág, 11). De esa definición sólo es relativamente nueva la idea de la salvaguardia de la coexistencia pacífica, que entre los autores soviéticos aparece sólo después del XX Congreso de 1956 del Partido Comunista de la URSS; pero los demás elementos de la definición de Korovin ya se contenían en la obra del propio Korovin *Derecho Internacional de la época de transición*, publicada en 1924; en un artículo sobre el concepto del derecho internacional de Kozhevnikov de 1940 y, más explícitamente, en el libro de Vychinski, traducido al inglés en 1949, como *Questions of International Law and International Policy*. Moscow. 1949. Pág, 480.

### **33. *El desarrollo del derecho internacional en América. La contribución latinoamericana***

Dentro de este marco general es necesario referirse también al notable desarrollo que adquirió durante este periodo el derecho internacional en América. Las Conferencias Panamericanas, que comenzaron a celebrarse regularmente cada cinco años -la Quinta en Santiago de Chile en 1923, la Sexta en La Habana en 1928; la Séptima en Montevideo en 1933; y la Octava en Lima en 1938-, codificaron importantes materias de derecho internacional y en la de Lima, los Estados Americanos establecieron un procedimiento de consulta entre ellos para asuntos urgentes o de interés común, el que se puso en aplicación durante la Segunda Guerra Mundial con las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que se celebraron en Panamá (1939), La Habana (1940) y Río de Janeiro (1942).

En las Conferencias Panamericanas, particularmente las de La Habana de 1928 y Montevideo de 1933 se adoptaron convenciones sobre importantes materias, las que ejercerían posteriormente una influencia en el derecho internacional general. Es el caso de las convenciones sobre tratados, funcionarios diplomáticos, agentes consulares, asilo, condición de los extranjeros, deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles, todas ellas de 1928, y de las convenciones de extradición, nacionalidad de la mujer, asilo político y derechos y deberes de los Estados de 1933. Este último instrumento reviste una especial importancia, porque en él, gracias a los esfuerzos latinoamericanos, quedó consagrado por primera vez el principio de la no-intervención al disponerse en el artículo 8 de la mencionada Convención que "Ningún Estado tiene derecho a intervenir en los asuntos internos ni en los externos de otro". Igualmente, en la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados quedó establecido el principio de la igualdad jurídica de los Estados.

La elaboración doctrinaria por parte de los autores latinoamericanos de este período es realmente meritoria. Al nombre de Alejandro Alvarez, ya citado anteriormente y cuya fructífera labor continuó durante todo este período hasta culminar su notable trayectoria como juez de la Corte Internacional de Justicia, es necesario agregar, entre los más destacados, al argentino Luis Podestá Costa (1885-1962), al brasileño Hildebrando Ac-

cioly (1888-1962), al colombiano Francisco José Urrutia (1870-1950), al cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén (1865-1951), al chileno Miguel Oíuchaga Tocornal (1869-1949), al mexicano Isidro Fabela (1882-1964), al panameño Ricardo]. Alfaro (1882-1971), al peruano Alberto Ulloa Sotomayor (1892-1975), al salvadoreño José Gustavo Guerrero (1876-1958) y al venezolano Simón Planas Suárez (1879-1967).

*Sección V*

EL DERECHO INTERNACIONAL POSTERIOR  
A LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL  
(1945-1989)

**34. *Las relaciones internacionales después de la Segunda Guerra Mundial***

Poco antes de que terminase la Segunda Guerra Mundial, cuando la derrota de las potencias del Eje era inminente, los principales Estados victoriosos -los Estados Unidos de América, la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y China, a los que se unió Francia- decidieron establecer un orden internacional basado en la concepción de que la mantención de la paz y la seguridad internacionales eran responsabilidad primordial de esas grandes potencias.

A la colaboración inicial entre dichas potencias para derrotar al enemigo común y establecer conjuntamente ese nuevo orden internacional siguió muy pronto una honda rivalidad entre las dos principales de esas potencias -los Estados Unidos y la Unión Soviética-, la que se tradujo en la llamada "guerra Iría" y en la política de bloques en que ésta se manifestó, en la que la mayoría de los países se encontraba rígidamente alineada en torno a una de esas dos superpotencias.

Este sistema bipolar, que determinó las relaciones internacionales a partir del año 1947 durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX, fue siendo paulatinamente substituido por una "coexistencia pacífica" -más tarde transformada en la llamada "relaxación"- entre las superpotencias rivales y, a la vez, por un siste-

ma internacional más flexible, dentro del cual las naciones pequeñas y medianas comenzaron a contar con una mayor posibilidad de participar en las decisiones internacionales.

Se caracterizan, asimismo, las relaciones internacionales de esa parte de la segunda mitad del siglo XX por la notable expansión de la comunidad internacional como consecuencia del proceso de descolonización que tuvo lugar en estos años, lo que significó una impresionante multiplicación de Estados. A los pocos años de finalizada la Segunda Guerra Mundial, adquirieron su independencia varios importantes Estados asiáticos, como la India, Birmania (Myanmar), Pakistán, Ceilán (Sri Lanka) e Indonesia; pero es sobre todo a partir de 1960, con la independencia de numerosos Estados africanos, cuando se inicia acelerada e incontrarrestablemente el proceso de descolonización. En la región latinoamericana dicho proceso es alcanzado en la segunda mitad de la década del 60 y en los primeros años de la década del 70, cuando se independizan del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte más de una decena de Estados del Caribe, así como Suriname, de los Países Bajos.

### 35. *Características y problemas del derecho internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial*

El derecho internacional surgido en este período se encuentra determinado en gran parte por la Organización de las Naciones Unidas, la que, a su vez, ha venido reflejando la misma evolución producida en el marco más general de las relaciones internacionales. Establecida en 1945 en la Conferencia de San Francisco, representa el esfuerzo más grande hasta ahora realizado para mantener la paz y seguridad internacionales a escala universal. Con todas sus limitaciones, las Naciones Unidas fueron en esa época un importante factor de la seguridad colectiva y un instrumento para obtener o fortalecer la cooperación económica internacional, el respeto a los derechos humanos fundamentales, la independencia de los pueblos sometidos a dominación colonial e impulsar la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional.

Junto a Naciones Unidas y sus órganos u organismos especializados que se crearon en esos años, la cooperación internacional también se expresó en las múltiples organizaciones regionales que se fueron estableciendo, facilitadas por la crecien-

te interdependencia entre los Estados que comenzó a manifestarse en esa época.

A las organizaciones regionales de tipo militar, como la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) o el Pacto de Varsovia, surgidas como corolario de la guerra fría, siguieron después en Europa las de cooperación o integración económica, como, entre los países de Europa Occidental, la Comunidad Económica Europea, creada por el Tratado de Roma de 1956, y la Asociación Europea de Libre Comercio, surgida del Tratado de Estocolmo de 1960. Entre los de Europa Oriental, el Consejo de Ayuda Mutua Económica (COMECON), establecido en 1949. En Africa, la Unión Aduanera y Económica de África Central, la Comunidad Africana Oriental y la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental, fueron establecidas en 1966, 1967 y 1975, respectivamente. A nivel de la cooperación económica, en 1966 se creó entre algunos países asiáticos y de Oceanía el Consejo Asiático y del Pacífico (ASPAC): En América Latina, la integración económica, concebida en forma menos ambiciosa que en Europa, se expresó en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), establecida por el Tratado de Montevideo de 1960 y sustituida en 1980 por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); en el Tratado General de Integración Económica de la América Central de 1960; en la Asociación de Libre Comercio del Caribe (CARIFTA), fundada en 1966 y reemplazada en 1973 por el Mercado Común del Caribe (CARICOM) y en el Pacto Andino creado por el Acuerdo de Cartagena de 1969, que inicialmente vinculó a Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Todos estos esfuerzos integracionistas significaron la creación de un nuevo capítulo dentro del actual derecho internacional: el derecho de la integración, el cual incluso llegó a adquirir un carácter autónomo.

Dentro de las organizaciones regionales, formadas después de la Segunda Guerra Mundial, es necesario, además, incluir aquellas que poseen un carácter más amplio, fundamentalmente de tipo político, como la Liga Árabe (1945), la Organización de Estados Americanos (1948),<sup>18</sup> el Consejo de Europa (1949) y

<sup>18</sup> En realidad, la Carta de la OEA, establecida durante la IX Conferencia Panamericana celebrada el año 1948 en Bogotá, no vino sino a institucionalizar el sistema interamericano, cuyos orígenes son muy anteriores.



la Organización de la Unidad Africana (1963), las que sin afectar la creciente universalización que se ha ido produciendo en el derecho internacional, han propiciado la celebración de diversas e importantes convenciones regionales.

Por otra parte, el derecho internacional surgido en esa época reflejó el enorme progreso científico y tecnológico alcanzado en esos años que había llevado a producir las armas más destructivas jamás antes conocidas, como lo son las nucleares, y, a la vez, a la conquista del espacio exterior y las profundidades de los océanos.

El poder destructivo de las armas nucleares, que inicialmente contribuyó a la formación de la política de bloques, originó posteriormente un empate nuclear entre las superpotencias poseedoras de tales armas, lo que vino a significar que el precio de una guerra nuclear probablemente fuese el coextermio de dichas potencias, con lo cual no solamente se descartó una guerra total y abierta entre ellas, sino que se inició una coexistencia pacífica e incluso una colaboración entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, especialmente después de la crisis de los misiles en Cuba en octubre de 1962.

En el campo específico del derecho internacional tal colaboración se tradujo en la celebración de importantes acuerdos multilaterales impulsados precisamente por esas dos potencias, como el Tratado de Moscú sobre prohibición parcial de los ensayos nucleares (1963); el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (1967); el Acuerdo sobre salvamento de astronautas y la restitución de objetos espaciales (1968); el Tratado sobre no proliferación de armas nucleares (1968); el Tratado sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción masiva en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo (1971), y la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas capaces de modificar el ambiente con fines hostiles (1977).

Esos tratados, así como otros de carácter bilateral adoptados por los Estados Unidos y la Unión Soviética, representaron dentro de la guerra fría un significativo avance para una mayor seguridad internacional. Por su parte, en América Latina, el

peligro de que se llegasen a usar armas nucleares en esa región motivó a que en 1967 se adoptase el Tratado de Tlatelolco, el cual proscribió dichas armas en una vasta zona terrestre y marítima de la región latinoamericana y estableció la primera zona habitada del planeta libre de armas nucleares.

Sin embargo, por otra parte, el empate nuclear de las superpotencias y la imposibilidad de utilización de tales armas significó que la posesión misma de las armas nucleares no tuviese la importancia que inicialmente tuvieron como instrumento de política exterior. De ese modo, se hizo más fácil a los pequeños y medianos Estados desprenderse de su anterior alineación y adoptar políticas relativamente independientes a la de los centros hegemónicos de poder. Ese hecho y la notable multiplicación de estos Estados como consecuencia de la descolonización, confirieron a los países en vías de desarrollo de Asia, África y América Latina un papel importante en la elaboración del derecho internacional. Así, por ejemplo, la afirmación o robustecimiento de principios como los de independencia, igualdad jurídica, autodeterminación, no intervención, soberanía sobre los recursos naturales propios, se tradujeron durante ese período en sendas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Una especial preocupación del derecho internacional de ese período fue la protección de los derechos humanos fundamentales. Como consecuencia de dolorosas experiencias, en las que se atentó en contra de la vida, la libertad o la dignidad del hombre por el solo hecho de pertenecer a una raza o profesar una determinada ideología, se llegó a lograr una "internacionalización" de los derechos humanos. Estos, pues, dejaron de ser un asunto interno o de la jurisdicción doméstica de los Estados. En Naciones Unidas, ello llevó a la adopción por parte de la Asamblea General de diversas resoluciones -la más importante de las cuales es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948- y a la celebración de varios convenios internacionales, como los Pactos Internacionales de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales entraron internacionalmente en vigencia en 1976. Igualmente, esa preocupación por los derechos humanos se manifestó -y aún más eficazmente que en Naciones Unidas- en al-

gunos sistemas regionales, como el europeo, el cual en 1950 adoptó la Convención para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y el interamericano, cuyo instrumento principal en esta materia lo constituye la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969.

Junto al derecho internacional de los derechos humanos que comienza a desarrollarse en este período, el derecho internacional humanitario, es decir, el que se aplica a los conflictos armados internacionales o internos, adquiere una gran importancia. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales a ellas de 1977 se encuentran entre los instrumentos internacionales más difundidos y que cuentan con un mayor número de Estados Partes.

También en esos años se manifiesta el interés de los Estados y de la comunidad internacional para castigar ciertas conductas cometidas por individuos que afectan a la paz y la seguridad de la humanidad. Además de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, que se establecen para juzgar a los responsables por esos crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, comienzan a tipificarse por tratados ciertos crímenes internacionales. Es el caso, entre varios otros, del delito de genocidio en 1948; del apoderamiento ilícito de aeronaves y otros actos contra la seguridad de la aviación civil; la toma de rehenes en 1979; y la tortura en 1984.

Otros importantes asuntos objeto de la regulación del derecho internacional durante este período son los relativos a la lucha contra el subdesarrollo y la intensificación de la cooperación internacional económica y social. Si bien ésta, a escala universal, aparece como uno de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, fue fundamentalmente a partir de 1964, con la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y en los momentos en que la tensión Oeste-Este comenzaba a ser superada por la de Norte-Sur, cuando se intensifican los mecanismos de cooperación internacional. A la UNCTAD cabría agregar, como expresiones de la instancionalización de esa cooperación, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la creación o revigorización de varios organismos especializados o de otros órganos de las

Naciones Unidas. Asimismo, la importancia que adquirieron en esa época los problemas internacionales relativos al desarrollo de los Estados significaron una especial preocupación por parte del derecho internacional para regular problemas como la inversión extranjera, la transferencia de tecnología, las actividades de las empresas transnacionales y la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales.

El derecho internacional durante esos años se vio enriquecido por el impulso a su codificación y desarrollo progresivo y por las importantes convenciones multilaterales de carácter general que se adoptaron.

La Comisión de Derecho Internacional, órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, realizó una destacada labor en cuanto a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, habiendo preparado proyectos de textos de importantes convenciones que posteriormente fueron adoptadas por una conferencia internacional, como es el caso de las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961; sobre Relaciones Consulares, de 1963; sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, y sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986. Sin embargo, la referida Comisión, fundamentalmente un órgano técnico-jurídico, no logró llegar a resultados satisfactorios en asuntos en los que estaban en juego intereses económicos, políticos o militares, como fue el caso del derecho del mar, por lo que la insatisfacción que a muchos Estados les produjeron las cuatro Convenciones de Ginebra de 1958 relativas al derecho del mar, que habían sido preparadas por la Comisión de Derecho Internacional, y el fracaso de la Segunda Conferencia del Derecho del Mar de 1960, llevaron a una amplia revisión de todos los asuntos relativos a esta materia por medio de la Tercera Conferencia del Mar, la que concluyó en 1982 con la adopción en Montego Bay, Jamaica, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Posiblemente, después de la Carta de las Naciones Unidas, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sea el tratado más importante concluido en este período.

Junto a las importantes convenciones multilaterales celebradas en esos años, el derecho internacional se vio fortalecido por

la actividad de las organizaciones internacionales y por el valioso aporte de la doctrina, tanto de los órganos de codificación y desarrollo del derecho internacional como de las instituciones científicas y académicas, como de los distintos autores.

Entre los más destacados de éstos, cabe citar a los británicos Gerald Fitzmaurice (1901-1982), Sir Humphrey Waldock (1904-1981), a los franceses Charles Rousseau (1902-1993), Suzanne Bastid (1906-1995) y Paul Reuter (1911-1990), al italiano Roberto Ago (1907-1995), a los norteamericanos Philip Jessup (1897-1986) y Richard Baxter (1921-1980), al alemán Hermann Mosler (1912-2001), al danés Max Sorensen (1913-1981), al noruego Edvard Hambro (1911-1977); al español Antonio Truyol y Serra (1897-1986); al polaco Manfred Lachs (1914-1993), al ruso Grigori Tunkin (1906-1993), al egipcio Abdullah El Erian (1920-1981) ya varios latinoamericanos que se citarán a continuación, así como muchos otros cuya actividad en el derecho internacional se proyecta hasta el día de hoy.

### 36. *La contribución latinoamericana*

América Latina participó activamente en la formación y desarrollo del derecho internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial. Si bien inicialmente la tendencia fue buscar soluciones a los asuntos que iban surgiendo a través de normas o instituciones regionales, el carácter cada vez más universal que fue adquiriendo el derecho internacional significó que la presencia y aporte latinoamericano en materias jurídico-internacionales se manifestaría preponderantemente a través de los órganos e instituciones de las Naciones Unidas.

Importantes resoluciones declarativas de derecho de la Asamblea General de las Naciones Unidas fueron promovidas por gobiernos latinoamericanos o éstos participaron decisivamente en su redacción, como es el caso, entre muchas otras, de las resoluciones relativas al principio de la no intervención, la soberanía permanente sobre los recursos materiales, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, la que obedeció a una iniciativa del Presidente de México Luis Echeverría.

Pero, sin duda, el mayor aporte latinoamericano en esta época se expresó en la renovación del derecho del mar, especialmente en la creación de la zona económica exclusiva de 200

millas marinas, la que fue incorporada a la Convención del Derecho del Mar de 1982.<sup>19</sup>

El jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga (1918-1994) posiblemente sea el más destacado autor latinoamericano de este período. También sobresalen por su contribución a la renovación y fortalecimiento del moderno derecho internacional los mexicanos Jorge Castañeda (1921-1997) y Antonio Gómez Robledo (1908-1994), el argentino José María Ruda (1924-1994), el venezolano Andrés Aguilar (1924-1995) y el chileno Santiago Benadava (1931-2004) además, por cierto, de todos aquellos que en la actualidad continúan su fecunda labor.

<sup>19</sup> El primer Estado que estableció una jurisdicción marítima de 200 millas marinas fue Chile mediante una declaración presidencial de 23 de junio de 1947. A dicha declaración siguió otra similar del Perú de 1º de agosto de 1947. Esos dos Estados, junto a Ecuador, adoptaron en 1952 una Declaración sobre Zona Marítima en la que proclamaron "como norma de política internacional marítima"... la soberanía y jurisdicción exclusiva de esos Estados "sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas...". A la vez, mediante leyes o declaraciones unilaterales. El Salvador (1950), Honduras (1951), Nicaragua (1965), Argentina (1966), Panamá (1967), Uruguay (1967), Brasil (1970) y Costa Rica (1972) proclamaron, con distintas modalidades, la jurisdicción del respectivo Estado sobre una zona de 200 millas marinas.

A comienzos de la década de los años 70, surge en América Latina el concepto de "mar patrimonial", que constituye el antecedente de la zona económica exclusiva que reconoce la Convención sobre el Derecho del Mar. En marzo de 1971 el autor de este libro presentó al Comité Jurídico Interamericano, del que era miembro entonces, un Informe Preliminar ("Mar Territorial y Mar Patrimonial: Bases para la posición latinoamericana sobre el Derecho del Mar") en el que propuso como solución a la discusión sobre la naturaleza jurídica de la zona de 200 millas marinas un mar territorial de 12 millas marinas y un mar patrimonial de 188 millas marinas adicionales, espacio en el que el Estado ribereño, respetando la libertad de navegación y de sobrevuelo, pudiera ejercer derechos de soberanía sobre los recursos naturales, tanto ictiológicos como minerales, que se encuentran en las aguas, el suelo y subsuelo en esa zona. Esa proposición recibió el apoyo de varios gobiernos latinoamericanos y en junio de 1972 diez Estados de la región del Caribe en la Declaración de Santo Domingo la adoptaron. En 1973, Colombia, México y Venezuela presentaron a la Comisión Preparatoria de la Conferencia del Derecho del Mar un proyecto de tratado, en el que incluyeron la propuesta de un mar territorial de 12 millas y un mar patrimonial de 200 millas. Esa proposición fue recogida por la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aunque ésta optó por la denominación de zona económica exclusiva.

*Sección VI*EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL  
(1989- )**37. *Las relaciones internacionales de la postguerra fría***

El 9 de noviembre de 1989 los berlineses de la República Democrática de Alemania sin un plan predeterminado con mucha antelación, pero también sin una resistencia de las autoridades oficiales, derribaron el muro que desde 1961 dividía a Berlín y que posiblemente fuese el símbolo más ostensible de la guerra fría y de la división que ésta había provocado no sólo en Alemania, sino en el mundo entero.

La caída del muro de Berlín produjo muy luego un efecto demostración. Alemania se reunificó en un solo Estado, dejando de existir la República Democrática de Alemania. En 1991 se produce la disolución de la Unión Soviética y su sustitución por nuevos Estados en Europa del Este y Asia que habían formado parte de ella. Poco antes, los tres Estados bálticos que habían sido anexados a la Unión Soviética en 1940, recuperaron su independencia política. En los primeros años de la década de los 90 se produjo un cambio político en la mayoría de los países socialistas de Europa del Este y en 1991 el Pacto de Varsovia se disolvió. Hoy día la mayoría de los que eran Estados Miembros se han incorporado a la OTAN, la que precisamente había motivado la creación del Pacto de Varsovia.

Aunque Rusia ha pasado a ser para todos los efectos jurídicos el sucesor de la Unión Soviética, resulta evidente que carece de los poderes que ésta tuvo anteriormente, aunque continúa siendo un actor importante de las actuales relaciones internacionales.

Estados Unidos se ha convertido no sólo en el principal actor de esas relaciones, sino en la gran superpotencia actual dotada de un enorme poder político, económico y militar. Si bien Estados Unidos posiblemente sea el actor más importante de las relaciones internacionales contemporáneas, muchas veces ha optado por preferir decisiones unilaterales en vez de convenir acuerdos multilaterales, habiéndose incluso voluntariamente marginado de importantes convenciones internacionales adoptadas en los últimos años.

Europa, incluyendo buena parte de los países de la Europa del Este que formaban parte del Pacto de Varsovia, se ha unido a través especialmente de la Unión Europea. Hoy en día la Unión Europea no sólo es el instrumento más avanzado en materia de integración económica, sino que también ha llegado a tener una política exterior y de defensa común y ha impulsado una activa cooperación en materia de justicia, defensa de los derechos humanos y fortalecimiento de la democracia.

América Latina ha perdido el poder que antes tuvo en las relaciones internacionales, especialmente al inicio de las Naciones Unidas, lo que la ha incentivado a adoptar políticas comunes para recuperar en parte su influencia. Después de las traumáticas experiencias que tuvieron no pocos de sus países, uno de los objetivos a los que América Latina ha concedido una especial importancia ha sido la defensa y fortalecimiento de la democracia, para lo cual se han establecido mecanismos especiales de protección a través de instrumentos como el Compromiso de Santiago de Chile de 1991 y la Carta Democrática Interamericana, adoptada en Lima en 2001. Con todo, debe observarse que los regímenes democráticos que se han establecido en este período, en general, con algunas excepciones, no han logrado reducir la pobreza y conseguir una mejor distribución del ingreso, los que posiblemente constituyan los principales problemas y desafíos que afronta la región.

Asia continúa siendo el continente con menor homogeneidad y mayor diversidad política, económica, étnica, cultural y religiosa. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse el fundamental papel que hoy día desempeñan en las relaciones internacionales tres Estados asiáticos, ("hiña, el Estado más poblado del mundo, es también la sexta potencia económica mundial y el segundo exportador después de Estados Unidos, con un crecimiento económico en los últimos años cercano al 10% anual y participando activamente en la actualidad en prácticamente todos los foros internacionales. Otro Estado de creciente importancia es la India, el segundo Estado más poblado y cuya economía ha ido creciendo en los últimos años a tasas muy superiores a las del promedio mundial. Por último, no puede dejar de mencionarse como un importante actor internacional, especialmente en los asuntos económicos y de comercio, a Japón, el segundo



Estado con mayores ingresos después de los Estados Unidos, aunque sus niveles de crecimiento, como los de la mayoría de los países industrializados, sean actualmente más bien modestos.

La situación de África, especialmente de la subsahariana, sigue siendo preocupante. Durante este período se han dado en esa parte del continente africano los mayores genocidios y actos de violencia ocurridos después de la Segunda Guerra Mundial. A ellos es necesario agregar padecimientos como el hambre, la desnutrición, la corrupción y la propagación de enfermedades contagiosas, como el sida, respecto a las cuales la comunidad internacional ha reaccionado tardía e insuficientemente. Por otra parte, procesos de reconciliación y afirmación democrática, como el llevado a efecto en Sudáfrica bajo el liderazgo de Nelson Mándela, constituyen ejemplos, con algún efecto de demostración, de cómo a través de medios pacíficos y negociaciones pueden obtenerse soluciones justas que permitan lograr la estabilidad política y el disfrute de los derechos humanos para todos.

Un importante problema regional de larga data, lo constituye el del Medio Oriente y su falta de solución en cuanto al retiro de Israel de los territorios que ha venido ocupando y a la creación de un Estado Palestino, así como asegurar a Israel fronteras ciertas y su derecho a "existir en paz y seguridad". Esa falta de acuerdo y la continuación de la violencia en esa región ha tenido una gran repercusión en varios otros aspectos de las actuales relaciones internacionales.

La comunidad internacional ha seguido aumentando, aunque esta vez ello no se deba a la descolonización, proceso que prácticamente quedó concluido antes del término del siglo XX, sino a la desmembración de ciertos Estados, particularmente de la Unión Soviética y Yugoslavia.

Naciones Unidas continúa siendo el principal instrumento para mantener la paz y la seguridad internacionales e impulsar la cooperación entre los Estados. Durante este período ha tenido importantes transformaciones, aunque su Carta, hasta ahora, no ha podido ser reformada. A comienzos de 2007 ella estaba constituida por 192 Estados.

De las organizaciones internacionales surgidas en la postguerra fría, la Organización Mundial de Comercio, constituida por

el Acuerdo de Marrakech de 1994, que entrara en funcionamiento en enero de 1995, y que sustituyó al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), es la más importante. Actualmente está constituida por 150 Estados, incluyendo a China y Rusia, que han ingresado a ella en los últimos tiempos.

Las relaciones internacionales contemporáneas no pueden entenderse sin la globalización, llamada también mundialización o internacionalización de la economía, el comercio, la política y la cultura. Como lo dijieran los Jefes de Estado y Gobierno en la Cumbre Mundial de 2005, "Creemos que hoy más que nunca vivimos en el mundo de la globalización y la interdependencia. Ningún Estado puede permanecer totalmente aislado".<sup>0</sup> Dos factores han contribuido fundamentalmente a la globalización: la revolución tecnológica y el abaratamiento y multiplicación de los medios de comunicación y transporte. La globalización ha traído enormes beneficios para los países que han sabido aprovechar sus ventajas en cuanto a la internacionalización de las economías y el comercio para promover sus productos y servicios. También ella ha tenido positivos efectos en lo que respecta a la expansión de la democracia como parámetro de legitimidad política y en la mayor conciencia que ha aportado sobre el valor universal de los derechos humanos; pero, a la vez, no puede desconocerse que la globalización, con los cambios tecnológicos, políticos y sociales que ella ha traído, ha disminuido las herramientas que los gobiernos disponían para controlar el tráfico de personas, bienes y dinero a través de sus fronteras haciendo ahora más fácil el terrorismo, el tráfico de droga, la corrupción, el blanqueo de capitales, el deterioro del medio ambiente, la propagación de ciertas enfermedades contagiosas y el crimen organizado, que constituyen los grandes desafíos de nuestra época. A ello es necesario agregar que la globalización ha contribuido a aumentar la brecha existente entre los Estados que han sabido aprovechar sus ventajas con los que no han tenido acceso a ella, lo que ha contribuido en algunos Estados a aumentar su pobreza extrema.

**Resolución 60/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada el 16 de septiembre de 2005. Par. 7.**

### 38. *El derecho internacional actual*

Como consecuencia de las transformaciones que se han operado en las relaciones internacionales a partir del término de la guerra fría ha surgido un derecho internacional con características diferentes en cuanto a la elaboración de sus normas, a quienes son actualmente sus destinatarios y a las materias que han pasado a ser reguladas por éste.

En cuanto a las fuentes, debe señalarse que en la actualidad el derecho internacional es fundamentalmente convencional, en cuanto a que la mayoría de los asuntos que éste comprende se encuentran hoy día regidos por tratados, lo que lo diferencia del derecho internacional de otras épocas, cuya fuente principal estaba constituida por la costumbre internacional. Junto a las otras fuentes que serán estudiadas en el capítulo correspondiente, cabe señalar que en el derecho internacional de la postguerra fría algunos asuntos han pasado a ser regulados por resoluciones del Consejo de Seguridad, que ha comenzado a desempeñar funciones legislativas sobre la base del artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que sus resoluciones son obligatorias para todos los Estados, y de una reinterpretación del Capítulo MI de la Carta. Con anterioridad esas resoluciones se habían entendido como órdenes ejecutivas que los Estados debían cumplir; pero ahora han sido utilizadas para ejercer funciones legislativas respecto de materias que antes se consideraban sólo propias de los tratados.

Los Estados continúan siendo el principal sujeto del derecho internacional, pero junto a él ha crecido la importancia de otros sujetos o destinatarios de normas internacionales, como son las organizaciones internacionales. También dentro de estos sujetos cabe mencionar en el actual derecho internacional a los individuos cuya subjetividad internacional, discutible en el pasado, hoy día resulta innegable como se manifiesta, entre otros aspectos, por la capacidad procesal de las personas naturales para hacer valer sus derechos ante tribunales internacionales de derechos humanos y por ser ahora responsables por delitos internacionales que pueden ser juzgados y castigados por tribunales penales internacionales.

Una característica que tiene el actual derecho internacional es su humanización, en cuanto a la prioridad que le otorga a la

salvaguardia y garantía de los derechos de todas las personas, como se estudiará en diversas partes de este texto. Uno de los aspectos de esa humanización es el surgimiento del concepto de seguridad humana, que vino a complementar el de la seguridad de los Estados, que constituía -y sigue constituyendo- uno de los objetivos fundamentales del derecho internacional.

Otras características en ese mismo sentido se expresan en los esfuerzos que realiza el derecho internacional para impedir la impunidad de los responsables de genocidios y crímenes de guerra y de lesa humanidad, lo que se ha traducido en la creación de tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda y especialmente en el establecimiento del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Una fundamental preocupación del actual derecho internacional la constituye su lucha contra el terrorismo, especialmente después de los ataques terroristas ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. Aunque, hasta fines de 2006, no había sido posible definir y tipificar como delito el terrorismo en una convención general de carácter universal, éste ha sido reiteradamente condenado por los principales órganos de la comunidad internacional y se han celebrado numerosas convenciones regionales así como universales sobre aspectos específicos en las que se han sancionado determinadas conductas terroristas.

El derecho internacional de esta época, recogiendo las condiciones creadas por la globalización, ha comenzado a preocuparse por asuntos que antes eran considerados únicamente de la jurisdicción interna de los Estados, como es el caso del combate a la corrupción, habiéndose a nivel regional adoptado en 1996 en Caracas la Convención Interamericana contra la Corrupción y a nivel universal en 2003 quedó abierta a la firma en Mérida, México, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. También esos esfuerzos se manifiestan en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional como quedó expresado en la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y tres Protocolos anexos a ella, adoptados el año 2000 en Palermo, Italia.

El actual derecho internacional ha continuado sus esfuerzos para proscribir e impedir la proliferación de las armas de des-

trucción masiva. Cada cinco años una conferencia evalúa y examina el Tratado de No Proliferación Nuclear verificando sus avances y constatando sus retrocesos. Dicho tratado actualmente ha alcanzado su mayor universalidad al ser partes de él todos los Estados del mundo, con la sola excepción de la India, Israel, Pakistán y la República Popular Democrática de Corea, que lo denunció. En 1993 se firma en París la Convención sobre la Prohibición y Empleo de las Armas Químicas y en 1996 se adopta el Tratado sobre la Prohibición de Ensayos Nucleares, el cual si bien todavía no entra en vigor, vincula a un considerable número de Estados. A nivel regional, a la creación de zonas libres de armas nucleares que habían sido establecidas por los Tratados de Tlatelolco y Rarotonga para América Latina y el Pacífico, cabe añadir las nuevas zonas libres de armas nucleares que han sido creadas por los tratados de Bangkok (1995), Pelindaba (1996) y el de Semipalatinsk (2006) para el sudeste asiático, África y el Asia Central, respectivamente.

Una especial preocupación del derecho internacional la constituyen sus esfuerzos para conservar adecuadamente la naturaleza y proteger el medio ambiente. Aunque existían acuerdos anteriores especialmente en lo que atañe a la prevención de la contaminación de los océanos y a la protección de la capa de ozono, es a partir de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo que se celebra en Río de Janeiro en 1992, que este tema comienza a adquirir una gran importancia en el derecho internacional. En Río de Janeiro, además de la Declaración que se aprobó en esa oportunidad y que constituye una verdadera Carta Magna sobre el medio ambiente, se adopta también en esa oportunidad un convenio marco sobre el cambio climático y queda abierta a la firma en esa oportunidad la Convención sobre la Diversidad Biológica. Pero el paso más fundamental en esta tarea se logra con el Protocolo de Kyoto de 1997, que constituye el acuerdo medioambiental más ambicioso hasta ahora logrado. Su objetivo es la reducción de los gases de invernadero que causan el cambio climático.

Otra materia importante regulada por el derecho internacional actual es la relativa al comercio internacional, a su expansión, liberalización y solución de las controversias que éste pueda suscitar, materia que adquiere un renovado impulso con el es-

establecimiento a partir de 1995 de la Organización Mundial de Comercio y con la celebración de numerosos acuerdos regionales y bilaterales entre los Estados.

Como consecuencia de esta impresionante expansión que ha tenido el derecho internacional, de la multiplicación de los actores que participan en su gestación y de la yuxtaposición que se ha ido produciendo en el tratamiento de ciertas materias, se han generado distintas situaciones jurídicas internacionales respecto de un mismo asunto, las que pueden afectar la unidad del derecho internacional. Es lo que se conoce como la "fragmentación del derecho internacional", que actualmente por los riesgos que puede revestir está siendo considerada por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.

No obstante esos riesgos, el derecho internacional ha continuado enriqueciéndose por la importancia que cada vez más le conceden los Estados en sus relaciones recíprocas, la creciente actividad de las distintas organizaciones internacionales, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, especialmente la Corte Internacional de Justicia, que en este último periodo ha cumplido una meritoria y abundante labor y por la intensificación del proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, en el cual a la Comisión de Derecho Internacional le ha correspondido desempeñar un papel fundamental.

**CORTE  
SUPREMA**

**BIBLIOTECA  
CHILE**

\ 3TÍ1Ü0 Í  
~~+AM3R9U3~~  
/ L .  
; AOBTOusta

**3JÍHO**

## CAPÍTULO TERCERO

# LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

### *Sficiihi I*

## ASPECTOS GENERALES DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

### 39. *Concepto de fuentes del derecho internacional*

A los efectos de precisar lo que son las fuentes del derecho internacional, debe considerarse únicamente su acepción formal. En tal sentido, puede definírselas como los modos formales de verificación del derecho internacional; o, en otras palabras, las fuentes son lo que puede ser invocado como "derecho aplicable" en una relación o situación jurídica.

Por lo tanto, por la expresión "fuentes del derecho internacional" debe entenderse la manifestación externa, la constatación del derecho internacional y no su fundamento o las causas materiales que lo han originado.

Actualmente<sup>1</sup> el único texto convencional de carácter general que enumera las fuentes del derecho internacional es el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, disposición en la que se señala:

<sup>1</sup> El artículo 7 de la Convención XII de La Haya de 1907 sobre Establecimiento de una Corte Internacional de Presas -la que nunca llegó a entrar en vigencia- contemplaba como fuentes aplicables: la convención, a falta de ella "las normas de derecho internacional" y "si no hubiese reglas generalmente aceptadas"... "los principios generales de justicia y de equidad".



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

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

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

La disposición transcrita cita, pues, las siguientes fuentes de derecho internacional: 1) las convenciones internacionales; 2) la costumbre internacional; 3) los principios generales de derecho; 4) las decisiones judiciales; 5) la doctrina de los publicistas de mayor competencia, y 6) la equidad (*ex aequo et bono*) si las partes convienen en aplicarla.

A las fuentes mencionadas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, deben añadirse determinados actos unilaterales de los Estados y ciertas resoluciones de algunas organizaciones internacionales, las que no fueron contempladas al momento de redactarse el Estatuto de la Corte, pero que bajo el actual derecho internacional han adquirido importancia. Dichas fuentes serán estudiadas en las secciones finales del presente capítulo.

#### **40. Clasificación**

Las fuentes de derecho internacional pueden clasificarse, en primer lugar, en autónomas y en auxiliares. Las primeras tienen vigencia propia y pueden ser aplicadas por sí mismas para resolver un asunto de derecho internacional, como es el caso de las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, la equidad y los actos unilaterales de los Estados. Las fuentes auxiliares, en cambio, tienen por objeto ayudar a precisar el sentido y alcance de las fuentes autónomas, situación en la que se encuentran la jurisprudencia, la doctrina y las resoluciones de organizaciones internacionales declarativas de derecho.

A su vez, las fuentes autónomas mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia pueden clasificarse en principales -tratados y costumbres internacionales- y en subsidiarias, que es el caso de los principios generales de derecho y la equidad, las que sólo se aplican a falta de las fuentes principales.

Desde otro punto de vista, las fuentes del derecho internacional pueden ser clasificadas en generales y en particulares, según si ellas son aplicables a la generalidad de los Estados que componen la comunidad internacional o sólo a un número limitado de ellos. Las primeras comprenden las convenciones generales, la costumbre general, los principios generales de derecho, la jurisprudencia en cuanto la decisión judicial contenga consideraciones que puedan tener una aplicación general, la doctrina y las resoluciones generales de las organizaciones internacionales. Por su parte, las fuentes particulares abarcan los tratados particulares, las costumbres regionales o locales, el acto jurisdiccional del tribunal, el cual pasa a ser obligatorio únicamente para las partes litigantes, las resoluciones internacionales que se refieren a determinados Estados y los actos unilaterales, los que siempre tendrán el carácter de fuente de derecho únicamente para los Estados que los han formulado.

#### **4 \. Jerarquía**

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece un orden jerárquico de las fuentes de derecho internacional contempladas en dicha disposición. De acuerdo a ese orden, la Corte, en primer lugar, deberá aplicar las convenciones generales o particulares de las que sean partes los Estados litigantes. Por lo tanto, la primera fuente está constituida por los tratados. A falta de éstos, se aplica la costumbre internacional, en el caso de que exista una norma consuetudinaria que permita resolver la controversia. De no mediar un tratado o una costumbre, se deberá recurrir a los principios generales de derecho reconocidos por las diferentes naciones.

Las otras fuentes mencionadas por el citado artículo 38 -las decisiones judiciales y la doctrina- al asignárseles la función de "medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho"

no tienen por sí solas un valor propio, ni siquiera subsidiario con respecto a las fuentes autónomas.

La ordenación jerárquica empleada por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia responde a la necesidad de establecer un criterio lógico que permita preferir la aplicación de la norma especial sobre la general. Sin embargo, hay veces en que no resulta posible la aplicación rígida e inflexible de tal orden jerárquico. Ello sucede especialmente con aquellas costumbres y aun con ciertos principios generales de derecho que expresan una norma imperativa de derecho internacional general, las que pueden llegar a primar sobre un tratado e incluso dejarlo sin efecto.<sup>2</sup> En todo caso, por regla general, los tratados priman sobre la costumbre y ésta respecto de los principios generales de derecho, los cuales sólo poseen un valor de fuente subsidiaria del derecho internacional.

Cabe, por último, determinar cuál es el valor jerárquico de las fuentes que no se encuentran mencionadas por el artículo 38, esto es, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales. Puede señalarse a ese respecto que los actos unilaterales, al ser una expresión formal del consentimiento del Estado, tienen para éste un valor similar al del tratado en el caso de que el Estado no haya comprometido su voluntad mediante otro tratado.

En lo que concierne a las resoluciones de las organizaciones internacionales, deberá distinguirse si ellas son obligatorias para los Estados en virtud de que así lo ha dispuesto el tratado constitutivo de la organización internacional o si la resolución tiene por objeto declarar la existencia o vigencia de un derecho. En el primer caso, la fuente propiamente tal es el propio tratado, con lo cual el valor de la resolución será el de éste, y en el segundo, en la medida en que la resolución exprese una norma consuetudinaria o un principio general de derecho, su valor será el de esas fuentes.

#### 42. *Los tratados*

La primera fuente que contempla el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son los tratados, bajo la deno-

- Este problema será estudiado más adelante con mayor detención al tratar el *ius cogens*. Véase Capítulo Cuarto. Sección VIII, N° 108 y Sección IX, N° 117.

mínación de "las convenciones internacionales, sean generales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes".

La importancia de los tratados en el derecho internacional es evidente dada la falta de un órgano centralizado dotado de poderes legislativos, con lo cual esa función ha debido tener que ser suplida por el acuerdo de las voluntades de los propios destinatarios de la norma jurídica.

De ese modo, los tratados permiten a los Estados y a los otros sujetos del derecho internacional establecer las reglas que ellos consideren oportunas y precisar con mayor exactitud el contenido de sus derechos y obligaciones.

A la vez, la notable multiplicación de las relaciones internacionales en todos los campos ha traído como consecuencia un creciente aumento de los tratados, con lo cual el mayor número de las normas jurídico-internacionales se encuentran en la actualidad contenidas precisamente en tratados.

Por su especial importancia, todo un capítulo será destinado más adelante al estudio de los tratados.

## *Sección II*

### LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

#### 43. *Nociones generales*

La segunda fuente que reconoce el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es la "costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho".

A pesar de que la tendencia actual es ir cristalizando en convenciones generales las prácticas y normas consuetudinarias, todavía importantes materias del derecho internacional público continúan rigiéndose exclusivamente por la costumbre internacional.

Si bien la costumbre ofrece el inconveniente de su imprecisión, ella tiene la ventaja de su mayor flexibilidad que la capacita para evolucionar conjuntamente con la realidad internacional, adaptándose así a las nuevas situaciones que van surgiendo. De

ahí que si una costumbre no respondiera a las exigencias de esas nuevas situaciones, caería en desuso y dejaría de ser jurídicamente obligatoria, al no ser más una "práctica generalmente aceptada como derecho".

Conviene aclarar que la costumbre en el derecho internacional no es necesariamente sinónima de derecho "no escrito", ya que una costumbre, como se estudiará más adelante, también puede constar en una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas o en una convención que no haya entrado en vigencia o incluso ser invocada, como tal, para un Estado no ratificante de un tratado.

La costumbre para que sea fuente formal del derecho internacional requiere la concurrencia de dos elementos: a) un elemento material, y b) un elemento psicológico, los que se estudiarán a continuación.

#### ***44. El elemento material***

Este elemento está constituido por la repetición de hechos. La observancia por parte de los Estados de prácticas en un mismo sentido, de manera continua y generalizada, es lo que genera, en primer término, una costumbre internacional.

Tales prácticas deben tener una aplicación continua en el tiempo o, como lo ha afirmado la Corte Internacional de Justicia, ellas deben basarse en "un uso constante."<sup>3</sup> ya que la formación de la costumbre requiere del transcurso de un cierto lapso de tiempo para que pueda constituirse como tal. Sin embargo, cabe observar que ciertas prácticas pueden dar origen a una costumbre al cabo de un período relativamente corto. Así ha sucedido, por ejemplo, con el surgimiento de la plataforma continental o la zona económica exclusiva, como espacios marítimos o con las normas relativas a la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, las que se formaron durante un breve período de tiempo.

El elemento material supone también una generalidad de la aplicación de la norma consuetudinaria en el espacio, toda vez que se trata de prácticas comunes a diversos Estados. El grado

<sup>1</sup> ICJ. Caso del asilo entre Colombia v Perú. Reports. 1950. Pág. 266.

de generalidad requerido dependerá de la amplitud territorial -universal, regional o local- que se le atribuya a la norma consuetudinaria.

No obstante, debe señalarse que no es necesario que los Estados hayan manifestado expresamente su reconocimiento o conformidad con la norma consuetudinaria, siendo suficiente, como lo ha expresado la Corte Internacional de Justicia, "que los Estados adecúen su conducta de una manera general a la existencia de esa regla consuetudinaria y que los Estados traten los comportamientos que no se ajusten a la regla en cuestión como una violación a ésta y no como una expresión de reconocimiento como una regla consuetudinaria".<sup>4</sup> Tampoco en las costumbres universales se requiere una unanimidad en su observancia, siendo suficiente al respecto una aceptación generalizada por la comunidad internacional en su conjunto.

#### 45. *El elemento psicológico*

La sola repetición de hechos no basta para establecer una costumbre internacional. Es necesario, además, que los Estados estén convencidos de que al realizar un determinado acto o abstención ejercen un derecho o se conforman a una obligación, esto es, que se encuentran ante una norma jurídicamente obligatoria. Este elemento psicológico, conocido como la *opinio juris sive necessitatis* -o simplemente *opinio juris*- es el que junto con el elemento material viene a conferirle el carácter de norma de derecho a la costumbre internacional y el que la distingue de la mera cortesía internacional.

La necesidad de este elemento psicológico ha sido ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia internacional. Así, la Corte Internacional de Justicia en su sentencia sobre los asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, declaró:

**No solamente los actos considerados suponen una práctica constante, sino que además ellos deben ser tales o realizarse de tal manera que demuestren la convicción de que esa práctica es considerada**

<sup>4</sup> K;j. Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua. Reports. 1986. Par. 98.

como obligatoria por una norma jurídica vigente que así lo establezca. La necesidad de tal convicción, esto es, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en el concepto de *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados interesados, por lo tanto, deben tener el convencimiento de que cumplen con lo que ellos consideran que es una obligación jurídica."

#### 46. *Fundamento de la costumbre*

El problema del fundamento de la costumbre internacional no es, en esencia, diferente al del fundamento del derecho internacional todo.

Ya anteriormente se estudió cómo para los voluntaristas la costumbre no es sino un acuerdo tácito entre los Estados. Esta explicación, cuyo origen se remonta a Grocio, prevaleció durante mucho tiempo; pero ella hoy día resulta inaceptable al contradecir la naturaleza de la norma consuetudinaria y la realidad internacional misma. En efecto, si la costumbre es "una práctica generalmente aceptada como derecho", su validez no depende del consentimiento particular del Estado contra el cual ella se invoca, sino meramente de que exista una práctica que responda a una general aceptación por parte de la comunidad internacional, independientemente de la manifestación, expresa o tácita, de la voluntad por parte de aquel Estado. Si la costumbre fuese un acuerdo tácito, le bastaría a un Estado aducir que nunca ha consentido en ella para desligarse de toda obligación internacional de origen consuetudinario.

Por lo demás, la realidad internacional demuestra que los Estados que no han participado en la formación de una costumbre y que, por lo tanto, no han podido otorgar su acuerdo tácito, como sucede con los nuevos Estados, muchas veces no tienen inconvenientes en acatarla como derecho vigente cuando esa costumbre se encuentra suficientemente consolidada y responde efectivamente a las exigencias de la vida internacional.

En la actualidad, la doctrina prevaleciente, sin desconocer el papel que juega la voluntad de los Estados en la formación

' ICJ Reports. 1969. Pág. 44.

de la costumbre, hace radicar su fundamento en las exigencias de la vida internacional. Los Estados, persuadidos de ese hecho social, al comprobar su existencia, la recogen y la observan como derecho vigente.

#### 47. *Clases de costumbres*

De acuerdo a su amplitud territorial, se suele clasificar a las costumbres en universales y regionales.

Las costumbres universales o generales son aquellas que son aplicables a todos los Estados. Este tipo de costumbres requiere de una aceptación generalizada por parte de la comunidad internacional en su conjunto.

Las costumbres regionales o particulares son aquellas aplicables a un grupo de Estados con características propias que, por lo general, pertenecen a una misma región geográfica. Ha sido especialmente en América Latina donde más se ha desarrollado un derecho consuetudinario regional, mediante la creación de normas e instituciones propias de los Estados latinoamericanos. Un caso típico a ese respecto es el del asilo diplomático.

Se ha discutido si es posible la existencia de una costumbre limitada sólo a dos Estados. Parecieran no existir inconvenientes en aceptar tales costumbres bilaterales, cuando ellas reúnan los elementos constitutivos propios de toda costumbre. Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en el asunto del derecho de paso por territorio indio. En ese caso se discutió si Portugal, en aquel entonces titular de la soberanía sobre el establecimiento costero de Damao y sobre los enclaves de Dadra y Nager-Aveil, podía ejercer a su favor un derecho de paso entre sus dos enclaves y entre éstos y Damao. Uno de los principales fundamentos invocados por Portugal consistía en la existencia de una costumbre bilateral. La India, en cambio, sostenía la imposibilidad jurídica de una costumbre bilateral. En su sentencia, la Corte declaró:

**Se objeta por parte de la India que ninguna costumbre local puede establecerse entre sólo dos Estados. Es difícil ver por qué el número de Estados entre los que pueda establecerse una costumbre local sobre la base de una práctica prolongada deba necesariamente ser mayor a dos. La Corte no ve razón para que una práctica continua y**



aceptada entre dos Estados como reguladora de sus relaciones no pueda ser la base de derechos y obligaciones entre esos dos Estados.<sup>fi</sup>

#### 48. *Formación de la norma consuetudinaria*

La costumbre se forma por los precedentes sentados por los actos de los órganos estatales e interestatales que tienen injerencia en las relaciones internacionales.

Los actos estatales que pueden contribuir a formar una costumbre pueden provenir tanto de los órganos ejecutivos, legislativos o judiciales de un Estado.

Normalmente, en el establecimiento de precedentes, son más frecuentes los actos emanados de los Poderes Ejecutivos, ya que éstos tienen a su cargo la conducción de las relaciones internacionales. Así, la correspondencia diplomática, las instrucciones a agentes diplomáticos y consulares, las declaraciones formuladas en conferencias u organizaciones diplomáticas, las respuestas a cuestionarios enviados para trabajos de codificación, etc., junto con denotar una actitud de los gobiernos frente a determinadas materias de derecho internacional, crean los precedentes necesarios para que una práctica pueda llegar a establecerse como norma consuetudinaria.

También una costumbre puede originarse por las leyes concordantes de diversos Estados. Así, por ejemplo, la norma, hoy consagrada en la Convención sobre el Derecho del Mar, según la cual el Estado ribereño tiene derecho a extender su jurisdicción marítima hasta 200 millas marinas, comenzó a formarse como norma consuetudinaria mediante la promulgación de leyes nacionales similares de varios países latinoamericanos.

Asimismo, las sentencias de los tribunales nacionales, cuando aplican o interpretan asuntos de derecho internacional en un mismo sentido, establecen precedentes que pueden llegar a hacer surgir una norma consuetudinaria.

Además de la elaboración del derecho consuetudinario internacional por actos de los órganos estatales, la costumbre puede constituirse por actos emanados de varios Estados o de órganos interestatales. Especialmente tienen influencia en la for-

<sup>fi</sup> ICJ Reportó. 1960. Pág. 39.

mulación del derecho consuetudinario los tratados, las resoluciones de las organizaciones internacionales y las decisiones de tribunales internacionales.

Nada obsta a que un tratado llegue a ser constitutivo de una costumbre. De ese modo el tratado regiría como derecho convencional para los Estados que son parte de él y como derecho consuetudinario para quienes no lo son. Esta posibilidad ha sido prevista por el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual admite que

**Una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal.**

Los tratados generales que expresan el derecho existente pueden, en ciertos casos, ser considerados como derecho consuetudinario respecto de los Estados para los cuales el tratado no ha entrado en vigor. La Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, ha declarado que algunas de las disposiciones de la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados constituyen una codificación del derecho consuetudinario existente.<sup>7</sup>

Sin embargo, debe observarse que las disposiciones del tratado para que sean consideradas una norma consuetudinaria, deben estar avaladas por otros antecedentes y, en todo caso, no estar contradichas por prácticas diferentes. La misma Corte Internacional de Justicia, en los asuntos de la plataforma continental del Mar del Norte, si bien reconoció que varios de los artículos de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental expresaban el derecho consuetudinario existente, negó, en cambio, que la regla para delimitar plataformas continentales entre países con costas opuestas que se encuentra en el artículo 6, inciso 2º, de dicha Convención fuese oponible a Alemania, que no era parte de la Convención, pues tal regla

<sup>7</sup> Así lo ha declarado en su Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, no obstante la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad. Reports. 1971. Pág. 46; en el caso de la competencia en materia de pesquerías entre Gran Bretaña e Islandia. Reports. 1973. Pág. 21, y en el caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia, ICJ Reports. 1997. Pág. 19. Par. 36.

no había adquirido el carácter de una costumbre internacional.\* En cambio, si la norma convencional está conformada por la práctica y la legislación de los Estados, ella resulta aplicable como derecho consuetudinario, como lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en el litigio entre El Salvador y Honduras, en el que sostuvo que las normas consuetudinarias sobre la plataforma continental y la zona económica exclusiva son "emanaciones de las últimas y pocas décadas".<sup>9</sup>

Por su parte, ciertos tratados particulares pueden establecer precedentes que contribuyan a la formación de una costumbre internacional, en los casos en que dichos tratados habitualmente contengan estipulaciones similares respecto a una misma materia, reflejando de ese modo una convicción jurídica común. Así, casi todos los tratados de extradición contienen una cláusula impidiendo la extradición de las personas acusadas de delitos políticos. De plantearse, entre Estados que no se encuentran vinculados por un tratado específico sobre la materia, la extradición de una persona acusada de delitos políticos, podría aducirse, sobre la base de otros tratados de extradición, que existe una norma consuetudinaria que considera improcedente la extradición por delitos políticos.

Ciertas resoluciones de organizaciones internacionales, como aquellas emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se declara la vigencia de una norma jurídica, pueden también establecer precedentes constitutivos de una costumbre internacional. Incluso a algunas de estas resoluciones se les podría calificar de formativas de una "costumbre revolucionaria", como ya en 1947 lo observaba Joseph Kunz<sup>10</sup> al establecerse mediante ellas una norma consuetudinaria por una decisión de un órgano representativo de la comunidad internacional. Así ha sucedido, entre muchas otras más, por ejemplo, con la Resolución N° 1514 (XV) relativa a la concesión de la independencia de los países y pueblos coloniales, la que otorgó al proceso de descolonización, que estaba comenzando a producirse, un carácter incontrovertible.

<sup>9</sup> ICJ Reports. 1969. Pág. 28.

• ICJ Reports. 1992. Pág. 106.

J. Kunz. "Revolutionary creation of norms in International Law", AJIL. Vol. XLI - V 1. 1947. Págs. 119-120.

Finalmente, es necesario recordar el importantísimo lugar que ocupan las decisiones de los tribunales internacionales, especialmente las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, en la formación del derecho consuetudinario. Más tarde, al analizar la jurisprudencia internacional como fuente auxiliar del derecho internacional, se estudiará cómo las decisiones de estos tribunales ordinariamente trascienden sus relativos efectos formales y pueden llegar a cristalizar una norma consuetudinaria.

#### 49. *Prueba de la costumbre*

La existencia de una norma consuetudinaria se demuestra por la efectiva concurrencia de sus elementos constitutivos, el material y el psicológico.

Con respecto al elemento material será necesario demostrar que existen los precedentes suficientes -de aquellos estudiados en el proceso de formación de la costumbre- que evidencian que la norma consuetudinaria responde a una práctica generalmente aceptada como derecho.

El elemento psicológico, dada su subjetividad, es de más difícil demostración. Para su determinación habrá que recurrir a todas las circunstancias pertinentes en que la "*opinio juris*" se haya podido manifestar. Particularmente, la parte que invoca una norma consuetudinaria deberá demostrar que la otra parte, mediante sus actos o abstenciones, ha manifestado su aquiescencia con respecto a dicha norma; o, por el contrario, si una parte alega que la norma no le es aplicable, deberá probar que se ha opuesto a ella en el período de su formación.

El *onus probandi*, cuando se trata de demostrar la existencia de una norma consuetudinaria, corresponderá a la parte que invoca tal norma. A ese respecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado:

**La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza deberá probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte.<sup>11</sup>**

<sup>1</sup> ICJ Reports. 1950. Pág. 276.

### 50. *La codificación del derecho consuetudinario*

El principal inconveniente que presenta el derecho consuetudinario es su falta de precisión. De ahí que los Estados hayan sentido la preocupación de consignar por escrito y de una manera sistemática las normas consuetudinarias.

La conveniencia de codificar el derecho consuetudinario se ha ido haciendo más evidente en la medida en que se han intensificado las relaciones internacionales, las que exigen una regulación más precisa de las normas jurídicas aplicables a las mismas.

La idea de una codificación general del derecho internacional surgió a fines del siglo XVIII, siendo el filósofo y jurista británico Jeremías Bentham el primero en plantearla; sin embargo, los primeros esfuerzos en lo que concierne a una codificación del derecho internacional público tuvieron un carácter privado o no oficial y su valor, aunque en algunos casos científicamente meritorio, no pasó más allá de los puntos de vista personales de sus autores.<sup>12</sup> Junto a esos intentos de codificación, algunas instituciones científicas, como el Instituto de Derecho Internacional, la International Law Association o la Escuela de Derecho de Harvard, también han formulado proyectos de codificación respecto a diversas materias de derecho internacional.

El primer instrumento objeto de una codificación oficial, emprendida por los propios Estados, se encuentra en la reglamentación del rango de los agentes diplomáticos efectuada por el Congreso de Viena de 1815. A ésta siguieron otras convenciones, entre las cuales merece recordarse la Declaración de París de 1856 sobre la guerra marítima. Más tarde, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 codificaron, entre otras materias, las reglas sobre el derecho de guerra, la neutralidad y la solución pacífica a las controversias internacionales. Durante la época de

<sup>12</sup> Entre esas codificaciones privadas es necesario recordar las emprendidas por el español Esteban Ferrater (*Código de Derecho Internacional* Madrid. 1843); el austriaco Alfons von Domin-Petruschévez (*Préas d'un code de droit international* Leipzig. 1861); el suizo Joham C. Blunstchli (*Le droit International Codifié*. París. 1886); el norteamericano David Dudley Field (*Draft Quilines of an International Code*. New York. 1872); el italiano Pasquale Fiore (*II diritto internazionallee codificalo e la sua sancione giuridica*. Torino); y el brasileño Eпитacio Pessoa (*Prvjecto de Código de Dreito Internacional Público*. Río de Janeiro. 1911).

la Sociedad de las Naciones, los esfuerzos que se hicieron para proseguir con la codificación del derecho de paz no tuvieron éxito. La Conferencia de La Haya de 1930, convocada con ese propósito y destinada especialmente a codificar las normas relativas al mar territorial, la nacionalidad y la responsabilidad internacional de los Estados, no produjo los resultados esperados.

En cambio, en América las (Conferencias Panamericanas, que vinieron celebrándose a partir de 1889, lograron adoptar varias convenciones sobre importantes materias del derecho internacional público y privado. Las más fructíferas en ese sentido fueron la 6ª y la T Conferencia Panamericana celebradas en La Habana en 1928 y en Montevideo en 1933, respectivamente. Entre las convenciones adoptadas por dichas conferencias conviene recordar las que se refieren a la condición de los extranjeros, al derecho internacional privado (Código de Bustamante), los agentes diplomáticos, los cónsules, los tratados, el asilo, los derechos y deberes de los Estados en caso de guerra civil, la neutralidad marítima y la extradición.

Bajo la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948 y sus posteriores modificaciones, el sistema interamericano ha continuado con la labor de codificar el derecho internacional. De acuerdo al artículo 99 de la Carta de la OEA, el órgano encargado de esa función es el Comité Jurídico Interamericano, aunque sus funciones son más vastas que la sola codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. El Comité tiene su sede en Río de Janeiro y se encuentra integrado por once juristas que representan al conjunto de los Estados miembros de la OEA. Importantes dictámenes o proyectos de convenciones, destinados a ser conocidos por la Asamblea General de la OEA o por Conferencias Especializadas, han surgido de dicho Comité.

Por su parte, las Naciones Unidas han impulsado decididamente la codificación del Derecho Internacional. De acuerdo al inciso b) del párrafo 2 del artículo 13 de su Carta, la Asamblea General deberá promover estudios o hacer recomendaciones para el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Esta función la ejerce la Asamblea General directamente, o a través de la Comisión de Derecho Internacional ((:DI), órgano subsidiario de la Asamblea creado en el año 1948,

con sede en Ginebra e integrado en la actualidad por treinta y cuatro juristas que representan los principales sistemas jurídicos del mundo. Los trabajos realizados por esa Comisión han servido de base a convenciones adoptadas por la propia Asamblea General o por Conferencias Internacionales reunidas bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Es el caso, entre otras, de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas; de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares; la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados; la Convención de Nueva York de 1970 sobre Misiones Especiales; la Convención de Viena de 1975 sobre Representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales; la Convención de Viena de 1983 sobre la sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas del Estado; la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales; la Convención de Nueva York sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Aguas Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997; la Convención de Roma de 1998, que estableció el Estatuto de la Corte Penal Internacional; y la Convención de Naciones Unidas de 2004 sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes.

También, la Comisión puede aprobar proyectos de Declaración o de artículos que no necesariamente concluyen en una Convención, como es el caso del proyecto de Declaración sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados de 1999; de los proyectos de artículos adoptados en 2001 sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y sobre prevención del daño transfronterizo por actividades peligrosas. En 2006 la CDI adopta un proyecto sobre el derecho de la protección diplomática y otro sobre actos unilaterales de los Estados.

Actualmente, la Comisión de Derecho Internacional se encuentra examinando para su codificación y desarrollo progresivo, entre otros temas, el de las reservas a los tratados internacionales; la responsabilidad de las organizaciones internacionales; los recursos naturales compartidos; la expulsión de

extranjeros; la regla "*aut dedere aut iudicaré*"; los efectos de los conflictos armados en los tratados internacionales; y los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional.

También la Asamblea General de las Naciones Unidas puede confiar la codificación y el desarrollo progresivo de determinadas materias del derecho internacional a un órgano *ad hoc* creado con ese específico propósito, como ocurrió con la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Los órganos encargados de la codificación del derecho internacional no se limitan sólo a recoger las prácticas consuetudinarias que expresan el derecho vigente (*jex lata*), sino, a la vez, asumen la tarea de desarrollarlo progresivamente mediante su reelaboración o la formulación de nuevas reglas que permitan, según el caso, su adecuación a las transformaciones que se van operando en las relaciones internacionales o suplir las lagunas jurídicas existentes (*legeferenda*).<sup>13</sup>

### Sección III

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

### 51. *Naturaleza jurídica*

Además de las convenciones y la costumbre, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su párrafo 1 inciso c), reconoce como fuente de derecho internacional a "los principios generales de derecho reconocidos por las na-

<sup>13</sup> La distinción entre "desarrollo progresivo" y "codificación" no resulta, a veces, fácil. De ahí que el artículo 15 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas las haya diferenciado sólo por "comodidad". Señala esa disposición: "en los artículos siguientes la expresión desarrollo progresivo del derecho internacional es utilizada, por comodidad, para designar la elaboración de proyectos de convención sobre temas que no hayan sido regulados por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas. Del mismo modo, la expresión codificación del derecho internacional se emplea, por comodidad, para designar la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados así como precedentes y doctrinas".



ciones civilizadas". Al redactarse el Estatuto de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, predecesora de la actual Corte Internacional de Justicia, se incluyó esta fuente de derecho al objeto de solucionar aquellos casos en que ni un tratado o una costumbre proporcionasen los elementos o criterios para resolver una determinada situación jurídica. De ese modo, los principios generales de derecho podían llegar a suplir las lagunas existentes en el derecho convencional o consuetudinario.

Aunque estos principios constituyen una fuente subsidiaria, tienen un indudable carácter autónomo, desde el momento en que poseen una vigencia propia y han sido mencionados separada y explícitamente por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

A la vez, los principios generales de derecho reconocidos por las distintas naciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico positivo internacional, sin que se les pueda confundir con el derecho natural o con la equidad. El hecho de tratarse de principios "reconocidos" descarta esa posible identificación.

La exigencia del artículo 38 de que se trate de principios reconocidos por "las naciones civilizadas", tiene una evidente connotación colonialista, hoy superada, y constituye, por lo mismo, una tautología, ya que a la luz de la igualdad jurídica entre los Estados que reconocen el actual derecho internacional no se concibe que hayan Estados que formando parte de la comunidad internacional no sean "naciones civilizadas".

Lo que le confiere a esta fuente de derecho internacional su carácter de tal es el reconocimiento que hacen los Estados, ya sea en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos o en sus relaciones internacionales, de ciertas normas básicas o fundamentales, las que pueden llegar a ser aplicables a una determinada relación jurídica internacional.

El contenido, pues, de los principios generales de derecho es doble. Estos comprenden tanto los principios jurídicos que son comunes a las distintas legislaciones nacionales como a aquellos principios propios del derecho internacional.

### 52. *Los principios generales provenientes del derecho interno*

En primer lugar, los principios generales de derecho pueden constituir una fuente de derecho internacional cuando ellos sean comunes a los sistemas jurídicos de los diversos Estados. Se trata en este caso de normas básicas o esenciales que se encuentran incorporadas en todos los ordenamientos jurídicos internos y que pueden ser adaptables a situaciones propias del derecho internacional, lo que explica su recepción por parte de éste.

La gran mayoría de estos principios provienen del derecho civil o del derecho procesal civil de los diferentes Estados. Como ejemplo de estos principios pueden citarse la obligación de reparar el daño causado; el principio del abuso del derecho; la exigencia de fuerza mayor; el rechazo al enriquecimiento injusto o sin causa; la autoridad de la cosa juzgada; la excepción de *litis pendency*, etc.

Mediante el método del estudio del derecho comparado se comprueba si estos principios poseen la generalidad necesaria para que puedan convertirse en una fuente de derecho internacional.

La jurisprudencia internacional, en reiteradas ocasiones, ha señalado que estos principios contenidos en los distintos sistemas jurídicos constituyen reglas positivas de derecho internacional, pudiendo su aplicación ser extensiva a materias propias de este ordenamiento jurídico.

### 53. *Los principios generales del derecho internacional*

Dentro de la fuente constituida por los "principios generales de derecho" pueden también incluirse algunos principios inherentes a la estructura de la comunidad internacional o a las relaciones entre los Estados. Estos principios, propios del derecho internacional, constituyen, pues, presupuestos básicos de sus normas.

Los principios generales de derecho internacional no deben ser confundidos con las normas consuetudinarias, no obstante que, a veces, no resulta fácil distinguirlos de una costumbre internacional. Su diferencia con ésta radica en el carácter fundamental y necesario que presentan y su reconocimiento surge por ello de la naturaleza propia del derecho internacional a través

de un proceso de inducción lógica, sin que, como en la costumbre, se requiera demostrar la existencia de previos precedentes.

Entre estos principios de derecho internacional cabe señalar aquél según el cual los tratados prevalecen sobre las leyes internas en el plano internacional; el que un Estado no pueda invocar su propia legislación para dejar de cumplir una obligación internacional; el principio de que los cambios en un Estado no alteran las obligaciones internacionales de éste; el de la libertad de las comunicaciones marítimas; el de la autodeterminación de los pueblos; el de la no-intervención de un Estado en los asuntos de otro; el de que todo Estado deba respetar los derechos humanos fundamentales, etc.

La jurisprudencia internacional ha reconocido plenamente la vigencia de estos principios de derecho internacional. Así, la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional declaró:

**Es un principio generalmente reconocido del Derecho de Gentes que en las relaciones entre las partes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre la de un tratado.<sup>14</sup>**

Y, en otra sentencia, la Corte Permanente afirmó:

**Es un principio generalmente admitido el que un Estado no pueda invocar respecto a otro Estado su propia Constitución para desvincularse de una obligación internacional.<sup>15</sup>**

Igualmente, la jurisprudencia de la actual Corte Internacional de Justicia ha invocado en varias oportunidades la existencia de estos principios de derecho internacional. Es interesante analizar a este respecto la evolución seguida por la Corte. En el asunto del Canal de Corfú, señaló que las obligaciones que le correspondían a Albania:

**No tienen su fundamento en la Convención VIII de La Haya de 1907, la que es aplicable en tiempos de guerra, sino en ciertos principios generales bien reconocidos, tales como las consideraciones elementales de humanidad, más absoluta aún en tiempos de paz que de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación de todo Estado de no permitir que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados.<sup>16</sup>**

<sup>14</sup> Serie B. Niim. 17. Pág. 38.

<sup>15</sup> Serie A-B. Niim. 44. Pág. 24.

<sup>16</sup> ICJ Reports. 1949. Pág. 22.

En su opinión consultiva relativa a las reservas a la Convención sobre Genocidio, convención esta inspirada en el rechazo a los horrores causados por el régimen nacionalsocialista alemán, la Corte puso de manifiesto la existencia de ciertos principios de derecho internacional que exigían el respeto a los derechos humanos fundamentales, declarando en una parte:

**Los principios que se encuentran en la base de la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, aunque no exista un vínculo convencional entre ellos.**<sup>17</sup>

La Corte también ha declarado que constituye un principio de derecho internacional el que un Estado no pueda ser obligado a recurrir a un arbitraje.<sup>18</sup>

Asimismo, la Corte pudo haber tenido ocasión de aplicar estos principios de derecho internacional en el asunto sobre África Sudoccidental; pero, en una aberrante sentencia, que ha sido duramente criticada, negó (por siete votos contra siete, habiendo tenido que decidir su Presidente) que Etiopía y Liberia tuviesen un interés jurídico para accionar en contra de Sudáfrica. Sin embargo, la mayoría de los siete jueces disidentes hicieron referencias a principios generales de derecho que impedían, según ellos, que Sudáfrica continuase administrando el mandato sobre el territorio de África Sudoccidental. Entre esos votos disidentes merece destacarse el del juez japonés Kotaro Tanaka, para quien la aplicación del *apartheid* por parte de Sudáfrica constituye un acto contrario al derecho internacional al violar, entre otras normas, un principio general propio de este ordenamiento jurídico que prohíbe a los Estados efectuar discriminaciones raciales.

La Corte, en decisiones posteriores, ha invocado también esta clase de principios para fundamentar una obligación internacional. Así en el asunto de los Ensayos Nucleares entre Australia y Nueva Zelanda, por una parte, y Francia, por otra, la Corte expresó:

<sup>17</sup> ICJ Reports. 1951. Pág. 23.

Caso Ambatielos. ICJ Reports. 1953. Pág.19. Caso del oro acuñado. ICJ Reports. 1954. Pág. 32.

El voto del juez Tanaka puede verse en ICJ Reports 1966. Págs. y siguientes.

Uno de los principios básicos que rigen la creación y ejecución de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su fuente, es el principio de la buena fe. La confianza es inherente a la cooperación internacional, particularmente en una época cuando esta cooperación en muchos campos ha llegado a ser esencial.<sup>TM</sup>

Cabe, por último, señalar que actualmente la gran mayoría de los principios básicos de derecho internacional han sido incorporados a tratados tan fundamentales como las Cartas de las Naciones Unidas o de la OEA, o han sido recogidos por numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las que han declarado su vigencia como tales. Entre dichas resoluciones, por su importancia y generalidad, merece citarse especialmente la Resolución N° 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, intitulada "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", en la que se proclaman como "Principios básicos de Derecho Internacional" los siguientes:

- a) El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas;
- b) El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medio» pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia;
- c) La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta;
- d) La obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta;
- e) El principio de la igualdad de derecho y la libre determinación de los pueblos;
- f) El principio de la igualdad soberana de los Estados, y
- g) El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos en conformidad con la Carta.

Por la importancia que estos principios revisten en el actual derecho internacional, ellos serán estudiados especialmente en un capítulo posterior.

<sup>20</sup> ICJ Reports. 1974. Pág. 268.

*Sección IV*

## LAS FUENTES AUXILIARES

54. *La jurisprudencia*

Conjuntamente con la doctrina, el inciso d) del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia indica a las decisiones judiciales como "medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho". Esa misma disposición también se remite al artículo 59 del Estatuto de la Corte, en el que se consagra el valor de cosa juzgada relativa de las sentencias de la Corte, al señalarse que

**La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto al caso que ha sido decidido.**

De acuerdo a estas dos disposiciones, la jurisprudencia en el derecho internacional ocupa un lugar intermedio entre el que les corresponde a las decisiones judiciales en los países anglosajones que aplican el *common law* y aquellos como los de Europa continental y América Latina que aplican un derecho escrito. Por una parte, los tribunales internacionales, contrariamente a los de los países del *common law*, no se encuentran obligados a seguir las decisiones judiciales anteriores; pero, por otra parte, la jurisprudencia cumple una importante función en la formación y prueba de la costumbre, que en el derecho internacional es una de sus principales fuentes, no así en los países de Europa continental y América Latina, donde la costumbre tiene un valor muy limitado.

La jurisprudencia en el derecho internacional está constituida principalmente por las decisiones judiciales de los tribunales internacionales. De ellos, el más importante es la Corte Internacional de Justicia, a la que el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas reconoce como el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. También deben considerarse como formando parte de la jurisprudencia internacional las decisiones de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional y las sentencias pronunciadas por tribunales especiales, como los órganos jurisdiccionales regionales de derechos humanos o de integración y por los árbitros internacionales. Por su

parte, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia comprende tanto las sentencias judiciales como las opiniones consultivas que ella emita, aunque estas últimas no puedan ser solicitadas por los Estados ni son obligatorias para ellos.

Asimismo, aunque en un plano menor, las decisiones judiciales de los tribunales nacionales pueden también ser fuente auxiliar de la costumbre internacional, en los casos en los que frente a una misma materia de derecho internacional los tribunales de varios Estados se hayan pronunciado de una misma manera.

La jurisprudencia, aunque propiamente no constituya una fuente formal del derecho internacional, cumple una importante función en este ordenamiento jurídico. En primer lugar, ella sirve de medio de prueba de la costumbre internacional y de los principios generales de derecho. También las decisiones judiciales pueden ser invocadas para interpretar el derecho existente, no sólo el consuetudinario, sino además el convencional. Pero su función más importante se encuentra en el proceso de formación de una norma consuetudinaria, la que incluso posteriormente puede ser objeto de una codificación basada en lo expresado por una decisión judicial. Por ejemplo, la Comisión de Derecho Internacional y luego la Conferencia de Viena, al codificar el Derecho de los Tratados, consideraron varias sentencias y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia.

### 55. *La doctrina*

También el inciso d) del párrafo 1 del citado artículo 38 considera la doctrina como un "medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho", aunque esa disposición especifique que se trata de "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones".

La doctrina, de ese modo, tampoco es una fuente formal de derecho internacional. Su función es la de determinar las normas vigentes, comentándolas o sistematizándolas y formular, cuando corresponda, una crítica a ellas que contribuya posteriormente a su modificación.

Cabe señalar que por doctrina actualmente no se entiende sólo la que proviene de los tratadistas. Mayor importancia que la de estos autores particulares, por ilustres que sean, tienen los

acuerdos o resoluciones colectivas de instituciones científicas, como el Instituto de Derecho Internacional o la International Law Association, y aun más que éstos, los trabajos de los órganos intergubernamentales encargados de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, como la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

La razón de la incorporación al Estatuto de la Corte de las doctrinas de los publicistas de mayor competencia obedeció especialmente a la enorme influencia que ejercieron los grandes tratadistas clásicos en la formación del derecho internacional. El profesor Edwin Dickinson, por ejemplo, ha recordado que Grocio, Bynkershoek y Vattel en el solo período entre 1789 y 1820 fueron citados once, dieciséis y treinta y ocho veces, respectivamente, por los tribunales norteamericanos en decisiones judiciales relativas a asuntos de derecho internacional.<sup>21</sup>

Pero, en la actualidad, la mayor difusión y precisión con que cuenta el derecho internacional ha reducido la importancia de la doctrina como medio para determinar las reglas de derecho. Por ello, los tribunales internacionales, por lo general, no invocan la doctrina en sus decisiones y en los casos en que lo hacen no se refieren a determinados tratadistas, sino que emplean términos como la "doctrina generalmente aceptada" o la "doctrina prevaleciente".

## *Sección V*

### LA EQUIDAD

#### **56. *Concepto de equidad***

En términos generales, se entiende por equidad la aplicación de la justicia a un caso concreto. En un sentido más estricto se suele emplear el término equidad para contraponerlo al derecho positivo, es decir, para indicar que un determinado asunto deba ser resuelto con prescindencia de las fuentes formales de derecho y sobre la base exclusiva de las consideraciones de la justicia.

**Citado por Arthur Nussbaum. *Entona del Derecho Internacional*. Madrid. 1949. Pág. 177.**



Es en ese segundo sentido que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su párrafo 2, menciona a la equidad, al permitir a la Corte: "decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convienen".

Para el artículo 38 del Estatuto de la Corte, la equidad corresponde a un concepto extrajurídico, toda vez que después de señalar en el párrafo primero que la Corte decide "conforme al derecho internacional", deja confiada en el párrafo siguiente la aplicación de la equidad únicamente al consentimiento de las partes litigantes.

Hasta ahora ni la actual Corte ni su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, han tenido oportunidad de decidir un litigio *ex aequo et bono* en virtud de un pedido de las partes.

### 57. *Función de la equidad en el derecho internacional*

A pesar del citado texto del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, resulta evidente que la equidad cumple una función más amplia que la que le asigna dicha disposición. Como lo ha expresado el Instituto de Derecho Internacional:

La equidad es normalmente inherente a la correcta aplicación del derecho y el juez internacional, al igual que el juez interno, está llamado, por su propia función, a tomarla en consideración en la medida que sea compatible con el respeto al derecho.<sup>22</sup>

Si bien la equidad no puede ser aplicada para derogar el derecho positivo vigente (*contra legem*), salvo que las partes expresamente lo soliciten, ella puede servir para atenuar el derecho positivo cuando su estricta aplicación resulta demasiado rigurosa (*infra legem*) o más frecuentemente la equidad puede ser utilizada para suplir la falta de una norma jurídica en el caso que el derecho aplicable sea insuficiente o existan **lagunas** jurídicas respecto del asunto objeto del litigio (*proeter legem*). En este último sentido la equidad, al igual que los principios generales de derecho, viene a constituir una fuente subsidiaria del derecho internacional. Esos criterios, en general, han sido seguidos por

<sup>22</sup> Annuaire de l'Institut de Droit International. *Tableau Général des Résolutions*. Sesión de Luxemburgo. 1937. Vol. XL. Pág. 271.

la jurisprudencia internacional, la que se ha negado a fallar *contra rem* si no ha mediado una petición expresa de las partes en ese sentido.<sup>3</sup>

*Sección V*

LAS RESOLUCIONES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

**58. *Las resoluciones de organizaciones internacionales como fuente de derecho***

Como fuente de derecho internacional, las resoluciones de las organizaciones internacionales requieren de una mayor precisión. Es tal la proliferación de dichas organizaciones, cada una de ellas dotada de poderes disímiles, y tan variados como desiguales sus actos formales de expresión, que resulta prácticamente imposible señalar de una manera unívoca no sólo el valor jurídico de las resoluciones internacionales, sino incluso su concepto mismo. Sin embargo, prescindiendo de aquellas resoluciones que carecen de efectos vinculatorios y que, por ende, no son fuentes de derecho, pueden señalarse básicamente dos tipos de resoluciones. Las que obligan a los Estados en virtud de un poder conferido a la organización internacional por su tratado constitutivo y aquellas que declaran la vigencia o existencia de una norma jurídica. Naturalmente este esquema no agota el tratamiento de todas las resoluciones susceptibles de ser dictadas por una organización internacional; pero, al menos, permite una adecuada sistematización en este capítulo de aquellas resoluciones más importantes que pueden ser fuentes de derecho internacional.

**59. *Las resoluciones dictadas por organizaciones internacionales en virtud de los poderes conferidos por su tratado constitutivo***

Cabe mencionar, en primer término, a las resoluciones emanadas de ciertas organizaciones internacionales que se encuentran

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia de 1986 de una Sala de la Corte Internacional de Justicia en la controversia fronteriza entre Burkina Faso y Mali. ICJ Reports. 1986. págs. 567-568.



dotadas por su tratado constitutivo de un poder reglamentario para dictar normas dentro del ámbito de sus funciones y actividades. No se trata de confundir a estas resoluciones con un tratado, ya que, por de pronto, las primeras carecen de partes, no así los tratados; pero sí se puede sostener que el carácter de fuente de derecho internacional de esta clase de resoluciones surge precisamente debido a que el tratado constitutivo de la organización le ha conferido a ésta el poder para dictar resoluciones vinculantes. Por ello, es el tratado mismo el que viene a ser en este caso la fuente de derecho.

Las resoluciones adoptadas en virtud de este poder reglamentario que un tratado confiere a una organización internacional pueden referirse tanto al funcionamiento interno de la propia organización como estar dirigidas a los Estados miembros de ella, y aun, como acontece en las organizaciones supranacionales, los destinatarios de las resoluciones pueden ser personas naturales o jurídicas de tales Estados. En todo caso, cuando estas resoluciones son adoptadas por el quorum previsto en el correspondiente tratado, ellas pasan a ser obligatorias sin necesidad de que sean ratificadas por los Estados miembros de la organización.

Entre estas resoluciones cabe señalar, en primer lugar, aquellas que son relativas a la estructura y funcionamiento interno de la organización. A este tipo de resoluciones corresponden, por ejemplo, las adoptadas por las Naciones Unidas referentes a la admisión, suspensión y expulsión de sus Estados miembros (artículos 4, 5 y 6 de la Carta de la ONU); a la aprobación del presupuesto y a la determinación de los gastos que le corresponden sufragar a cada Estado miembro (art. 17); a la adopción del Reglamento por parte de la Asamblea General (art. 21); a la creación de los órganos subsidiarios por parte de algunos órganos principales (arts. 22, 29 y 68); al nombramiento del Secretario General (art. 97) y al estatuto del personal de las Naciones Unidas (art. 101).

También un tratado puede establecer perentoriamente que determinadas resoluciones son obligatorias para todos los miembros de la organización. Dentro de estas resoluciones cabe señalar aquellas reglamentaciones generales dictadas por algunos organismos especializados de las Naciones Unidas, en virtud de que su tratado constitutivo los autoriza para ello. Por ejemplo,

los artículos 37 y 38 de la Organización de la Aviación Civil (OACI) le confieren facultades a su Consejo para dictar reglamentos sobre cuestiones técnicas que entran en vigor, a no ser que la mayoría de los Estados miembros comunique al Consejo su disconformidad. Igualmente, de acuerdo a sus artículos 21 y 22, la Organización Mundial de la Salud (OMS) puede promulgar reglamentaciones sanitarias, las que pasan a ser obligatorias para los Estados miembros, salvo para aquellos que se opongan dentro de un determinado plazo.

Por último, cabe especialmente recordar aquellas resoluciones adoptadas dentro del marco de la Unión Europea, las que constituyen los ejemplos más importantes en cuanto a los poderes de una organización internacional para dictar normas obligatorias para los Estados miembros y ciertas resoluciones dictadas por el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones.

#### *60. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*

Una especial situación revisten las resoluciones del Consejo de Seguridad, las que de acuerdo al artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas son obligatorias para todos los miembros de la organización.

Durante las primeras décadas de funcionamiento de Naciones Unidas esa disposición se entendió como una de orden ejecutivo en la que los Estados deben acatar y cumplir aquellas resoluciones del Consejo de Seguridad que disponían, por ejemplo, una sanción en contra de un Estado.

Sin embargo, en los últimos años, al amparo del artículo 25 de la Carta, pero también sobre la base de los amplios poderes que el Capítulo VII de la Carta le confiere al Consejo de Seguridad, éste en algunas ocasiones ha comenzado a utilizar tales facultades para adoptar medidas de carácter legislativo, más propias de un tratado internacional.

No son muchos los ejemplos que pueden citarse de este tipo de resoluciones del Consejo de Seguridad que contienen materias que hubiesen sido más propias de un tratado; pero entre ellas cabe recordar las resoluciones 808 (1993) y 955 (1994) mediante las cuales se establecieron tribunales en la antigua Yugoslavia y Rwanda, respectivamente, para conocer y castigar a los responsables de genocidio y crímenes de guerra y de lesa hu-

manidad. También a ese respecto es necesario citar las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004) mediante las cuales el Consejo de Seguridad dispuso que los Estados obligatoriamente deberían adoptar determinadas medidas en relación al terrorismo y a los agentes no estatales que traten de desarrollar, adquirir, fabricar, poseer, transportar, transferir o emplear armas nucleares, químicas, biológicas y sus sistemas vectores.

### *61. Las resoluciones declarativas de derecho de organizaciones internacionales*

Otro tipo de resoluciones declarativas de derecho está constituido por aquéllas pronunciadas por organizaciones internacionales en las que se contienen declaraciones u otros pronunciamientos generales cuyo objeto principal consiste en confirmar la existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general de derecho.

Tales resoluciones son frecuentemente pronunciadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas,<sup>24</sup> aunque también se

<sup>84</sup> Entre las más importantes resoluciones de este tipo proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, pueden citarse, a modo de ejemplo, las siguientes: N° 95 (I), Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional enunciados en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg; N° 217 (III), Declaración Universal de los Derechos Humanos; N° 1514 (XV), Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales; N° 1803 (XVII), Declaración relativa a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales; N° 1904 (XVIII), Declaración sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; N° 1962 (XVIII), Declaración sobre los Principios Jurídicos que rigen las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre; N° 2131 (XX), Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados, y la Protección de su Independencia y Soberanía; N° 2160 (XXI) sobre la Estricta Observancia de la Prohibición de Recurrir a la Amenaza o al Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales y del Derecho de los Pueblos a la Autodeterminación; N° 2625 (XXV), Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; N° 2749 (XXV), Declaración de Principios que regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional; N° 3074 (XXVIII) Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad; N° 3281 (XXIX), Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados; N° 3314 (XXIX) sobre Definición de la Agresión; N° 3384 (XXX) Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Hu-

encuentran ejemplos de ellas en las antiguas Conferencias Panamericanas y en las actuales Asambleas de la OEA.

Estas resoluciones no son creadoras de derecho, toda vez que ellas han sido dictadas por un órgano que carece de poderes legislativos. Por lo general, el texto de la resolución indica que mediante ella se "declara", "reconoce", "proclama" o se "confirma" una normajurídica, es decir, su valor es meramente declarativo o confirmatorio de un derecho, consistente en que a través de ella se precisan y determinan los términos de una norma consuetudinaria o un principio general de derecho.

Pero si bien estas resoluciones declarativas no son fuente formal de derecho, ellas contribuyen notablemente a la formación de una costumbre o al reconocimiento de un principio general de derecho internacional, desde el momento en que un órgano tan representativo como lo es el que las pronuncia manifiesta su autoridad para declarar la vigencia de una normajurídica.

Por otra parte, estas resoluciones constituyen un importante medio de prueba para verificar la existencia de una norma consuetudinaria o un principio general de derecho. Como lo ha afirmado el jurista mexicano Jorge Castañeda:

**Una función primordial de estas resoluciones es constituir un medio de valor inapreciable, a veces irremplazable, para determinar en caso de duda, para verificar con autoridad, si se está o no en presencia de una normajurídica.<sup>25</sup>**

**manidad; N° 37/92 Principios que han de Regir la Utilización por los Estados de Satélites Artificiales de la Tierra para Transmisiones Internacionales Directas de Televisión; N° 39/11 Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz; N° 40/111 Principios Básicos sobre el Tratamiento de los Reclusos; N° 40/144 Declaración de los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven; N° 4/128 Declaración sobre el Derecho al Desarrollo; N° 46/182 sobre Asistencia Humanitaria, N° 47/135 Declaración sobre las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas o Lingüísticas; N° 48/104 Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer; N° 53/243 Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz; N° 55/2 Declaración sobre el Milenio; N° 55/153 Declaración sobre la Nacionalidad de las Personas Naturales en relación con la Sucesión de Estados, y N° 60/1 sobre el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005.**

<sup>25</sup> J. Castañeda. Valor Jurídico de las resoluciones de Naciones Unidas. México. 1967. Pág. 174.

La Corte Internacional de Justicia ha utilizado esta clase de resoluciones para confirmar la vigencia de una norma jurídica. Por ejemplo, en sus Opiniones Consultivas sobre Namibia<sup>26</sup> y el Sahara Occidental,<sup>7</sup> la Corte invocó las Resoluciones N° 1514 (XV) y 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas para señalar el carácter jurídico que tiene el principio de la autodeterminación de los pueblos que se reconoce en dichas resoluciones. También la Corte en el caso sobre Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua invocó el principio de no intervención contenido en las resoluciones 2131 (XX) y 2625 (XXV).-\*

### *Sección VIII*

## LOS ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES

### 62. *Concepto y fundamento*

Ciertos actos jurídicos realizados por un solo Estado dentro del ámbito de sus relaciones internacionales pueden llegar a producir consecuencias jurídicas para el Estado que los ha formulado y, en determinadas circunstancias, para terceros Estados. Pueden por ello ser considerados fuente de derecho internacional.

La importancia que han comenzado a adquirir los actos unilaterales de los Estados como fuente de derecho internacional motivó a la Comisión de Derecho Internacional a incluir este tema como objeto de su codificación y desarrollo progresivo. En su Noveno Informe sobre los actos unilaterales de los Estados, su relator, el jurista venezolano Víctor Rodríguez Cedeño, propuso la siguiente definición:

**Se entiende por acto unilateral del Estado una declaración unilateral formulada con la intención de producir determinados efectos jurídicos en virtud del derecho internacional.<sup>2</sup>"**

ICJ Reports. 1971. Págs. 31-32.

ICJ Reports. 1975. Págs. 32-33.

\* ICJ Reports. 1986. Pág. 204. Par. 103.

Comisión de Derecho Internacional. 58° periodo de sesiones. Docto. A CN4-569. 6 de abril de 2006. Principio 1.

En el mismo informe, la CDI fundamenta la obligatoriedad de los actos unilaterales de los Estados en el principio de la buena fe y en la intención de obligarse por parte del Estado que formuló dicho acto.<sup>w</sup> Por su parte, la Corte Internacional de Justicia igualmente ha expresado que:

**...el carácter obligatorio del compromiso asumido a través de una declaración unilateral descansa en la buena fe. Los Estados interesados pueden tomar en consideración declaraciones unilaterales, confiando en ellas, y tener derecho a exigir que la obligación creada por esa declaración sea respetada.<sup>31</sup>**

El principio general de derecho de la buena fe y la necesidad de salvaguardar la estabilidad de las relaciones internacionales aparecen, pues, como fundamento de la validez como fuente de derecho internacional de los actos unilaterales de los Estados.

### 63. *Elementos*

Un acto unilateral para que pueda, en sí, ser considerado una fuente de derecho internacional supone la concurrencia de varios elementos, los que se explicarán a continuación.

En primer lugar, el acto unilateral requiere una expresión de voluntad de parte del Estado que lo pronuncia, manifestando su intención de obligarse a través de dicho acto. La forma en que se expresa esa manifestación de voluntad dependerá de la naturaleza o del tipo de acto de que se trate; pero, en general, puede señalarse que ella, en todo caso, deberá ser lo suficientemente inequívoca como para que efectivamente sea expresiva de la voluntad estatal. La forma en que se manifiesta el acto unilateral no es relevante. Puede ser verbal o por escrito. Lo importante es que sea clara y precisa y no deje dudas de que por el contexto y circunstancia en que se ha manifestado el acto unilateral, se está efectivamente comprometiendo la voluntad del Estado.

En segundo término, la manifestación de voluntad debe corresponder a la de un solo Estado, de tal suerte que si un acto

<sup>w</sup> Comisión de Derecho Internacional. 58<sup>o</sup> periodo de sesiones. Docto. A/CN.1-569. 6 de abril de 2006. Principio 10.

<sup>11</sup> ICJ Reports. 1974. Pág. 268.



unilateral, como una promesa, es posteriormente aceptado por otro Estado, se origina en ese caso un acuerdo internacional, dejando de haber un acto unilateral. Lo dicho no obsta a que también se consideren actos unilaterales las declaraciones de voluntad de varios Estados de idéntico contenido, cuando ellas han sido formuladas independientemente.

En tercer lugar, la validez del acto unilateral no debe encontrarse subordinada a la de otro acto jurídico, por lo que como fuente de derecho internacional no pueden considerarse actos unilaterales, no obstante su unilateralidad, actos como la adhesión, la reserva o la denuncia a un tratado, los que precisamente dependen de la existencia de otro acto jurídico.

Asimismo, los actos unilaterales tienden a producir para el Estado que los ha formulado determinados efectos jurídicos, consistentes principalmente en que ese Estado queda vinculado con su propia manifestación de voluntad, pudiendo un tercer Estado invocar en su favor esa declaración unilateral de voluntad. A este respecto, la Corte Internacional de Justicia declaró en el asunto de los Ensayos Nucleares entre Australia y Nueva Zelanda, por una parte, y Francia, por otra, que

**Es bien aceptado que las declaraciones hechas por la vía de actos unilaterales, respecto a situaciones de hechos o derecho, pueden tener el efecto de crear obligaciones jurídicas. Declaraciones de esta clase pueden ser y, frecuentemente son, muy específicas. Cuando es la intención del Estado que hace esa declaración que ella deba ser obligatoria de acuerdo a sus términos, dicha intención le confiere a la declaración el carácter de una obligación jurídica, debiendo, entonces, el Estado obligatoriamente adoptar una conducta compatible con la declaración.<sup>32</sup>**

#### 64. *Capacidad para formular actos unilaterales en nombre del Estado*

Siendo el acto unilateral una expresión de la voluntad del Estado mediante la cual se contrae una obligación internacional, tal voluntad debe ser otorgada por el órgano competente del Estado para poder comprometerlo.

<sup>M</sup> ICJ Reports. 1974. Pág. 267.

La jurisprudencia internacional y la doctrina prevaleciente han limitado esa capacidad a los más altos funcionarios del Estado, como son los Jefes de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. En el asunto del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental, la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, refiriéndose a la declaración formulada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, señor Ihien, de que su gobierno no se opondría al arreglo de ese asunto con Dinamarca, manifestó que

**...está fuera de toda duda que una respuesta expedida por el Ministro de Relaciones Exteriores en nombre de un gobierno a petición del representante diplomático de un Estado extranjero, en relación a un asunto de su competencia, es obligatoria para el Estado al cual pertenece el Ministro.<sup>33</sup>**

Del mismo modo, la Corte Internacional de Justicia en el citado asunto de los Ensayos Nucleares, consideró que las declaraciones públicas formuladas por el Presidente de la República Francesa en la que expresaba *erga omnes* que su país se abstendría de continuar realizando ensayos nucleares en la atmósfera implicaban una obligación jurídica que Francia había asumido hacia la comunidad internacional.<sup>34</sup>

La Comisión de Derecho Internacional en su Noveno Informe de 2006 sobre los actos unilaterales de los Estados ha señalado que en virtud de sus funciones se considera que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores representan a un Estado y tienen capacidad para formular actos unilaterales en su nombre. En cambio, en dicho proyecto se sostiene que un acto unilateral formulado por una persona no autorizada o habilitada para ello puede ser declarado nulo, aunque también se deja a salvo la posibilidad de que el Estado del que emana dicho acto lo pueda confirmar en forma expresa o mediante actos concluyentes de los que se deduzca claramente dicha confirmación.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> CPJI. Serie A-B - N° 53. Pág. 7.

<sup>34</sup> ICJ Reports. 1974. Pág. 268.

<sup>35</sup> CDI. Docto, citado. Principios 4, 5 y 6.

### 65. *Principales actos jurídicos unilaterales*

Los principales actos jurídicos unilaterales son: a) el reconocimiento; b) la protesta; c) la notificación; d) la promesa, y e) la renuncia.

a) El reconocimiento es el acto mediante el cual un Estado constata y acepta la existencia de un hecho, una situación o una pretensión de relevancia internacional. El reconocimiento, por lo tanto, puede referirse a la existencia de hechos, como el nacimiento de un nuevo Estado o el cambio de gobierno; o a situaciones como la beligerancia o una guerra civil al interior de un Estado; o a las pretensiones de un Estado, como pueden ser sus derechos respecto a un determinado espacio geográfico o a su participación en una organización internacional.

b) La protesta es el acto mediante el cual un Estado manifiesta su voluntad de no admitir o reconocer la legitimidad de un hecho, una situación o una pretensión. La protesta, pues, constituye la contrapartida del reconocimiento. Su importancia reside en que si ella no se formula, podría, en ese caso, el silencio de un Estado interpretarse como aceptación o reconocimiento de un hecho, situación o pretensión. De ahí que los Estados frecuentemente utilicen la protesta para salvaguardar sus derechos.

c) La notificación es el acto mediante el cual un Estado comunica oficialmente a otro u otros Estados un hecho, una situación o una pretensión de la que puedan derivarse efectos jurídicos. La notificación, en principio, es facultativa; sin embargo, hay casos en que ella se exige con carácter obligatorio, como sucede con el artículo 7º del Tratado Antártico, que impone la obligación de notificar las expediciones que se envían al Continente Antártico.

d) La promesa es el acto mediante el cual un Estado queda vinculado con los términos con que ha formulado un determinado ofrecimiento. Su carácter de acto unilateral puede, a veces, ser difícil de precisar, ya que, por lo general, la promesa está destinada a que sea aceptada por otro Estado y de ese modo se convierte en un acto convencional; por eso, para que la promesa conserve su unilateralidad, se requiere que ella sea formulada en términos generales y no sea seguida de la aceptación de su beneficiario.

e) La renuncia es el acto mediante el cual un Estado abandona voluntariamente un derecho o una expectativa de dere-

cho, produciendo su extinción. Por la gravedad que ella revisite, la renuncia nunca se presume.

### 66. *La regla del estoppel*

Vinculado a los efectos que produce el acto unilateral se encuentra la regla, extraída del derecho anglosajón, del estoppel o preclusión, conocida también como la doctrina de los actos propios.

En términos generales, la regla del estoppel consiste en que un Estado no puede retractarse de un acto unilateral suyo cuando otro Estado ha adoptado una determinada medida basada en dicho acto. Aplicada a un litigio internacional, la regla del estoppel involucra la prohibición de "*venir? contra factum proprium*"; o, como lo ha expresado el juez panameño Ricardo J. Alfaro:

**Un Estado parte de un litigio internacional está obligado por sus anteriores actos o actividades cuando éstos contradicen sus pretensiones en el litigio.<sup>36</sup>**

La jurisprudencia internacional, especialmente en disputas sobre asuntos territoriales, ha admitido plenamente la regla del estoppel. En el asunto relativo a la sentencia arbitral del Rey de España, la Corte Internacional de Justicia adujo que Nicaragua -que impugnaba dicha sentencia respecto a Honduras- se encontraba obligada por una serie de actos posteriores a la sentencia de 1906, de los que cabía inferir una aceptación de ella.<sup>37</sup> Igualmente, en el caso del Templo de Préah Vihéar que disputaban Camboya y Tailandia, la Corte sostuvo que la conducta de Tailandia y de las anteriores autoridades de Siam con respecto a un mapa confeccionado en el año 1908 por las autoridades francesas a pedido de las siamesas y que atribuía el templo a la Indochina francesa, así como la falta de objeciones durante un largo período de tiempo, significaban reconocer de parte de Tailandia la titularidad de Francia y de su Estado sucesor, Camboya, sobre el templo.<sup>38</sup>

<sup>16</sup> Voto del juez R. Alfaro en el asunto del Templo de Préah Vihéar. ICJ Reports. 1962. Pág. 39.

<sup>37</sup> ICJ Reports. 1960. Págs. 207 y 213.  
ICJ Reporte. 1962. Págs. 22 y 23.



CAPÍTULO CUARTO  
DERECHO DE LOS TRATADOS

*Sección I*

ASPECTOS GENERALES  
DE LOS TRATADOS

*67. Fuentes del derecho de los tratados*

En la actualidad, el régimen de los tratados o acuerdos internacionales se rige principalmente por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en la capital de Austria el 23 de mayo de 1969.

Con anterioridad a la Convención de Viena, la reglamentación internacional de los tratados estaba entregada fundamentalmente al derecho consuetudinario. El único instrumento internacional de carácter convencional respecto de esta materia era la Convención de La Habana sobre Tratados de 1928, la que llegó a vincular tan sólo a un número limitado de Estados americanos.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aun antes de haber entrado internacionalmente en vigencia, cuando no se había completado el número de depósito de instrumentos de ratificación o adhesión por ella exigidos, al haber codificado las prácticas existentes, se la podía considerar como expresión del derecho consuetudinario vigente, tal como lo reconoció la Corte Internacional de Justicia, la que señaló:

**La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados puede ser considerada, en muchos aspectos, como una codificación del derecho consuetudinario existente.<sup>1</sup>**

Después de su entrada en vigor, el 27 de enero de 1980, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es exigible como derecho convencional aplicable entre los Estados que la han ratificado.

La Convención de Viena fue adoptada sobre la base de un anteproyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, tras dieciocho años de pacientes deliberaciones y negociaciones.<sup>2</sup> Concluida la labor de la Comisión de Derecho Internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó a una Conferencia de Plenipotenciarios, la que tuvo lugar los años 1968 y 1969 en la capital austríaca, en dos sucesivos periodos de sesiones.

La Convención de Viena consta de un preámbulo, ochenta y cinco artículos, divididos en ocho partes y un anexo relativo al procedimiento en caso de controversia por la terminación, suspensión o nulidad de un tratado. Las principales materias a que se refiere la Convención son: la introducción, en la que se precisa el alcance de la Convención y se definen los términos por ella empleados (parte I); la celebración y entrada en vigor de los tratados (parte II), en la que también se trata de las reservas y de la aplicación provisional de los tratados; la observancia, aplicación e interpretación de los tratados (parte III); la enmienda y modificación de los tratados (parte IV); la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados (parte V); disposiciones diversas (parte VI), en las que se trata de los casos de sucesión de Estados, responsabilidad de un Estado o ruptura de hostilidades

<sup>1</sup> Caso de la Competencia en materia de pesquerías entre el Reino Unido e Islandia, Reports. 1973, Pág. 21. Con anterioridad, la misma Corte, en su opinión consultiva sobre Namibia, había reconocido igual valor a la Convención de Viena de 1969. ICJ Reports. 1971. Pág. 46; y posteriormente, en otras sentencias, como la relativa al caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia, la Corte reiteró la aplicación de la Convención de Viena de 1969 como derecho consuetudinario. ICJ Reports. 1997, pars. 46 y 104.

<sup>2</sup> Fueron relatores especiales sucesivamente los juristas británicos James L. Brierly (1949-1952), Hersch L. Lauterpacht (1952-1954), Gerald Fitzmaurice (1955-1960) y Humphrey Waldock (1961-1966). Este último presentó la versión definitiva del anteproyecto y actuó como consultor especial ante la Conferencia de Viena.

o relaciones diplomáticas, y el caso de un Estado agresor; los depositarios, notificaciones, correcciones y registro (parte VII); y, por último, las disposiciones finales (parte VIII).

La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados constituye un texto bastante completo que recoge las prácticas de los Estados respecto de casi todos los asuntos relativos a los tratados; asimismo, cuando estas prácticas no son suficientes, desarrolla progresivamente las correspondientes normas.

Por otra parte, debe señalarse que la Convención de Viena de 1969 se refiere únicamente a los tratados celebrados entre Estados, por lo que ella no es aplicable a aquellos acuerdos internacionales en que sean partes otros sujetos de derecho internacional, diferentes a los Estados, como es el caso de los tratados celebrados por un Estado con una organización internacional o entre dos organizaciones internacionales. Ese vacío se llenó posteriormente, en 1986, con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.<sup>1</sup>

En general, la Convención de Viena de 1986 sigue la misma estructura de la de 1969 e incluso la gran mayoría de los textos de los artículos son idénticos, pues ambas convenciones tratan de los mismos asuntos y sólo los sujetos son distintos. De acuerdo al artículo 6 de la Convención de 1986, la capacidad de una organización internacional para celebrar tratados se rige por las reglas de esa organización.

En lo sucesivo, salvo indicación expresa en un sentido contrario, las referencias a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados deberán entenderse hechas a la Convención de Viena de 1969 relativa a los tratados celebrados entre Estados.

<sup>1</sup> En su 22<sup>o</sup> período de sesiones (1970) la Comisión de Derecho Internacional incluyó la "cuestión de los tratados concertados entre los Estados con las organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales". En 1971 designó como Relator Especial del tema al jurista francés Paul Reuter, quien entre 1962 y 1982 presentó once informes. Con posterioridad, la Asamblea General de Naciones Unidas convocó a una conferencia, la que tuvo lugar en Viena entre el 18 de febrero y el 20 de marzo de 1986, fecha esta última en la que la Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales fue adoptada.



## 68. *Concepto*

La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 2 letra a), define al tratado como:

**Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.**

A su vez, la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales define a un tratado como:

**Un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o ii) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.**

Sobre la base de los textos de ambas convenciones sobre el Derecho de los Tratados, puede definirse al tratado expresando que es un acuerdo de voluntades celebrado por escrito entre sujetos de derecho internacional y regido por el derecho internacional.

Del concepto que hemos formulado, puede desprenderse que los elementos esenciales de todo tratado son: a) que sea un acuerdo de voluntades; b) que todas las partes que intervienen en él sean sujetos de derecho internacional; c) que se celebre por escrito, y d) que sea regido por el derecho internacional.

El tratado supone primeramente un acuerdo o coincidencia de las voluntades de quienes lo celebran. De ahí que el consentimiento en obligarse por un tratado deba expresarse en forma libre.

En segundo término, para que se esté ante la presencia de un tratado y no de otro acto jurídico, todas las partes que intervienen en él deberán ser sujetos de derecho internacional, como Estados u organizaciones internacionales. De ese modo, por importantes que puedan ser en la práctica internacional contemporánea los acuerdos, por ejemplo, entre Estados y empresas transnacionales, técnicamente éstos no pueden ser considerados como tratados. Así, además, lo ha resuelto la Corte Internacional de Justicia, la que desestimó como tratado internacional un

convenio celebrado entre una empresa, la Anglo Iranian Oil Co., y el Gobierno de Irán.<sup>4</sup>

En tercer lugar, el tratado deberá constar por escrito. Es evidente que en el estado actual de las relaciones internacionales es prácticamente imposible que los tratados no se celebren por escrito, lo que explica que este elemento haya sido incorporado a la definición de tratado por la Comisión de Derecho Internacional por razones de "claridad y sencillez". No obstante, tanto la Convención de 1969 como la de 1986 salvaguardan el valor jurídico de los "acuerdos internacionales no celebrados por escrito" en el sentido que si bien no se encuentran regulados por dichas convenciones, bien pueden estar sometidos a otras normas del derecho internacional, independientemente de esas normas convencionales.

Por último, un elemento esencial es que el tratado esté regido por el derecho internacional. Esta exigencia tiene un doble significado. En primer lugar, el tratado debe contener disposiciones que sean propias del derecho internacional y no del derecho interno de un Estado. De ahí que no sea un tratado, por ejemplo, la compra que un Estado pueda hacer a otro de un inmueble para instalar su Embajada, acto jurídico este que se rige por las leyes internas del Estado en que se encuentra ubicado el inmueble. Pero también la exigencia de que el tratado se encuentre regido por el derecho internacional tiene un significado que surge de la historia de su establecimiento en la Conferencia de Viena de 1969. En esa ocasión, la delegación de Chile propuso en el primer período de sesiones, en 1968, no como una enmienda para ser sometida a votación, sino como un elemento para ser considerado por el Comité de Redacción, que el tratado deba estar destinado "a producir efectos jurídicos";<sup>6</sup> igualmente, Suiza en el segundo período de sesiones propuso que el tratado "crea derechos y obligaciones".<sup>7</sup> El Comité de Re-

<sup>4</sup> ICJ Reports. 1952. Pág. 112.

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Vol. II. 1966. Pág. 208.

<sup>6</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. 1ª Sesión, 1968. 4ª Reunión de la Comisión Plnaria. Par. 3. Docto. A/CONF.39/C.1/L.22. 1968.

<sup>7</sup> *Ibid.* 2ª Sesión. 8ª Reunión de la Comisión Plenaria. Par. 13. Docto. A/CONF.39/C.1.384. Corr.1.

dación, sin embargo, no consideró estas proposiciones, toda vez que, a su juicio "la expresión acuerdo... regido por el derecho internacional"... "ya abarca el elemento de la intención de crear derechos y obligaciones en derecho internacional"/ De ahí, pues, que el tratado al ser un acuerdo regido por el derecho internacional se distingue de las meras declaraciones de Jefes de Estado o de Ministros de Relaciones tan frecuentes en la práctica internacional, pero que si no están destinadas a producir efectos jurídicos vinculantes entre las partes, no pueden ser consideradas formalmente tratados.<sup>9</sup>

En ambas convenciones, la expresión tratado tiene una acepción genérica y designa a todo acuerdo internacional que reúna los elementos señalados anteriormente, cualquiera que sea su denominación. En la práctica internacional, sin embargo, se suelen atribuir ciertas expresiones para referirse a determinadas situaciones, tales como acuerdo, convención, convenio, arreglo, protocolo, carta, pacto, declaración, estatuto, *modus vivendi*, acta, compromiso, etc. Si una de las partes que intervienen en el tratado es la Santa Sede, el tratado se denomina concordato.

Igualmente, como señalan las dos convenciones de Viena, el tratado puede constar de dos o más instrumentos, en cuyo caso se le designa bajo el nombre de notas verbales o cambio de notas o canje de notas.

## 69. Clasificación

Existen diversas clasificaciones de los tratados. A pesar de que ninguna de ellas es enteramente precisa, se suelen mencionar las siguientes:

a) De acuerdo al número de partes que intervienen, los tratados pueden ser bilaterales o multilaterales, según si participan dos o varios Estados en su celebración. Debe observarse que esta

<sup>9</sup> Expresiones del Presidente del Comité de Redacción M. Yasseen. *Ibíd.* 105<sup>m</sup> Reunión de la Comisión Plenaria. Par. 22.

En realidad, el elemento de la intencionalidad de producir efectos jurídicos es una cuestión de hecho que tendría que ser resuelta en cada caso en que se presente una controversia al respecto, tal como lo resolvió la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la plataforma continental del Mar Egeo entre Grecia y Turquía. ICJ Reports. 1978. Ver especialmente pars. 95 y 96. Pág. 39.

clasificación no corresponde necesariamente a la que formula el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual se refiere a "las convenciones generales o particulares". Si bien es efectivo que **los** tratados bilaterales serán siempre particulares, no existe, en cambio, una coincidencia entre la multilateralidad y la generalidad, puesto que esta última más bien está referida tanto a la materia regulada por el tratado, la que deber ser de un interés general para la comunidad internacional, como en cuanto a la posibilidad de que pueden llegar a ser partes del tratado el mayor número posible de Estados. De ahí que existen tratados multilaterales, como los que establecieron la O I A N o la ALADI, que no son generales, sino particulares.

b) Según si permiten o no la incorporación de otros Estados, los tratados pueden ser abiertos o cerrados. Los tratados abiertos son aquellos que admiten la adhesión de otros Estados, ya sea en una forma amplia, abierta a todo Estado, o en forma restringida a determinados Estados, generalmente pertenecientes a una misma región geográfica. Tratados cerrados, en cambio, son aquellos que se celebran exclusivamente entre los contratantes originarios y que no admiten la adhesión de otros Estados.

c) Atendiendo a la función jurídica que desempeñan los tratados, éstos pueden clasificarse en tratados contratos y en tratados leyes. Los primeros son aquellos que establecen prestaciones recíprocas a cargo de las partes contratantes, como es el caso de los tratados de complementación económica o de cesión territorial. Los tratados leyes, en cambio, son los que establecen una norma objetiva de derecho válida para todas las partes del tratado. La Carta de las Naciones Unidas constituye un típico ejemplo de estos tratados.

d) Por último, en cuanto al procedimiento para su conclusión, puede haber tratados propiamente tales o formales y acuerdos en forma simplificada, que son aquellos que se concluyen mediante un procedimiento abreviado, generalmente consistente en la falta de ratificación.

## 70. *Capacidad para celebrar tratados*

El *jus tractatum*, esto es, la capacidad para celebrar tratados, es inherente a todo Estado independiente. Igualmente tienen esa

capacidad las otras personas de derecho internacional, toda vez que uno de los elementos propios de la subjetividad internacional consiste precisamente en la capacidad para celebrar acuerdos internacionales. De ahí que las organizaciones intergubernamentales, la Santa Sede, y, en ciertos casos, los grupos insurgentes reconocidos como beligerantes, posean también dicha capacidad.

Se ha suscitado el problema de si las provincias, cantones o Estados que forman parte de un Estado compuesto o Federal pueden tener *jus tractatum*. La Convención de Viena nada señala al respecto, ya que una norma que figuraba en el anteproyecto presentado por la Comisión de Derecho Internacional, según la cual los miembros de una Unión Federal tienen capacidad para celebrar tratados si ésta es admitida por la Constitución Federal, fue suprimida a raíz de una indicación presentada por Canadá. Sin embargo, la norma que había propuesto la Comisión de Derecho Internacional parece tener validez internacional, ya que no se divisan inconvenientes para que un miembro de una Unión Federal pueda celebrar un tratado si es autorizado para ello por la Constitución Federal, dentro, por cierto, de los límites que esa Constitución señala. De hecho, así lo establecen para ciertos casos algunas Constituciones de Estados federales.<sup>10</sup>

## *Sección II*

### CELEBRACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS

#### *71. Procedimientos de conclusión de los tratados*

Si bien el procedimiento para celebrar un tratado se encuentra revestido de algún grado de formalidad, el derecho inter-

" Así lo contemplan la Constitución de la República Federal de Alemania (Aii. 32, párrafo 3) y la Constitución de Suiza (Art. 9), la que confiere a cada Cantón el derecho de concluir tratados con otros Estados en materias relativas a "economía política, relaciones de vecindad y policía". Por su parte, el artículo 124 de la Constitución de la República de Argentina de 1994 expresa que las provincias "podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación".

nacional no ha previsto un procedimiento único al cual los Estados rígidamente deben someterse para celebrar un tratado. De ahí que la Convención de Viena, en su artículo 11, admita que un Estado pueda manifestar su consentimiento para obligarse por un tratado en cualquier forma convenida en la que conste ese consentimiento, como puede ser mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión.

Con todo, en la actual práctica internacional, sobre todo la seguida por los países latinoamericanos, los procedimientos para la conclusión de un tratado pueden fundamentalmente reducirse a dos. El primero, al que suele denominársele tradicional o clásico, está constituido por el cumplimiento de una serie de etapas, las que incluyen, en todo caso, la ratificación y el canje o depósito de los instrumentos de ratificación. Un segundo procedimiento, consistente básicamente en la supresión de algunas de esas etapas, es el llamado procedimiento simplificado o abreviado.

Cabe también señalar que ciertos tratados multilaterales pueden presentar algunas modalidades o particularidades que tienden a disminuir su carácter contractual, acentuando su naturaleza legislativa. Es lo que sucede, por ejemplo, con respecto a la institución de la adhesión, la que permite la incorporación al tratado de Estados que no han participado en su negociación; o cuando la elaboración del texto del tratado se lleva a cabo en ciertas conferencias o se adopta por una organización internacional.

Por último, debe observarse que esta materia relativa a la conclusión de los tratados se encuentra regida tanto por el derecho internacional como por el derecho constitucional del correspondiente Estado.

## *72. El procedimiento tradicional o clásico*

Este procedimiento está constituido por el cumplimiento de las siguientes etapas, necesarias para que el tratado quede perfeccionado; a) negociación y adopción del texto del tratado; b) firma; c) ratificación, y d) canje o depósito de los instrumentos de ratificación.

## a) La negociación y adopción del texto del tratado

Mediante la negociación se realizan los trámites previos necesarios para convenir el texto del tratado.

Si se trata de un tratado bilateral ordinariamente la negociación se lleva a cabo en el Ministerio de Relaciones Exteriores de un país mediante conversaciones entre el Ministro y sus asesores o los funcionarios designados por aquél, por una parte, y el agente diplomático del país acreditado ante ese gobierno o una misión enviada especialmente a negociarlo, por la otra parte. Si el tratado es multilateral, las negociaciones generalmente se realizan en una conferencia internacional convocada especialmente con ese propósito.

Para negociar un tratado en representación de un Estado se requiere ser plenipotenciario, esto es, estar investido de *plenos poderes*, a los que pueden definírseles, de acuerdo al artículo 2º letra c) de la Convención de Viena, como:

**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.**

Los plenos poderes, pues, son emitidos por la autoridad interna competente, la que suele ser el Jefe del Estado. Sin embargo, la Convención de Viena, en su artículo 7, recogiendo una práctica generalizada, ha señalado que en virtud de sus funciones y sin necesidad de plenos poderes, pueden representar a un Estado en la celebración de tratados, los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores. Los jefes de una misión diplomática tampoco requieren de plenos poderes para la adopción del texto de un tratado con el Estado ante el cual se encuentran acreditados. Tampoco requieren de plenos poderes los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional para la adopción de un tratado en el marco de esa organización.

Una vez finalizadas las negociaciones, los negociadores proceden a adoptar o establecer el texto del tratado.

Ordinariamente, el tratado consta de un preámbulo, en el que se consignan los motivos que llevaron a los Estados a cele-

brar el tratado; una parte dispositiva, redactada en artículos, en la que se contiene la materia propia sobre la que versa el tratado; y cláusulas finales relativas a la posibilidad de adhesión o de reservas, a la ratificación y entrada en vigor del tratado, etc.

#### b) La firma del tratado

Adoptado el texto del tratado, se procede por parte de los negociadores a su firma, con lo cual se le confiere un carácter auténtico al texto del tratado, aunque también la autenticación puede convenirse mediante otro procedimiento, como por ejemplo la firma *ad referendum* o la rúbrica puestas por los negociadores en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en que figure dicho texto.

Por regla general, la firma de un tratado no engendra ni derechos ni obligaciones a las partes, pues se requiere el cumplimiento de las otras etapas previstas para que el tratado adquiera fuerza obligatoria.

Sin embargo, existen algunos casos en los que la sola firma es suficiente para producir efectos jurídicos. Desde luego, si el propio tratado señala que éste entrará en vigencia a contar de su firma y ello es admitido por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados contratantes, no se requiere el cumplimiento de las otras etapas para que el tratado tenga fuerza obligatoria. También ciertas cláusulas del tratado, como las relativas a las funciones de los depositarios, producen efectos inmediatos, a contar de la sola firma. Por último, aun cuando el tratado no haya entrado en vigencia por faltar el cumplimiento de las otras etapas previstas, el Estado que ha firmado el tratado tiene la obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado antes de que éste entre en vigencia, como sería si desarrollase una conducta incompatible con lo firmado (Art. 18 de la Convención de Viena).

#### c) La ratificación

Mediante la ratificación, el Estado hace constar en el ámbito internacional su voluntad de obligarse por el tratado.

Es el respectivo derecho constitucional el que determina cuál es el órgano interno llamado a efectuar la ratificación. Generalmente, es a los Jefes de Estado a quienes el correspondiente derecho interno les confía la función de ratificar el tratado. En los regímenes democráticos representativos el Jefe de Estado ordi-



nanamente requiere la previa aprobación del Parlamento para que pueda proceder a la ratificación de ciertos tratados.

En la época de las monarquías absolutas, la exigencia de la ratificación obedecía a que el monarca podía verificar si sus representantes en la negociación y firma del tratado se habían ajustado a los poderes que se les habían otorgado. Si ellos no se habían excedido, el monarca, entonces procedía a ratificar el tratado firmado.

Actualmente el trámite de la ratificación obedece más bien a razones prácticas derivadas fundamentalmente de la conveniencia de que los Jefes de Estados y los Parlamentos tengan una oportunidad para pronunciarse respecto a un asunto que puede ser de gran importancia para el Estado.

La ratificación tiene un carácter discrecional. En consecuencia, un Estado que ha firmado un tratado no está obligado a ratificarlo.

#### d) Canje o depósito de los instrumentos de ratificación

El tratado no queda perfeccionado con su ratificación. Es necesario que la otra u otras partes conozcan que se ha procedido a efectuarla. De ahí que sea necesario que el instrumento de ratificación sea puesto en conocimiento de las demás partes contratantes.

En los tratados bilaterales tal propósito se logra mediante un intercambio o canje de los instrumentos en que consta la ratificación. A partir de este canje el tratado adquiere vigencia internacional.

En los tratados multilaterales, donde el canje de los instrumentos de ratificación sería excesivamente engorroso, se procede a depositar cada uno de los instrumentos de ratificación ante un depositario que se designa en el propio tratado. Este depositario generalmente es el Gobierno de una de las partes contratantes o la Secretaría General de una organización internacional bajo cuyos auspicios se ha negociado el tratado.

Salvo que el tratado multilateral exija un número determinado de depósitos de instrumentos de ratificación para que pueda internacionalmente entrar en vigencia, el tratado adquiere fuerza obligatoria para cada una de las partes a medida que éstas vayan depositando su respectivo instrumento de ratificación.

### 73. *Los procedimientos simplificados o abreviados*

La práctica internacional contemporánea tiende a abreviar los trámites de conclusión de un tratado. Así, el procedimiento de ratificación, precedido de una aprobación parlamentaria, no es ya exigido por las Constituciones más modernas, sino para determinado tipo de tratados. De ese modo, en la actualidad se han hecho más frecuentes aquellos tratados que se concluyen en forma simplificada, omitiéndose etapas del procedimiento clásico, como la ratificación y el canje de los instrumentos de ratificación.

Los procedimientos simplificados más usuales son dos, según si el tratado consta de un instrumento o de dos.

El primero de ellos consiste en limitar el procedimiento clásico a sus dos primeras etapas, es decir, a la negociación y a la firma, con lo cual el tratado pasa a tener fuerza obligatoria a contar de su sola firma.

Un segundo procedimiento simplificado consiste en el intercambio de los textos que constituyen el tratado, quedando el tratado perfeccionado con un mero cambio de notas. En este caso, el tratado consta de dos instrumentos diferentes, conservando cada Estado el instrumento que ha firmado el otro.

La posibilidad de emplear estos procedimientos abreviados depende más que del contenido o de la naturaleza del tratado, de las exigencias constitucionales internas de los Estados que los celebran.

### 74. *La adhesión*

La adhesión o accesión es el acto jurídico por el cual un Estado que no es parte de un tratado se incorpora a él mediante una declaración formulada de conformidad con una cláusula del mencionado tratado que lo autoriza para hacerlo. De ese modo, el Estado adherente se coloca bajo el imperio de las disposiciones del tratado con iguales títulos que las partes originarias.

La adhesión se efectúa mediante un instrumento formal en el que el Estado adherente manifiesta al depositario del tratado su voluntad de llegar a ser parte del tratado. En este caso, el depositario deberá notificar la adhesión a los otros contratantes. También la adhesión puede llevarse a cabo mediante un trata-

do concertado entre el Estado adherente y los contratantes originarios. Este último procedimiento es, sin embargo, muy excepcional en la práctica internacional contemporánea.

Para que pueda ser procedente la adhesión, ella debe estar autorizada por el propio tratado o, al menos, las partes originarias en otro acuerdo posterior deberán autorizar la posibilidad de que Estados que no son partes del tratado puedan adherirse a él.

### ***75. La adopción de tratados en conferencias internacionales***

La adopción del texto de un tratado multilateral se realiza normalmente dentro del seno de una conferencia internacional que ha sido convocada con ese preciso propósito. En tal caso, no se exige la unanimidad de los participantes para que pueda adoptarse el texto del tratado, sino un quorum determinado por el reglamento de la conferencia. Usualmente ese quorum es el de los dos tercios de los Estados presentes y votantes, que es la norma que contempla el Reglamento de la Asamblea General de las Naciones Unidas y que recogió la Convención de Viena en su artículo 9, párrafo 2.

Una vez que la conferencia haya adoptado el texto del tratado, éste puede quedar abierto, hasta cierta fecha, a la firma o a la adhesión de los Estados que el propio tratado designe.

La autenticación del texto del tratado se efectúa de acuerdo al procedimiento que la propia conferencia señale. Generalmente, se establece que el texto del tratado se considera auténtico y definitivo mediante la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes al texto del tratado, o bien mediante su incorporación al Acta Final de la Conferencia (artículo 10 de la Convención de Viena).

### ***76. La adopción de tratados por organizaciones internacionales***

Algunas organizaciones -u órganos de éstas- como la Asamblea General de las Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos, están facultadas para elaborar y adoptar el texto de ciertos tratados. Así, por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1989 la "Convención sobre los Derechos del Niño", y la Asamblea General de la OEA, reunida

en Barbados en 2002, adoptó la "Convención Interamericana contra el terrorismo".

Una vez que el texto del tratado es aprobado por la organización o el órgano correspondiente, el tratado queda adoptado sin necesidad de que los representantes lo firmen inmediatamente, ya que, en estos casos, el tratado queda abierto a la posterior firma o adhesión de aquellos Estados que el texto del tratado establece.

Una modalidad muy especial de la adopción de tratados dentro del seno de una organización internacional la constituyen los tratados que son adoptados en la Conferencia Internacional del Trabajo, que es el órgano plenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y que tiene competencia para elaborar y adoptar convenios en materias laborales.

La adopción de estos "Convenios Internacionales del Trabajo" se efectúa por la aprobación de los dos tercios de los delegados a la Conferencia, en la que cada Estado se encuentra representado por cuatro delegados, de los cuales dos representan al Gobierno, uno a los trabajadores y otro a los empleadores. Aprobado el Convenio, éste no requiere la firma de los delegados a la Conferencia, su autenticación se acredita por las firmas del Presidente de la Conferencia y del Director General de la OIT.

Adoptado un convenio en la forma señalada, los Estados miembros de la OIT tienen la obligación de someter dicho convenio a la aprobación de la correspondiente autoridad estatal dentro del plazo de un año. Una vez aprobado el (Convenio, éste debe ser posteriormente ratificado.

### **77. *Registro y publicidad del tratado***

El artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas establece que los tratados deben ser registrados en la Secretaría General de dicha organización y publicados por ésta. Señala dicha disposición:

- 1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta carta serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible.**

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

La disposición transcrita, al igual que una similar que existía bajo el Pacto de la Sociedad de las Naciones, obedece a la conveniencia de conferirle publicidad a los tratados y evitar así que ellos puedan ser secretos. Para tal propósito, la Secretaría General de las Naciones Unidas publica en una colección todos los tratados que los Estados celebran (Recueil des Traités - Treaty Series).

La sanción por la falta de registro es la inoponibilidad relativa del tratado, lo que significa que el Estado que no ha registrado el tratado no puede invocarlo ante órgano alguno de las Naciones Unidas. Sin embargo, la Carta no ha establecido un plazo para efectuar el registro, con lo cual un Estado podría hacerlo sólo al momento en que tuviese interés en invocarlo ante algún órgano de Naciones Unidas. En todo caso, la falta de registro del tratado no afecta a su validez, ya que el tratado ha quedado perfeccionado con el cumplimiento de los requisitos estudiados anteriormente.

### ***78. Entrada en vigor de los tratados***

Como señala el artículo 24 de la Convención de Viena, el tratado entra en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

Ordinariamente, el tratado bilateral entra en vigor una vez que se ha procedido al canje de los instrumentos de ratificación. Si se ha empleado un procedimiento abreviado, el tratado puede entrar en vigencia a partir de su firma o del intercambio de los instrumentos en que consta el tratado (cambio de notas).

Por su parte, el tratado multilateral generalmente entra en vigor para cada parte a medida que se van depositando los instrumentos de ratificación o adhesión, a menos que el tratado establezca que éste surtirá sus efectos a contar de su firma. Sin embargo, en los tratados multilaterales es frecuente también que se condicione su entrada en vigencia a que un cierto número de Estados hayan manifestado su consentimiento en obligarse

por el tratado mediante el depósito de sus respectivos instrumentos de ratificación o adhesión. Por ejemplo, la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispuso que ella entraría en vigor a partir del trigésimo día de la fecha en que se haya depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión y que, para cada Estado que ratificara o adhiriera con posterioridad a tal fecha, la Convención entraría en vigencia treinta días después de que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión (art. 84 de la Convención de Viena).

### *79. Aplicación provisional de los tratados*

Antes de que un tratado definitivamente entre en vigor, los Estados pueden acordar su aplicación provisional, ya sea respecto de la totalidad del tratado o de una o más de sus partes. Generalmente dicha aplicación provisional se utiliza en caso de urgencia en espera de la posterior ratificación y mientras ésta se otorgue.

El artículo 25 de la Convención de Viena ha previsto esta posibilidad al señalar que

**1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en rigor**

- a) si el propio tratado así lo dispone; o
- b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

**2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.**

Si bien, pues, el derecho internacional contemporáneo acepta plenamente que un tratado pueda tener una aplicación provisional y obligar a los contratantes en los mismos términos que cualquier otro tratado durante esa vigencia provisional, la posibilidad de aplicar este procedimiento dependerá fundamentalmente de que las exigencias constitucionales internas de los Estados partes del tratado lo permitan.

### *Sección III*

## LA CONCLUSIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE CHILE

### 80. *Aspectos generales relativos a la conclusión de los tratados en Chile*

La Constitución Política de 1980 señala en su artículo 32 que

**Son atribuciones especiales del Presidente de la República:**

**15°) Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° I°. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetivos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere.**

Por su parte, el artículo 54, tal como fuera modificado por la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, incorporada al texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de Chile, publicada en el Diario Oficial del 22 de septiembre de 2005, dispone:

**Son atribuciones del Congreso:**

**1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quorum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.**

**El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.**

**El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.**

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

los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva.

De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64.

Las normas transcritas, concordantes con las propias del derecho internacional, establecen, al igual como lo había dispuesto la Constitución Política de 1925, que corresponde al Presidente de la República participar en las etapas de la negociación, conclusión, firma y ratificación del tratado, funciones que, por lo general, realiza a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.





### 81. *La aprobación legislativa*

Antes de que el Presidente de la República proceda a la ratificación de un tratado, por regla general, debe requerir la aprobación del Congreso Nacional, la cual se somete en lo pertinente a los trámites de una ley. El Congreso carece de facultades para introducir modificaciones al tratado. Debe, pues, aprobarlo o rechazarlo.

La reforma constitucional de 2005 ha exigido para la aprobación de los tratados los quorum que correspondan a la aprobación de las leyes, los que pueden ser, según corresponda, los de simple mayoría, mayoría absoluta, las tres quintas partes"de los diputados y senadores en ejercicio respecto de aquellos tratados que interpreten normas constitucionales, o de las cuatro séptimas partes de éstos si el tratado incide en materias a las que la Constitución confiere carácter de ley orgánica constitucional.

No todos los tratados internacionales requieren ser aprobados por el Congreso Nacional. La Constitución, después de su reforma de 2005, establece dos excepciones, que permiten que el tratado pueda entrar en vigor sin necesidad de que sea aprobado por el Congreso. Estas excepciones se refieren a:

a) Los acuerdos que se celebren para el cumplimiento de un tratado en vigor, a menos de que se trate de materias propias de ley, y

b) Los tratados celebrados por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria.

La primera de esas excepciones ya estaba contemplada en la Constitución de 1980, pero también la excepción relativa a los tratados que inciden en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República era comúnmente admitida en la práctica incluso bajo la vigencia de la Constitución de 1925, la cual no contemplaba ninguna excepción a la norma de que los tratados requerían aprobación legislativa."

En lo que concierne a los tratados que se celebren para dar cumplimiento a un tratado debe existir un tratado marco en vi-

<sup>11</sup> Ver, por ejemplo, sobre este asunto el informe núm. 13 de 1966 del entonces asesor jurídico de la Cancillería, Edmundo Vargas Carreño. Dicho informe se encuentra parcialmente reproducido en la obra de H. Llanos *Teoría y práctica del derecho internacional*. Tomo I. Santiago. 2005, Págs. 179-181.

gor previamente aprobado por el Congreso Nacional; además, el nuevo tratado debe tener el carácter de ejecución del primero; y no versar sobre materias propias de una ley.

Una buena parte de estos acuerdos se refieren a tratados de complementación económica concluidos sobre la base de un tratado general previo. Así, Chile, al amparo del Tratado de Montevideo de 1980, que estableció la ALADI y tuvo artículo 11 contiene una autorización para suscribir ese tipo de acuerdos en el contexto del proceso de integración que establece, ha suscrito, sin necesidad de una aprobación legislativa, acuerdos de complementación económica con los siguientes Estados miembros de la ALADI: México en 1992, Argentina en 1992, Bolivia en 1993, Venezuela en 1993, Colombia en 1994 y Ecuador en 1995.

También este tipo de acuerdos adoptados sin necesidad de una aprobación del Congreso Nacional han versado sobre otras materias, como la solución pacífica de controversias sobre la base de un previo acuerdo general sobre la materia que haya contado con la aprobación del Congreso Nacional. Ello permitió en 1970 utilizar el Tratado General de Arbitraje de 1902 con Argentina para, sin recurrir a una nueva autorización del Parlamento, someter a una instancia arbitral determinada de conformidad con ese tratado de 1902, el asunto del Beagle. También el litigio sobre la Laguna del Desierto, entre Argentina y Chile, fue sometido, de acuerdo con el Tratado de Paz y Amistad de 1984 de esos dos Estados, a un arbitraje, cuyos árbitros fueron designados por ambas partes.

En cuanto a los tratados cuya materia está comprendida dentro de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, la falta de necesidad de que éstos sean aprobados por el Congreso Nacional obedece a que éstos son expresión de las funciones de gobernar y administrar el Estado y de conducir las relaciones internacionales que la Constitución reconoce al Presidente de la República (artículos 24 y 32). Si el Presidente de la República, en uso de esas prerrogativas constitucionales, puede en materias que no son propias de una ley, poner en ejecución determinados actos internos, sin recabar una autorización legislativa, no se entendería que este tipo de actos no los pudiera realizar también a través de un tratado, sobre todo que

la Constitución le ha conferido a él las facultades de conducir las relaciones internacionales.

Son muchos los tratados internacionales que en la práctica chilena se han perfeccionado mediante acuerdos simplificados, sin necesidad de una aprobación del Congreso Nacional. Entre otros cabe recordar los acuerdos de supresión de visa para ingresar al territorio nacional, los relativos a valijas diplomáticas, supresión de la legalización en la tramitación de exhortos, cooperación cultural y artística, intercambio de profesores universitarios, acuerdos fitosanitarios, de policía fronteriza, autorización para que los cónyuges de diplomáticos puedan trabajar en el país, aceptación recíproca de licencias para conducir vehículos, etc.

La Constitución también, en el último párrafo del artículo 54 número 1, ha dispuesto que en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, el Congreso puede autorizar al Presidente de la República a fin de que durante la vigencia de aquél dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64 de la Constitución; es decir, esa autorización no puede extenderse a ciertas materias como la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones o el plebiscito, las materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quorum calificado.

## 82. *Otras facultades del Congreso Nacional en materia de tratados*

La reforma constitucional de 2005, aprobada por consenso, confirió al Congreso Nacional otras funciones en lo que respecta a los tratados que no se encontraban en la Constitución de 1925 ni en el texto constitucional de 1980. Esas nuevas funciones no obedecen necesariamente a disminuir la participación del Poder Ejecutivo en la celebración y vigencia de los tratados, sino, más bien, tienden a destacar el carácter de política de Estado que tienen las relaciones internacionales al hacer participar al Congreso Nacional en importantes asuntos relativos a los tratados.

De acuerdo a diversos párrafos que quedaron incorporados al artículo 54, el Congreso tiene la posibilidad de sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas (inciso ter-

cero); manifestar su opinión respecto a la denuncia o el retiro de un tratado que el Presidente de la República efectúe en el caso que los tratados hayan sido aprobados por el Congreso (inciso sexto); v manifestar su acuerdo respecto del retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República cuando el Congreso Nacional tuvo en consideración esa reforma al momento de aprobar el tratado (inciso octavo).

### **83. Vigencia interna de los tratados**

La vigencia interna de los tratados no se encuentra establecida en la Constitución Política, sino ella surge de una práctica, no siempre uniforme, y de una interpretación legal efectuada por el Poder Ejecutivo a cuyo cargo se encuentra la promulgación y publicación del tratado, la cual ha sido aceptada por los tribunales de justicia y la Contraloría General de la República.

Una vez aprobado el tratado por el Congreso Nacional y ratificado por el Presidente de la República, se procede al canje o depósito de los correspondientes instrumentos de ratificación. Luego, el tratado debe ser promulgado por decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores y tanto el texto de ese decreto supremo como el texto del tratado, publicados en el Diario Oficial.

También, de acuerdo a una práctica seguida desde hace algunos años, los acuerdos en forma simplificada, que no han requerido aprobación legislativa, deben también ser promulgados por decreto supremo y publicados en el Diario Oficial, una vez firmados por la correspondiente autoridad del Poder Ejecutivo (Ministro de Relaciones Exteriores, agente diplomático o plenipotenciario).

La promulgación y publicación de los tratados se ha fundamentado en la asimilación que se ha venido haciendo del tratado a la ley, no obstante que en la Constitución esa asimilación lo ha sido tan sólo para los efectos de la tramitación.

De acuerdo a esa asimilación, a los efectos de la vigencia interna de los tratados, resultan aplicables los artículos 6° y 7° del Código Civil en cuanto a que esas normas disponen la obligatoriedad de la ley una vez que se ha efectuado su promulgación y publicación en el Diario Oficial.

El tratado, pues, rige en Chile como parte del ordenamiento jurídico interno desde la fecha en que el tratado ha sido pu-

blicado en el Diario Oficial. Esa interpretación legal, que es la prevaleciente y la que han seguido los tribunales, no deja de tener graves inconvenientes cuando el tratado ha entrado en vigencia internacionalmente, pero no ha sido promulgado internamente ni publicado en el Diario Oficial, lo cual importa dejar de cumplir una obligación internacional, afectando de ese modo la seguridad jurídica y hasta el honor nacional. El caso más grave a ese respecto lo constituyó la falta de publicación en el Diario Oficial del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, no obstante que éste después de haber sido aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Presidente de la República y de haberse depositado su instrumento de ratificación en la Secretaría General de Naciones Unidas el 10 de febrero de 1972 y de haberse promulgado por decreto supremo el 30 de noviembre de 1976, solamente fue publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

Es posible que la falta inicial de promulgación y publicación en el Diario Oficial, después de haberse depositado el instrumento de ratificación, se haya debido a la práctica existente en aquel entonces, errónea en mi juicio, de que para que el tratado pudiese ser publicado en el Diario Oficial era necesario esperar que éste hubiese entrado primero internacionalmente en vigor al haberse completado el número de instrumentos de ratificación o de adhesión requeridos, lo que no había acontecido entonces con respecto a dicho pacto internacional.

La práctica {no hay una norma constitucional o legal expresa) de que sea necesario esperar que el tratado haya entrado internacionalmente en vigor para que pueda entrar en vigencia interna, puede, en algunos casos, resultar conveniente respecto de aquellos tratados que establecen obligaciones recíprocas entre las partes; pero no se advierten ventajas de esa postergación en lo que concierne a tratados que establecen regímenes objetivos de derecho o, como sucede con los tratados de derechos humanos, cuando establecen principalmente obligaciones del Estado que no están dirigidas a otros Estados, sino a las personas sometidas a su jurisdicción.

*Sección IV*

LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

84. *Concepto y junciones de las reservas*

Se entiende por reserva, según el artículo 2 d) de la Convención de Viena de 1969:

**Una declaración unilateral, cualquiera que sea sti enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.**

De acuerdo al concepto señalado, mediante la reserva un Estado excluye a su respecto ciertas disposiciones del tratado o precisa el sentido con que entiende le deberán ser aplicadas algunas de sus cláusulas.

La reserva puede hacerse valer en cualquier momento en que el Estado manifieste su consentimiento de llegar a ser parte del tratado, esto es, al firmar, ratificar o adherir al tratado. En el primer caso, existe la ventaja de que el resto de las partes contratantes pueden conocer las condiciones bajo las cuales un Estado suscribe el tratado.

También, una vez formulada la reserva, ésta puede ser retirada en cualquier momento, sin que se requiera el consentimiento de las otras partes contratantes.

La finalidad práctica de las reservas es lograr una mayor difusión de los tratados multilaterales, haciendo posible que puedan llegar a ser parte de éstos el mayor número posible de Estados. En efecto, puede suceder que un Estado esté de acuerdo con lo sustancial del tratado, pero que discrepe respecto de algunos aspectos secundarios, o bien puede suceder que en virtud de su derecho interno no pueda aceptar ciertas cláusulas no esenciales del tratado. Si no existiese la institución de la reserva, el Estado no podría participar en el tratado. De ese modo la institución de la reserva contribuye a lograr una mayor participación de los Estados en los tratados multilaterales.

### 85. *Procedencia de las reservas*

Aunque la Convención de Viena no lo indique, parece evidente que las reservas sólo proceden en los tratados multilaterales, ya que la que pueda formularse a un tratado bilateral alteraría la necesaria unidad de su texto y equivaldría a una nueva oferta de tratado.

En cambio, por regla general, las reservas son procedentes en los tratados multilaterales. Sin embargo, el artículo 19 de la Convención de Viena señala ciertos casos en los cuales no procede la formulación de reservas. Estos son: a) cuando la reserva está prohibida por el tratado. Así, por ejemplo, el artículo 809 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 dispone que "no se podrán formular reservas ni excepciones a esta Convención, salvo las expresamente autorizadas"; b) cuando el tratado dispone que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva de que se trate, y c) cuando la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado, ya que la reserva debe versar sobre aspectos que no son esenciales al tratado.

### 86. *Aceptación de las reservas*

Bajo la Sociedad de las Naciones y durante los primeros años de las Naciones Unidas se consideraba que la reserva para que fuese válida debía ser aceptada por todos los Estados partes del tratado. Si sólo uno de los contratantes no aceptaba la reserva, el reservante no podía llegar a ser parte del tratado, a menos que retirase su reserva.

Este sistema excesivamente rígido de la unanimidad en la aceptación de las reservas comenzó a ser modificado en la práctica internacional a raíz de la opinión consultiva emitida el año 1951 por la Corte Internacional de Justicia sobre las Reservas a la Convención de Genocidio. Sostuvo en esa oportunidad la Corte que

**Si un Estado ha formulado y mantenido una reserva la cual ha sido objetada por una o más de las partes en la Convención, pero no por otras, puede ser considerado como parte en la Convención siempre que la reserva sea compatible con el objeto y fin de la Convención.<sup>1\*</sup>**

<sup>11</sup> ICJ Reports. 1951. Pág. 29.

La Convención de Viena, inspirada en la opinión consultiva de la Corte, ha suprimido la regla de la aceptación unánime, salvo "cuando el número reducido de Estados negociadores y del objeto y fin del tratado se desprende que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado". En ese caso, según el artículo 20.2, la reserva exigirá la aceptación de todas las partes.

### 87. *Efectos de las reservas*

Si un Estado formula una reserva, las otras partes del tratado pueden asumir alguna de estas tres actitudes: a) aceptarla; b) objetarla, y c) no expresar nada.

Si un Estado acepta la reserva formulada por otro Estado constituye al Estado autor de la reserva en parte del tratado con respecto al Estado que ha aceptado la reserva. En este caso, se excluyen o modifican las disposiciones del tratado objeto de la reserva. En otras palabras, la relación jurídica entre el reservante y el aceptante versará únicamente respecto de aquellas disposiciones del tratado que no han sido reservadas.

Con respecto a la objeción a una reserva, el solo rechazo no basta. Es necesario además que el Estado que formula la objeción manifieste inequívocamente su intención de no querer llegar a ser parte del tratado con respecto al Estado autor de la reserva. En tal caso, no existirá ninguna vinculación respecto a la totalidad del tratado entre el reservante y el Estado que, en esos términos, ha objetado la reserva.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Respecto a la objeción a una reserva, el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, señalaba: "la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que ha hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste la intención contraria". Sin embargo, el Plenario de la Conferencia aprobó una enmienda presentada por la Unión Soviética, invirtiendo esa regla, con lo cual el texto adoptado por la Convención en su artículo 20, N° 4 b), quedó redactado de la siguiente manera: "la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria". De ese modo, la simple objeción, en el hecho, produce el mismo efecto que la aceptación a la reserva.



Finalmente, la Convención de Viena en su artículo 20,5 ha señalado que si un Estado nada señala dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva, se entiende que la acepta, produciéndose, por lo tanto, los mismos efectos que con relación a la aceptación,

### *Sección V*

## APLICACIÓN Y EFECTOS DE LOS TRATADOS

### **88. *Aplicación de los tratados en el tiempo y el espacio***

Por regla general, los tratados se aplican respecto a actos o hechos posteriores a la fecha de su entrada en vigor y su validez espacial se encuentra limitada al territorio de cada una de las partes del tratado.

El principio de la irretroactividad de los tratados se encuentra consagrado en el artículo 28 de la Convención de Viena, en el que se señala:

**Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.**

Por su parte, el artículo 29 de la Convención ha dispuesto en relación al ámbito territorial del tratado que

**Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.**

El tratado, pues, se aplica a la totalidad del territorio estatal, existiendo, por lo tanto, una exacta coincidencia entre la extensión territorial del Estado y el ámbito de aplicación del tratado. Sin embargo, en ciertos tratados se suelen introducir algunas cláusulas limitando la aplicación del tratado a sólo una parte del territorio del Estado, como ocurría con las llamadas "cláusulas coloniales", según las cuales el tratado concluido por un Estado no se extendía de pleno derecho a sus colonias o territorios dependientes de ultramar.

### 89. *Efectos de los tratados para las partes*

Una vez regularmente celebrado el tratado, éste pasa a ser obligatorio para los Estados contratantes, quienes deben cumplirlo de buena fe. Esta fundamental norma del derecho internacional, denominada *pacta sunt servanda*, ha sido recogida por el artículo 26 de la Convención de Viena en los siguientes términos:

**Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.**

### 90. *Efectos de los tratados para terceros Estados*

En principio, el tratado confiere derechos o impone obligaciones solamente a los Estados que son partes de él y no a terceros Estados. Esta regla del *pacta tertus -res inter alios acta— nec nocent nec prosut*, corolario, a su vez de los principios de la soberanía e independencia de los Estados, ha sido recogida por el artículo 34 de la Convención de Viena, según el cual:

**Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.**

Precisamente, en aplicación de esa norma general, el artículo 35 de la Convención exige que si las partes de un tratado tienen la intención de establecer una obligación que deberá asumir un tercer Estado, éste debe aceptar "expresamente por escrito esa obligación".

Estos principios anteriormente habían sido señalados por la jurisprudencia internacional. La antigua Corte Permanente, por ejemplo, en el asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya y de la región de Gex, declaró que el artículo 435 del Tratado de Versalles no obligaba a Suiza, que no era parte de dicho tratado, a menos que Suiza lo hubiese aceptado.<sup>14</sup>

En cambio, si mediante una disposición de un tratado se confiere un derecho a un tercer Estado, a un grupo de Estados o a todos los Estados, será suficiente que el tercer Estado "asienta a ello", sin que se requiera una expresión formal del consentimiento, ya que el "asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario".

<sup>14</sup> Serie A. N° 22. Pág. 17.

En general, mediante un tratado puede concederse un derecho a un determinado Estado, o bien, en forma indeterminada, a todos los Estados, como es el caso de los tratados que se refieren a las comunicaciones marítimas internacionales de estrechos y canales, en los que se suele reconocer la libre navegación "para todas las banderas del mundo".

### 91. *La cláusula de la nación más favorecida*

Una situación muy especial dentro de los tratados que conceden derechos a favor de terceros Estados es la llamada cláusula de la nación más favorecida. Por su importancia y complejidad, la Comisión de Derecho Internacional y la Conferencia de Viena decidieron que ella debería ser objeto de una codificación aparte, por lo cual su reglamentación no se encuentra contenida en la Convención sobre el Derecho de los Tratados.

En virtud de la cláusula de la nación más favorecida, dos o más Estados se comprometen a beneficiarse recíprocamente del trato más favorable que hubieran acordado o que en el futuro acuerden a terceros Estados.

La particularidad de esta institución radica en el hecho de que el tercer Estado que es parte de otro tratado anterior pasa a obtener un beneficio desde el momento en que ese mismo beneficio le sea acordado a otro Estado por el Estado con quien ese tercer Estado había estipulado la cláusula de la nación más favorecida. Así, supongamos que los Estados A y B sean partes de un tratado en que se haya pactado dicha cláusula y que, a la vez, el Estado A acuerde conceder una rebaja de un 20% en sus aranceles aduaneros a las mercaderías que provengan del Estado B. Si el Estado A le otorgase al Estado C una rebaja arancelaria de un 30%, debe entenderse en virtud de la cláusula de la nación más favorecida pactada entre los Estados A y B que esa misma rebaja debe operar automáticamente, sin necesidad de un nuevo tratado, a favor del Estado B, con lo cual sus merca-

Así, por ejemplo, se contempla en el tratado argentino-chileno de 1881 respecto del Estrecho de Magallanes; en el Tratado Hay-Bunau Varilla de 1903 entre Estados Unidos y Panamá relativo al Canal de Panamá; y en la Convención de Montreux de 1936 sobre los Estrechos Turcos.

derías gozarán en el Estado A de un 30% de rebaja en vez del 20% originariamente acordado.

La cláusula de la nación más favorecida es de aplicación general en el campo de las relaciones internacionales, aunque ella más frecuentemente es utilizada en los acuerdos comerciales, aduaneros y de integración económica; pero nada obsta a que la cláusula pueda también ser introducida a otro tipo de tratados, como, por ejemplo, los relativos a comunicaciones y medios de transporte; reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros; protección de las propiedades industrial e intelectual; reconocimiento de títulos y grados universitarios; autorización a pescadores extranjeros para pescar en aguas nacionales; privilegios e inmunidades de misiones diplomáticas, consulares o comerciales extranjeras, etc.

### *Sección VI*

## INTERPRETACION DE LOS TRATADOS

### *92. Concepto y métodos de interpretación de los tratados*

La interpretación de un tratado consiste en precisar el sentido y alcance de sus términos.

En la interpretación de un tratado, como en toda interpretación jurídica, lo que se trata de determinar es cuál de las posibles alternativas de aplicación que ofrece su texto expresa mejor su verdadero significado.

La interpretación de un tratado es efectuada por los órganos estatales o interestatales llamados a aplicarlo. En el primer caso, esa interpretación la realizan los Poderes Ejecutivo (generalmente el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de su Dirección o Asesoría Jurídica), Legislativo (en el caso que mediante una ley se precise el sentido y alcance jurídicos del tratado) y Judicial (cuando los tribunales interpretan un tratado como parte del orden jurídico del Estado). Por importante que esa interpretación pueda ser dentro del derecho interno de un Estado, ella es inoponible a los otros Estados contratantes.

La única interpretación jurídico-internacional es la que emana de un órgano interestatal, como puede ser la formulada por

los propios Estados actuando en común (interpretación auténtica) o por un órgano jurisdiccional internacional llamado por las partes para decidir una controversia, en cuyo caso la interpretación del tratado sólo tiene fuerza obligatoria para las partes litigantes y respecto del caso decidido.

Para la interpretación de un tratado se han propuesto principalmente dos métodos: el objetivo y el subjetivo, según si la interpretación del tratado se basa en las expresiones empleadas en su texto o en la averiguación de la intención de las partes.

Mediante el método objetivo se intenta desentrañar las expresiones contenidas en el texto del tratado, utilizando para ello los elementos gramaticales y lógicos, como son el análisis del vocabulario empleado, la determinación de su contexto, el sentido útil de sus términos, etc.

El método subjetivo procura, ante todo, averiguar la intención de las partes, para lo cual recurre a la investigación de los antecedentes históricos relativos a su celebración, así como a la conducta posterior de las partes en relación al tratado.

En general, puede afirmarse que el derecho internacional contemporáneo se inclina de una manera inequívoca por el método objetivo, sin perjuicio de que también reconozca la posibilidad de utilizar complementaria o subsidiariamente el método subjetivo cuando el método objetivo no resulta suficiente para precisar el sentido y alcance del tratado.

### 93. *Principales reglas de interpretación*

La Convención de Viena, en sus artículos 31 y 32, ha formulado diversas reglas relativas a la interpretación de un tratado. Dentro de tales reglas existe una evidente preferencia por aquellas que constituyen una aplicación del método objetivo, ya que las inspiradas en el método subjetivo han sido recogidas sólo en forma complementaria por la Convención de Viena de 1969.

Las principales reglas de interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena, las cuales en su mayoría se encuentran avaladas por precedentes de decisiones judiciales, son las siguientes:

- a) La del sentido corriente de los términos del tratado;
- b) La utilización del contexto;
- c) La de la compatibilidad con el objeto y fin del tratado;

- d) La de la conducta ulterior de las partes;
- e) La de la aplicación de las normas pertinentes de derecho internacional; y
- f) La de la utilización de los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración.

A continuación se examinará cada una de ellas.

a) Regla del sentido corriente de los términos del tratado

La primera regla en materia de interpretación de un tratado se encuentra contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, según el cual:

**Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado...**

De acuerdo, pues, a esta regla para interpretar un tratado debe recurrirse primeramente al sentido natural y obvio que tienen las expresiones utilizadas en su texto. A ese respecto ha señalado la Corte Internacional de Justicia:

**Cuando la Corte puede darle efecto a la disposición de un tratado atribuyendo a las expresiones que se han empleado en su sentido natural y corriente, no puede interpretar tales expresiones procurando darles otro significado.<sup>16</sup>**

El único caso en que podría prescindirse del sentido corriente de un término es si consta que la intención de las partes fue conferirle un sentido especial a ese término (artículo 31.4).

b) Regla de la utilización del contexto

Vinculada a la regla anterior y tal como lo afirma el mismo artículo 30, se encuentra la regla de que los términos del tratado deben, además, interpretarse en su contexto, es decir, no en forma aislada, sino considerando cada una de sus partes interrelacionadamente. Tal como lo ha afirmado la antigua Corte Permanente:

**Es un principio fundamental de interpretación que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tengan normalmente en su contexto, a menos que dicha interpretación conduzca a resultados no razonables o absurdos.<sup>17</sup>**

**Opinión consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado a las Naciones Unidas. ICJ Reports. 1950. IYU- H.**

**" Opinión consultiva sobre los Servicios Postales de Polonia en Danzig. Serie B V 11. Pág. 39.**

Para el artículo 31.2 de la Convención de Viena, el contexto del tratado no sólo comprende su texto, incluido su preámbulo y anexos, los que forman parte del tratado a los efectos de su interpretación, sino además:

- a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado, y
- b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

De ese modo el contexto del tratado puede también desprenderse de otros instrumentos diferentes al tratado mismo, cdtno podrían ser las resoluciones dictadas por la misma Conferencia en la que se negoció y adoptó el tratado o las declaraciones formuladas por los representantes de un Estado al momento de la firma del tratado y que los otros contratantes aceptan como un instrumento conexo al tratado.

- c) Regla de la compatibilidad con el objeto y fin del tratado

Igualmente el citado artículo 31.1 señala que el tratado debe interpretarse "teniendo en cuenta su objeto y fin", o sea, conforme al propósito fundamental perseguido por el tratado y en cuya virtud éste ha sido celebrado.

- d) Regla de la ulterior conducta de las partes

Esta regla, conocida también como la interpretación auténtica, ha sido recogida por el artículo 31.3, el cual dispone que en la interpretación habrá de tenerse en cuenta:

- a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

En estos casos la conducta ulterior de las partes, expresada en acuerdos relativos a la interpretación del tratado o en prácticas que se refieren a su aplicación, proporciona un importante elemento para interpretar el tratado, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia internacional. Así, en el asunto de la sentencia arbitral del Rey de España, entre Honduras y Nicaragua, en el que este último, entre otros asuntos, objetaba la designación del árbitro, la Corte Internacional de Justicia expresó:

**Las medidas adoptadas de común acuerdo por las dos partes para designar al Rey de España como arbitro demuestran sin la menor duda cuál era su intención...<sup>1</sup>"**

e) Regla de la aplicación de las normas pertinentes de derecho internacional

En la interpretación del tratado debe considerarse también, tal como lo señala el artículo 31.3 letra c) de la Convención:

**Toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable a las relaciones entre las partes.**

Esta regla de interpretación persigue destacar que el tratado no es un elemento aislado, sino que se encuentra integrado a un sistema normativo del cual forma parte. De ahí la procedencia de la utilización de otras fuentes de derecho internacional en la interpretación de un tratado, como pueden serlo otro tratado, una norma consuetudinaria o un principio general de derecho adoptados por las partes del tratado.

f) Regla de la utilización de los trabajos preparatorios del tratado y de las circunstancias de su celebración

Como un medio complementario de interpretación, el artículo 32 acepta que pueda recurrirse a averiguar la intención de las partes mediante una investigación de los trabajos preparatorios del tratado y de las circunstancias de su celebración.

Esta regla, como se expresó, tiene un carácter complementario, es decir, se la utiliza para confirmar el sentido de las otras reglas de interpretación o bien, con un carácter supletorio, su aplicación es procedente sólo cuando las otras reglas de interpretación dejen ambiguo el sentido del tratado o conduzcan a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Ha sido con ese carácter subsidiario que la jurisprudencia internacional ha utilizado los trabajos preparatorios como medio de interpretación de un tratado. En el asunto franco-griego de los Faros, por ejemplo, la Corte Permanente expresó:

**Si el contexto no es lo suficientemente claro para establecer el sentido exacto en que las partes han empleado dichas expresiones en el**



compromiso, la Corte, de acuerdo a su jurisprudencia, debe recurrir a los trabajos preparatorios de este acto para informarse sobre cuál fue la verdadera intención de las partes.<sup>19</sup>

Y la Corte Internacional de Justicia, en la ya citada opinión consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado a las Naciones Unidas, declaró:

La Corte estima que el texto es suficientemente claro, por lo que, consiguientemente, no considera que deba apartarse de la práctica invariable de la Corte Permanente según la cual no puede recurrirse a los trabajos preparatorios si el texto de una Convención es suficientemente claro por sí mismo.<sup>20</sup>

#### 94. *Interpretación de un tratado redactado en dos o más idiomas*

Bajo el actual derecho internacional la práctica más difundida consiste en redactar un tratado en tantos idiomas como sean los que emplean los Estados contratantes. Así, un tratado celebrado entre Chile y los Estados Unidos de América tendrá un texto en español y otro en inglés, teniendo ambas versiones el mismo valor.

Este sistema, naturalmente, no puede ser aplicado a aquellos tratados multilaterales en los que participan muchos Estados de diversas lenguas, por los que en ellos se suele limitar las versiones auténticas a un número reducido de idiomas, como sucede con la Carta de las Naciones Unidas, en la que sólo los textos en chino, español, francés, inglés y ruso tienen un valor oficial, de conformidad con el artículo 111 de la Carta.

La Convención de Viena, en su artículo 33, ha confirmado la norma de que los textos autenticados en dos o más idiomas hacen igualmente fe en cada idioma y tienen, por lo tanto, igual valor, "a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos", lo que es muy poco frecuente en la práctica internacional contemporánea. En el caso que la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido, ésta deberá resolverse aplicando las reglas de interpretación estudiadas anteriormen-

<sup>19</sup> Serie A-B, 62. Pág. 3.  
ICJ Reports, 1950. Pág. 8.

te y, en caso de que ello no sea posible, la Convención de Viena señala que

**Se adoptará el sentido que mejor concilie estos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.**

### 95. *La interpretación de los tratados de derechos humanos*

Las reglas sobre la interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena de 1969 son aplicables a todos los tratados, incluyendo, desde luego, a los tratados sobre derechos humanos.

Sin embargo, estos últimos revisten una naturaleza especial que no poseen los demás tratados, los cuales normalmente están destinados a regular las relaciones entre los Estados u otros sujetos de derecho internacional. En los tratados de derechos humanos, en cambio, la relación se presenta entre el Estado y las personas sometidas a su jurisdicción a las cuales el tratado les reconoce determinados derechos que el Estado se compromete a garantizar.

Esta especial naturaleza de los tratados internacionales ha sido reconocida por la jurisprudencia internacional; por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, refiriéndose a este tipo de tratados sostuvo que en ellos:

**Los Estados contratantes no tienen intereses propios. En cambio, por encima de todo, tienen un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención."<sup>21</sup>**

Un criterio similar han manifestado la antigua Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos. Así, la Comisión en un caso entre Austria e Italia declaró en 1961 que las obligaciones que han asumido los Estados partes de la Convención Europea de Derechos Humanos:

**Son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de los Estados partes, en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las altas partes contratantes."<sup>22</sup>**

<sup>21</sup> ICJ Reports. 1951. Pág. 15.

<sup>22</sup> European Commission of Human Rights. Yearbook of the European Convention on Human Rights. The Hague Martinus Nijhoff. 1961. Vol. 4. Pág. 140.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos declaró en el caso *Soering versus* el Reino Unido que la Convención Europea:

Debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado colectivo de garantía a los derechos humanos y libertades fundamentales y que el objeto y fin de ese instrumento exige comprender y aplicar sus disposiciones de tal modo que haga efectivas y concretas tales exigencias.<sup>23</sup>

Pero ha sido fundamentalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde ha quedado más de manifiesto esa naturaleza especial de los tratados de derechos humanos. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva relativa al efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, observaba que dicha Convención:

Fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad frente a su propio Estado o a cualquier otro. La Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción.<sup>24</sup>

A su vez, el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el jurista brasileño Antonio Augusto Cangaço Trindade, en un fundamentado voto razonado en el Caso Blake señalaba que con respecto al Derecho de los Tratados, las soluciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986:

Fueron erigidas en gran parte sobre la premisa del equilibrio del acuerdo de voluntades entre los propios Estados soberanos, con algunas significativas concesiones a los intereses de la llamada comunidad internacional (identificadas sobre todo con la consignación del *jus cogens* en los artículos 53 y 64 de ambas Convenciones de Viena). Las soluciones (provenientes de los tratados de derechos humanos)... se erigen sobre premisas distintas, contraponiendo a dichos Estados

<sup>23</sup> European Court of Human Rights. *Soering Case*. 1989. Serie A. N° 161. Par. 87.

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. O.C.2/1982. Serie A N° 2. Par. 33.

los seres humanos victimarlos bajo su jurisdicción, titulares últimos de los derechos de protección.<sup>25</sup>

Los criterios expuestos no significan desconocer el valor que tienen las normas sobre interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena respecto a situaciones de derechos humanos. La propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reiteradas ocasiones, ha reconocido en casos sometidos a ella la plena aplicabilidad que tienen tales normas, particularmente los artículos 31 y 32 de dicha Convención.<sup>11</sup>

Con todo, la interpretación de los tratados de derechos humanos, dada su especial naturaleza, requiere la existencia de normas adicionales a las de la Convención de Viena. El artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos recogiendo bajo el título "Normas de Interpretación" una norma similar de la Convención Europea de Derechos Humanos, incluye un conjunto de disposiciones dirigidas a impedir que cualquier norma de la Convención pueda ser interpretada en el sentido de: a) permitir suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocida de acuerdo con las leyes de los Estados partes o de otra Convención; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake. Sentencia del 24 de enero de 1998. Serie C. N° 2. Voto razonado del juez Caneado Trindade. Pars. 16 y 55.

<sup>24</sup> Además de las referencias a la Convención de Viena contenidas en muchas de sus opiniones consultivas, la Corte Interamericana ha invocado las normas sobre interpretación de los tratados en casos contenciosos, como por ejemplo, Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. País. 11-15. Caso Favién Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Pars. 49-50. Caso Cindine/ Cruz. Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Pars. 47-48. Caso Caballero Delgado y Santana. Excepciones Preliminares. Sentencia del 21 de enero de 1994. Pars. 26-30; Caso Paniagua Morales y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia del 25 de enero de 1996. Par. 40.

Como puede apreciarse, la interpretación de los tratados de derechos humanos, de acuerdo a esa disposición, está determinada por el hecho de que se trata de interpretar un tratado cuyo objeto y fin es la protección de un conjunto de derechos inherentes al ser humano a los que los Estados partes se han comprometido a garantizar y que suponen el ejercicio de la forma democrática representativa de gobierno.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido estableciendo ciertos criterios adicionales o complementarios en lo que respecta a la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Particularmente dicha Corte en forma reiterada ha insistido en que en la interpretación de dicha Convención, se tenga presente que el objeto y fin de la referida Convención Americana "es la protección de los derechos, por lo que la Corte siempre que requiera interpretarla debe hacerlo en el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos adquiera todo su efecto útil".<sup>27</sup>

Los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos deben, pues, ser interpretados buscando siempre su efecto útil con el objeto de proteger efectivamente al individuo frente al Estado.

Por último, los órganos llamados a efectuar la interpretación de los tratados de derechos humanos deberán procurar, tal como lo observó la Corte Interamericana en el caso Cayena, un equilibrio entre la efectiva protección de los derechos humanos con "la seguridad jurídica y equilibrio procesal que asegure la estabilidad y la confiabilidad de la tutela internacional".<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Corte I.D.H, ver, por ejemplo, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte. O.C.1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A. N° 1 Par. 43 y 55; *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. OPC 2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2. Pars. 19 y ss. *Restricciones a la pena de muerte* 0.3/83 del 8 de septiembre de 1983 Serie A N° 3. Pars. 47 y ss.; caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C N° 1. Par. 30; Caso Godínez Cruz. Excepciones preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C N° 1. Par. 33; Caso Paniagua Morales y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia del 25 de enero de 1996. Serie C N° 23. Par. 40.

<sup>28</sup> Corte I.D.H. Caso Cayena. Excepciones preliminares. Sentencia del 3 de febrero de 1993. Serie C N° 14. Par. 63.

*Sección VII*ENMIENDA Y MODIFICACIÓN  
DE LOS TRATADOS**96. *Concepto de enmienda, modificación, reforma y revisión de los tratados***

Ni en la doctrina ni en la práctica internacional contemporánea existe una total claridad respecto del empleo de los términos "enmienda", "modificación", "reforma" o "revisión" de un tratado, los cuales muchas veces se utilizan indistintamente. La Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo, en su artículo 108 alude a las "reformas" en el sentido de una enmienda parcial y en el artículo 109 utiliza el verbo "revisar" para indicar una modificación general a toda la Carta; pero en el párrafo 2 del mismo artículo 109 se le confiere también a la expresión "modificación" una acepción general y todo el Capítulo XVIII, que incluye a ambos artículos, se denomina "Reformas."

Sin embargo, sobre la base del Informe de la Comisión de Derecho Internacional y tal como las dos primeras de estas expresiones fueron incorporadas a la Convención de Viena, puede decirse que el término "enmienda" denota el cambio formal de una o varias de las disposiciones de un tratado respecto a la totalidad de las partes y que la expresión "modificación", si bien frecuentemente se utiliza como sinónimo de la anterior, en el artículo 41 de la Convención de Viena se la utiliza en relación a un acuerdo concertado únicamente entre algunas de las partes de un tratado a fin de cambiar entre esas partes ciertas disposiciones del tratado.

Las palabras "reformas" y "revisión" no figuran en la Convención de Viena, pero la primera de ellas bien puede ser considerada como sinónima de "enmienda"; en cambio, la expresión "revisión", aunque también se la ha empleado con aquel mismo sentido, con una relación a la totalidad del tratado, tiene en la práctica una connotación política, dada la utilización que de ella han hecho los Estados disconformes con un tratado para solicitar su cambio. De ahí que el problema de la revisión de los tratados, tal como éste se ha planteado con mayor frecuen-

cia en la práctica internacional, no sea estrictamente un asunto jurídico, sino más bien de orden político.<sup>29</sup>

### 97. *Enmienda de un tratado*

La enmienda de todo tratado está sujeta, como lo preceptúa el artículo 39 de la Convención de Viena, al acuerdo de todas sus partes, lo que no es sino un corolario de la norma *pacta sunt servanda*.

Esta regla, que en los tratados bilaterales tiene un carácter absoluto, es también válida, en principio, respecto de los tratados multilaterales, pero en éstos es posible que una enmienda no sea acordada por todas las partes del Estado y que, sin embargo, produzca efectos para la totalidad de ellas, si el mismo tratado objeto de la enmienda ha previsto ese mecanismo. Así, el artículo 108 de la Carta de las Naciones Unidas señala que las reformas a la Carta entrarán en vigor para todos los miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y ratificadas por las dos terceras partes de los miembros de las Naciones Unidas, incluyendo dentro de éstos a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Un procedimiento semejante ha sido previsto también para otros tratados constituidos de una organización internacional.

El artículo 40 de la Convención de Viena ha confirmado que la enmienda a un tratado multilateral se rige por lo que el propio tratado disponga al respecto, sin perjuicio de que en varios de sus párrafos haya señalado normas supletorias destinadas a aplicarse en el silencio del tratado. Entre esas normas, el párrafo 2 del artículo 40 procura darles mayores garantías a los contratantes, exigiendo que ellos sean notificados de las propuestas de enmienda a fin de que tengan derecho a participar en las decisiones que se tomen sobre el particular, así como en las negociaciones y en la celebración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado.

También, con un carácter supletorio, el párrafo 4 del citado artículo 40 indica que el acuerdo de enmienda no obliga a los

<sup>29</sup> Véase al respecto Lord Me Nair, *The Law of Treaties*. Oxford. 1961, Págs. 534-535.

Estados partes del tratado enmendado que no acepten la enmienda.

Una situación que suele plantearse en la práctica es la de un Estado que ratifique o se adhiera a un tratado que haya sido enmendado, sin manifestar cuál es su voluntad respecto al anterior tratado objeto de la enmienda. El párrafo 5 del mencionado artículo 40 ha intentado solucionar esta situación señalando:

**Todo Estado que llegue a ser parte en el tratado después de la entrada en vigor del acuerdo en virtud de cual se enmienda el tratado será considerado, de no haber manifestado ese Estado una intención diferente:**

- a) Parte en el tratado en su forma enmendada.
- b) Parte en el tratado no enmendado con respecto a toda parte en el tratado que no esté obligada por el acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado.

En otras palabras, si el Estado ratificante o adherente al tratado enmendado no manifiesta una voluntad en contrario, al hacerse parte del tratado enmendado, se hace parte también del tratado que se enmienda respecto de los Estados partes de ese acuerdo.

#### 98. *Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente*

El artículo 41 de la Convención de Viena se refiere a la posibilidad de que algunas de las partes de un tratado multilateral celebren un nuevo tratado entre ellas con el fin de modificar el primer tratado exclusivamente en sus relaciones mutuas.

La posibilidad de celebrar tales acuerdos se encuentra subordinada a que la modificación esté prevista por el tratado o, al menos, que ella no esté prohibida, y a condición, tal como lo establece el párrafo 1 letra b) del artículo 41, de que

- i) No afecte el disfrute de los derechos que a las demás partes corresponden en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones, y
- ii) No se refiere a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

Salvo que el tratado disponga otra cosa, el párrafo segundo del artículo 41 exige a las partes interesadas que notifiquen a



las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga.

**99. *¿Puede un tratado modificarse por la práctica ulterior de las partes?***

Al estudiarse la interpretación de los tratados se señaló que una de sus reglas consistía en el análisis de la conducta ulterior demostrada por las partes del tratado en relación a él, lo que se denominaba interpretación auténtica. Pero, además de ello, ¿puede la práctica ulterior de las partes llegar a modificar el tratado?

El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional admitía tal posibilidad y en una de sus partes disponía:

**Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado.**

La Comisión de Derecho Internacional había considerado para su proposición, entre otros antecedentes, un fallo arbitral de 1963 recaído en un litigio entre Francia y los Estados Unidos de América relativo a un Convenio de servicios de transporte aéreo, en el cual el tribunal arbitral había establecido que el convenio debía considerarse modificado en determinados aspectos por la práctica ulterior,<sup>30</sup>

Sin embargo, la Conferencia de Viena no aceptó ese criterio y por una amplia mayoría decidió la eliminación de tal proposición." Entre los argumentos aducidos para rechazar la proposición de la Comisión de Derecho Internacional, se señaló que la modificación por la práctica ulterior escaparía al control constitucional, que se trataba de una materia no suficientemente consolidada y que afectaría a la estabilidad de los tratados y a la norma *pacta sunt servanda*.

Bajo el actual derecho internacional, pues, las prácticas ulteriores de los Estados partes de un tratado, aunque constituyan un elemento importante para su interpretación, no pueden ser consideradas como suficientes para llegar a modificarlo, aun si tales prácticas son contrarias al tratado.

<sup>30</sup> Informe CDI 1966. Pág. 69.

<sup>31</sup> 53 votos a favor de la eliminación; 15 en contra y 26 abstenciones.

*Sección VIII*

## VALIDEZ Y NULIDAD DE LOS TRATADOS

100. *Validez de los tratados*

En los sistemas jurídicos del derecho interno por lo general se hace depender la validez de un acto jurídico del cumplimiento de los siguientes requisitos: a) capacidad de las partes; b) consentimiento exento de vicios, y c) objeto lícito.

Aunque el derecho internacional también exige esos requisitos, en lo que respecta a los tratados la Convención de Viena no se ha valido de ese esquema para sistematizar esta materia. En la Parte V de la Convención, que sin dudas es la más importante de toda ella, bajo la denominación de "Nulidad, Terminación y Suspensión de la Aplicación de los Tratados" se incluyen diversas disposiciones referentes a la validez de los tratados, pero ellas no responden enteramente a la conceptualización de los requisitos del acto jurídico del derecho interno que se han señalado, lo que se explica dada las diferencias existentes entre el tratado y el contrato y la influencia de la técnica anglosajona empleada en la redacción del anteproyecto que sirvió de base a la Convención sobre el Derecho de los Tratados.

En cuanto a la capacidad, la Convención de Viena de 1969 alude brevemente a ella en el artículo 5 al afirmar solamente que

**Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados.**

Igualmente, la Convención de Viena de 1986 reconoce en su artículo 6 capacidad a las organizaciones internacionales para celebrar tratados.

Los vicios de consentimiento han sido incluidos por la Convención de Viena junto a otras causales de nulidad de un tratado.

En cambio, no existe en la Convención ninguna disposición específica que trate del objeto ilícito, como tal, lo que no significa su rechazo como elemento integrante de la validez de un tratado, ya que la licitud del objeto se desprende de otras disposiciones de la Convención, particularmente de las normas relativas al *jus cogens* (artículos 53 y 64) y a la aplicación de tratados sucesivos incompatibles concernientes a la misma materia (artículos 30 y 59).

101. *Restricciones para impugnar la validez de un tratado*

La Convención de Viena ha procurado garantizar la estabilidad de los tratados y con ese fin en la Sección I de la Parte V, destinada a las disposiciones generales sobre la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados -artículos 42 a 45- ha incluido diversas normas que tienden a restringir la posibilidad de impugnar la validez de un tratado. En síntesis esas normas disponen:

- a) que la validez de un tratado o del consentimiento en obligarse por un tratado no puede ser impugnada sino mediante la aplicación de la Convención de Viena (artículo 42 - párrafo 1);
- b) que la terminación de un tratado, su suspensión o el retiro de una parte no pueden tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la Convención (artículo 42, párrafo 2);
- c) que la nulidad, terminación, retiro o suspensión de un tratado no pueden menoscabar el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional, independientemente del tratado (artículo 43);
- d) que el derecho a denunciar, retirarse o suspender la aplicación de un tratado no puede ejercerse sino sobre la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa (artículo 44, párrafo 1);
- e) que igualmente, la invocación de una causa de nulidad o terminación de un tratado, de retiro de una de las partes o suspensión de su aplicación, no puede alegarse sino con respecto a la totalidad del tratado, salvo que se trate de una violación grave a él o que el propio tratado permita que la causal se aduzca sólo con respecto a determinadas cláusulas (artículo 44, párrafos 2 y 3);
- f) que si bien en caso de dolo o corrupción, la causal de nulidad puede alegarse respecto de la totalidad del tratado o de una parte de él, cuando la causal invocada es la coacción, ya sea sobre el representante de un Estado o el Estado mismo, o la oposición de una norma de *jus cogens*, no se admite la división de las disposiciones del tratado (artículo 44, párrafos 4 y 5), y
- g) que se pierde el derecho a alegar ciertas causales de nulidad (las llamadas de nulidad relativa), terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado, si un Estado, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ha convenido expresamente que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso; o si se ha comportado de tal manera que deba considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado, su

continuación en vigor o su aplicación (artículo 45). Tal restricción constituye una aplicación precisa de la regla del estoppel.

### 102. *La nulidad de los tratados. Concepto y tipo de causales*

La nulidad de un tratado es la sanción mediante la cual se le priva de sus efectos jurídicos. En el derecho interno, la mayoría de las legislaciones nacionales distinguen entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa de un acto jurídico. En la primera, el juez constata, aun de oficio, la nulidad del acto, mientras la nulidad relativa sólo puede ser declarada a petición de la parte interesada, por lo que el acto jurídico se considera válido hasta tanto no sea declarada su nulidad.

Esta distinción entre ambas nulidades, aunque sin esas denominaciones, se encuentra implícita en la Convención de Viena. En algunas causales -a las que podría denominárselas de nulidad relativa o de anulabilidad- sólo se autoriza a que la parte interesada las pueda alegar, por lo que si ello no ocurre, el tratado continúa produciendo todos sus efectos. Es el caso de las siguientes causales de nulidad contempladas por la Convención: a) la violación del derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados; b) la inobservancia de una restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado; c) el error; d) el dolo, y e) la corrupción del representante de un Estado.

En cambio, se presentan como causales de nulidad absoluta, en razón de que la Convención de Viena ha señalado que se trata de actos que carecen de efectos jurídicos o son nulos: a) la coacción sobre el representante de un Estado; b) la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza, y c) la oposición a normas de *jus cogens*.

Esta distinción, además, tiene importancia respecto al saneamiento de la nulidad. Como se señaló en el párrafo anterior, el artículo 45 de la Convención contempla la pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, por aplicación de la regla de estoppel, sólo respecto de las causales de nulidad relativa, ya que en las consideradas como causales de nulidad absoluta no se autoriza a que el vicio que ha motivado la nulidad del tratado pueda posteriormente ser saneado por el consentimiento o el comportamiento del Estado afectado.

### 103. *La violación del derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados*

Un problema que con anterioridad a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue arduamente discutido era el de las consecuencias de la celebración de un tratado en violación al derecho interno. Tal problema se planteaba especialmente en las llamadas "ratificaciones imperfectas", esto es, cuando el Ejecutivo de un Estado ratificaba un tratado sin cumplir los requisitos prescritos por el derecho constitucional de ese Estado, como, por ejemplo, cuando se prescindía de la autorización del Parlamento exigida por la Constitución para que el Presidente de la República pudiese ratificar el tratado. ¿Tales tratados podían considerarse, desde el punto de vista del derecho internacional, como válidos? La doctrina al respecto se encontraba dividida. En concepto de algunos autores,<sup>32</sup> el tratado debía considerarse nulo, ya que, de acuerdo a este criterio, los representantes de un Estado no pueden actuar ni aun en el campo de las relaciones internacionales sino en virtud de los poderes y dentro de los límites de su competencia. En cambio, para otros autores,<sup>33</sup> la seguridad de las relaciones internacionales y el hecho de que un Estado no pueda entrar a considerar la constitucionalidad de los actos jurídicos de otro Estado, exigían que el tratado celebrado en violación al derecho interno debía permanecer plenamente válido. La jurisprudencia internacional tampoco proporcionaba un criterio claro al respecto.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Por ejemplo, C. Rousseau. *Principes Généraux du Droit International Publique*. París. 1944. Págs. 235-236; E. Jiménez de Aréchaga. *Curso de Derecho Internacional Público*. Tomo I. Montevideo. 1959.

<sup>33</sup> Por ejemplo, D. Anzilotti. *Cours de Droit International* París. 1929. Págs. 259-261; G. Fitzmaurice. *BYIL* N° 15. 1934. Págs. 113-137; G. Scelle. *Précis de Droit de Gens*. Tomo II. París. 1934. Pág. 445.

<sup>34</sup> Así, mientras la sentencia arbitral de 1886 del Presidente Cleveland de los Estados Unidos declaró nulo un tratado celebrado entre Costa Rica y Nicaragua por haber sido ratificado por Nicaragua en violación a su derecho constitucional (J. B. Moore. *History and digest of international arbitration*. Vol. II. Pág. 1946), la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en los casos de "Groenlandia Oriental" (Serie A-B N° 53. Págs. 56 a 71 y 91) y de las "Zonas Francas" (serie A-B N° 46. Pág. 170), a pesar de no tratar directamente este problema, consideró que las actuaciones internacionales de los representantes oficiales de un Estado eran válidas, independientemente de lo que pudieran indicar las correspondientes normas del derecho interno.

La Convención de Viena, en su artículo 46, optó por una solución intermedia entre los criterios que sustentaban la nulidad o la validez del tratado, posición ésta que había sido anticipada por una parte de la doctrina<sup>35</sup> y la Comisión de Derecho Internacional. En concepto de la Convención, el tratado es, en principio, válido y un Estado no puede, por lo tanto, alegar como vicio de su consentimiento el hecho de que el tratado haya sido concluido en violación a una disposición de su derecho interno concerniente a la capacidad para celebrar tratados, a menos que, como agrega la Convención:

**Esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.**

La misma Convención de Viena, en el párrafo 2 del artículo 46, se encarga de precisar lo que es una violación manifiesta al señalar que

**Una violación es manifiesta si resulta evidente para cualquier Estado que procede en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.**

Por lo tanto, sólo cuando se incurra en una violación manifiesta a una norma fundamental del derecho interno el tratado es susceptible de ser anulado. Sería, por ejemplo, el caso de que un Presidente de la República ratificase un tratado sin la autorización del Parlamento, exigida claramente por la Constitución Política de ese Estado.

#### ***104. Inobservancia de una restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado***

El artículo 47 de la Convención de Viena ha agregado una segunda causal de nulidad relativa, la que, como la anterior, obedece a un vicio formal del consentimiento. Según esa disposición:

**Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido**

Por ejemplo, C. De Visscher. "Course General de Principes de Droit International Publique." RCADI, 1954. Págs. 449-450 y *Teorías y Realidades en Derecho Internacional* Barcelona. 1962. Pág. 275; P. Guggenheim. *Traite de Droit International Publique*. Tomo I. Genève. 1967. Pág. 141; A. Verdross. *Derecho Internacional Público*. Madrid. 1967. Pág. 110.

**objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a las manifestaciones de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores.**

De acuerdo al texto transcrito, un Estado sólo podrá alegar la nulidad de un tratado en los casos en que un representante cuyos poderes se encuentran sometidos a determinadas condiciones o limitaciones para manifestar el consentimiento de su Estado en obligarse por un tratado, se exceda en sus atribuciones y no observe las restricciones que le han impuesto y que, además, tales condiciones o limitaciones hayan sido notificadas con anterioridad a la manifestación del consentimiento a los demás Estados negociadores.

### **105. *El error***

El error es la ignorancia o la equivocación que se tiene sobre una situación de hecho o una materia de derecho. El error de derecho, que muy excepcionalmente puede invocarse en algunos sistemas jurídicos de derecho interno, no puede jamás aducirse en el derecho internacional, ya que sería impensable suponer que los Estados pueden hacer valer su ignorancia o equivocación respecto de las consecuencias jurídicas de sus propios actos.

Tampoco todo error de hecho procede como causal de nulidad de un tratado. El artículo 48 de la Convención de Viena ha facultado a un Estado para alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento, únicamente en el caso de que

**El error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado.**

Pero aun así, sólo cabe invocar el error como causal de nulidad del tratado cuando el Estado ha contribuido con su conducta al error o cuando las circunstancias fueron tales que el Estado debería de haber advertido la posibilidad de tal error. Tal restricción, contenida en el párrafo 2 del artículo 48, fue adoptada sobre la base de una parte de la sentencia de la Corte

Internacional de Justicia en el asunto del Templo de Práh Vi-héar, donde se sostuvo igual criterio.<sup>36</sup>

El párrafo 3 del artículo 48 ha excluido también como causal de nulidad el error que se refiera sólo a la redacción del texto del tratado. En ese caso, debe aplicarse el procedimiento indicado en el artículo 79 de la Convención el que precisamente trata de la corrección de los errores en textos o en copias certificadas de los tratados.

### **106. *El dolo y la corrupción del representante***

La Convención de Viena, en dos artículos distintos, ha considerado al dolo y a la corrupción del representante como causales de nulidad relativa de un tratado.

En el artículo 49 se contempla que

**Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.**

Y en el artículo 50 se incluye la corrupción del representante. Dice ese artículo:

**Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.**

Ambas disposiciones fueron adoptadas por una amplia mayoría por la Conferencia de Viena, lo que no excluye que ellas estén exentas de dificultades en su aplicación. Desde luego, ninguna de dichas causales de nulidad está avalada por previos precedentes jurisprudenciales e incluso es difícil encontrar en la práctica internacional casos de dolo o corrupción de un representante a propósito de la celebración de un tratado." La falta

ICJ Reports. 1962. Pág. 26.

<sup>17</sup> Es dudoso que los dos casos citados en los debates de la Comisión de Derecho Internacional y de la Conferencia de Viena -los tratados estadounidense-canadiense de 1842 e ítalo-etíope de 1899- sean real y específicamente constitutivos de dolo. En cuanto a la corrupción, los únicos ejemplos que se citaron se referían a laudos arbitrales, donde la situación del arbitro es muy distinta a la del representante de un Estado.



de una caracterización más precisa de lo que debe entenderse por dolo y por corrupción podría constituir un inconveniente a la tipificación de estas causales, de las que, eventualmente, un Estado podría valerse para pretender desligarse de un tratado.

Con todo, el hecho de que hayan sido recogidas por amplia mayoría por la Convención de Viena denota que para el actual derecho internacional tanto el dolo como la corrupción del representante de un Estado constituyen evidentemente causales, aunque relativas, de nulidad de un tratado.

### **107. *La coacción***

La Convención de Viena, en sus artículos 51 y 52, ha considerado dos causales de nulidad, ambas absolutas, de un tratado concluido por la fuerza, según si la coacción se ejerce sobre el representante de un Estado o respecto del Estado mismo mediante la amenaza o el uso de la fuerza.

Respecto del primer caso, el artículo 51 dispone:

**La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenido por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él, carecerá de todo efecto jurídico.**

Uno de los casos más conocidos de aplicación de coacción en contra de la persona de un representante es el tratado checo-germano de 1939 concertado mediante las amenazas dirigidas por el Tercer Reich en contra del Presidente de Checoslovaquia, Emil Hácha. Tal tratado es evidentemente nulo y así fue declarado por el Tribunal Militar de Nuremberg. Para el actual derecho internacional, tal como lo ha recogido la Convención de Viena, los actos de coacción ejercitados en contra de los representantes de un Estado en la celebración de un tratado, va sea en la calidad de tales o sobre sus personas, independientemente de la calidad que invisten, causan la nulidad del tratado.

Una segunda situación es la derivada de los tratados concluidos mediante el uso o la amenaza de la fuerza en contra del Estado mismo. Esos tratados frecuentemente han sido celebrados como tratados de paz, impuestos por el vencedor al vencido, al cabo de una guerra.

Bajo el derecho internacional clásico -que no prohibía la guerra en las relaciones internacionales-, dichos tratados de paz eran considerados como plenamente válidos, ya que propiciar su nulidad, en concepto de los tratadistas de esa época, originaría dificultades mayores que las de mantener su validez/<sup>8</sup>

Sin embargo, a medida que la comunidad internacional fue proscribiendo el empleo de la fuer/a en las relaciones internacionales -primero en el Pacto de la Sociedad de las Naciones el año 1919; luego en el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 (más conocido como el Pacto Briand-Kellog); y de una manera categórica en la Carta de las Naciones Unidas en 1945-, el corolario evidente ha sido la invalidez de los tratados concluidos por la fuerza, en aplicación del principio *ex injuria jus non oritur*.

El artículo 52 de la Convención de Viena ha confirmado que la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza causa la nulidad absoluta de un tratado, al disponer:

**Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.**

A pesar del consenso general existente hoy día en torno a la nulidad de un tratado celebrado mediante la fuerza, el citado texto del artículo 52 suscita algunos problemas en cuanto a su interpretación y aplicación, los que fueron arduamente discutidos en Viena. Particularmente dicha disposición plantea estas dos interrogantes:

- 1) ¿Qué debe entenderse por fuerza?;
- 2) ¿Cuál es su aplicación en el tiempo?

En cuanto al alcance del concepto fuerza, el relator especial del tema en la Comisión de Derecho Internacional, Sir Humphrey Waldock, había indicado que por ella debía entenderse únicamente las coacciones físicas o militares. Según dicho jurista británico:

<sup>1H</sup> Una abundante cita de autores del siglo pasado y de las primeras décadas del presente que afirman la validez de los tratados concluidos por la fuerza, puede consultarse en L. Oppenheim-Lauterpatch. *International Law*. Vol I. 8<sup>a</sup> ed. 1967 (reimp.). Pág. 892; y en E. de la Guardia y M. Delpech. *El Derecha fie los Tratados y la Convención de Viena*. Buenos Aires. 1970. Págs. 405-406.

Si se considera que el término coacción abarca otras formas de presión sobre el Estado -presiones políticas o presiones económicas- la puerta que permitirá eludir las obligaciones convencionales quedaría demasiado abierta, ya que esas formas de coacción escapan a toda definición precisa y se prestan mucho más a apreciaciones subjetivas.<sup>39</sup>

Esta interpretación restringida ha sido resistida sobre todo por los países del llamado Tercer Mundo, para quienes las presiones políticas y económicas, que en el pasado dieron origen a no pocos tratados desiguales, deben causar también la nulidad de un tratado. Concordantemente con ese criterio, varios de esos Estados presentaron en la Conferencia de Viena un proyecto de enmienda al texto del anteproyecto de la Comisión de Derecho Internacional, incluyendo dentro del concepto de coacción "las presiones políticas y económicas",<sup>40</sup> el cual, sin embargo, no llegó nunca a votarse.

En definitiva, la Conferencia de Viena no incluyó en el texto de la Convención ninguna referencia a las presiones políticas o económicas, pero en otra declaración aparte dispuso que

**Condena solemnemente la amenaza o el uso de la presión en cualquier forma, militar, política o económica, por parte de un Estado con el fin de coaccionar a otro Estado para que realice un acto relativo a la celebración de un tratado con violación del principio de la igualdad soberana de los Estados y de la libertad de consentimiento.**<sup>41</sup>

Las presiones políticas y económicas, pues, no han sido incluidas explícitamente por la Convención dentro del concepto de coacción y, por ende, como causales de nulidad de un trata-

<sup>39</sup> Anuario CDI. 1963. Pág. 60.

<sup>40</sup> Docto. A-Conf.39-C.L. 69 presentado por 19 Estados africanos, asiáticos, latinoamericanos y Yugoslavia.

<sup>41</sup> Tal declaración fue adoptada por consenso, tras laboriosas negociaciones que en un momento hicieron temer por el fracaso de la Conferencia. Resultaba evidente que el proyecto de los 19 Estados en orden a incluir dentro de la coacción las presiones políticas y económicas habría obtenido, de haberse sometido a votación, los dos tercios de los votos requeridos para su aprobación, pero la fuerte resistencia a dicho proyecto manifestada por los representantes de algunos Estados, particularmente de Europa Occidental, los que expresaron que no podrían llegar a suscribir la Convención si ella contenía una norma como la propuesta, hizo que, finalmente, y a fin de garantizar el éxito de la Conferencia, se llegase a una solución transaccional consistente en el retiro del proyecto de los 19 Estados y en la aprobación de la referida declaración, como instrumento independiente del texto de la Convención.

do; pero, por otra parte, la declaración adoptada por la propia Conferencia de Viena aporta un importante elemento para su interpretación de conformidad con las reglas de interpretación ya estudiadas.<sup>43</sup>

Tampoco la Convención de Viena señaló una fecha exacta a partir de la cual deban considerarse nulos los tratados celebrados mediante el uso o la amenaza de la fuerza.

La Comisión de Derecho Internacional había propuesto declarar nulos los tratados cuya celebración se hubiese obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza "en violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas", queriendo con ello destacar, tal como lo señala en su Informe, "la validez de los tratados concertados con anterioridad al moderno derecho internacional",<sup>44</sup> el cual sólo dataría a partir de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, desde 1945.

Sin embargo, ajuicio de varios Estados, la prohibición de recurrir al uso o a la amenaza de la fuerza, históricamente, ha sido formulada con anterioridad a la Carta de las Naciones Unidas, la cual sólo habría incorporado entre sus principios dicha prohibición. Tal criterio fue aceptado por la Conferencia de Viena al adoptarse una enmienda presentada por 14 Estados,<sup>44</sup> lo que explica la referencia a "los principios de derecho internacional incorporados a la Carta de las Naciones Unidas" que se contiene en la parte final del artículo 52.

Con todo, el artículo 52, tal como en definitiva fue adoptado, no permite resolver en forma precisa el problema de su aplicación en el tiempo, por lo que su interpretación en relación a este punto habrá que buscarla dentro del derecho internacional general.

En tal sentido, puede señalarse que si se invoca la Convención de Viena, en cuanto tal, para aducir la nulidad de un tratado concluido por la fuerza, ésta, de acuerdo con la norma de la irretroactividad de sus disposiciones contenidas en el artículo 4 de la Convención, sólo se aplicará respecto de los tratados cele-

Vease dentro de este Capítulo IV la Sección VI, N° 93, especialmente la regla relativa a la utilización del contexto del tratado contenida en el artículo 31, párrafo 2, letra a) de la Convención.

<sup>43</sup> Informe CDI. 1966. Pág. 80.

<sup>44</sup> Docto. A-Conf.39-C.L-2W».

brados después de su entrada en vigor; pero si lo que se aduce es una norma de *lex lata* que la Convención se limitó a codificar, habrá que distinguir tres periodos históricos, según cual sea la fecha de la celebración del tratado: a) tratados celebrados con anterioridad a 1919; b) tratados celebrados con posterioridad a 1945, y c) tratados celebrados entre 1919 y 1945.

Respecto de la primera situación, tal como se expresó anteriormente, la unanimidad de la doctrina considera como plenamente válidos aquellos tratados celebrados antes del Pacto de la Sociedad de las Naciones, o sea bajo el llamado derecho internacional clásico, que no proscribía el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Tampoco caben dudas de que a partir de la vigencia de la Carta de las Naciones Unidas, los tratados celebrados bajo el uso o la amenaza de la fuerza son nulos. Así lo ha confirmado la Corte Internacional de Justicia al señalar:

Tal como está implícito en la Carta de las Naciones Unidas y como lo reconoce el artículo 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, casi no hay dudas de que un tratado celebrado bajo la amenaza o el uso de la fuerza es nulo de acuerdo al derecho internacional contemporáneo.<sup>4^</sup>

La mayor dificultad al respecto la ofrecen los tratados celebrados entre 1919 y 1945, es decir, cuando surgen los primeros instrumentos que condenan la guerra, pero los cuales no llegan a hacerlo en los términos amplios, categóricos e incondicionales de la Carta de las Naciones Unidas. Para determinar la validez o nulidad de un tratado celebrado en este periodo mediante la coacción será preciso entrar a analizar en qué medida su celebración infringió las normas del derecho internacional de esa época, las que principalmente están contenidos en los Pactos de la Sociedad de las Naciones y en el Briand-Kellog.

### **108. La oposición a normas *ius cogens* existente**

Una última causal de nulidad absoluta ha sido consagrada por el artículo 53 de la Convención de Viena, norma que dispone que

<sup>4n</sup> Caso de la competencia de las pesquerías anglo-islandesas. ICJ Reports. 1973. Pág. 14. Par, 24.

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Tal disposición, que fue intensamente discutida en la Conferencia de Viena, plantea uno de los mayores problemas del actual derecho internacional, como lo es el saber si los Estados que celebran un acuerdo internacional son enteramente libres para determinar su contenido o si, por el contrario, su libertad se encuentra limitada por la existencia de normas imperativas a las cuales los Estados voluntariamente no pueden sustraerse.

Para los tratadistas clásicos del derecho internacional, imbuidos casi todos ellos por las concepciones del derecho natural, existían ciertas normas necesarias del derecho de gentes que los Estados no podían desconocer en los acuerdos que celebrasen.<sup>41</sup> En cambio, para los positivistas, al propiciar que el derecho internacional esté constituido únicamente por aquellas normas que los tratados voluntariamente han contribuido a crear, tales normas necesarias o imperativas no debían tener cabida dentro del ordenamiento jurídico internacional.<sup>47</sup>

En el seno de la Comisión de Derecho Internacional la mayoría de sus miembros sostuvieron que efectivamente existían ciertas normas imperativas de derecho internacional, las que no admitían acuerdo en contrario, por lo que el tratado que fuese celebrado en oposición a tales normas debía considerárase nulo.

A estas normas imperativas, limitativas de la libertad contractual, se las conoce como *jus cogens* para diferenciarlas de las *jus dispositivum*, en las que los Estados no tienen ninguna restricción para pactar lo que deseen. Como ejemplos de nor-

Véase, por ejemplo, E. de Vattel. *Le Droit des Gens 011 principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. Libro I. Pars, 7, 8 y 9 y Libro II. Par. 161.

<sup>47</sup> Tal criterio, implícitamente, fue recogido por la antigua Corte Permanente en su sentencia del Lotus al afirmarse que las "normas jurídicas obligatorias para los Estados emanan de su libre voluntad propia...". Serie A. N° 10. Pág. 18.



mas de *jus cogens* se han señalado las que prohíben la agresión, practicar la piratería o el tráfico de esclavos. También pueden considerarse como de este tipo de normas los principios contenidos en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y los contenidos en los tratados que garantizan los derechos humanos fundamentales.

Para que proceda esta causal de nulidad de un tratado, la oposición a la norma de *jus cogens* deberá serlo al momento de la celebración del tratado. De ahí que se le denomine como oposición al *jus cogens existente*. Al estudiar posteriormente las causales de terminación de un tratado se verá que también puede haber **UQ** *jus cogens emergente*, de acuerdo al cual un tratado cuya celebración ha sido plenamente válida puede convertirse en nulo y terminar en el caso que suija una norma imperativa de derecho internacional general que esté en oposición a dicho tratado.

La Convención de Viena quiso precisar el carácter de *jus cogens* de una norma de derecho internacional, para lo cual estableció las siguientes exigencias: a) que la norma sea aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto; b) que dicha norma no admita acuerdo en contrario, y c) que ella sólo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter imperativo.

La jurisprudencia internacional ha confirmado que ciertas normas de derecho internacional tienen el carácter de *jus cogens*. La Corte Internacional de Justicia, en el asunto de la Barcelona Traction Light and Power, mencionó como normas imperativas de derecho internacional las derivadas de la prohibición de actos de agresión y genocidio, así como la obligación de todo Estado de respetar los derechos fundamentales de la persona humana.<sup>48</sup>

### **109. Consecuencias de la nulidad de un tratado**

En sus artículos 69 y 71 la Convención de Viena ha previsto las consecuencias de la nulidad de un tratado. El primero de dichos artículos se refiere a las consecuencias respecto a todas las causa-

les de nulidad, salvo la de la oposición a una norma *de jure cogens*, la cual se encuentra especialmente regulada por el artículo 71.

En general, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69, las disposiciones de todo tratado cuya nulidad ha sido determinada por la Convención carecen de fuerza jurídica.

Si, no obstante, se han ejecutado actos basándose en el tratado nulo, todo Estado parte de él puede exigir que en la medida de lo posible se establezca la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos (artículo 69, párrafo 2).

También la Convención ha precisado que los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya declarado la nulidad no resultan ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado, a menos que la causal sea el dolo, la corrupción del representante o la coacción, en cuyo caso la presunción de buena fe no se aplica a la parte a la que le sea imputable el dolo, la corrupción o la coacción (artículo 69, párrafos 2 b) y 3).

El párrafo 4 del artículo 69 extiende estas mismas normas a los tratados multilaterales en lo que respecta a las relaciones del Estado cuyo consentimiento esté viciado y a las otras partes del tratado.

En el caso que la nulidad del tratado se deba a una oposición a una norma imperativa de derecho internacional general, el párrafo 1 del artículo 71 indica que las partes de dicho tratado deberán:

a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general;

b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general.

### *Sección IX*

## LA TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS TRATADOS

### ***110. Concepto y diferentes causales de terminación de un tratado***

La terminación de un tratado es la cesación de sus efectos. En otras palabras, al terminar un tratado dejan de ser exigibles los derechos, obligaciones y situaciones jurídicas que de él emanan.



Las causales de terminación de un tratado pueden clasificarse en intrínsecas y en extrínsecas, según si la causal consta en el mismo tratado o ella surge del derecho internacional general.

Las causales intrínsecas no han sido reglamentadas mayormente por la Convención de Viena. Tan sólo el artículo 54 letra a) ha aludido a ellas en términos generales, al disponer que la terminación de un tratado puede tener lugar "conforme a las disposiciones del tratado"; sin embargo, pueden señalarse, independientemente de lo dispuesto por la Convención, las siguientes causales intrínsecas: a) el cumplimiento del plazo; b) el cumplimiento de la condición resolutoria, y c) la denuncia.

En cambio, la Convención de Viena se ha preocupado preferentemente por reglamentar las causales extrínsecas, es decir, aquellas que surgen del derecho internacional general, lo que es explicable debido a que las intrínsecas están determinadas por los propios términos del tratado. Las causales extrínsecas son: a) el mutuo consentimiento (abrogación expresa); b) la celebración de un tratado posterior sobre la misma materia {abrogación tácita}; c) la violación del tratado; d) la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento; e) el cambio fundamental en las circunstancias (*rebus sic standibus*), y f) la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*Jus cogens emergente*).

### ***111. El cumplimiento del plazo y de la condición resolutoria***

Un tratado puede disponer que su vigencia se encuentre sujeta al cumplimiento de un plazo o una condición, por lo que al verificarse una de esas modalidades el tratado se extinguirá.

La más frecuente de esas causales es el plazo extintivo. Ordinariamente los tratados señalan una fecha precisa en la cual cesará la vigencia del tratado, o bien establecen un periodo durante el cual el tratado se encontrará vigente. Cumplida esa fecha o transcurrido el tiempo estipulado y si no existe una cláusula de prórroga automática, el tratado termina.

Más excepcional como causal de terminación de un tratado es el cumplimiento de una condición resolutoria, es decir, de la ocurrencia de un hecho futuro pero incierto al cual se encuentra subordinada la vigencia del tratado. Uno de los pocos casos que pueden citarse de tratados que han incluido una condición

resolutoria como causal de extinción fue el Pacto de Varsovia de 1955, concluido entre los Estados socialistas de Europa Oriental y cuyo artículo 11 disponía:

**En caso de creación en Europa de un sistema de seguridad colectiva y de la conclusión con ese objeto de un tratado general europeo de seguridad colectiva, a lo que tenderán invariablemente los esfuerzos de las partes contratantes, el presente tratado perderá su fuerza desde el día de la entrada en vigor del tratado general europeo.**

Como se sabe, los cambios políticos que se produjeron en Europa a partir de 1989 significaron la pérdida de la vigencia del Pacto de Varsovia y, por ende, su terminación.

### ***112. La denuncia***

La denuncia es la manifestación unilateral de voluntad de una de las partes de un tratado, en la que expresa su intención de no seguir obligada por éste.

En los tratados bilaterales la denuncia pone fin al tratado. En los tratados multilaterales, la denuncia equivale a un retiro del tratado por parte únicamente del denunciante, ya que para el resto de los contratantes el tratado permanece vigente.

La posibilidad de la denuncia debe convenirse expresamente en el tratado. Si ésta no se contiene en él, como regla general, no autoriza a las partes para denunciar el tratado, a menos que, tal como lo indica el artículo 56, párrafo 1, conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de la denuncia o que ella se pueda inferir de la naturaleza del tratado.

### ***113. La abrogación***

La abrogación o voluntad común de las partes para dar por terminado un tratado puede manifestarse en forma expresa o tácita.

La abrogación expresa o mutuo consentimiento se produce cuando todas las partes del tratado, después de consultarse entre ellas, deciden darlo por terminado, celebrando a tal objeto otro tratado con esa específica finalidad.

La abrogación tácita resulta cuando todas las partes celebran posteriormente otro tratado sobre la misma materia y se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por el nuevo pacto o

bien, cuando las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior, que los instrumentos no pueden aplicarse simultáneamente. En estos casos, de acuerdo al artículo 59 de la Convención de Viena, termina el tratado anterior.

Debe, sin embargo, señalarse que la celebración de tratados sucesivos sobre la misma materia no siempre pone fin al tratado anterior. Para que efectivamente se produzca la abrogación de dicho tratado debe haber una incompatibilidad absoluta entre sus disposiciones y las del tratado posterior. En el caso de que la incompatibilidad de ambos tratados sea relativa, por referirse únicamente a ciertas disposiciones, el tratado anterior subsiste, aunque -de conformidad con el artículo 30 de la Convención, el cual se refiere a la aplicación de tratados sucesivos sobre la misma materia- se aplica únicamente en la medida que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

#### ***114. La violación del tratado***

La violación grave a un tratado, bilateral o multilateral, puede llegar a constituir una causal de terminación de éste.

En el caso de un tratado bilateral, su violación grave por una de sus partes autoriza a la otra parte para alegar su terminación o suspensión.

En el caso de un tratado multilateral, su violación grave por una de sus partes faculta a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para darlo por terminado o suspenderlo en su aplicación ya sea únicamente en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o incluso, entre todas las partes, extinguiéndose así el tratado. En cambio, si sólo una o algunas de las partes de un tratado multilateral han sido especialmente perjudicadas por la violación, éstas no gozan del derecho de solicitar la terminación del tratado entre todas las partes, sino sólo de alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones únicamente entre esa parte perjudicada y el Estado autor de la violación.

En todo caso, para que la violación de un tratado constituya una causal de terminación de éste, ella debe ser grave. De acuerdo con el artículo 60.3 de la Convención, constituye una violación grave a un Estado:

a) Un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o

b) La violación de una disposición esencial para la consecución del objeto y fin del tratado.

Estas normas tuvieron ocasión de ser aplicadas por la Corte Internacional de Justicia en **SI** opinión consultiva sobre "las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia (Africa Sudoccidental) no obstante la Resolución 276 (1070) del Consejo de Seguridad". Adujo en dicha oportunidad la Corte:

Las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativas a la terminación de un tratado que ha sido violado (las cuales fueron adoptadas sin oposición) pueden considerarse en gran medida como una codificación del derecho consuetudinario existente sobre la materia. De acuerdo a esas normas, la tenninación de un tratado sólo se justifica en el caso que se haya producido una violación grave.<sup>45</sup>

### *115. La imposibilidad subsiguiente de cumplimiento*

Un tratado puede terminar si resulta imposible ejecutarlo en razón de la desaparición o destrucción definitiva de un objeto indispensable para su cumplimiento. El ejemplo más citado por los autores y por la propia Comisión de Derecho Internacional de esa causal de terminación es la de la desaparición de una isla o la desecación de un río que constituían el objeto regulado por el tratado.

En cambio, no puede considerarse una imposibilidad subsiguiente de cumplimiento la imposibilidad de efectuar ciertos pagos debido a serias dificultades financieras, como se dejó constancia en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1968.<sup>TM</sup>

La Corte Internacional de Justicia ha señalado también que esta causal de terminación de un tratado no procede si la imposibilidad de cumplimiento es consecuencia de la conducta del Estado que invoca esa causal.<sup>51</sup>

\* ICJ Reports. 1971. Pág. 47.

<sup>TM</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. V Sesión. 1968. 62ª Reunión de la Comisión Plenaria. Págs. 361-3)K> Doc. A (Conf. 39) C.I./L. 11.1968.

" Caso del Provento Gabcikovo-Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia. ICJ Reports. 1997. Par. 103.

En el caso de que la imposibilidad de cumplimiento sea sólo temporal, esta causal únicamente puede ser alegada para solicitar la suspensión de la aplicación del tratado (artículo 61).

### **116. *El cambio fundamental de circunstancias (rebus sic standibus)***

Uno de los asuntos más complejos y controvertidos que ofrece el actual derecho internacional es el de la llamada doctrina *rebus sic standibus*, en virtud de la cual la variación de las circunstancias en consideración a las cuales se celebró el tratado puede conducir a su terminación.

Tradicionalmente a esta causal de terminación de un tratado se la concebía como una cláusula tácita subentendida en los tratados de duración ilimitada y que autorizaba a los Estados a desligarse de las obligaciones impuestas por el tratado si llegaba a producirse un cambio esencial en las circunstancias existentes al momento de su celebración. Actualmente, el criterio predominante no recurre a la ficción de una cláusula tácita, sino, al igual que con lo que acontece con la teoría de la imprevisión del derecho privado interno, explica el cambio de circunstancias como un suceso imprevisto que puede permitir a las partes modificar un régimen jurídico que ya no se conforma con la finalidad que se tuvo al celebrar el tratado.

En todo caso, como quiera que se la fundamente, la doctrina *rebus sic standibus* al constituir una excepción a la norma *pacta sunt servanda* no tiene una aplicación absoluta e incondicional y su procedencia como causal de terminación de un tratado está sujeta, por lo tanto, a una serie de limitaciones y restricciones. Ha sido con ese carácter restringido que la Convención de Viena en su artículo 62 ha aceptado el cambio fundamental de circunstancias como causal de terminación de un tratado, al disponer:

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él, a menos que
  - a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento en obligarse por el tratado, y
  - b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

Del texto transcrito se desprende que la procedencia de la cláusula *rebus sic standibus* se encuentra sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a) el cambio debe referirse a las circunstancias existentes al momento de la celebración del tratado;
- b) el cambio debe ser fundamental;
- c) el cambio no debe haberse previsto por las partes;
- d) las circunstancias deben haber sido la base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
- e) el cambio debe modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

Con el objeto de salvaguardar la estabilidad de ciertos tratados, la Convención de Viena, en su párrafo 2 del artículo 62, ha agregado que un cambio fundamental de circunstancias no puede alegarse:

- a) si el tratado establece una frontera, o
- b) si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte del tratado.

La jurisprudencia internacional, en general, ha aceptado sólo en forma excepcional considerar el cambio fundamental de circunstancia como causal de terminación de un tratado. En el ya citado caso de las pesquerías anglo-islandesas, reconoció expresamente que un cambio fundamental en las circunstancias, bajo ciertas condiciones, autorizaba a alegar la terminación de un tratado. Señaló en dicha oportunidad la Corte:

**El derecho internacional admite que si un cambio fundamental de las circunstancias que determinaron a las partes a celebrar un tratado transforma radicalmente el alcance de las obligaciones impuestas por el tratado, la parte afectada por dicho cambio puede, bajo ciertas condiciones, alegar la terminación o la suspensión del tratado. Este principio, así como las condiciones y excepciones a que se encuentra sujeto, han sido señalados por el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual puede ser considerada en muchos aspectos como una codificación del derecho consuetudinario existente.<sup>52</sup>**

En el caso del proyecto Gabcikovo-Nagymaros en el Danubio, entre Hungría y Eslovaquia, Hungría sostuvo que el trata-

<sup>52</sup> ICJ Reports. 1973. Pág. 19. Par. 36.

do que había concluido en 1977 con Checoslovaquia -Estado predecesor de Eslovaquia- para la construcción y operación conjunta en el sector del Danubio comprendido entre Bratislava y Budapest para explotar y desarrollar por ambos Estados las aguas del río, la energía hidroeléctrica, el transporte, la agricultura y otros recursos, debía terminar, entre otras causales, porque se había producido un cambio fundamental en las circunstancias debido al cambio político, toda vez que el proyecto había sido concebido como un "vehículo de la integración socialista", además que habían surgido consideraciones medioambientalistas que no se habían previsto en el tratado de 1977.

La Corte Internacional de Justicia rechazó esas argumentaciones de Hungría y respecto a este punto sostuvo:

**Un cambio fundamental de las circunstancias debe haber sido imprevisto. La existencia de las circunstancias al momento de la celebración del tratado deben haber constituido la base esencial de las partes para obligarse por el tratado. Los términos negativo y condicional empleados por el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados son una clara indicación, además, de que la estabilidad del tratado requiere que la procedencia del cambio fundamental en las circunstancias sólo pueda ser aplicada en casos excepcionales/<sup>3</sup>**

### 117. *El jus cogens emergente*

Al estudiarse la nulidad de los tratados se señaló que la oposición a una norma de *jus cogens* existente constituía una de las causales de nulidad absoluta de los tratados. También la infracción a una norma de *jus cogens* puede ser causal de terminación de un tratado en el caso que surja una nueva norma imperativa de derecho internacional general y el tratado se encuentre en oposición con dicha norma. Así lo dispone el artículo 64 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados al señalar:

**Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.**

<sup>35</sup> ICJ Reports. 1997. Par. 95.

### 118. *Consecuencias de la terminación de un tratado*

La consecuencia principal de la terminación de un tratado, según lo dispone el artículo 70 de la Convención, consiste en que las partes quedan eximidas de la obligación de seguir cumpliendo el tratado.

Asimismo y contrariamente a lo que sucede con un tratado declarado nulo, la terminación de un tratado no afecta a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creadas por la ejecución del tratado antes de su terminación. Estas normas son aplicables a todas las causales de terminación; sin embargo, si la que invoca es el *jus cogens emergente*, debe considerarse, según lo dispone el artículo 72.2 letra b) de la Convención, que si bien el surgimiento de una nueva norma imperativa de derecho internacional no afecta ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación, en adelante, tales derechos, obligaciones y situaciones jurídicas únicamente podrán mantenerse en la medida que no estén por sí mismas en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.

### 119. *La suspensión de los tratados*

La suspensión de un tratado significa que éste durante un cierto lapso de tiempo deja de producir sus efectos jurídicos. Lo que diferencia la suspensión de la terminación es el carácter temporal que reviste la primera. En ella el tratado permanece en vigor aunque los derechos, obligaciones y situaciones jurídicas no puedan ser exigibles durante el periodo de la suspensión.

Dentro del esquema seguido por la Convención de Viena, la suspensión de un tratado puede operar ya sea como una alternativa de la terminación; o bien, por sí sola, como una causal específica.

Los casos en que la suspensión se presenta como una alternativa de la terminación de un tratado son los siguientes: a) cuando la causal invocada es la violación grave del tratado por una de sus partes. En tal caso, según el artículo 60, se puede alegar tanto la terminación del tratado como la suspensión total o parcial del tratado; y b) cuando lo que se aduzca es el cambio fundamental de circunstancias, el cual, de acuerdo al artículo 62.3, faculta a



un Estado parte del tratado para alegar la terminación del tratado, su retiro de él o la suspensión de su aplicación.

La suspensión puede operar por sí sola en los siguientes casos: a) cuando así lo disponga el propio tratado (artículo 57, letra a); b) cuando todas las partes lo acuerden después de consultarse entre ellas (artículo 57, letra b); c) cuando algunas de las partes de un tratado multilateral lo decidan entre ellas, siempre que esté previsto en el tratado o no esté prohibido por él y a condición, además, de que la suspensión no afecte el disfrute de los derechos de las demás partes y no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado (artículo 58); d) cuando como consecuencia de la celebración de otro acuerdo posterior sobre la misma materia se desprenda la suspensión del tratado anterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes (artículo 59, párrafo 2); y e) cuando se trata de una imposibilidad temporal del cumplimiento del tratado.

### **120. *Procedimiento respecto de la nulidad, terminación y suspensión de los tratados***

Posiblemente, el problema más controvertido que se suscitó durante la Conferencia de Viena de 1969 fue el del procedimiento aplicable en caso de que una de las partes de un tratado adujese su nulidad, terminación o suspensión de su aplicación. Mientras los Estados Unidos de América, casi todos los Estados de Europa Occidental, algunos de América Latina y unos pocos de África y Asia sostuvieron la absoluta necesidad de establecer un procedimiento obligatorio que permitiera a un órgano judicial solucionar las controversias acerca de la nulidad, terminación o suspensión de un tratado que se planteara a raíz de la petición de una de sus partes, los Estados socialistas de Europa Oriental, la mayoría de los afroasiáticos y varios latinoamericanos se mostraron partidarios de que la Convención se limitase a incluir sólo normas generales relativas a la solución pacífica de las controversias, sin indicar ningún procedimiento compulsivo. Finalmente, tras arduas negociaciones, se llegó a una solución transaccional aceptada casi por la unanimidad de los participantes.

El procedimiento que en definitiva se acordó -el cual, obvio es decirlo, sólo se aplicará respecto de los Estados que sean

parte de la Convención- se contiene en los artículos 65, 66, 67 y 68, además de un anexo a la Convención.

Básicamente esas normas disponen que la parte que alegue la nulidad, terminación o suspensión de un tratado deberá notificar por escrito a las demás de su pretensión, señalando la medida que se proponga adoptar respecto del tratado y las razones en que ésta se funda. Si dentro de tres meses ninguna parte formula objeciones, la parte que haya hecho la notificación puede adoptar la medida por ella propuesta.

Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deben convenir en buscar un arreglo pacífico. En el caso de que hayan transcurrido doce meses desde la fecha de la objeción y no se haya llegado a una solución pacífica, la controversia deberá someterse a un procedimiento de conciliación, organizado en el anexo de la Convención sobre la base de una lista de amigables componedores integrada por juristas calificados.

Para el caso de que la controversia verse sobre la aplicación o interpretación de una norma de *jus cogens*, la Convención ha previsto que cualquiera de las partes del tratado puede someter la controversia ante la Corte Internacional de Justicia, a menos que las partes convengan de común acuerdo someterla a un arbitraje.



## CAPÍTULO QUINTO

# RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

### *Sección I*

#### ASPECTOS GENERALES

##### ***121. Problemas que plantean las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno***

A fines del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX el debate en torno al problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno constituyó uno de los principales asuntos de la teoría general del derecho internacional, originando una ardua polémica doctrinaria entre aquellos que sostenían la total independencia y separación entre ambos ordenamientos jurídicos -los llamados dualistas- y quienes, como los llamados monistas, afirmaban la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno, a los que consideraban como sólo dos ramas de un mismo sistema jurídico.

En la actualidad, sin embargo, los abundantes precedentes judiciales y soluciones legislativas que los diversos Estados han dado a este problema han significado que éste ya no pueda ser encarado desde una perspectiva exclusivamente doctrinaria y que en su tratamiento deba recurrirse preferentemente a las prácticas y normas existentes, tanto internacionales como internas.

Por otra parte, si bien dualistas y monistas pretendieron con sus doctrinas dar una respuesta global a todo el problema de la relación entre los dos ordenamientos jurídicos, resulta evidente

que la complejidad que ha adquirido este asunto ha hecho que esas doctrinas por sí mismas no sean idóneas para lograr una explicación de todas las materias y asuntos que ofrecen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

En realidad, este tema presenta diversos aspectos que por razones de claridad conviene separarlos. El primero de ellos radica en precisar cuál es el campo que le corresponde a cada uno de esos dos ordenamientos jurídicos o, en otras palabras, cómo se puede determinar cuándo un asunto se encuentra reservado a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados cuándo, consecuentemente, no le cabe al derecho internacional adoptar un pronunciamiento.

Un segundo problema consiste en estudiar si es posible la incorporación del derecho internacional, como tal, al orden jurídico interno de un Estado. Es específicamente en relación a este problema donde las doctrinas dualistas y monistas pueden ser más apropiadamente utilizadas. Mientras la primera niega esa posibilidad si no se produce una previa transformación del derecho internacional en derecho interno, el monismo, al proclamar la unidad entre ambos ordenamientos jurídicos, acepta que dentro de un Estado pueda producirse una recepción automática del derecho internacional.

Por último, como tercer problema, vinculado al anterior pero de diversa entidad, está el determinar cuál de los ordenamientos jurídicos prima en caso de conflicto entre los dos. Tal problema, a su vez, debe ser resuelto según si el conflicto se produce en el ámbito internacional o dentro de la esfera interna de un Estado.

A continuación se estudiarán separadamente en este capítulo cada uno de estos tres asuntos, dejando para una sección final el análisis de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno dentro del sistema jurídico chileno.

## ***122. Los asuntos reservados a la jurisdicción doméstica de los Estados***

En todo sistema de derecho interno, cualquiera que sea su grado de socialización, los particulares poseen una esfera de acción en la que no puede intervenir el Estado. Del mismo modo, en el derecho internacional hay asuntos en los que un Estado pue-

de actuar de acuerdo a su propia voluntad porque aquél, sea convencional o consuetudinario, no ha establecido reglas o normas de ninguna especie: son los asuntos reservados a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados, los que se rigen únicamente por el correspondiente derecho interno.

De conformidad con el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, ninguna disposición de la Carta podrá autorizar a las Naciones Unidas para intervenir en "los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados". Esta disposición, al igual que aquella que se contenía en el párrafo 8 del artículo 15 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y en la que se señalaba que el Consejo de la Sociedad no podía recomendar a las partes de una controversia ninguna solución cuando el desacuerdo versare sobre alguna cuestión "que el derecho internacional deja a la competencia exclusiva" de las partes, ha planteado numerosos problemas derivados principalmente de las dificultades existentes para precisar cuándo un asunto debe ser considerado como perteneciente a la jurisdicción interna de los Estados.

Ha sido especialmente en la práctica de los órganos de Naciones Unidas donde con más frecuencia se han presentado algunas dificultades en relación a la determinación de lo que debe entenderse por un asunto reservado a la jurisdicción interna de los Estados. Tales dificultades se han originado por la resistencia que han opuesto algunos Estados para cumplir ciertas obligaciones internacionales aduciendo para ello la excepción de la jurisdicción interna que consagra la Carta. Los asuntos respecto de los cuales más se llegó en el pasado a plantear esta situación han sido los que se han referido a los derechos humanos y las libertades fundamentales, a la erradicación del colonialismo y a la autodeterminación de los pueblos. Hoy día existe un amplio consenso que tales asuntos han dejado de pertenecer exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados, desde que se encuentran regulados por el derecho internacional.

El asunto, pues, consiste en dar respuesta a la siguiente interrogante, ¿cuál es el ámbito de la jurisdicción exclusiva de los Estados en el que la comunidad internacional organizada no puede intervenir y en el que no le es dable al derecho internacional adoptar un pronunciamiento?

Para responder de manera adecuada a esta interrogante, es necesario hacer una distinción fundamental, consistente primeramente en averiguar si un asunto en un determinado momento se encuentra regido o no por el derecho internacional; y, en segundo término, precisar si ese asunto, por su propia naturaleza, es susceptible o no de llegar a ser regulado por el derecho internacional.

En el primer caso, para determinar si un asunto pertenece a la jurisdicción doméstica de los Estados, basta con saber que él no se encuentra regido por el derecho internacional. Así, hoy día, pertenece íntegramente al campo del dominio reservado al Estado todo aquello que se refiera al ingreso de los extranjeros, ya que no existen normas de derecho internacional que le impidan a un Estado actuar en esta materia como lo estime más conveniente.

En cambio, ¿existen asuntos que por su propia naturaleza estén siempre reservados a la jurisdicción interna de los Estados? Pareciera que no. En realidad no puede sostenerse que existan asuntos que sean esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados y que, por lo tanto, no sean susceptibles de llegar a ser regulados por el derecho internacional. Así, por ejemplo, antes la determinación de los aranceles aduaneros quedaba entregada por entero a la legislación interna de los Estados, pero, en la actualidad, con la expansión del comercio internacional y de los procesos de integración económica, es de los asuntos más típicamente regulados por normas internacionales; lo mismo sucede con los derechos humanos, los que en la actualidad se encuentran regulados por importantes instrumentos internacionales. Por ello ha observado Kelsen que;

**No hay asunto cuya regulación esté reservada, por su propia naturaleza, al derecho nacional y que no sea susceptible de ser reglado por el derecho internacional. No existe asunto que por su naturaleza sea únicamente (exclusivamente) de la jurisdicción interna del Estado, o que por su propia naturaleza no pueda reglarse por una norma general o individual con derecho internacional. Es decir, asuntos en los que no pueda disponerse obligación alguna mediante una norma general o individual de derecho internacional. El derecho internacional puede reglar todo asunto, aun**

aquellos que normalmente sólo son reglados por el derecho nacional y que, por ello, se consideran asuntos internos, por ejemplo, las cuestiones constitucionales, tales como la forma de gobierno, la adquisición o pérdida de la nacionalidad, los problemas religiosos, las cuestiones de inmigración y los aranceles, los problemas de derecho civil y de procedimiento civil. Todas estas materias pueden ser regladas por una norma de derecho Internacional, y lo están efectivamente cuando son, por ejemplo, el objeto de una convención internacional.<sup>1</sup>

Por lo tanto, un determinado asunto se considerará reservado a la jurisdicción doméstica de un Estado en el caso de que éste no se encuentre regulado por una de las fuentes formales del derecho internacional; pero nada obsta a que posteriormente ese mismo asunto llegue a ser regulado por una norma de derecho internacional, substrayéndoselo así a la jurisdicción interna del Estado.

El carácter, pues, de reservado a la jurisdicción interna de los Estados que pueda ofrecer un determinado asunto es una cuestión esencialmente relativa que depende del desarrollo de las relaciones internacionales, tal como lo observara la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre ciertos decretos de nacionalidad dictados en la zona francesa de Túnez y Marruecos. Interpretando el artículo 15 párrafo 8 del Pacto de la Sociedad de Naciones, la Corte Permanente sostuvo el siguiente criterio:

**La cuestión de si un asunto determinado corresponde o no a la jurisdicción exclusiva de un Estado es una cuestión esencialmente relativa, la que depende del desarrollo de las relaciones internacionales. En el Estado actual del derecho internacional, la Corte es de opinión que los asuntos relativos a la nacionalidad pertenecen, en principio, a ese dominio reservado.<sup>2</sup>**

<sup>1</sup> Hans Kelsen. *Principios de Derecha Internacional Público* (trad.). Buenos Aires. 1965. Pág. 164.

<sup>2</sup> Serie B. N° 4. Pág. 24.



*Sección II*LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL  
AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DE LOS  
ESTADOS**123. La explicación dualista**

El llamado dualismo tiene en el alemán Heinrich Triepel<sup>3</sup> y en el italiano Dionisio Anzilotti<sup>4</sup> a sus más caracterizados exponentes. De acuerdo a esta teoría, el derecho internacional y el derecho interno constituyen dos sistemas jurídicos independientes y separados, los que nunca llegan a confundirse, por lo cual no puede plantearse un conflicto entre ellos.

Para los dualistas, dentro de un Estado sólo puede regir el derecho interno, ya que el derecho internacional regula únicamente las relaciones entre los Estados. En la concepción dualista, ambos ordenamientos poseen fuentes diferentes, pues mientras uno se origina por la voluntad unilateral del Estado, el otro emana de la voluntad común de varios Estados. Asimismo, los destinatarios de las normas son distintos. Estas en el derecho interno están dirigidas a los individuos, ya sea en sus relaciones recíprocas o en sus relaciones con el Estado; en cambio, los únicos sujetos del derecho internacional son los Estados. Por último, señalan los dualistas, ambos tienen una estructura muy desigual, ya que sólo el derecho interno cuenta con instituciones apropiadas para el cumplimiento coactivo de las normas. En otras palabras, para los dualistas son tan fundamentales las diferencias existentes entre ambos derechos que ello se traduce en la independencia, separación e incomunicación del derecho internacional con respecto al derecho interno.

Tan tajante separación plantea un problema. ¿Qué sucede cuando el derecho internacional exige que una determinada conducta sea llevada a cabo por los particulares dentro de un

<sup>3</sup> Véase especialmente: H. Triepel. *Volkerrecht Und Lander Srecht*. Leipzig, 1899 {traducido al italiano como *Diritto internazionale e diritto interno*). Torino, 1913; y al francés como *Droit International et Droit Interne*. Paris, 1920, y "Les rapports entre le droit interne et le droit international". ROADI. Vol. I. 1923.

<sup>4</sup> Véase especialmente, D. Anzilotti. *Il diritto internazionale nei giudizi interni*. Bologna, 1905. y *Corso di diritto internazionale*. Padova. 1955.

Estado? Por ejemplo, supóngase que dos Estados fronterizos celebran un tratado para combatir una epidemia como la fiebre aftosa y el tratado exige a los ganaderos de ambos países adoptar ciertas medidas en relación a los animales, como vacunarlos o aislarlos de los enfermos. Para los dualistas, el tratado no podría alcanzar a los particulares y ni siquiera a los órganos administrativos de los Estados encargados de la observancia de las cláusulas del tratado, si éste no ha sido previamente transformado en derecho interno, por lo que, en el ejemplo señalado, habría que dictar las correspondientes normas legislativas internas, que permitan el cumplimiento del tratado por parte de los correspondientes órganos internos encargados de su aplicación.

De acuerdo, pues, a esta explicación, dentro de un Estado sólo puede regir el derecho interno debiendo el derecho internacional ser transformado en derecho interno para que tenga eficacia dentro de un Estado.

De esa manera, las obligaciones impuestas por una norma de derecho internacional a los particulares o a los órganos administrativos de un Estado no emanan de aquélla, sino de la ley o el decreto interno que se dicta para darle cumplimiento a la norma de derecho internacional. Como señala Triepel, el derecho internacional equivale a un mariscal de campo que da órdenes a los generales, pero no a los soldados; por lo tanto, las obligaciones, que surgen del derecho internacional lo serán únicamente para los órganos legislativo (dictar las leyes) o ejecutivo (dictar los decretos) que permitan su cumplimiento sin que éstas sean directamente exigibles a los particulares o a los órganos administrativos o judiciales de un Estado.

#### 124. *La explicación monista*

El monismo encuentra en Hans Kelsen a su más importante expositor.<sup>5</sup> También deben incluirse entre los principales partidarios de esta explicación a los otros integrantes de la llama-

Véase especialmente H. Kelsen. "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international". RCADI. Vol. 14. 1926; "La transformation du droit international en droit interne". RGDIP. Vol. 34. 1936; *Teoría General del Derecho y el Estado* (trad.). México. 1949; *Principios del Derecho Internacional Público* (trad.). Buenos Aires. 1965.

da Escuela de Viena, Joseph Kunz<sup>6</sup> y Alfred Verdross<sup>7</sup> y asimismo, aunque bajo una fundamentación diferente, al francés George Scelle.<sup>8</sup>

El monismo -tal como ha sido expuesto por Kelsen- toma como punto de partida la unidad del conjunto de las normas jurídicas, todas las cuales dependen de un orden rigurosamente jerárquico y en el cual las normas de derecho interno se encuentran subordinadas a las del derecho internacional.

De acuerdo a esta explicación, el derecho internacional y el derecho interno no constituyen sino dos ramas de un mismo ordenamiento jurídico, entre las cuales es posible una comunicación. Tal como señala Kelsen:

**El derecho internacional y el derecho nacional no pueden ser sistemas distintos e independientes entre sí, si las normas de ambos sistemas son consideradas válidas para el mismo espacio y el mismo tiempo. No es posible, desde el punto de vista lógico, sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí.<sup>9</sup>**

En la concepción monista, el derecho internacional no sólo rige las relaciones entre los Estados, sino también es parte integrante del ordenamiento jurídico de los Estados, sin que sea necesario transformarlo en derecho interno. De ahí que las normas del derecho internacional puedan ser aplicables automáticamente dentro de un Estado y llegar incluso a obligar directamente a los particulares o a los órganos del Estado, si dichas normas internacionales se bastan a sí mismas.

Tal incorporación directa del derecho internacional al ordenamiento jurídico de los Estados no significa que no sea necesario, a veces, un acto interno de complementación o implementación, como acontece con la publicación de los tratados; pero tal acto no equivale a transformar el derecho internacional en interno. Tampoco implica una transformación el hecho de que

<sup>6</sup> Véase especialmente J. Kunz. "La primauté du droit international". RDILC. 1925 y "Teoría del Derecho Internacional". CADDI. Vol. II. 19M.

<sup>7</sup> Véase especialmente A. Verdross. *Derecho Internacional Público* (trad.) Madrid. 1974.

\* Véase especialmente G. Scelle. *Précis de Droit de l'États*. Volumen I. Paris. 1932.

<sup>8</sup> H. Kelsen. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires. 1965. Pág. 346.

un tratado para que sea válido requiera de una aprobación legislativa. Como señala el mismo Kelsen:

**Muchas Constituciones establecen que todos, o ciertos tratados deben ser aprobados por el órgano legislativo a fin de ser válidos. Tal aprobación no es una transformación, es la participación del órgano legislativo en la conclusión del tratado, es decir, participación en la creación del derecho internacional."**<sup>1</sup>

De este modo, para los monistas, la transformación de una norma internacional en interna sólo operaría en aquellos casos en que el derecho interno expresamente exija a los órganos administrativos y judiciales aplicar únicamente las normas internas. De no mediar esa limitación, el derecho internacional puede incorporarse directamente al ordenamiento jurídico de los Estados.

### **125. *La incorporación del derecho internacional en la práctica de los Estados***

Aunque en la práctica internacional ninguna de las dos doctrinas expuestas se encuentra completa y plenamente aceptada y, en la actualidad, la polémica entre dualistas y monistas tiende a desvanecerse, puede afirmarse que, tanto en la doctrina como en la actitud de las legislaciones de los Estados, la tendencia preponderante es la de una mayor aceptación del monismo.

En efecto, ya en la Constitución de 1776 de los Estados Unidos de América se expresa que los tratados forman parte integrante de la legislación estadounidense, toda vez que en virtud del párrafo II del artículo 6, se declara que

**Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulguen y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la Nación.**

Igualmente, en Gran Bretaña, donde no existe una Constitución escrita, desde el siglo XIX la jurisprudencia ha venido considerando como una norma del *common law* el aforismo según el cual *international law is a part of the law of the land*, o sea que el derecho internacional forma parte del derecho interno.

Por su parte, varias de las modernas Constituciones europeas proclaman la incorporación automática de todas las normas de

**H. Kelsen. *Ibid.* Pág. 302.**

**derecho internacional, aun de las no convencionales, al ordenamiento jurídico interno del Estado. Así, en el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania se expresa:**

**Las reglas del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Tendrán prioridad sobre las leyes y crearán derechos y obligaciones directamente para los habitantes del territorio federal.**

**También el artículo 8 de la Constitución de Portugal dispone:**

**Las normas y los principios de derecho internacional general o común forman parte del derecho portugués.**

**La Constitución italiana adopta un similar criterio aUprescribir en su artículo 10 que**

**El ordenamiento jurídico italiano se adapta a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas.**

**A su vez, la Constitución de Austria en su artículo 9 señala:**

**Las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional tendrán validez como parte integrante del ordenamiento federal.**

**Por su parte, otras Constituciones europeas, como la de España (artículo 96) o Francia (artículo 55), en cuanto a la incorporación del derecho internacional al derecho interno se refieren únicamente a los tratados internacionales, los cuáles, una vez válidamente celebrados, formarán parte del ordenamiento jurídico interno, sin perjuicio de que otras leyes o la jurisprudencia de los tribunales también reconozcan la validez como derecho aplicable dentro del territorio nacional de las normas no convencionales del derecho internacional.**

**En América Latina algunas constituciones se han referido a este problema. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de la República Dominicana, cuyo artículo 3 párrafo 2 señala:**

**La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado...**

**La Constitución de Guatemala en su artículo 144, por su parte, dispone:**

**El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentran en el territorio de la República, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución, los tratados internacionales y las normas del derecho internacional general aceptadas por Guatemala.**

En el artículo 133 de la Constitución de México se expresa que

**Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión.**

La Constitución de Panamá en su artículo 4 señala que

**La República de Panamá acata las normas del derecho internacional.**

La mayoría de las Constituciones actuales latinoamericanas limitan la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno tan sólo a los tratados internacionales. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de la Argentina (artículo 75); Costa Rica (artículo 7); Ecuador (artículo 162); El Salvador (artículo 144); Honduras (artículo 16); Paraguay (artículo 141); Perú (artículo 55) y Venezuela (artículo 29). En general, todos esos textos reconocen en forma explícita que los tratados internacionales válidamente celebrados forman parte del ordenamiento jurídico interno. Su jerarquía, empero, no es la misma en las distintas Constituciones, como será estudiado en la sección siguiente.

Como puede apreciarse, las soluciones de los diferentes Estados que se han expuesto no siguen en forma estricta ninguna de las concepciones doctrinarias estudiadas, si bien, en general, éstas se encuentran más cercanas al monismo que al dualismo. Lo importante de destacar es que hoy día prácticamente todos los sistemas jurídicos reconocen la plena validez y aplicabilidad del derecho internacional como parte integrante de los ordenamientos jurídicos internos, aunque, en general, la recepción del derecho internacional no se produce en forma automática, y se requiere en el caso de los tratados, para que adquieran vigencia interna, seguir los procedimientos prescritos por la Constitución y, en el caso de las normas no convencionales -costumbres y principios generales de derecho- demostrar que éstas efectivamente hayan sido reconocidas como tales.

*Sección III*LA JERARQUÍA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL  
Y EL DERECHO INTERNO**126. Consideraciones doctrinarias**

Un tercer problema que ofrecen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno es el de la jerarquía entre ambos ordenamientos jurídicos o, lo que es lo mismo, determinar cuál de los dos prima en caso de conflicto entre ellos. Este problema sólo puede ser encarado desde el punto de vista de la concepción monista, lo que explica que existan monistas partidarios de la supremacía del derecho internacional y monistas que sustentan la primacía del derecho interno. Los dualistas, como se señaló anteriormente, al proclamar la separación e incomunicación entre los dos ordenamientos jurídicos, en el hecho no dan cabida a la posibilidad de un conflicto. Desde un punto de vista doctrinario, la primacía del derecho internacional respecto del derecho interno se presenta como algo evidente. En realidad, el respeto mutuo y la igualdad jurídica entre los Estados, así como su coexistencia pacífica, no podrían aplicarse si no se reconociera un ordenamiento jurídico superior al de los propios Estados que dispusiese, como precisamente lo dispone el derecho internacional, la órbita que le corresponde a cada uno de los Estados en sus relaciones recíprocas.

Como acertadamente ha escrito George Scelle:

**El derecho positivo interno puede omitir recoger ese imperativo jurídico (el de la primacía del derecho internacional) e incluso puede negarlo. Pero una de dos: o bien la solidaridad internacional es lo suficientemente profunda para imponerse, a pesar de las contradicciones de las formulaciones, y, en ese caso, el derecho interno caerá en desuso; o bien la solidaridad es superficial y pasajera, y será el fenómeno internacional lo que se desvanecerá. La persistencia de la contradicción entre ambos sistemas jurídicos es, en todo caso, inconcebible. Este principio de la necesaria subordinación del derecho interno al derecho internacional resulta fundamental. Ha sido por causa de su desconocimiento que la evolución de las sociedades internacionales ha sido tan lenta y penosa.<sup>11</sup>**

<sup>11</sup> G. Scelle. *Précis de Droit des Gens*. Volumen I. París. 1932. Pág. 32.

Pero si bien, doctrinariamente, el problema de la jerarquía entre ambos ordenamientos jurídicos no parece ofrecer mayores dificultades, en la práctica, cuando se presenta un conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno, y un órgano judicial o administrativo es llamado a resolver el conflicto, este problema adquiere una mayor complejidad.

Para determinar, concretamente, cuál de los dos ordenamientos jurídicos prima en caso de conflicto entre ellos, debe distinguirse si el asunto debe ser resuelto dentro del ámbito internacional o del interno de un Estado.

### 127. *Solución del conflicto dentro del ámbito internacional*

En el caso de que el conflicto entre una norma de derecho internacional y de otra de derecho interno se produzca dentro del ámbito internacional como, por ejemplo, ante un tribunal internacional, la preeminencia de la norma de derecho internacional es admitida sin discusión alguna. Por ello mismo es que ningún Estado pueda invocar en sus relaciones internacionales las disposiciones de su derecho interno, ni aun las de su derecho constitucional, para dejar de cumplir las obligaciones impuestas por el derecho internacional.

Este criterio ha sido reiteradamente sostenido por la jurisprudencia internacional. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva en el asunto del canje de poblaciones greco-turcas expresó:

**Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir a su legislación interna las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos.<sup>1</sup>**

Y en su opinión consultiva en el caso relativo a las comunidades greco-búlgaras, la Corte Permanente sostuvo que

**Es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que en las relaciones entre las partes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado."**

<sup>1</sup> Serie B. N° 10. Pág. 20.

<sup>M</sup> Serie B. N° 17. Pág. 38



Estos principios han sido en la actualidad incorporados al derecho convencional por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 prescribe:

**Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...**

### 128. *Solución del conflicto dentro del ámbito interno*

Si el conflicto entre una norma de derecho internacional y otra de derecho interno se presenta dentro del ámbito interno de un Estado y es una autoridad judicial o administrativa nacional la llamada a resolverlo, ésta deberá aplicar lo que su correspondiente derecho interno disponga al respecto.

Ahora bien, un examen comparado de las Constituciones, legislaciones y jurisprudencias nacionales, efectuado sobre la base del valor que éstas le atribuyen al derecho internacional con respecto al derecho interno, denota que existen básicamente cuatro sistemas diferentes para solucionar el problema de la jerarquía entre ambos ordenamientos jurídicos. Estos sistemas son los que al derecho internacional o, más específicamente a los tratados, le otorgan un valor: a) supraconstitucional, b) constitucional, c) supralegal, y d) legal.

#### a) Valor supraconstitucional del derecho internacional

De acuerdo a este sistema, los tratados internacionales pueden prevalecer aun respecto de la Constitución Política del Estado. Este sistema no es muy frecuente. En Europa la Constitución de los Países Bajos dispone en su artículo 91, inciso 3):

**Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos.**

En América Latina, Honduras y el Perú han adoptado una solución similar. Así, el artículo 57, párrafo segundo de la Constitución del Perú, prácticamente idéntico al artículo 17 de la Constitución de Honduras, dispone:

**Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.**

En estos casos, el tratado prevalece sobre la Constitución, aunque se exige que el tratado sea aprobado previamente a través del mismo procedimiento que se estipula para la reforma de la Constitución. La diferencia está en que en el caso de los Países Bajos se produce una derogación de los correspondientes artículos de la Constitución. En cambio en el sistema adoptado por Honduras y el Perú, los correspondientes artículos de la Constitución quedan en suspenso mientras que el Estado continúa siendo parte en el tratado.<sup>14</sup>

#### b) Valor constitucional del derecho internacional

También es poco frecuente que los Estados otorguen a los tratados generales o ordinarios un rango constitucional. En cambio, existe una creciente tendencia para asignar a las normas que se contienen en los tratados sobre derechos humanos un valor igual al de la Constitución, especialmente en cuanto equiparan los derechos y libertades establecidos en los tratados con las garantías personales consagradas en la Constitución.

Las modalidades de esta equiparación son diversas. En algunos casos, como en las Constituciones de Colombia (artículo 93) o España (artículo 10.02), los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos constituyen un elemento para la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos y libertades fundamentales de orden constitucional. En otras Constituciones hay un reconocimiento explícito, de carácter declarativo, a los derechos humanos que se contienen en los tratados de los que es parte el correspondiente Estado. Algunas constituciones enumeran explícitamente los tratados o instrumentos internacionales a los que atribuyen rango constitucional; otros, los más, hacen referencia genérica a los tratados vigentes.

La Constitución de Argentina de 1994 hace una triple distinción de los tratados y declaraciones internacionales en cuanto a su jerarquía: i) los tratados y concordatos, los que, en general, de acuerdo al artículo 75.2, "tienen jerarquía superior a las leyes"; ii) las declaraciones y tratados sobre derechos hu-

<sup>14</sup> Véase al respecto J. Alvarez Vita, *Tratados internacionales y ley interna*. Lima, 2001. Pág. 83.

manos que explícitamente se citan en la Constitución,<sup>15</sup> los que tienen jerarquía constitucional; y iii) los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, los que "para gozar de jerarquía constitucional" requerirán luego de ser aprobados por el Congreso, del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Por su parte, el artículo 5 núm. 2 de la Constitución de la República Federativa de Brasil establece que:

**Los derechos y garantías que se contienen en esta Constitución no excluyen otros que resultan del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte.**

En el caso de Colombia, además de las normas sobre interpretación a las que se ha hecho referencia anteriormente, el artículo 94 de la Constitución contiene un reconocimiento a los derechos y garantías contenidos... "en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes", no debiendo entenderse "como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

El artículo 44 de la Constitución del Ecuador, por su parte, establece:

**El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes.**

La Constitución de Nicaragua incorpora a ella en su artículo 46 "la plena vigencia de los derechos humanos" consagrados en varias declaraciones y tratados al expresar:

<sup>15</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

**En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 2000, después de expresar en su artículo 19 que los derechos humanos deben ser respetados y garantizados, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen...", dispone en su artículo 23:

**Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.**

### c) Valor supralegal del derecho internacional

En algunas modernas Constituciones se prescribe que las normas de derecho internacional tienen un valor superior a las leyes internas, por lo que las primeras siempre primarán sobre éstas. Ya se señaló a ese respecto cómo el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania les confería a las reglas del derecho internacional una prioridad respecto de las leyes internas.

También el artículo 55 de la Constitución francesa de 1958 les confiere a los tratados un valor superior a las leyes, al disponer que:

**Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados, desde su publicación, tienen una autoridad superior a las leyes, bajo reserva, para cada tratado o acuerdos, de su aplicación por la otra parte.**

En Francia la mayor jerarquía de los tratados internacionales está limitada únicamente a las leyes, ya que respecto a las normas constitucionales, según lo dispone el artículo 54 de la

Constitución, en el caso de que un acuerdo internacional conlleve una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no puede ser hecha sino después de una enmienda a ésta.

Una solución similar se encuentra en la Constitución de España, cuyo artículo 95 (1) dispone:

**La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.**

En América Latina las Constituciones de Argentina (artículo 75); Costa Rica (artículo 7); Ecuador (artículo 183); El Salvador (artículo 144) y Paraguay (artículo 137) establecen expresamente la supremacía de los tratados sobre las leyes internas, sin perjuicio de que, como ya se estudió, algunas de ellas conceden una jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos.

#### c) Valor legal del derecho internacional

El sistema de conferirle al tratado internacional el mismo valor que a la ley interna es seguido por los Estados Unidos de América y ciertos países europeos y latinoamericanos. En algunos casos, tal jerarquía se encuentra establecida en la Constitución, como es el caso de México (artículo 133).

Sin embargo, la mayoría de las veces, ante la ausencia de una norma constitucional, el rango legal de los tratados ha sido establecido por la jurisprudencia de los respectivos tribunales nacionales, no existiendo al respecto una solución coincidente. Algunas jurisprudencias nacionales han atribuido a los tratados un valor superior a las leyes, otras en cambio, asignan al tratado un igual valor que la ley, por lo que en caso de conflicto, debe primar el acto posterior: *lex posteriori derogar priori*.

La adopción de este criterio ha sido explicada en una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que se señaló:

**Por la Constitución, el tratado ha sido colocado en el mismo plano, y crea la misma obligación que el acto legislativo. Ambos son calificados por aquel instrumento como la ley suprema del país, y no se da superior eficacia a uno respecto del otro, cuando los dos tratan en forma de dar efecto a ambos, si se puede lograr tal cosa sin hacer violencia al**

texto de ninguno; pero si son incompatibles, el de fecha posterior predominará sobre el otro, siempre que la estipulación del tratado en el tema sea susceptible de ejecutarse por sí sola. Si el país con el cual se concluyó el tratado no está satisfecho con la acción del cuerpo legislativo, puede presentar sus quejas al Jefe del Poder Ejecutivo y tomar las demás medidas que considere esenciales para la protección de sus intereses. Los tribunales no pueden remediar esa situación.<sup>16</sup>

Debe, sin embargo, observarse que en el caso de que se aplique preferentemente el derecho interno con respecto al derecho internacional, ello no excluye la eventual responsabilidad internacional del Estado. Un problema es el acatamiento que las autoridades judiciales o administrativas deben a su propia legislación y otro es el de la responsabilidad internacional en que el Estado puede incurrir al dejar de cumplir una obligación internacional. Tal responsabilidad, en el ámbito internacional, se configura cualquiera que sea lo que dispongan las correspondientes normas internas.

### *Sección IV*

## LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO EN EL SISTEMA JURIDICO CHILENO

### 129. *Aspectos generales*

Cabe, en primer lugar, destacar -y lamentar- que no exista en la Constitución chilena ninguna disposición general que se refiera a la incorporación del derecho internacional al orden jurídico chileno y al valor jerárquico que se le atribuye a las normas y principios del derecho internacional, lo que contrasta con las modernas Constituciones europeas y latinoamericanas que se han ocupado de este importante asunto.<sup>17</sup> La única referencia contenida en la Constitución de 1980 y que surgió de una reforma constitucional de 1989, es una contenida en el artículo

<sup>16</sup> Caso *Whitney con Robertson*. Cit. por E. Jiménez de Arcchaga. *Comentarios de Derecho Internacional Público*. Tomo I. Montevideo. 1959. Págs. 216-217.

<sup>17</sup> Ver en este mismo Capítulo V. Secciones II y III.

5° inciso 2°, en la que se contempla el deber de los órganos de los Estados de respetar y promover los derechos humanos, garantizados por la Constitución, "así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

A falta de una norma constitucional, han sido la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina de los autores las que se han encargado de precisar y sistematizar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno, no obstante que, como lo advierte Santiago Benadava en una publicación de 1992, no se "puede afirmar que nuestros tribunales hayan elaborado una jurisprudencia constante sobre todos estos problemas. En efecto, los pronunciamientos judiciales son escasos y, a veces, ambiguos o contradictorios. Por otra parte, las situaciones planteadas han sido resueltas sin grandes recursos doctrinales ni demasiada claridad conceptual".<sup>18</sup> Aún así, cabe señalar que con posterioridad a esa publicación han surgido importantes fallos de nuestros tribunales y un valioso aporte de la doctrina, especialmente en lo que respecta a la vigencia en Chile del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> S. Benadava. "Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos". En *Nuevos enfoques del derecho internacional* Santiago. 1992. Págs. 9 y 10.

<sup>19</sup> Además del citado artículo de Benadava y de otro escrito por él treinta años antes y con el mismo título, que inicia en Chile el estudio de esta materia, publicado en la Revista de Derecho, Jurisprudencias y Ciencias Sociales (Tomo IJX, enero-abril 1962), cabe también recordar las publicaciones de Adolfo Veloso, "Algunos problemas acerca de las relaciones del derecho internacional con el derecho chileno". Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. Núm. 165. 1977; Jeanette Irigoyen y Andrea Muñoz, "El derecho internacional en la Constitución Chilena de 1980". Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Vol. VI. 1982; Crisólogo Bustos, "La recepción del derecho internacional en el derecho constitucional chileno", en Revista Chilena de Derecho. Núm. 523. 1984; John A Detzer, *Tribunales chilenos y derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago. 1988. Con posterioridad a 1992 cabe citar la valiosa contribución que en lo que concierne a la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos han efectuado Cecilia Medina, "El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno", en *Constitución, tratados y derechos humanos*. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago. 1994; Humberto Nogueira, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en Revista Chilena de Derecho. Vol. 23. Núm. 2 y 3. 1996; Lautaro Ríos, en "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos", en Gaceta Jurídica Núm. 215. 1998. De fundamental importancia en esta materia, por los importantes documentos y antecedentes que incluye, es la tercera edición del libro de Hugo Llanos. *Teoría y práctica del derecho internacional* Tomo I. Santiago. 2005.

El problema de la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico chileno no ha ofrecido en la práctica mayores dificultades. Ya se estudió en el capítulo anterior que, por lo general, los tratados internacionales pasan a tener vigencia interna una vez que han sido promulgados y publicados en el Diario Oficial.

Respecto a las fuentes no convencionales -la costumbre y los principios generales de derecho-, la jurisprudencia y la doctrina prevaleciente han considerado, en general, que éstas se incorporan automáticamente al derecho chileno y forman parte de él.

En cuanto a las resoluciones de las organizaciones internacionales, las que serán objeto de estudio en sucesivos capítulos posteriores, éstas, por lo general, requieren de un acto especial de transformación, sin perjuicio de destacar anticipadamente que, en general, ha sido voluntad del Estado de Chile dar cumplimiento a las resoluciones y a las sentencias de los órganos internacionales de los que Chile es parte.

### 130. *¿a incorporación y jerarquía del derecho internacional no convencional*

Existe una larga tradición jurídica en Chile, desde los comienzos de la República, en cuanto reconocer que el derecho internacional general, tal como éste se encuentra contenido en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho,<sup>0</sup> forma parte integrante del ordenamiento jurídico de Chile.

Ya en 1833, el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile expresaba en una nota dirigida al Encargado de Negocios de Francia que "el derecho común de las naciones es una ley de la República en todo aquello en que sus leyes particulares o sus convenciones con las potencias extranjeras no lo hayan derogado". Ese mismo año el Presidente de la República y su Ministro de Relaciones Exteriores expresaban al Congreso Nacional que: "El derecho común de gentes es en realidad una parte integrante de la legislación del Estado".<sup>21</sup>

La costumbre y los principios generales de derecho como fuentes del derecho internacional han sido estudiados en las Secciones II y III del Capítulo III. Cit. por S. Benadava. Op. cit. Págs. 1K v 19.





A falta de un texto constitucional o legal de carácter general sobre la materia, ha sido en especial la jurisprudencia de los tribunales la que ha venido reconociendo que el derecho internacional no convencional se incorpora automática y globalmente al derecho chileno y que incluso puede llegar a prevalecer sobre la legislación interna.

Posiblemente el caso más emblemático al respecto y que ha tenido una considerable influencia posterior ha sido el de *Lauritzen con Fisco* (1955), más conocido como el de "los barcos daneses". En este caso se discutió la legalidad de la requisición hecha por Chile durante la Segunda Guerra Mundial de cinco naves de propiedad de la empresa danesa de navegación Lauritzen y como debería determinarse la correspondiente indemnización por tal requisición.

Los demandantes, que cobraban al Fisco chileno una elevada indemnización por esas requisiciones, sustentaron su demanda en el derecho internacional consuetudinario, que establecía la obligación de indemnizar conforme a ese ordenamiento cuando se ejercía el derecho de angaria, como había ocurrido con esos barcos; el Fisco, por el contrario, invocó dos leyes chilenas promulgadas en 1939 y 1942 argumentando que la materia debatida debía regirse únicamente por el derecho interno de Chile y no por el derecho internacional, dada la "carencia de capacidad" de los individuos para invocar el derecho internacional, el cual sólo rige las relaciones entre los Estados y "sólo ellos son verdaderos sujetos en el derecho internacional".

La Corte Suprema, en una extensa y documentada sentencia de 1 de diciembre de 1955, sostuvo, en lo que atañe al asunto materia de este estudio, entre otras consideraciones, que los demandantes pueden basar su demanda "de acuerdo con los principios de derecho internacional y no según las disposiciones de nuestro derecho nacional"; y que "aún en el supuesto de que pudieran tener aplicación las leyes internas, los principios de derecho internacional tienen prevalencia en estos casos".

La sentencia de la Corte Suprema se encuentra publicada en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia\*". Tomo LVII. 1955, segunda parte, sección primera. Véase también J. A. Detzner. Op. cit. Págs. 25-30 y 108-109; y S. Benadava. Op. cit. Págs. 13-15 y 29-31.

La incorporación automática del derecho internacional no convencional al ordenamiento jurídico de Chile ha sido también aceptado por los tribunales en numerosas otras ocasiones, especialmente en asuntos referentes a extradición, tanto activa como pasiva; cumplimiento de exhortos y cartas rogatorias; inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero; e inviolabilidad e inmunidad de agentes diplomáticos extranjeros, en los casos anteriores a la entrada en vigor de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas o en los que uno de los Estados no hubiese sido parte de la mencionada Convención. En una resolución de la Corte Suprema de 3 de septiembre de 1969, por ejemplo, dicha Corte dejó sin efecto una sentencia pronunciada por el Sexto Juzgado del Trabajo de Santiago en la que se condenaba al Gobierno de China Nacionalista (que era reconocido por Chile en aquel entonces) aduciendo que:

**La circunstancia de que la República de China no haya aún ratificado la Convención de Viena, no impide aplicar en nuestro país su artículo 31, porque se trata de un principio de derecho internacional común y consuetudinario...**<sup>23</sup>

Un caso ilustrativo de la voluntad de la Corte Suprema de hacer prevalecer en Chile el derecho internacional tuvo lugar en 1975 cuando el Gobierno había interrumpido sus relaciones diplomáticas con Cuba, lo que no obstó para que el máximo tribunal chileno hiciera prevalecer el derecho internacional respecto a una situación que afectaba a aquel Estado. En 1972 el señor Abraham Senerman vendió al Gobierno de la República de Cuba, representado por su Embajador, Mario García Incháustegui, un inmueble ubicado en la comuna de las Condes, destinado a servir de residencia del embajador. Posteriormente, el señor Senerman solicitó la nulidad del contrato de compraventa aduciendo lesión enorme en el precio que se había convenido y pagado. El Quinto Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago, después de un juicio seguido en rebeldía del demandado, Mario García Incháustegui, accedió a lo solicitado por el demandante y por sentencia del 16 de enero de 1975 declaró la

<sup>23</sup> Párrafo considerativo cuarto. La sentencia se encuentra publicada en el *Anuario Chileno de Relaciones Internacionales*. Núm. 1. 1969. Págs. 197-198.

nulidad de la compraventa, la cancelación de la inscripción de la propiedad a nombre de la República de Cuba y la restitución del inmueble a su antiguo propietario. En tales circunstancias, el Presidente del Consejo de Defensa del Estado se dirigió a la Corte Suprema para que ésta, "en uso de sus atribuciones constitucionales y legales" dejara sin efecto la sentencia del juez del Quinto Juzgado Civil, el cual carecía de jurisdicción y competencia de acuerdo a los principios del derecho internacional para conocer de la demanda aducida en contra de un Estado independiente. La Corte Suprema, procediendo de oficio e invocando los principios de derecho internacional que determinan "que un Estado soberano no debe ser sometido a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro", no sólo dejó sin efecto la sentencia dictada por el Quinto Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago y ordenó que se restableciera la vigencia de la inscripción de dominio a nombre de la República de Cuba, sino también, en razón de las "inexcusables deficiencias del juez titular del Quinto Juzgado", le impuso una sanción de dos meses de suspensión de sus funciones.<sup>24</sup>

Las sentencias a las que se ha hecho referencia confirman que, salvo casos aislados, la posición de nuestros tribunales ha sido considerar que el derecho internacional general, expresado en la costumbre internacional y en los principios de derecho internacional, forman parte integrante del derecho chileno y que, por lo general, prevalece sobre las leyes nacionales en caso de conflicto entre uno y otro ordenamiento.

Sin embargo, en la medida que muchas normas y principios que se contenían en el derecho internacional **consuetudinario** se han transformado en normas convencionales, como ha sucedido con la multiplicación de los tratados de extradición o con las normas que regulan las inmunidades diplomáticas, los tribunales han procedido a aplicar preferentemente los correspondientes tratados, con lo cual, en la práctica, la incorporación del derecho internacional no convencional ha perdido en la actualidad parte de la importancia que anteriormente tuvo.

Los antecedentes del caso y la resolución de la Corte Suprema se encuentran en H. Llanos. *Teoría y práctica del derecho internacional público*. Tomo II. Santiago. 1980. Págs. 385-388.

### 131. *La incorporación de los tratados internacionales*

Como se ha expresado con anterioridad, comúnmente se ha considerado que los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico chileno con los mismos caracteres que las leyes, una vez que han sido promulgados por decreto supremo y publicados en el Diario Oficial. Tal criterio se funda en la asimilación que se ha hecho del tratado a la ley, cuya promulgación y publicación se encuentran regidas por los artículos 6º y 7º del Código Civil. Ese criterio ha sido sostenido invariablemente por los tribunales. Así, la Corte Suprema en una sentencia pronunciada en 1921 sostuvo:

**que los tratados internacionales, si bien son concluidos y firmados por el Presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones especiales, revisten, sin embargo, los caracteres jurídicos de verdaderas leyes, porque para que tengan fuerza obligatoria deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y promulgados en la misma forma que la ley.<sup>25</sup>**

La jurisprudencia de nuestros tribunales también ha dispuesto que un tratado internacional, aunque haya sido ratificado y depositado su instrumento de ratificación, no produce efectos jurídicos en Chile si no ha sido promulgado y publicado en el Diario Oficial. Cuando el 6 de agosto de 1976 fueron expulsados del país mediante un mero acto administrativo los abogados defensores de derechos humanos Jaime Castillo Velasco y Eugenio Velasco Letelier, se presentó a favor de ellos un recurso de amparo en el que se sostenía que tal acción era contraria al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que había sido ratificado por Chile y que incluso había depositado el correspondiente instrumento de ratificación en la Secretaría General de Naciones Unidas.<sup>26</sup> La Corte Suprema, sin embargo, en sentencia de 25 de agosto de 1976, resolvió que el Pacto no se encontraba vigente en Chile al no haber sido promulgado como ley de la República y, por lo tanto, no podía derogar el decreto ley de 1973 que sirvió de fundamento para expulsar a Castillo Velasco y Velasco Letelier.<sup>27</sup> Fallos posteriores de la Cor-

<sup>25</sup> Sucesión Juan Gardaix con Fisco. Gaceta de los Tribunales. 1921. Primer trimestre. Pág. 28. Cit. Por S. Benadava. Op. cit. Pág. 36.

Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Docto. OEA/SER.L.VIII.66. Doc.17. 1985. Pág. 147.

<sup>27</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXVI. Segunda parte. Págs. 311 y siguientes.

te Suprema dispusieron que, aunque ya había sido promulgado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero aún no se publicaba en el Diario Oficial, éste no podía tener aplicación en Chile.<sup>28</sup>

Tal criterio de los tribunales respecto de tratados internacionales que se encuentran internacionalmente en vigor, pero que no han sido publicados en el Diario Oficial, ofrece serios inconvenientes y puede llegar a socavar uno de los principios permanentes de la política exterior de Chile, cual es el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales.

### 132. *La jerarquía de los tratados internacionales*

El criterio preponderante, tal como ha sido expresado por la jurisprudencia y la doctrina, es que en Chile los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes, tanto si aquéllos han sido concluidos antes o después de la promulgación de una ley. La excepción serían los acuerdos en forma simplificada, en los que no ha mediado una aprobación legislativa.<sup>29</sup>

Con respecto a las leyes ordinarias, aun aceptando que el tratado en Chile tuviese el mismo valor que la ley, resulta evidente que si el tratado es posterior a la ley, aquél debe prevalecer sobre la ley en virtud de la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*. Ese ha sido el criterio constante de la jurisprudencia, tanto de aquella que ha aceptado que los tratados tienen el mismo valor que las leyes, como la que ha afirmado que los tratados tienen una superioridad jerárquica respecto de las leyes.

Aun respecto de los conflictos suscitados entre un tratado y una ley posterior, después de la reforma constitucional de 2005, cualquier duda que pudiese haber existido con respecto a la primacía de uno u otro, ésta quedó disipada con el añadi-

Sentencias de la Corte Suprema de 22 de octubre de 1984 y de 11 de noviembre de 1986 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Cit. por S. Benadava. Op. cit. Págs. 39 y 40.

<sup>29</sup> S. Benadava da dos ejemplos de acuerdos simplificados -uno de 1894 y otro de 1901-, los que en concepto de la Corte Suprema, al no haber sido aprobados por el Congreso Nacional, no pueden prevalecer sobre las disposiciones legales. Op. cit. Págs. 43 y 54.

do de un nuevo párrafo al artículo 54 de la Constitución, según el cual las disposiciones de un tratado "sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional". Si el tratado pudiese ser derogado o modificado por una ley posterior, ello sería contrario a las normas generales del derecho internacional, las que, de acuerdo al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, establecen que no es posible a un Estado invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

La primacía del tratado sobre la ley, que quedó consagrada con la reforma constitucional de 2005, es hoy día comúnmente aceptada por la doctrina.<sup>30</sup>

Con anterioridad a la citada reforma constitucional, el criterio prevaleciente de la jurisprudencia, aunque no unánime, era que prevalecía el tratado respecto a la ley, aunque ésta haya sido posterior. Así, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1988, recaído en el caso de Cía. Molinera San Cristóbal con Servicio de Impuestos Internos, en el que se debatía la vigencia de un impuesto establecido con posterioridad a la adopción del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT), la Corte sostuvo, entre otras consideraciones:

...que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, también vigente en este país, se aplica con preferencia al derecho interno. Por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes...<sup>31</sup>

Resulta también importante destacar en esta materia la actitud asumida por la Corte Suprema cuando ha reaccionado oportu-

<sup>30</sup> Ver A. M. García Barzelatto, "Tratados Internacionales según la Reforma Constitucional de 2005". *Revista de Derecho Público*. Vol. 68. Págs. 82-83. Santiago. 2006. Con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, ese era también el criterio preponderante de la doctrina. Así, Ernesto Barros Jarpa señala que: "una ley no puede derogar un tratado vigente, pero un tratado puede derogar una ley". *Manual de Derecho Internacional Público*. Santiago. 1964. Pág. 17.

<sup>31</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXXXV. Segunda parte, sección segunda. Pág. 12.

tuna y eficazmente frente a resoluciones adoptadas por jueces que al desconocer el derecho internacional hubiesen podido comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Ya se estudió con anterioridad el caso relativo a la sentencia dictada por un juez respecto a la nulidad de la compraventa del inmueble de la Embajada de Cuba. Otro ejemplo ilustrativo al respecto tuvo lugar en 1969 cuando el gobierno del Presidente Ovando de Bolivia nacionalizó en su país el petróleo y un agente oficioso de la Gulf Oil Co., una de las empresas afectadas, solicitó del Segundo Juzgado de Letras de Mayor Cuantía de Antofagasta las medidas precautorias de retención y prohibición de celebrar actos y contratos respecto de ciertas maquinarias enviadas a Bolivia a través del territorio chileno. El Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, mediante oficio de 4 de diciembre de 1969, puso en conocimiento de la Corte Suprema esos hechos, solicitándole que adoptase las medidas necesarias para que se aplicaran los tratados vigentes entre Chile y Bolivia, en particular el Tratado de Paz, Amistad y Comercio de 1904, la Convención de Tránsito de 1937 y la Declaración de Arica de 1953, interpretativa de los tratados anteriores, suscrita por los Ministros de Relaciones Exteriores de ambos países. La Corte Suprema se reunió de inmediato y por la unanimidad de sus jueces, después de declarar la plena vigencia de los instrumentos mencionados, dispuso que "Los tribunales chilenos carecen de jurisdicción y competencia para decretar medidas precautorias de retención y de prohibición de celebrar actos y contratos, o de otra índole, respecto a las mercaderías, maquinarias y cualquiera otra clase de carga enviadas a Bolivia, desde el exterior, desde el territorio chileno", por lo que ordenó dejar sin efecto las medidas precautorias solicitadas.<sup>32</sup>

### 133. *Conflicto entre la Constitución y los tratados*

La Constitución de 1980 creó como nuevo órgano un Tribunal Constitucional, confiriéndole, entre otras atribuciones, tal como quedó establecido en la Reforma Constitucional de 2005, la de

<sup>32</sup> Los antecedentes de este caso, incluyendo la resolución de la Corte Suprema, se encuentran en el Anuario **Chileno** de Relaciones Internacionales, Núm. 1 correspondiente a 1969.

"Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado, que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación" y la de "Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso" (artículos 93, núms. 1 y 3 de la Constitución). Las citadas disposiciones dejaron establecido en el ordenamiento constitucional chileno la subordinación de los tratados a la Constitución.

El control de la constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional tiene fundamentalmente un carácter preventivo. Como lo señala Ana María García Barzelatto, dicho control "es una manera no sólo de dejar a salvo el principio de la supremacía constitucional, sino también de evitar que una vez celebrado el tratado pueda éste ser impugnado por falta de inconstitucionalidad."<sup>33</sup>

Sin embargo, tal superioridad no lo es respecto de todos los tratados, toda vez que la Constitución de 1980, después de su reforma de 1989, confirió a los tratados sobre derechos humanos un valor igual al de la Constitución.

#### 134. *La situación de los tratados sobre derechos humanos*

La Constitución de 1980 fue modificada por la Ley 18.825, de 7 de agosto de 1989, mediante una negociación entre representantes del Gobierno del General Pinochet y de la Concertación de Partidos por la Democracia. Como resultado de esa negociación, se dispuso en su artículo 5º inciso 2º:

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

Aunque no existe unanimidad en la jurisprudencia y la doctrina sobre el alcance de esa disposición, el criterio preponde-

<sup>M</sup> A. M. García Barzelatto. Ob. cit. Págs. 81-82.



rante hoy día es que el artículo 5° inciso 2° de la Constitución confiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes un valor igual al de la Constitución.

Si bien el Tribunal Constitucional, bajo su antigua integración y antes de la reforma constitucional de 2005, ha sostenido que "no estaba en la mente del constituyente que los tratados (de derechos humanos) no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución"<sup>34</sup> y que ese criterio ha sido también compartido por una parte de la doctrina,<sup>35</sup> lo cierto es que en la actualidad el criterio mayoritario es concederles a los tratados de derechos humanos rango constitucional y una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales.<sup>36</sup> Aun antes de la reforma constitucional de 1989, en virtud de la primera parte del inciso segundo del artículo 5°, la limitación a la soberanía en razón al "respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", significaba para algunos autores que ni siquiera la Constitución podía eliminar o coartar los derechos humanos fundamentales.<sup>37</sup>

<sup>M</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2002 relativa a la constitucionalidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Dicho fallo de la mayoría del tribunal fue objeto de arduas críticas por parte de uno de sus miembros, el Ministro Libedinsky, quien en su voto de minoría sostuvo que "la interpretación del voto mayoritario del Tribunal Constitucional hace caso omiso del sentido que tuvo la reforma constitucional de 1989, con lo que se desnaturaliza el artículo 5 inciso 2° y la Reforma Constitucional de 1989 cuyo objeto y fin fue incorporar con rango constitucional los derechos asegurados por los tratados internacionales, produciéndose una verdadera mutación constitucional por vía interpretativa".

Ver, por ejemplo, R. Bertelson, "Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno", en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 23 Núms. 2 y 3. Tomo 1.

<sup>36</sup> Así lo señalan, entre otros autores, F. Cumplido, "Historia de una negociación para la protección y garantía de los derechos humanos", en *Nuevas dimensiones de la protección del individuo*. Santiago 1991. Págs. 191-197. R. Díaz A., "La reforma al artículo 5° de la Constitución", en *Nuevas dimensiones de la protección del individuo*. Santiago 1991. Págs. 199-208. C. Medina, "El derecho internacional de los derechos humanos". Ob. cit págs. 39 y siguientes. H. Nogueira, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Nuevas dimensiones de la protección dd individuo*. Vol. 23. 1996. Págs. 351 y siguientes. H. Llanos, "Teoría y práctica del derecho internacional público". Tomo I, Santiago 2005. Págs. 191 y siguientes.

<sup>37</sup> E. Evans de la Cuadra, *Los derechos constitucionales*. Tomo I. Santiago 1986. Págs. 21-22.

También la jurisprudencia de los tribunales chilenos ha otorgado a los tratados de derechos humanos un valor igual a la Constitución y superior, por ende, a los tratados ordinarios. En una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 4 de enero de 2004, confirmada por unanimidad por la 2ª Sala de la Corte Suprema el 17 de noviembre de 2004, se señala, entre otras consideraciones, que:

**El artículo 5º les otorga, así, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. (Párrafo 45.)**

**... Si los tratados de derechos humanos fueron incluidos en la modificación constitucional citada, se infiere que estos últimos necesariamente han de tener una mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional que el resto de los tratados internacionales. (Párrafo 47.)**

**De acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Constitución, los derechos humanos asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlo y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como así mismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos... (Párrafo 48.)<sup>38</sup>**

La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos surge asimismo de la historia del establecimiento de la segunda parte del inciso 2º del artículo 5º. Entre los representantes de la Concertación de Partidos por la Democracia que participaron en la negociación para incorporar esa disposición a la Constitución, se encontraba el profesor Francisco Cumplido, quien ha manifestado que la incorporación de esa disposición obedeció a que con ella "se lograba que los derechos garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados y vigentes tuvieran la misma jerarquía

<sup>38</sup> Dicho fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago fue redactado por su abogado integrante y profesor de Derecho Internacional, Hugo Llanos. La sentencia se reproduce en H. Llanos. Ob. cit. Págs. 209-223.

en el ordenamiento jurídico. En ese sentido incorporamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución".<sup>39</sup>

Para que un tratado internacional tenga jerarquía constitucional debería, de acuerdo a la citada disposición constitucional, referirse a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; haber sido ratificado el tratado por Chile y encontrarse éste vigente.

En cuanto al primer requisito, esto es, que se trate de tratados cuyo objeto sea la protección o promoción de los derechos que emanan de la naturaleza humana, podría surgir más de una interpretación al respecto. Hubiese sido conveniente por ello haber incorporado al texto constitucional un esbozo de definición de lo que son esos tratados o, al menos, haberse hecho una referencia, como la que se contiene en la Constitución de la Argentina y de otros Estados<sup>40</sup> a los tratados a los que se les confiere ese rango constitucional.

En nuestro concepto, la Constitución al referirse genéricamente a los tratados cuyo objeto es procurar el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, está incluyendo a todos los tratados que contengan disposiciones que se refieran a alguno de esos derechos. Esta interpretación amplia está en consonancia tanto con la historia del establecimiento de esta disposición en la Constitución, en la que se pretendió, sin hacer distinciones específicas, reforzar los derechos humanos en el orden constitucional chileno, como con la tendencia en el plano internacional de considerar "que todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente y que deben tratarse de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y con la misma atención", tal como lo reafirmaron los Jefes de Estado y Gobierno en la Cumbre Mundial de 2005.<sup>41</sup> Sostener que sólo un determinado tipo de tratados sobre derechos hu-

Actas de la Comisión de la Nueva Constitución. Sesión 203. Ver también F. Cumplido. "Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos, en *Nuevas Dimensiones de la Protección del Individuo*. Santiago 1991. Págs. 191-197.

Ver en este Capítulo, la Sección III. N° 128.

" Resolución 60/1 de 16 de septiembre de 2005. Documento final de la Cumbre Mundial 2005. Párrafo 121.

manos, y no otros, estarían comprendidos en esa protección adicional que confiere a esos tratados la Constitución chilena sería apartarse de las motivaciones que se tuvieron en cuenta para incorporar esa disposición y de la interpretación amplia que prevalece hoy día en cuanto a lo que son los derechos humanos.

Los tratados, pues, que en Chile tienen rango constitucional son todos aquellos que contienen disposiciones relativas a los derechos humanos, cualquiera que ésta sea. Estos tratados comprenden, a modo de ejemplo, no sólo los instrumentos convencionales de carácter general, como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, sino también los convenios laborales, adoptados en las Conferencias de la OIT, las convenciones relativas a refugiados y al asilo, los convenios del derecho internacional humanitario aplicables en caso de conflictos armados, los tratados que procuran prevenir o eliminar la discriminación racial, religiosa o de género, los que establecen una protección especial respecto a determinadas personas o grupos, los que castigan determinados crímenes contra la humanidad, etc.

En cambio carecerían de rango constitucional los instrumentos que no son tratados, por ejemplo las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas como la Declaración Universal de Derechos Humanos. El asunto, sin embargo, carece de importancia práctica toda vez que, por lo general, el contenido de esas resoluciones se ha ido incorporando después a tratados internacionales.

El tratado requiere, además, para que tenga rango constitucional, que haya sido ratificado por Chile y que se encuentre en vigencia. Respecto de este último requisito, creemos que la vigencia comprende tanto la internacional, la que se produce cuando el tratado ha entrado en vigor al haberse completado el número de depósito de instrumentos de ratificación o adhesión requeridos, como la interna chilena, la que se cumple con la promulgación del tratado y su publicación en el Diario Oficial.



## CAPÍTULO SEXTO

# EL ESTADO COMO SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL

### *Sección I*

#### LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL

##### 135. *Los sujetos de derecho internacional*

Sujetos de derecho internacional son las entidades o personas que pueden ejercer derechos o a quienes se les pueden imponer obligaciones establecidas por el derecho internacional y que tienen capacidad para entablar relaciones con otros sujetos de ese ordenamiento.

El atributo de sujeto de derecho internacional implica, pues: 1) que el sujeto tiene capacidad para ejercer derechos propios del derecho internacional, como celebrar un tratado o efectuar una reclamación ante un órgano jurisdiccional internacional, o 2) que al sujeto se le puedan imponer deberes u obligaciones cuya infracción le acarrea una responsabilidad establecida por el derecho internacional, o 3) que el sujeto tiene capacidad para adoptar acciones o entablar relaciones respecto a otros sujetos de derecho internacional, como podría ser el acreditar a un representante oficial ante un Estado.

Para el derecho internacional clásico, que prevaleció hasta la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, los únicos sujetos de derecho internacional eran los Estados,<sup>1</sup> aunque también

Así lo sostenían la mayoría de los textos de derecho internacional de esa época (véase, por ejemplo, las primeras ediciones del *Tratado de Derecho Internacional Público* de L. Oppenheim). También así lo reconoció el año 1927 la Antigua Corte Permanente de Justicia Internacional en el ya citado caso del Lotus.

excepcionalmente se admitió esa condición a la Santa Sede, la que entre los años 1870 y 1929 careció de territorio y, por lo tanto, en esa época no podía ser considerada un Estado.

Con posterioridad al establecimiento de las Naciones Unidas se reconoció la condición de sujeto de derecho internacional a las organizaciones internacionales. Así lo ha confirmado la Corte Internacional de Justicia en algunas de sus opiniones consultivas a las que se hará referencia al estudiar las organizaciones internacionales.<sup>2</sup>

Por otra parte, los conflictos internos que se suscitaron en algunos Estados; las luchas de pueblos sometidos a una dominación colonial para alcanzar su independencia; las controversias que se han producido entre la población de un territorio que aspira a constituirse en Estado y los Estados vecinos que reclaman para sí ese territorio, ha llevado, en esas situaciones, al reconocimiento de ciertas subjetividades internacionales, como ha ocurrido, por ejemplo, con el reconocimiento de beligerantes e insurrectos y de los movimientos de liberación nacional. Contrariamente a los Estados, cuya existencia y subjetividad internacional es independiente a su reconocimiento, la condición de sujeto internacional en todos estos casos requiere de un reconocimiento internacional.

Por último, como resultado del desarrollo que ha adquirido el Derecho Internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal, actualmente el individuo posee derechos y es susceptible de adquirir responsabilidades emanadas directamente del derecho internacional que hacen que su condición de sujeto de derecho internacional resulte hoy día incuestionable.

En todo caso, el tema de la subjetividad internacional en la actualidad está regido por criterios más pragmáticos que teóricos, en el sentido que para determinar si una entidad o persona posee la condición de sujeto de derecho internacional deberá examinarse si, en los hechos, éstos poseen los atributos de tales, es decir, si pueden ejercer derechos o asumir obligaciones emanadas del derecho internacional, así como si poseen cierta capacidad para entablar relaciones en el plano internacional.

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo, ICJ Reports. 1949. Págs. 174 y 186, y ICJ Reports. 1980. Pág. 89.

También resulta evidente que no todos los sujetos de derecho internacional poseen iguales características en lo que se refiere a la naturaleza y extensión de sus derechos y deberes. Como lo dijera la Corte Internacional de Justicia:

**Los sujetos de derecho en cualquier sistema jurídico no son idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos.<sup>1</sup>**

## *Sección II*

### CONCEPTUALIZACIÓN DEL ESTADO COMO SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL

#### **136. *Concepto y elementos del Estado***

Aunque el Estado no sea en la actualidad el único sujeto de derecho internacional, continúa siendo el más importante.

Desde el punto de vista del derecho internacional puede definirse al Estado como una entidad dotada de población, territorio y gobierno que goza de independencia.

La Convención de Montevideo de 1933 sobre Derechos y Deberes de los Estados dispone en su artículo 1 que:

**El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos:**

- I. Población permanente.**
- II. Territorio determinado.**
- III. Gobierno.
- IV. Capacidad para entrar en relación con los demás Estados.**

Existe un amplio consenso entre todos los autores de derecho internacional en que los tres primeros elementos mencionados -población, territorio y gobierno- constituyen elementos esenciales para caracterizar a un Estado. Sin embargo, a la vez, esos elementos no serían suficientes para conceptualizar a un Estado. La Convención de Montevideo de 1933 añadió como cuarto elemento el de la capacidad para entrar en relaciones con los demás Estados, lo que implicaría que un Estado podría ser

<sup>1</sup> Opinión consultiva en el caso sobre Reparación de Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas. ICJ Reports. 1949. Pág. 178.



tal, aun si no fuese independiente, ya que según ese texto para que un Estado fuese tal, además de los tres elementos señalados, sería suficiente que pudiera entrar en relación con otros Estados, criterio este sostenido también por la Corte Internacional de Justicia, la que expresó que:

**Francia no niega que Marruecos, aun bajo protectorado, mantiene su personalidad como Estado en Derecho Internacional.<sup>4</sup>**

Para el derecho internacional contemporáneo, que ha incorporado principios como el de la autodeterminación de los pueblos, no resulta concebible que un Estado sea tal y pueda ejercer las competencias propias del sujeto de derecho internacional si su representación externa le ha sido impuesta o se la ha conferido a otro Estado, como acontece con los protectorados. El elemento de la independencia es, pues, hoy día esencial para configurar a un Estado.

A continuación se analizarán cada uno de los elementos del Estado, esto es: a) la población; b) el territorio; c) el gobierno, y d) la independencia.

### **137. *La población***

El primer elemento del Estado es su población. No hay Estado sin población. El derecho internacional, sin embargo, no exige un mínimo de población para que una entidad pueda ser considerada como Estado. El asunto fue discutido en el pasado, especialmente en 1964, cuando se reformó la Carta de la OEA para establecer normas respecto a la admisión de nuevos Estados, y en 1969 dentro de un Comité de Expertos nombrado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para estudiar el problema de la admisión de los mini-estados; pero en ambos casos no se llegó a un acuerdo, prevaleciendo el criterio, fundado en el principio de la igualdad soberana de los Estados, de que no es necesaria una cantidad determinada de habitantes para constituir un Estado. Hoy día, pues, encontramos Estados con una población muy reducida, como es el caso de algunas islas en la Oceanía, como Nauru, Palau y Tuvalu, con cerca de 10.000 ha-

<sup>4</sup> ICJ Reports. 1952. Pág. 188.

hitantes cada una de ellas; o de Licchtenstein y San Marino en Europa, con aproximadamente 30.000 y 26.000 habitantes respectivamente. En el Caribe Oriental en el continente americano encontramos también Estados como Antigua y Barbuda, Dominica, Grenada y San Cristóbal y Nieves, cuyas correspondientes poblaciones no alcanzan los 100.000 habitantes.

La población de un Estado la constituyen sus nacionales y los extranjeros que residen permanentemente en su territorio. Respecto de los primeros, el Estado ejerce sus poderes en razón del vínculo que origina la nacionalidad, el cual le permite al Estado ejercer su jurisdicción respecto de ellos aun si no se encuentran en su territorio.

La población de un Estado también está constituida por los extranjeros que residen en forma permanente en su territorio. Los poderes del Estado en ese caso emanan de la jurisdicción que el derecho internacional le reconoce sobre su territorio y las personas que se encuentran dentro de él. Por ello también, excepcionalmente y para ciertos efectos limitados, la población de un Estado podría incluir a los extranjeros que se encuentran transitoriamente dentro del territorio del Estado.

### 138. *El territorio*

El territorio, esto es, el espacio físico sobre el cual el Estado ejerce su jurisdicción, constituye también un elemento esencial del Estado. El territorio comprende la superficie terrestre, incluyendo dentro de ella el subsuelo, los ríos y lagos; los espacios marítimos de las aguas interiores y el mar territorial; y el espacio aéreo.

Al igual que acontece con la población, el derecho internacional no exige una determinada extensión de territorio para que un Estado pueda ser considerado tal. De hecho, ocho Estados -Rusia, Canadá, China, Estados Unidos de América, Brasil, Australia, India y la Argentina- poseen más de la mitad de las tierras del planeta, mientras los cien Estados más pequeños no alcanzan al 1 % de la superficie del globo terráqueo.

Si bien, en principio, el territorio de un Estado debe ser cierto y estable, no es estrictamente necesario que éste se encuentre enteramente delimitado. De hecho, varias repúblicas latinoamericanas fueron delimitando sus fronteras muchos años

después de haber obtenido su independencia y de haber sido reconocidas como Estados. Por ello carece de validez jurídica el argumento que en el pasado fue invocado por algunos Estados para no reconocer a Israel porque sus fronteras aún no se encontraban delimitadas.

### **139. *El gobierno***

Para que la población establecida en un territorio pueda ser considerada Estado es necesaria la existencia de una cierta organización política, es decir, de un gobierno.

La existencia, pues, de un gobierno con capacidad para mantener el orden interno y conducir las relaciones exteriores constituye también un elemento esencial del Estado.

La forma de gobierno es, en principio, irrelevante a los efectos de la subjetividad internacional. Tan sujetos de derecho internacional son los Estados unitarios como los federales, los republicanos como los monárquicos.

### **140. *La independencia***

No basta que una población habite en un territorio y que disponga de un gobierno para que exista un Estado. Es necesario un elemento adicional.

Para una buena parte de la doctrina, hasta bien avanzado el siglo XX ese cuarto elemento estaba constituido por la soberanía; sin embargo, lo equívoco de ese término y el hecho que los Estados gradualmente hayan ido cediendo una parte de su soberanía a instituciones internacionales creadas por los mismos Estados, hace aconsejable caracterizar este cuarto elemento con la independencia, es decir, la ausencia de control o subordinación respecto a otro Estado.

El Estado independiente es aquel que en forma efectiva y sin la injerencia de otro Estado ejerce su jurisdicción sobre todo su territorio y que se encuentra en condiciones por sí solo de entablar relaciones con otros Estados y sujetos de derecho internacional. El profesor Charles Rousseau, quien fue uno de los primeros autores en caracterizar a la independencia como uno de los elementos esenciales para calificar jurídicamente al Estado, señala que la independencia del Estado implica que éste dis-

pone de la exclusividad, la autonomía y la plenitud de las competencias/'

La exclusividad se manifiesta en que el Estado dispone del monopolio de las competencias coercitivas, jurisdiccional y de la organización de los servicios públicos.

La autonomía de las competencias significa que un Estado puede obrar según su voluntad, sin tener que seguir las directrices que otro Estado quisiera imponerle.

La plenitud de las competencias se expresa en que la competencia estatal es indeterminada *ra done materia*, aunque esa extensión de la competencia debe entenderse, por cierto, dentro del respeto a los derechos de los otros Estados y de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

### *Sección III*

#### TIPOS DE ESTADOS

##### ***141. Confederación y federación de Estados***

La estructura del Estado independiente es también irrelevante para el derecho internacional. La forma más generalizada de Estado está constituida por el Estado unitario. Sin embargo, tanto en la experiencia histórica como en la práctica actual se encuentran algunas formas complejas de Estado que resulta de interés estudiar a los efectos de determinar su personalidad jurídica. Desde ese punto de vista cabe examinar en primer lugar la situación de las confederaciones de Estados que existían en el pasado y del Estado federal.

La confederación de Estados es una asociación política de Estados, en la que cada uno de los Estados conserva su personalidad jurídica. La confederación posee un órgano común encargado de las relaciones externas y de otros asuntos de interés colectivo. Generalmente la Confederación de Estados ha tenido un carácter transitorio y, si no se ha desintegrado, ha desembocado en la formación de un Estado Federal.

<sup>3</sup> C. Rousseau. "L'indépendance de l'État dans l'ordre international. RCADI. 1948, págs. 171-253, y *Derecho Internacional Público Profundizado* (trad.). Buenos Aires. 1966. Págs. 118-121.

El primer ejemplo de confederación de Estados se dio entre 1778 y 1789 con las colonias británicas que posteriormente formaron los Estados Unidos de América como un Estado federal. En Europa, entre los años 1815 y 1848 se formó la Confederación Helvética, la Germánica entre 1815 y 1866 y la de Alemania del Norte de 1867 a 1871. En América Latina, como ejemplo de confederación de Estados, deben mencionarse las que existieron entre Bolivia y Perú entre 1836 a 1839 y la que formaron Honduras, Nicaragua y El Salvador entre 1895 y 1898.

El Estado federal constituye una sola persona jurídica a los efectos de su subjetividad internacional. La conducción de las relaciones exteriores del Estado se encuentra a cargo de un gobierno central. En el plano interno se produce un desdoblamiento en el ejercicio del poder; algunos asuntos de importancia general para el Estado son confiados al gobierno central, mientras que cada uno de los estados, provincias o cantones que forman el Estado federal ejercen su autoridad localmente en materias ejecutivas, legislativas y judiciales. Incluso esos estados, provincias o cantones, si están autorizados por sus correspondientes Constituciones, pueden llegar a tener ciertas atribuciones de carácter internacional, como celebrar acuerdos o convenios en materia de importancia restringida; pero tales atribuciones no le confieren una subjetividad internacional.

El primer Estado federal fue el de los Estados Unidos de América, cuya Constitución de 1787 sirvió de modelo para la formación de otros Estados federales. En Europa, Suiza (1848) y Alemania (1949) constituyen los ejemplos más característicos de federalismo. En América Latina, Argentina (1853), México (1857), Brasil (1889) y Venezuela (1893) se han organizado como Estados federales.

#### ***142. Uniones personales y reales***

La unión personal existe cuando dos Estados independientes y separados se encuentran unidos por el hecho de tener en común a un mismo Jefe de Estado, generalmente un monarca.

Como ejemplos históricos de uniones personales pueden recordarse las que existieron entre Inglaterra y Hannover (1714-1837), los Países Bajos y Luxemburgo (1815-1890), Bélgica y el Congo (1885-1908). En la actualidad puede considerarse como

unión personal la que existe entre el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y aquellos Estados que forman parte de la Comunidad Británica de Naciones (Commonwealth) y que tienen como Jefe de Estado al Rey o Reina de la Corona Británica, que es el caso de Antigua y Barbuda, Australia, Bahamas, Barbados, Belice, Canadá, Grenada, Islas Salomón, Jamaica, Mauricio, Nueva Zelanda, Papua-Nueva-Guinea, San Cristóbal-Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Tuvalu.<sup>6</sup>

En la unión real, dos Estados mediante un tratado o un acuerdo entre ellos se unen para constituir una sola entidad internacional, aunque cada uno de sus Estados, a los efectos internos, puede mantener una personalidad propia. Al igual que como ha sucedido con las uniones personales, esta forma de Estado se ha dado históricamente de preferencia con las monarquías. Se diferencian las uniones reales de las personales, en que en las primeras la unión no ha sido accidental, sino pactada con la intención de hacerla permanente y de formar un solo Estado. En la unión personal, en cambio, cada uno de los Estados es independiente y conserva su propia personalidad internacional. Como ejemplos de uniones reales pueden citarse las que existieron entre Suecia y Noruega (1815-1905), Austria y Hungría (1867-1918) y Dinamarca e Islandia (1918-1944).

<sup>6</sup> Es difícil caracterizar a la Comunidad Británica de Naciones, dada su flexibilidad y constante evolución. Ciertamente no es una unión personal o real ni ninguna otra forma compleja de unión de Estados; tampoco, estrictamente, es una organización internacional, aunque se acerca más a ella que a una forma de unión de Estados. Lauterpacht señala que él "Commonwealth es una comunidad de Estados en la cual la falta de una base jurídica rígida de asociación está ampliamente compensada con los vínculos de origen común, historia, tradición jurídica y solidaridad e intereses". L. Oppenheim. *Tratado de Derecho Internacional Público* (trad. de la VIII edición inglesa). Tomo I. Vol. I. Barcelona 1961. Pág. 224. A la vez, la Declaración de Principios del Commonwealth suscrita por los Jefes de Gobierno de los Estados Miembros en 1971, en Singapur, autodefine a la Comunidad como "una asociación voluntaria de Estados independientes y soberanos, cada cual es responsable de sus propias políticas, que se consultan y cooperan en los asuntos de interés común para sus pueblos y para la promoción internacional de la paz mundial". Actualmente de los 49 miembros del Commonwealth sólo 17 de ellos tienen como Jefe de Estado a la titular de la Corona Británica. En ocho casos el Jefe de Estado es el propio monarca del correspondiente Estado, y el resto, 24 Estados, incluyendo a la India, Pakistán e importantes Estados africanos, son repúblicas sin ninguna vinculación formal con la Corona Británica.

En tiempos más modernos y recientes pueden citarse dos ejemplos de uniones reales: la de la República Árabe Unida, que se dio entre 1958 y 1961 al fusionarse Egipto con Siria, pero manteniendo cada Estado una relativa autonomía interna, y Serbia-Montenegro, experiencia que duró, al igual que la anterior, tres años, entre 2003 y 2006.

Al producirse la disolución de la antigua Yugoslavia, Serbia y Montenegro quedaron formando parte de la República Federativa de Yugoslavia, la que con ese nombre siguió actuando en Naciones Unidas y, en general, en el plano internacional. Las reclamaciones que ello originó de parte de la Unión Europea y de algunas de las ex repúblicas yugoslavas, llevó a que Serbia y Montenegro acordaran entre ellas una "unión de Estados", conservando cada uno de ellos una autonomía interna, pero formando una sola entidad con personalidad internacional. Al aprobarse en febrero de 2003 la Constitución por las Asambleas Generales de Serbia y de Montenegro y por la Asamblea Federal, quedó constituido el Estado de Serbia y Montenegro y oficialmente extinguida la República Federativa de Yugoslavia. La Constitución en su artículo 2 dispuso que "Serbia y Montenegro se basa en la igualdad de sus dos Estados miembros" y en el artículo 14 se agrega que "Serbia y Montenegro serán un solo sujeto de derecho internacional...".

El Estado de Serbia y Montenegro fue organizado en forma provisional. Al cabo de tres años -el año 2006- cada uno de esos dos Estados, en un plebiscito, debía decidir si continuaba como un solo Estado o se separaban para formar cada uno un Estado independiente. En el plebiscito efectuado el 21 de mayo de 2006, los habitantes de Montenegro decidieron separarse de Serbia. Pocas semanas después Montenegro fue admitido como nuevo Estado en Naciones Unidas.

Una particular situación de un Estado compuesto es la que se refiere a Bosnia-Herzegovina, Estado que se independizó en 1992 y pasó a constituir una república autónoma. Al poco tiempo de haber logrado su independencia estalló una cruenta guerra civil de carácter étnico, en la que los serbios, liderados por Radovan Karadzic, proclamaron la República Serbia de Bosnia, ocuparon gran parte del territorio de Bosnia-Herzegovina y emprendieron una "limpieza étnica", dejando a los bosnios de ori-

gen musulmán sólo unos enclaves en Sarajevo, Tuzla, Zepa, Gorazde, Srebrenica y Bihac bajo la protección de las Naciones Unidas. Después de intensos combates, de frustrados intentos de negociaciones diplomáticas y de intervenciones de Serbia y Croacia, así como de la OTAN, convocados por el Presidente de Estados Unidos, William Clinton, se reunieron en 1995 en Dayton, Ohio, los Presidentes de Bosnia, Croacia y Serbia y, entre otros acuerdos, decidieron que Bosnia-Herzegovina siguiese siendo un solo Estado dividido en dos entidades políticas distintas: la federación croata-musulmana (Federación de Bosnia-Herzegovina), con aproximadamente el 51% del territorio, y la República Serbia de Bosnia (República Sparska) con el 49% restante. Los acuerdos de Dayton fueron posteriormente refrendados por un tratado de todas las partes involucradas, el cual fue firmado en París el 14 de diciembre de 1995.

La situación de Bosnia-Herzegovina como Estado compuesto por dos federaciones es única en el derecho internacional contemporáneo, al haberse formado un Estado artificial constituido por una federación de musulmanes y croatas y una república de serbios. Si bien este sistema de división étnico-religioso permitió poner fin a una cruenta guerra, ella ha originado un sistema que en la práctica no funciona o genera graves dificultades y ha alentado una vocación secesionista de los bosnios serbios que aspiran a que la República Sparska se independice o se integre a Serbia.

#### 143. *Los Estados sometidos a neutralidad perpetua*

Una modalidad de Estados que en el pasado adquirió una especial importancia es la de los Estados sometidos a neutralidad perpetua. En esta situación el Estado continúa siendo independiente y mantiene íntegramente su personalidad internacional. El Estado que voluntariamente o como resultado de una imposición se somete o es sometido a una neutralidad perpetua, no puede declarar la guerra ni formar parte de alianzas militares que lo puedan conducir a la guerra. Generalmente la neutralidad se establece en un tratado internacional en el cual participan los Estados más interesados en garantizar esa neutralidad.

La institución de la neutralidad perpetua surgió en el siglo XI. El primer Estado que tuvo esa condición fue Suiza, como



una forma de garantizar su unidad en razón de su diversidad lingüística. La neutralidad de Suiza arranca del Congreso de Viena de 1815. Suiza en los siglos XIX y XX mantuvo una estricta neutralidad que la llevó incluso a no participar en organizaciones internacionales de carácter político; pero esa actitud gradualmente fue cambiando y en 2002 Suiza ingresó como miembro de las Naciones Unidas.

En 1831 Bélgica fue neutralizada, situación que perduró hasta 1919.

En 1867 se celebró un tratado en el que quedó establecida la neutralidad de Luxemburgo, por Austria, Francia, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos, Prusia y Rusia. En ese instrumento se estableció que Luxemburgo no podría tener fuerza armada, salvo una policía para mantener el orden público interno. En 1914 Alemania, para invadir Francia, violó tanto la neutralidad de Bélgica como la de Luxemburgo, lo que motivó que el Tratado de Versalles de 1919 diera por terminado el régimen de neutralidad de esos dos Estados.

Con el Tratado de Letrán de 1929 entre Italia y la Santa Sede se dispuso que la Ciudad del Vaticano es "neutral e inviolable".

Al término de la Segunda Guerra Mundial, Finlandia firmó dos tratados, uno con los aliados y otro con la Unión Soviética, estableciendo la neutralidad finlandesa. Sin embargo, progresivamente Finlandia ha ido desarrollando una política exterior afín con los países de la Unión Europea, que lo llevó finalmente en 1995 a ingresar como miembro de ella.

En 1955, al ponerse término a la ocupación de Austria, ese Estado y las potencias ocupantes, Estados Unidos de América, Francia y Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión Soviética, convinieron en un tratado que Austria quedaría sometida perpetuamente a neutralidad además de otras limitaciones que se le impusieron en ese tratado, lo que no ha obstado para que ese mismo año ingresara a las Naciones Unidas y a que desde 1994 Austria forme parte de la Unión Europea.

En 1962 fue declarada la neutralidad permanente de Laos mediante un tratado firmado en Ginebra por Birmania, Camboya, Canadá, la República Popular de China, Estados Unidos, Francia, India, Polonia, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República de Vietnam, la República Demo-

crática de Vietnam, la Unión Soviética y Tailandia, en la que se dispuso que Laos "no tomará parte en ninguna alianza militar o de otra clase que sea incompatible con su neutralidad"; el Tratado de Ginebra asimismo dispuso que "no se permitirá el establecimiento de ninguna base militar extranjera en territorio laosiano".

En 1984, Costa Rica, mediante una declaración unilateral, proclamó su neutralidad a perpetuidad.

En el siglo XXI la institución de la neutralidad perpetua ha perdido gran parte de su relevancia. En primer lugar, porque varias de las obligaciones o compromisos establecidos en el correspondiente tratado para el Estado neutral, también han sido recogidos por el actual derecho internacional general; y enseguida porque el proceso de globalización e interdependencia que caracteriza en la actualidad a las relaciones internacionales, ha llevado inexorablemente a todos los Estados a participar en instancias y organismos internacionales de carácter político, técnico o económico que antes era discutible que estuviesen abiertos a los Estados neutrales, lo que explica, por ejemplo, que Suiza, modelo de Estado neutral y que todavía conserva su estatuto de tal, haya abandonado su política de marginación de las organizaciones internacionales.

Por último, no debe confundirse la situación de neutralidad perpetua de un Estado con la neutralización de una parte de su territorio o de una vía de navegación. En esos casos, los Estados contratantes asumen la obligación de abstenerse de realizar actos de beligerancia en el lugar neutralizado, y el tratado, por lo general, prohíbe que se construyan fortificaciones o defensas militares. Por ejemplo, el Estrecho de Magallanes fue neutralizado a perpetuidad por el Tratado de 1881 entre Argentina y Chile, el cual además estableció la libre navegación para las banderas de todas las naciones, disponiendo en su artículo 4 que "en el interés de asegurar esta libertad y neutralidad, no se construirán en la costa fortificaciones ni defensas militares...". Igualmente la Convención de Constantinopla de 1888 dispuso la neutralización del Canal de Suez. En el Tratado de Paz de Italia con los Aliados de 1946 quedó consagrado el estatuto de neutralidad de la Ciudad Libre de Trieste, la que fue desmilitarizada con la prohibición de estacionar en ella fuerzas armadas. Esta

situación perduró hasta el año 1954, en que Trieste volvió a ser parte de Italia.

#### **144. *Los Estados dependientes***

Los Estados dependientes son los que al estar subordinados a otro Estado a los efectos de la conducción de sus relaciones exteriores, carecen de personalidad internacional. No pueden, por lo tanto, ser considerados sujetos de derecho internacional, aunque en la mayoría de los casos disponen de ciertas capacidades para realizar actos internacionales de importancia restringida.

Históricamente las formas más usuales de Estados dependientes han sido las de los Estados vasallos y las de los Estados protegidos o protectorados. En la actualidad, los Estados asociados constituyen la expresión más importante de Estados dependientes. La característica de estos Estados es que la conducción de sus relaciones exteriores es ejercida por otro Estado.

Los Estados vasallos, además, pagaban un tributo o una prestación al Estado al cual se encontraban sometidos, aunque podían realizar determinados actos internacionales, como celebrar tratados en materias administrativas o ejercer el derecho de legación, activo y pasivo, a través de cónsules. El vasallaje fue el régimen que el Imperio Otomano impuso a algunos Estados especialmente del Norte de Africa y de los Balcanes. Túnez, hasta 1881, Serbia (1829-1878), Bulgaria (1878-1908), Creta (1878-1913) y Egipto (1840-1914) fueron Estados vasallos de Turquía.

En los protectorados, si bien no hay una caracterización general y cada uno de ellos debe ser analizado a la luz del correspondiente tratado que lo ha constituido, el Estado protegido conserva cierta autonomía interna, aunque limitada por los poderes que le corresponde desempeñar al gobernador, jefe militar o comisionado del Estado protector. Si bien su representación exterior, por lo general, estaba a cargo del Estado protector, el Estado protegido, en algunos casos, podía ejercer ciertos actos internacionales, como celebrar tratados con otros Estados respecto de determinadas materias. Esa situación llevó en 1952 a la Corte Internacional de Justicia a sostener que Marruecos, aun siendo un protectorado de Francia, había conservado su perso-

nalidad de Estado en el derecho internacional,<sup>7</sup> criterio difícil de sostener actualmente a la luz del moderno derecho internacional.

Túnez, desde 1883 hasta su independencia en 1956, fue protectorado de Francia. Igualmente Marruecos, desde 1912 hasta su independencia en 1956, fue también protectorado de Francia, aunque a la vez una parte menor de su territorio estuvo sometida al protectorado de España en esa misma época.

Por su parte, Gran Bretaña tuvo como protectorado a Egipto desde 1914 hasta 1922; asimismo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y hasta su independencia en la década de los años 60, fueron protectorados británicos la Costa de Oro (hoy Ghana), Gambia, Kenia, Nigeria, Rhodesia del Norte (hoy Zambia), Rhodesia del Sur (hoy Zimbabwe), Sierra Leona, Somalia, Swazilandia, Uganda y Zanzíbar (que actualmente es parte de Tanzania). Igualmente fueron Estados protegidos del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Asia, Adén (que hoy forma parte de la República del Yemen), la mayoría de los actuales Estados de la Federación de Malasia, Bahrein, Brunei, Kuwait, Qatar, las Islas Maldivas, los Califatos de Omán y Qatar, algunos de los cuales mantuvieron esa condición hasta la década de los años 70 del siglo XX. Actualmente no existen protectorados. Posiblemente el último protectorado, con las características de tal, fue el Principado de Andorra, el cual hasta su independencia en 1993, fue un coprotectorado de Francia y de España, que lo ejercitaba a través del obispo español de Urgel.

Subsisten, sin embargo, en la actualidad Estados dependientes que carecen de personalidad internacional. Es el caso de los Estados asociados autónomos que tienen dicha condición por un acto de libre determinación o por un acuerdo con el Estado con el cual se han asociado. Tal es la situación, por ejemplo, de las Islas Cook y de Niue, que se encuentran asociados a Nueva Zelanda. Antes lo fueron, hasta 1991, los Estados Federados de Micronesia, que en 1983 habían acordado asociarse a los Estados Unidos de América.

Esos Estados, en general, no gozan de personalidad propia internacional, la cual corresponde al Estado al que se han aso-

<sup>7</sup> ICJ Reports. HL.VJ. p. 188.

ciado. Con todo, pueden tener cierta capacidad internacional. El artículo 305 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por ejemplo, permite a los Estados asociados autónomos ser partes de la referida Convención cuando "hayan optado por esa condición en un acto de libre determinación supervisado y aprobado por las Naciones Unidas..."<sup>11</sup> o que "de conformidad con sus respectivos instrumentos de asociación, tengan competencia sobre las materias regidas por la Convención",

En la actualidad el caso más importante de Estado asociado autónomo está constituido por el Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Puerto Rico, tras haber sido colonia española hasta 1898, pasó a ser colonia estadounidense como consecuencia de la guerra hispano-norteamericana. En 1950 se proclamó el estatuto de Estado Libre Asociado, y en 1952 se aprobó en un plebiscito una nueva Constitución que le confirió a Puerto Rico plena autonomía interna; pero en materias monetarias, de defensa y de relaciones exteriores se encuentra bajo la dependencia de los Estados Unidos de América. Sucesivos plebiscitos y referendos han ido confirmado ese estatuto y rechazando su población tanto la posibilidad de constituirse como un Estado independiente o de integrarse plenamente a la Unión como nuevo Estado de los Estados Unidos de América.

#### *Sección IV*

### NACIMIENTO, CONTINUIDAD Y EXTINCIÓN DE LOS ESTADOS

#### 145. *Nacimiento de los Estados*

En principio, el nacimiento de un Estado es un asunto ajeno al derecho internacional. Basta que se den los elementos constitutivos del Estado -población, territorio, gobierno e independencia- para que exista un Estado. De ahí que el artículo 13 de la Carta de la OEA disponga:

**La existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados. Aun antes de ser reconocido, el Estado tiene el derecho de defender su integridad e independencia, proveer a**

su conservación y prosperidad y, por consiguiente, organizarse como mejor lo entendiere, legislar sobre sus intereses, administrar sus servicios y determinar la jurisdicción y competencia de sus tribunales.

El reconocimiento, que será estudiado más adelante, es el que viene a regular la situación jurídica del Estado que ha nacido.

Conviene recordar, sin embargo, sucintamente los modos más frecuentes que han dado origen al nacimiento de un Estado. Ellos han sido:

a) la **independencia** de la antigua metrópoli. Ha sido la causa principal del nacimiento de los Estados que forman la actual comunidad internacional. Así nacieron los Estados Unidos de América, que se separaron de Gran Bretaña en el siglo XVIII; las repúblicas latinoamericanas que formaban parte de España y Portugal y se separaron en el siglo XIX; y en el siglo XX, como consecuencia del proceso de descolonización, numerosos Estados lograron su independencia en África, Asia, el Caribe americano y Oceanía;

b) la **ocupación** de un territorio *res nullius*, como aconteció con Liberia, cuyo territorio en África Occidental fue ocupado en 1822 por esclavos libertos de Estados Unidos; o con Transvaal, territorio que fue ocupado en 1848 por colonos holandeses (los llamados bóers). El Transvaal, tras la guerra de los ingleses con los bóers, se incorporó en 1910 a la Unión Sudafricana, hoy República Sudafricana;

c) la **unificación**, que tiene lugar cuando varios Estados se fusionan para formar uno solo, como sucedió en el siglo XIX con Alemania e Italia. En el siglo XX pueden citarse los casos de Tanzania, resultado de la fusión en 1954 de Tangañica y Zanzíbar, y de la República del Yemen, que resultó de la fusión en 1990 de la República Árabe del Yemen (Yemen del Norte) con la República Popular Democrática del Yemen (Yemen del Sur);

d) la **disolución**, la que ocurre cuando dos o más Estados se separan de un antiguo Estado para constituir uno independiente. Así aconteció a comienzos de la década de los 90 con las disoluciones de la Unión Soviética y de la República Federativa de Yugoslavia, las que dieron lugar a la formación de varios Estados independientes. En 1993 la República Checa y Eslovaquia

conviniere en disolver Checoslovaquia y formar dos Estados independientes;

e) la *sucesión o separación*, que tiene lugar cuando una parte de un Estado se separa para constituirse en un nuevo Estado independiente. Panamá, por ejemplo, en 1903 se separó de Colombia; Bangladesh se formó en el año 1971 al separarse de Pakistán; Singapur en 1965 se separó de la Federación de Malasia; y Eritrea en 1993 se separó de Etiopía.

Debe observarse que en los medios de nacimiento de Estados señalados, el nacimiento ha constituido un hecho que no necesariamente ha ido acompañado de un acto jurídico formal. Con posterioridad a su nacimiento o al momento de éste, la creación de un Estado puede constar de un acto jurídico, como un tratado, una ley interna de un Estado o una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas. Así, por ejemplo, sucedió en el Tratado de Versalles de 1919, en el que, entre otros aspectos, se proclamó la independencia de Polonia; o con una ley, como la promulgada por Estados Unidos en 1924, en la que se estableció un proceso para la independencia de Filipinas; o con la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada en 1948, en la que junto con disponerse la partición de la Palestina, se estableció el Estado de Israel.

#### 146. *Identidad y continuidad del Estado*

Los Estados a través del curso del tiempo pueden experimentar cambios en cada uno de sus elementos constitutivos, esto es, en su población, su territorio o su gobierno, sin que ello afecte a su continuidad e identidad.

En Francia, por ejemplo, desde 1789 hasta el presente, una parte importante de su población ha emigrado a otros continentes y, a la vez, ha recibido una considerable cantidad de inmigrantes; en esos años, en varias guerras ha perdido y ha adquirido partes de su territorio y también durante ese lapso Francia ha tenido los más variados tipos de gobierno y de organización política. Ha sido imperio, monarquía con distintas dinastías y ha experimentado cinco repúblicas, cada una de ellas con una organización política diferente, sin que su personalidad internacional haya sido afectada. Incluso durante la Segunda Guerra

Mundial una parte de su territorio fue ocupada por Alemania y la identidad de Francia como tal subsistió.

El cambio de nombre de un Estado tampoco afecta a su continuidad. De hecho algunos Estados de África y Asia han cambiado su nombre sin que ello importe un cambio en su identidad.<sup>8</sup>

Más difícil a los efectos de determinar la identidad y continuidad del Estado es la situación que se produce cuando se disuelve un Estado y nacen varios otros Estados nuevos como resultado de ello. Al disolverse a fines de 1991 la Unión Soviética y dar origen a varias repúblicas europeas y asiáticas, hubo acuerdo entre ellas -y con posterioridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas— en reconocer a Rusia como sucesora de la Unión Soviética en especial a los efectos de asumir ciertos derechos y responsabilidades asignados a la Unión Soviética en su condición de potencia nuclear reconocida como tal y de su condición de miembro permanente del Consejo de Seguridad. En cambio, no hubo el mismo consenso cuando Eslovenia, Croacia, Bosnia-Élterzegovina y más tarde Macedonia se separaron de Yugoslavia. Serbia y Montenegro pretendieron mantener la continuidad e identidad de la antigua República Federativa de Yugoslavia con el mismo nombre, lo que no fue aceptado por los otros Estados. Finalmente, en febrero del año 2003, se convino en que Serbia y Montenegro formarían un solo Estado con ese nombre, pero en 2006 constituyeron dos Estados diferentes.

El problema que con más frecuencia se ha presentado en la práctica es el de cambio de gobierno o régimen político. En algunos de esos casos, el nuevo gobierno ha pretendido desconocer las obligaciones internacionales contraídas por el gobierno anterior del Estado aduciendo la nueva naturaleza del régimen o la inconstitucionalidad del anterior gobierno. Así, el gobierno soviético, después de la revolución bolchevique pretendió desligarse de varios tratados o empréstitos contraídos por los gobiernos zaristas de Rusia. Esa actitud soviética no fue acepta-

<sup>N</sup> Es el caso, por ejemplo, de Alto Volta, que pasó a denominarse Burkina Fasso; de Ceilán, cuyo nombre fue cambiado por Sri Lanka; y de Birmania, que pasó a denominarse Myanmar; y también la ex República Soviética de Bielorrusia pasó a llamarse Belarús.



da por la mayoría de los Estados afectados, los que se negaron a reconocer durante varios años al régimen soviético.

La regla general, pues, bajo el actual derecho internacional, es que los cambios políticos al interior de un Estado, por profundos que sean, no afectan la identidad y continuidad del Estado y que, por lo tanto, los Estados se encuentran obligados a continuar cumpliendo las obligaciones contraídas por los gobiernos anteriores.

Un precedente interesante de recordar al respecto es el llamado caso Tinoco. En enero de 1917, Federico Tinoco, Ministro de Guerra del Presidente González Flores de Costa Rica, dio un golpe de Estado y ocupó el poder hasta agosto de 1919, en que abandonó el país. Durante el período en que gobernó Tinoco, éste otorgó ciertas concesiones y celebró algunos contratos con empresas británicas. El Congreso de Costa Rica, mediante una ley promulgada en agosto de 1922, declaró nulos los actos realizados bajo el gobierno de Tinoco, lo que incluía las concesiones y contratos celebrados con las empresas británicas. Gran Bretaña asumió la protección de las empresas y de los subditos británicos afectados y la cuestión fue sometida de común acuerdo al arbitraje del presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, William Taft, quien además había sido antes Presidente de los Estados Unidos. Uno de los puntos principales discutidos fue si Costa Rica se encontraba obligada por los actos realizados por un gobierno inconstitucional y que, además, no había sido reconocido por Gran Bretaña. El árbitro sostuvo que sí.

Entre otros conceptos, el árbitro William Taft expresó:

No se han presentado pruebas claras de que el general Federico Tinoco no gobernara en forma real y pacífica, sin resistencia, conflictos o discusiones hasta pocos meses antes de su dimisión y abandono del poder.

La cuestión que se plantea es: ¿Tiene que considerarse al gobierno del general Tinoco como un eslabón en la continuidad del gobierno de Costa Rica? Debo expresar, en vista de las pruebas presentadas, que el gobierno del general Tinoco era verdaderamente un gobierno soberano.<sup>9</sup>

Lo expresado no significa que para el actual derecho internacional sean absolutamente indiferentes los cambios políticos

<sup>9</sup> UNRIIAA. 1923. Vol. I. Págs. 369 y siguientes.

que se producen en un Estado. Si bien la continuidad del Estado con el consiguiente compromiso de cumplir con las obligaciones previamente contraídas siempre subsiste, es posible que ciertos tratados, como consecuencia del cambio político producido, puedan terminar.

El derecho internacional general, tal como está expresado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, permite la terminación de un tratado al producirse un cambio fundamental en las circunstancias como podría ser en esta situación la existencia de un determinado tipo de gobierno que constituía la base esencial del consentimiento para obligarse por el tratado o que el cambio de gobierno haya producido como efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que debían cumplirse en función del tratado.

En América Latina, como corolario de ese principio, se ha ido introduciendo la práctica de incorporar a ciertos tratados, especialmente de integración o cooperación económica, la llamada "cláusula democrática", la que supedita la participación de los Estados en el tratado a que éstos mantengan un régimen democrático de gobierno, por lo que un golpe de Estado en alguno de ellos tendría como efecto excluir a ese Estado del tratado. La cláusula democrática, por ejemplo, ha sido introducida al Mercado Común del Sur (MERCOSUR) entre Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, y Venezuela, del que forman también como Estados asociados Bolivia, Chile, Ecuador y Perú que también han aceptado dicha cláusula.

#### 147. *Extinción*

En la práctica, por lo general, la extinción de un Estado va acompañada del nacimiento de otro. De ahí que algunos de los medios de nacimiento de un Estado ya estudiados, como la unificación o la disolución, a la vez importan la extinción de los Estados que se han unificado o que se han disuelto.

Sin embargo, en otras situaciones, el nacimiento de un Estado no produce una extinción, como acontece con la separación o secesión; a la vez, hay un caso en que la extinción del

Ver artículo 62 de la Convención de Viena de 1969 sobre el **Derecho de los Tratados**.

Estado no afecta la identidad del Estado al cual se incorpora el extinto. Es el caso de la absorción, en la que un Estado al incorporarse a otro y al formar parte de él se extingue. Fue el caso de la República Democrática Alemana (Alemania Oriental), que en 1990, tras un proceso de desintegración que comenzó con la caída del Muro de Berlín en noviembre de 1989, pasó a incorporarse a la República Federal de Alemania.

### *Sección I'*

## SUCESIÓN DE ESTADOS

### **148. *Concepto y fuentes***

La sucesión de Estados tiene lugar cuando se produce una modificación territorial en un Estado, es decir, cuando un Estado pierde total o parcialmente su territorio y otro Estado adquiere ese territorio. De ese modo en la sucesión de Estados, un Estado -el Estado sucesor- sustituye a otro -el Estado predecesor- en un determinado territorio al efecto del ejercicio de derechos y obligaciones.

Las dos convenciones existentes en materia de sucesión de Estados -la de 1978 sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados, y la de 1983 sobre Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas del Estado- contienen la siguiente definición:

**Se entiende por sucesión de Estados la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio.**

En el estado actual del derecho internacional, la sucesión de Estados es una materia compleja en la que no existen soluciones unívocas que reflejen normas y prácticas que puedan ser consideradas enteramente expresivas del derecho internacional en vigor. Las escasas ratificaciones alcanzadas por las dos convenciones existentes confirman también la incertidumbre que aún persiste respecto de algunos de los temas abordados en esas convenciones.

La primera de ellas es la Convención de Viena de 1978 sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados, en la que si bien se encuentra en vigor desde 1996 al haberse depositado los

15 instrumentos de ratificación requeridos por la Convención, no cuenta todavía con un número significativo de ratificantes. La otra convención, la de 1978 sobre Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas del Estado, ni siquiera ha podido juntar el número de depósitos de instrumentos de ratificación necesarios para que entre en vigor.

Ambas convenciones fueron motivadas, en importante medida, por la preocupación de regular la situación de los Estados que, como consecuencia del proceso de descolonización que se había producido poco antes de esa época, habían adquirido recientemente su independencia, aunque esas dos convenciones tratan también de la sucesión de Estados que no se derivan de la independencia de un Estado, como ocurre con la sucesión, la unificación o la disolución de Estados.

Los cambios territoriales que se produjeron a partir de la última década del siglo XX en Europa Central y del Este hicieron que el tema de la sucesión de Estados recobrar importancia. La Comisión de Derecho Internacional en 1993 decidió incluir en su programa el tema de la "Sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas", para lo cual nombró Relator Oficial al jurista checo V. Mikulca. El año 1997 la CDI aprobó en primera lectura una serie de proyectos de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados. Dentro de la Comisión de Derecho Internacional el criterio preponderante fue que dichos artículos no necesariamente se fueran a incorporar a un tratado, sino que pudiesen servir de guía o directriz a los Estados. Con ese carácter, el proyecto de artículo sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación a la sucesión de las Naciones Unidas fue aprobado en enero de 2001 por la Asamblea General.

El criterio extremo en materia de sucesión de Estados está constituido por la "regla de la tabla rasa", según la cual el Estado sucesor no se encuentra vinculado ni obligado por los actos realizados por el Estado predecesor. El criterio diametralmente opuesto es el de la "regla de la continuidad o sucesión automática", según la cual el Estado sucesor al ser el continuador o heredero del Estado predecesor se encuentra efectivamente vinculado por los actos realizados por él.

A su vez, ambas convenciones hacen una distinción fundamental, según si la sucesión proviene de una reciente independencia u obedece a otra causa. Por reciente independencia debe entenderse cuando:

**Un Estado sucesor antes de la fecha de la sucesión de Estados, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor (art. 2, 1.b de la Convención de 1978).**

A continuación se estudiarán los aspectos más relevantes de la sucesión de Estados en materia de tratados; en materia de bienes, archivos y deudas del Estado, para lo cual se expondrá resumidamente las correspondientes normas de las convenciones a que se ha hecho referencia. Asimismo se estudiará la sucesión de Estados en lo que concierne a la nacionalidad de las personas naturales, siguiendo al respecto, a falta de un texto convencional, los criterios del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, como las prácticas existentes.

#### **149. *Sucesión de Estados en materia de tratados***

La Convención sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados de 1978 contiene dos regímenes distintos, según se trate de Estados de reciente independencia o que la sucesión sobre una parte del territorio se deba a situaciones en las que no participan Estados de reciente independencia, como sería la hipótesis de una unificación, separación o disolución de Estados.

En la primera situación, la regla general es la de la tabla rasa, es decir, en principio, el Estado sucesor que recientemente se ha independizado no se encuentra vinculado por las relaciones convencionales del predecesor.

Esta regla general de la tabla rasa no es, sin embargo, absoluta, ya que existen dos importantes excepciones aplicables a tratados de orden territorial. El principio de la continuidad se aplica en relación al Estado sucesor en los tratados que establecen una frontera (art. 11), como también respecto de aquellos que crean derechos u obligaciones ligadas al territorio, como por ejemplo una servidumbre de tránsito (art. 12). Esta segunda excepción, a su vez, tiene una contraexcepción: esa cláusula no rige en los casos en que la obligación vinculada al territorio se refiera a la con-

tinuación de una base militar (art.12.3), en cuyo caso se vuelve a aplicar la regla de la tabla rasa.

Con respecto a los tratados multilaterales los Estados de reciente independencia pueden acceder a un tratado multilateral del cual el Estado predecesor fuera parte y que fuese aplicable al sucesor, simplemente notificando al resto de los contratantes.

En los casos de unificación y sucesión, el criterio general es el de la continuidad de todos los tratados. El sucesor se encuentra ligado con los tratados del que es parte el predecesor, salvo que el Estado sucesor o el otro Estado decidan lo contrario.

#### 150. *Sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas*

Esta materia, como se expresó, se encuentra codificada y desarrollada progresivamente en la Convención sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas del Estado de 1978. Aunque por el escaso número de ratificantes de dicha Convención no pueda ser considerada necesariamente expresiva del derecho internacional en vigor, a falta de otro texto convencional vigente y de suficientes precedentes en la práctica internacional, las soluciones que se contienen en la referida convención parecieran representar los criterios más ciertos respecto de la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas.

a) **Bienes del Estado.** Los bienes del Estado, para los efectos de la Convención, son definidos como "los bienes, derechos e intereses que en la fecha de sucesión de Estados y de conformidad con el derecho interno del Estado predecesor pertenecían a éste" (art. 8).

En los casos de transferencia de una parte del territorio, los bienes inmuebles del Estado predecesor situados en el territorio que se transfiere pasarán al Estado sucesor, al igual que los bienes muebles del Estado predecesor vinculados a la actividad de éste en relación con el territorio al que se refiere la sucesión (art. 14). En cuanto a los bienes sin sujeción del territorio, como las reservas de oro o divisas del Estado predecesor, la Convención de 1978 establece que tales bienes muebles pasan al sucesor "en una proporción equitativa", norma extremadamente vaga que ha sido objeto por ello de críti-

cas. Estas mismas reglas se aplican a los casos de separación y disolución (arts. 16 y 17).

En cuanto a la sucesión de los Estados de reciente independencia, los bienes inmuebles y los bienes muebles vinculados a la actividad del Estados sucesor pasarán a dicho Estado (art. 15).

b) **Los archivos del Estado.** La Convención entiende por tales "todos los documentos, sean cuales fueren su fecha y naturaleza, producidos o recibidos por el Estado predecesor en el ejercicio de sus funciones que en la fecha de la sucesión de Estados pertenecían al Estado predecesor de conformidad con el derecho interno y eran conservados por él directamente o bajo su control en calidad de archivos con cualquier fin" (art. 20).

La regla general en esta materia es la de la transferencia de los archivos al Estado sucesor (art. 29). En el caso de los Estados de reciente independencia, la convención exige al Estado predecesor la restitución total respecto de "los archivos que, habiendo pertenecido al territorio al que se refiere la sucesión de Estados, se hubieran convertido durante el período de la dependencia en archivos del Estado predecesor" (art. 28 la).

c) **Deuda del Estado.** Las deudas del Estado están constituidas "por toda obligación financiera de un Estado predecesor para con otro Estado, para una organización internacional o para con cualquier otro sujeto de derecho internacional, nacida de conformidad al derecho internacional" (art. 33).

En el caso de Estados de reciente independencia, la regla general es la de la no transmisión de la deuda al Estado sucesor, aunque se admite la posibilidad de que por acuerdo entre las partes el Estado sucesor pueda asumir la deuda "por razón del nexo entre la deuda del Estado predecesor vinculada a su actividad en el territorio... los bienes, derechos e intereses que pasan al Estado de reciente independencia" (art. 38).

En cambio, cuando la sucesión proviene de la unificación de Estados, la deuda de los predecesores pasa íntegra al Estado sucesor (art. 29). En los casos de transferencia de una parte del territorio, separación o disolución, la regla general es que la deuda del Estado predecesor pase al sucesor o sucesores "en una proporción equitativa, habida cuenta en particular de los bie-

nes, derechos e intereses que pasan al Estado sucesor en relación con esa deuda de Estado" (arts. 37.2; 40.1, y 41).

***151. Sucesión de Estados en materia de nacionalidad de las personas naturales***

La Comisión de Derecho Internacional comenzó a tratar este tema en 1993, cuando en Europa recientemente se habían producido sucesiones de Estado como consecuencia de los desmembramientos en varios Estados en la Unión Soviética y Yugoslavia, la partición de Checoslovaquia en dos Estados y la absorción de la República Democrática de Alemania por la República Federal de Alemania. Al terminar ese cometido, la Comisión de Derecho Internacional, considerando que los problemas relativos a la nacionalidad en esas sucesiones de Estados se encontraban, en general, resueltos por acuerdos entre las partes y que las otras convenciones en materia de sucesión de Estados no habían alcanzado un número significativo de ratificaciones, propuso en vez de un proyecto de convención, un proyecto de artículos para ser aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas bajo la forma de una declaración.

Sobre la base del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, la Asamblea General, mediante la Resolución 55/153, adoptó el 30 de enero de 2001 la "Declaración sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estado", la que consta de un Preámbulo y 26 artículos.

Un afán primordial de la Declaración es impedir que se produzcan casos de apátridas como resultado de la sucesión de Estados y son varias las disposiciones de la Declaración que tienden a evitar esa situación.

En cuanto a la nacionalidad propiamente tal en relación a la sucesión de Estados, el artículo 1 de la Declaración contiene la disposición básica, según la cual, "toda persona natural que, en la fecha de la sucesión de Estados, tenía la nacionalidad del Estado predecesor, independientemente de la forma en que la haya adquirido, tendría derecho a la nacionalidad de al menos uno de los Estados involucrados".

El artículo 5 de la Declaración contiene la regla general en cuanto a la preeminencia que "las personas afectadas que ten-





gan su residencia habitual en el territorio afectado por la sucesión de Estados adquieren la nacionalidad del Estado sucesor en la fecha de dicha sucesión"; pero, a la vez, el artículo 11 de la Declaración deja a salvo la voluntad de las personas afectadas, a las que les concede el derecho de opción cuando éstas reúnan las condiciones requeridas para adquirir la nacionalidad de dos o más Estados involucrados.

Los principios que fueron incorporados a la Declaración sobre la Nacionalidad de las Personas Naturales en relación con la Sucesión de Estados ya tenían, en alguna medida precedentes en casos de sucesión de Estados que se habían suscitado con anterioridad. Así, cuando se produjo la sucesión de Panamá respecto de Colombia en 1903, la Constitución panameña de 1904 asignó la nacionalidad panameña a "los colombianos que, habiendo tomado parte en la independencia de la República de Panamá, hayan declarado su voluntad de serlo, o así lo declaren ante el Consejo Municipal del Distrito donde residan".

El Tratado de Lima de 1929 entre Chile y Perú, que resolvió la situación de Tacna y Arica -que habían quedado en poder de Chile después de la Guerra del Pacífico— dispuso que el territorio de Tacna pertenecerá a Perú y el de Arica a Chile y en lo relativo a la nacionalidad, su artículo 10 dispone que

**Los hijos de peruanos nacidos en Arica se considerarán peruanos hasta los 21 años, edad en que podrán optar por su nacionalidad definitiva; y los hijos de chilenos nacidos en Tacna, tendrán el mismo derecho.**

## CAPÍTULO SÉPTIMO

# EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL

### *Sección I*

#### ASPECTOS GENERALES

##### 152. *El acto de reconocimiento internacional*

Se ha expresado anteriormente, al estudiarse los actos unilaterales, que el reconocimiento es el acto mediante el cual un Estado constata y acepta la existencia de un hecho, una situación o una pretensión de relevancia internacional.

En las relaciones internacionales es frecuente que se produzcan alteraciones factuales que afectan no sólo a los Estados que han provocado esas alteraciones, sino también a terceros Estados. Desde el momento en que esos terceros Estados se ven afectados por hechos, situaciones o pretensiones jurídicamente relevantes en las que no han participado previamente, resulta importante que esos Estados dispongan de una oportunidad para que se pronuncien respecto de esas modificaciones factuales.

El reconocimiento viene así a proporcionarle a un Estado una oportunidad para pronunciarse sobre una situación de hecho o de derecho que le es oponible.

El reconocimiento es, por lo general, un acto unilateral, aunque también puede ser otorgado colectivamente por un conjunto de Estados. En los últimos años ha sido frecuente que los Estados que pertenecen a una misma entidad -como, por ejemplo, la OEA, la Unión Europea, el Grupo de Río, el MERCOSUR-

SUR- se consulten para proceder a un reconocimiento o lo hagan en conjunto.

El acto de reconocimiento supone como característica principal la constatación de la alteración factual, esto es, la existencia de un cambio real y objetivo con respecto a una situación preexistente. La efectividad viene a ser, por lo tanto, un elemento esencial en el reconocimiento.

Aunque en el reconocimiento existen algunas normas derivadas del derecho consuetudinario, todavía en esta materia le cabe a quien otorga un reconocimiento un amplio campo discrecional. Y es que el reconocimiento, o la falta o demora en él, a menudo se encuentra sujeta a consideraciones políticas, en la que los Estados se valen de esa oportunidad para aprobar o rechazar el nacimiento de un Estado o de un nuevo gobierno o para pronunciarse respecto a situaciones en las que el reconocimiento depende, en importante medida, de consideraciones políticas.

Ello explica que el reconocimiento internacional, que ha recibido una abundante contribución doctrinaria, no haya sido objeto de codificación o desarrollo progresivo por los órganos de la comunidad internacional competentes en esta materia.

Lo expresado no significa que el reconocimiento quede enteramente sujeto a consideraciones políticas. El reconocimiento es, en sí, un acto jurídico que conlleva consecuencias jurídicas.

Dentro de la vastísima órbita de las relaciones internacionales en la que caben actos de reconocimiento, los que ofrecen un mayor interés en cuanto guardan relación con la subjetividad internacional, son el reconocimiento de Estados, de gobiernos y de situaciones como la insurgencia, la beligerancia o de los movimientos de liberación nacional.

Cada una de esas situaciones es diferente a los efectos de su subjetividad. En el caso de los Estados, si se acepta que su nacimiento es independiente de su reconocimiento, el Estado desde un comienzo contará con subjetividad internacional y el reconocimiento sólo tendrá un carácter declarativo que confirmará y facilitará el ejercicio de los derechos inherentes a esa subjetividad. Tan sólo si se llegara a considerar que el Estado se constituye en tal mediante el reconocimiento -lo que no encuentra apoyo ni en la práctica internacional ni en la mayoría de la

doctrina- la subjetividad del Estado dependerá de su reconocimiento. En el caso de los gobiernos, no se plantea ninguna controversia en cuanto a la subjetividad; la subjetividad internacional sólo corresponde al Estado y no al gobierno. El problema del reconocimiento de los gobiernos no es, por lo tanto, un asunto que afecte a la personalidad internacional de éstos, pero sí tiene importancia para otros efectos, como se estudiará posteriormente. En cambio, el reconocimiento resulta un elemento esencial para determinar la subjetividad internacional de las entidades que no son un Estado, como es el caso de los beligerantes, los insurrectos o los movimientos de liberación nacional. Esas entidades sólo pueden actuar en el plano internacional si han sido reconocidas, al menos por algunos Estados.

A continuación se estudiarán el reconocimiento de Estados; el reconocimiento de gobiernos; y el reconocimiento de beligerancia, insurgencia y de los movimientos de liberación nacional.

## *Sección II*

### RECONOCIMIENTO DE ESTADOS

#### **153. *Concepto y formas de reconocimiento***

El reconocimiento de un Estado es el acto por medio del cual uno o más Estados, al verificar que una entidad política reúne los elementos para constituir **UN** Estado, así lo declaran o manifiestan de cualquier modo inequívoco su voluntad de considerar a ese Estado como tal.

El reconocimiento ordinariamente tiene lugar cuando surge un Estado por los medios que han sido estudiados precedentemente: independencia, unificación, disolución o secesión. Por ello el reconocimiento no ha procedido cuando se ha considerado que un Estado es el continuador de la personalidad internacional de otro, como aconteció con la Federación de Rusia respecto de la Unión Soviética, no así con las otras ex repúblicas soviéticas, que sí fueron objeto de reconocimiento. Tampoco la institución del reconocimiento se ha aplicado cuando se ha considerado que un Estado ha recuperado su independencia, que fue el caso de las Repúblicas bálticas -Estonia, Letonia

y Lituania- que en 1940 habían sido anexadas a la fuerza por la Unión Soviética y cuya independencia declararon en agosto de 1991. La Comunidad Económica Europea, por ejemplo, no reconoció expresamente a los Estados bálticos, sino mediante una Declaración de 27 de agosto de 1991, los "acogió calurosamente en la restauración de su soberanía e independencia".

El reconocimiento no está sujeto a ningún procedimiento especial. Este puede otorgarse en forma expresa, cuando, por ejemplo, mediante una declaración oficial o una nota diplomática se reconoce al nuevo Estado o ese reconocimiento se otorga a través de un tratado celebrado entre el Estado que concede la independencia y el que la adquiere. El reconocimiento por España de las repúblicas hispanoamericanas fue perfeccionado mediante tratados celebrados por España con cada una de esas repúblicas.

En la práctica, es más frecuente que el reconocimiento se efectúe tácitamente, por medio de actos que importan de manera inequívoca la voluntad de reconocer al nuevo Estado, como el establecimiento de relaciones diplomáticas o la realización de cualquier acto internacional que suponga la aceptación como Estado de la nueva entidad. En la mayoría de los casos, se ha entendido que la admisión en Naciones Unidas constituye un reconocimiento tanto por parte de la comunidad internacional como por parte de los Estados que han votado favorablemente esa admisión.

#### 154. *Naturaleza del reconocimiento*

Un asunto que ha sido debatido en el campo de la doctrina es el de la naturaleza del reconocimiento de un Estado, habiéndose planteado al respecto dos explicaciones o teorías, la constitutiva y la declarativa.

De acuerdo a la primera de estas teorías, el reconocimiento por parte de otros Estados es lo que confiere a una entidad el carácter de Estado dotado de personalidad internacional.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Entre otros, han sostenido la tesis constitutiva del reconocimiento: H. Lauterpach. "Recognition of States in the International Law". Yale Lawjournal. 1944. Pág. 75. L. Oppenheim. *Tratado de Derecho Internacional Público* (trad. de la 8<sup>a</sup> edición inglesa). Vol. I. Barcelona. 1961. Págs. 133 y siguiente. H. Kelsen. *Principios de Derecho Internacional Público* (trad.). Buenos Aires. 1965. Pág. 233.

Esta teoría, sin embargo, no cuenta con el apoyo de la mayoría de la doctrina, Eduardo Jiménez de Aréchaga, por ejemplo, sostiene que esta tesis constitutiva del reconocimiento "tendría consecuencias muy graves, porque significaría que el Estado que reúna los caracteres de tal, antes de ser reconocido, quedaría fuera del palio del derecho internacional, exento de la protección jurídica que ese orden acuerda a sus sujetos".<sup>2</sup>

Como afirma Chen y con él la mayoría de la doctrina, apenas un Estado existe, es de inmediato sujeto de derecho internacional, independientemente del deseo o de las acciones de otros Estados.<sup>1</sup>

La teoría del valor declarativo del reconocimiento también encuentra apoyo en importantes instrumentos del sistema interamericano. Ya se ha citado, a propósito del nacimiento de los Estados, el artículo 9 de la Carta de la OEA, que dispone que la existencia política de un Estado es independiente de su reconocimiento y, antes, el artículo 3 de la Convención de Montevideo de 1933 sobre Derechos y Deberes de los Estados había consagrado una disposición similar.

De ese modo, el reconocimiento, al tener un carácter declarativo, no viene a ser más que un acto en el que se comprueba la realidad del hecho de que una entidad reúne los requisitos para que pueda ser considerada Estado.

### 155. *Efectos del reconocimiento*

El principal efecto que tiene el reconocimiento de un Estado es que el Estado que otorga ese reconocimiento acepta la personalidad internacional del nuevo Estado. Como lo dice el artículo 10 de la Carta de la OEA:

**El reconocimiento implica que el Estado que lo otorga acepta la personalidad del nuevo Estado con todos los derechos y deberes que, para uno y otro, determina el derecho internacional.**

Por lo general, el reconocimiento conlleva el establecimiento de relaciones diplomáticas, aunque estrictamente éstas no son

<sup>1</sup> E. Jiménez de Aréchaga. *Derecho Internacional Público. Tomo II. Montevideo. 1995. Pág. 46.*

<sup>2</sup> T. C. Chen. *The International Law of Recognition, New York, 1931. Pág. 14.*

necesarias si ha habido un reconocimiento. Puede, pues, haber reconocimiento de Estado sin el establecimiento de relaciones diplomáticas.

Por el contrario, si un Estado no es reconocido, no es posible mantener con él relaciones diplomáticas. En la práctica internacional cuando no ha mediado un reconocimiento o cuando éste ha sido revocado y existe un interés económico o político de mantener una cierta vinculación, los Estados recurren a modalidades o instituciones que no se encuentran regidas por el derecho internacional. Por ejemplo, muchos de los Estados que no han reconocido a Taiwán como Estado, por haberlo hecho con la República Popular de China, mantienen oficinas comerciales en su capital, Taipei, o aceptan que Taiwán pueda tenerlas en sus Estados, sin que esas oficinas y las personas a cargo de esos intereses comerciales puedan gozar de los privilegios e inmunidades que se reconocen a las misiones diplomáticas ya los agentes diplomáticos.

Como el reconocimiento es independiente de la existencia de un Estado, la falta de reconocimiento no significa que al Estado no reconocido le puedan ser negados sus derechos fundamentales inherentes a todo Estado. Sin embargo, el Estado no reconocido no puede ejercer ciertos derechos que suponen el reconocimiento. Así, un Estado no reconocido no puede enviar o recibir agentes diplomáticos; no puede litigar como demandante ante los tribunales del Estado que no lo reconoce ni exigir que se le otorgue el *exequátur* o ejecución de las sentencias dictadas por esos tribunales; no puede invocar las inmunidades que el derecho internacional le reconoce a un Estado; no puede reclamar o hacer efectivo su derecho de propiedad respecto de los bienes que se encuentren en el Estado que no lo reconoce.

En cuanto a los efectos extraterritoriales de las leyes del Estado no reconocido, la doctrina y la práctica generalizada ha sido no conferirles eficacia extraterritorial a las leyes promulgadas por un Estado no reconocido. En cambio, los documentos en los que constan actos administrativos, como nacimientos o defunciones ocurridas en el Estado no reconocido, por lo general, mantienen su valor en el Estado en el cual se presentan o invocan.

A falta de normas expresas comúnmente aceptadas, la práctica contemporánea se caracteriza por la aplicación de modali-

dades y procedimientos flexibles, en los que se trata de evitar que la celebración de un determinado acto pueda ser interpretada necesariamente como un prejuzgamiento respecto de la relación con el Estado no reconocido. De ahí que no hayan inconvenientes para que puedan celebrarse acuerdos administrativos de importancia restringida e interés recíproco con Estados no reconocidos o que éstos puedan participar en una misma organización internacional o en un tratado multilateral, de no existir oposición y constando por otros modos que de esos actos no se desprende ningún reconocimiento.

### **156. *Carácter del reconocimiento de un Estado***

El reconocimiento de un Estado tiene un carácter discrecional. Un Estado no se encuentra en la obligación de otorgar un reconocimiento a otro Estado. De ahí que, en el estado actual de las relaciones internacionales, la falta de reconocimiento no haría incurrir en responsabilidad internacional al Estado que no reconoce a otro Estado. Así sucedió, por ejemplo, con varios Estados árabes que durante muchos años no reconocieron a Israel.

En cambio, el otorgamiento prematuro de un reconocimiento a una entidad que aún no reúne algunos de los elementos esenciales para que pueda considerársele Estado, podría significar una violación del derecho internacional y hacer incurrir en responsabilidad al Estado que otorga ese reconocimiento, toda vez que constituye una regla bien establecida del derecho internacional que la condición de Estado sólo puede darse si se reúnen los elementos constitutivos de éste.

El Presidente de los Estados Unidos, Teodoro Roosevelt, por ejemplo, en 1903 se apresuró en reconocer a Panamá, cuando su proceso de independencia respecto a Colombia todavía no se había consolidado. La controversia originada fue zanjada posteriormente por un tratado negociado en 1914 y ratificado en 1922, en el cual Estados Unidos aceptó su responsabilidad y pagaron una indemnización a Colombia.

Tampoco procede el reconocimiento cuando un Estado ha surgido en violación a principios o normas fundamentales de derecho internacional. En esos casos, la mayoría de los Estados se han negado a reconocer al pretendido Estado, como aconte-



ció con el Estado títere de Manchukuo, creado por Japón en 1932 después de su ocupación de Manchuria.

En la práctica de Naciones Unidas, se han dado también casos en los que el Consejo de Seguridad ha solicitado a los Estados no reconocer a determinados regímenes por haberse constituido en violación a normas o principios de derecho internacional. En el caso de Rhodesia del Sur, las autoridades constituidas exclusivamente por la población minoritaria blanca, declararon unilateralmente su independencia respecto del Reino Unido; sin embargo, Rhodesia no fue reconocida por ningún Estado en razón del desconocimiento del principio de la libre determinación de los pueblos y del carácter racista del régimen que encabezaba Ian Smith. El Consejo de Seguridad en sus resoluciones 216 y 217 (1965) pidió "a todos los Estados no reconocer este régimen racista ilegal". El asunto fue resuelto en 1980 al constituirse el nuevo Estado de Zimbabwe en el territorio que ocupaba Rhodesia del Sur.

También el Consejo de Seguridad, en aplicación del principio de la integridad territorial, adoptó la resolución 541 (1983), mediante la cual se invitó a los Estados a no reconocer como Estado a la llamada República Chipriota del Norte, que había sido instalada, con el apoyo de Turquía, por la población chipriota de origen turco en el norte de Chipre. Con la sola excepción de Turquía, ningún Estado la reconoció.

Hasta comienzos de la década de los años noventa del siglo XX, la doctrina preponderante y la práctica internacional generalizada consideraba que el reconocimiento de un Estado no estaba sujeto a condiciones. Bastaba que se comprobase la efectividad de la existencia de los elementos constitutivos del Estado y de que no se hubiese desconocido una norma fundamental de derecho internacional para que se pudiera proceder al reconocimiento.

Tal situación comenzó a ser modificada cuando se produjo el surgimiento de nuevos Estados como consecuencia de la disolución de la Unión Soviética y de Yugoslavia. En una Declaración del 16 de diciembre de 1991, los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados que en aquel entonces conformaban la Comunidad Económica Europea (hoy Unión

Europea) adoptaron las "líneas directrices sobre el reconocimiento formal de nuevos Estados en Europa del Este y de la Unión Soviética" estableciendo una "posición común sobre el proceso de reconocimiento de esos nuevos Estados", la que implicaba que esos nuevos Estados para que pudieran ser reconocidos por la Comunidad Económica Europea deberían comprometerse a asumir determinadas conductas, entre ellas, respetar las disposiciones de los instrumentos internacionales que se refieren al Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos, así como conceder las garantías necesarias a los grupos étnicos nacionales, respetar la inviolabilidad de los límites territoriales, reanudar los compromisos relativos al desarme y la no proliferación, adoptar el compromiso de solucionar mediante acuerdos o recurriendo al arbitraje las cuestiones relativas a la sucesión de Estados y las controversias regionales.

Días más tarde, el 31 de diciembre de 1991, la Comunidad Económica Europea agregó un nuevo requisito para poder reconocer como Estados a las antiguas Repúblicas Soviéticas que participaban junto con Rusia en la Comunidad de Estados Independientes y que poseían armas nucleares sobre su territorio. Esas Repúblicas, para poder ser reconocidas, deberían en un futuro próximo acceder al Tratado de No Proliferación Nuclear como Estados no nucleares.

Los requisitos exigidos por la Comunidad Económica Europea se apartaron de lo que habían sido las prácticas seguidas hasta entonces en materia de reconocimiento de Estados, estableciendo un precedente importante en esta materia. Aunque esas exigencias provinieron sólo de un grupo de Estados, al haber sido aceptadas por los Estados afectados y al estar ellas en concordancia con los principios y valores que imperan en las relaciones internacionales de la postguerra fría, ciertamente han adquirido validez y legitimidad internacional, lo que no obsta a plantearse teóricamente si el acto de reconocimiento hubiese sido susceptible de revocarse de no haberse cumplido con los requisitos exigidos.

*Sección III*

## RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS

**157. *Concepto y características***

El reconocimiento de gobiernos sólo tiene lugar cuando un gobierno se instala en violación de sus normas constitucionales. De ahí que el asunto del reconocimiento no se plantea si un gobierno sustituye a otro por los medios establecidos en la Constitución. En cambio, cuando se produce un golpe de Estado o una sublevación militar o popular y un nuevo gobierno sustituye al existente, los otros Estados, para los cuales les resulta importante determinar cuáles son las nuevas autoridades, se pronuncian si reconocen o no a ese gobierno.

De ese modo, mediante el reconocimiento, los Estados admiten que el nuevo gobierno representa a su Estado y se encuentra en condiciones de obligarlo internacionalmente, por lo que deciden continuar manteniendo relaciones con él.

Al igual que como acontece con el reconocimiento de los Estados, el reconocimiento de los gobiernos no está sujeto a un procedimiento especial. Puede ser expreso o tácito. Este último es el modo más frecuente y ordinariamente tiene lugar cuando un Estado acusa recibo de la comunicación del nuevo gobierno informándole de haberse constituido y de querer seguir manteniendo relaciones amistosas.

También el reconocimiento de un gobierno puede ser individual o colectivo. En la práctica latinoamericana cuando se ha producido un cambio de gobierno por medios no constitucionales, los otros gobiernos -o, al menos, los más cercanos o los vecinos- suelen consultarse entre ellos para facilitar la actitud que asumirán. En los últimos años, como se verá luego, en el sistema interamericano se ha institucionalizado esa consulta.

**158. *Efectos***

La continuación de las relaciones diplomáticas constituye el principal efecto del reconocimiento de un gobierno. En general, los efectos del no reconocimiento de un gobierno son más bien de orden político; pero también, dependiendo **del** Estado que se ha negado a reconocer a un gobierno, la falta de **reconocimiento**

también puede tener implicaciones jurídicas. En general, los efectos respecto al no reconocimiento de un gobierno son similares al del no reconocimiento de un Estado y, al igual como acontece con éste, en la práctica contemporánea los efectos del no reconocimiento están regulados más que por normas del derecho internacional, por las normas internas y la conducta del Estado que se ha negado a reconocer al nuevo gobierno.

Dados los numerosos cambios no constitucionales de gobierno que se produjeron en América Latina en el siglo XX, el reconocimiento de los gobiernos de *Jacto* pasó a ser una materia ampliamente desarrollada en esa región, habiendo sido abordada fundamentalmente por dos doctrinas o criterios opuestos, el de la efectividad y el de la legitimidad.

### 159. *El criterio de la efectividad*

Durante gran parte del siglo XX la práctica seguida por la mayoría de los Estados latinoamericanos para proceder al reconocimiento de un gobierno consistía básicamente en exigir que el gobierno que había asumido el poder ejerciera un control efectivo en todo el territorio del Estado respecto a los órganos administrativos del Estado, que tuviese perspectiva de estabilidad y que contase con la aquiescencia de la población, la que se expresaba, al menos, en que no hubiese una resistencia armada a las nuevas autoridades. El cumplimiento de estos requisitos es lo que se conoce como la doctrina o el criterio de la efectividad.

A ese requisito del control efectivo del poder del Estado también se solía añadir que el nuevo gobierno se comprometiera a cumplir las obligaciones internacionales del Estado, aunque, de hecho, quienes asumían el gobierno se adelantaban a manifestar que cumplirían tales obligaciones.

El criterio de la efectividad durante mucho tiempo contó con el apoyo de una buena parte de la doctrina,<sup>4</sup> la que rechazaba las consideraciones de legitimidad como criterio para proceder al reconocimiento.

<sup>4</sup> L. A. Poik'sLí Costa -J. M. Ruda. *Derecho Internacional Pública*. Vol. I. Buenos Aires. 1979. Págs. 158 y siguientes. E. Jiménez de Aréchaga. *Derecho Internacional Público*. Tomo II Montevideo. 1995. Págs. 61. S. Benadava. *Derecho Internacional Público*. Santiago. 1997. Pág. 103.

### 160. *El criterio de la legitimidad*

Opuesto al criterio de que es suficiente la efectividad para reconocer a un gobierno *de Jacto*, es el criterio de la legitimidad, el cual propicia que no se reconozcan los gobiernos que han tenido su origen mediante el derrocamiento de los gobiernos legítimamente constituidos.<sup>5</sup>

El primero en proponer que no se reconocieran los gobiernos que asumen el poder mediante el derrocamiento por la fuerza de un gobierno legítimamente constituido, fue el Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador, Carlos Tovar, quien en una nota diplomática enviada en 1907 propiciaba que no se reconociera a los "gobiernos transitorios, nacidos de revoluciones, hasta que demuestren que gozan del apoyo de sus países".

No han sido muchos los casos durante el siglo XX en que se aplicó el criterio de la legitimidad para no reconocer a los gobiernos *de fado*. En 1907, el mismo año en que surgía la "doctrina Tovar", Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua suscribieron un tratado comprometiéndose a no reconocer a los gobiernos surgidos por medio de la fuerza, y en 1923 esos mismos Estados centroamericanos convinieron entre

<sup>5</sup> Algunos autores, al tratar el criterio de la legitimidad en el reconocimiento de los gobiernos *de facto*, se remontan o lo vinculan a la legitimidad monárquica propiciada por la Santa Alianza. Ésta, más que pretender señalar criterios para el reconocimiento de nuevos gobiernos, constituía una defensa de algunas monarquías existentes en Europa, a las que atribuían un origen divino. La defensa de los principios monárquicos llevó a los Estados que formaron la Santa Alianza -Austria, Prusia y Rusia- a oponerse a los sistemas de gobierno representativos que comenzaban a surgir en Europa. En el Tratado de Verona de 1822, los Estados monárquicos que formaban la Santa Alianza manifestaron que "el sistema de gobierno representativo es absolutamente incompatible con el principio monárquico, que la máxima de la soberanía del pueblo se opone al principio del derecho divino..."; "...y que esos Estados se comprometen del modo más solemne a emplear todos los medios y a unir sus esfuerzos para destruir el sistema de gobierno representativo de todo Estado europeo donde exista". Poca es, pues, su relación con la legitimidad democrática surgida en América en el siglo XX. En cambio, cabe recordar como antecedente de lo que podría denominarse una "legitimidad republicana" el artículo 29 del Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua celebrado en 1826 por Colombia, Centroamérica, Perú y México, el cual dispuso que "Si alguna de las Partes variase esencialmente sus actuales formas de Gobierno quedará, por el mismo hecho, excluida de la Confederación, y su Gobierno no será reconocido, ni ella readmitida en dicha Confederación, sino por el voto unánime de todas las partes que la constituyeren entonces".

sí en que "no reconocerán a ningún gobierno que surja en cualquiera de las cinco repúblicas, por un golpe de Estado, o por una revolución contra un gobierno constituido, mientras la representación del pueblo, libremente electa, no haya reorganizado al país en forma constitucional". La inestabilidad institucional que caracterizó a algunos de esos Estados centroamericanos hizo que los tratados mencionados no tuvieran una mayor aplicación.

Por su parte, el Presidente de Estados Unidos Woodrow Wilson, en un discurso pronunciado en Mobile en 1913, al igual que lo había hecho Tovar seis años antes, propició también el no reconocimiento de los gobiernos *de jacto* surgidos por la fuerza, con la diferencia que durante el gobierno de Wilson, el que se extendió de 1912 a 1920, Estados Unidos efectivamente aplicó ese criterio de la legitimidad y se negó a reconocer al gobierno del General Huerta en México, que en 1913 había destituido al Presidente Madero, y al gobierno de Federico Tinoco en Costa Rica, que en 1917 había derrocado al gobierno del Presidente González Flores. Estados Unidos continuó con esa política de no reconocer a los gobiernos *de facto*, aunque no de una manera constante y uniforme, hasta 1931, en que volvió a aplicar el criterio de la efectividad.

En 1944, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, Eduardo Rodríguez Larreta, dentro del contexto creado por la Segunda Guerra Mundial y en defensa de la democracia y la solidaridad americana, propuso que los países americanos se concertasen cuando se produjera un golpe de Estado a fin de adoptar como posición colectiva el no reconocimiento del gobierno *de facto*. La proposición del Ministro Rodríguez Larreta, aunque tuvo algún apoyo inicial, en definitiva no prosperó.

Venezuela, entre 1959 y 1969, bajo los Presidentes Rómulo Betancourt y Raúl Leoni, aplicó lo que se llamó la "doctrina Betancourt", por haber sido propuesta por el primero de ellos. Esa doctrina sostenía, como parte de la política exterior venezolana, el no reconocimiento de los gobiernos que asumían el poder por medio de un cuartelazo o un golpe de Estado. En 1969, al asumir el Presidente Rafael Caldera, Venezuela dejó de aplicar ese criterio de la legitimidad, que le había significado la rup-

tura de las relaciones diplomáticas con un buen número de países latinoamericanos.

Durante esos años, en los que coexistieron en América Latina regímenes democráticos con dictatoriales, el criterio de la legitimidad no obtuvo apoyo de la mayoría de los gobiernos ni un respaldo institucional significativo, no obstante que el artículo 3 d) de la Carta de la OEA dispone que "la solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa".

Lo más cercano a la aceptación de algunos elementos del criterio de la legitimidad fue una resolución adoptada por la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, la que reunida en Río de Janeiro en 1965 recomendó a los Estados de la OEA que al producirse el derrocamiento de un gobierno y su sustitución por un gobierno *de Jacto*, inicien el intercambio de opiniones y que, entre otros elementos, consideren como criterio para el reconocimiento la circunstancia de: "si el gobierno *de Jacto* está dispuesto a tomar las medidas necesarias para la celebración de elecciones dentro de un periodo razonable, dando a su pueblo la oportunidad de participar libremente en el correspondiente proceso electoral".

La referida resolución en la práctica nunca llegó a aplicarse. En los golpes de Estado que ocurrieron con posterioridad a ella, como el del Perú en el que el Presidente Fernando Belaúnde fue derrocado el 3 de octubre de 1968 por las fuerzas armadas al mando del general Juan Velasco Alvarado; o el de Chile, en el cual un pronunciamiento militar encabezado por el general Augusto Pinochet derribó al Presidente Salvador Allende el 11 de septiembre de 1973; o en la Argentina, en que las fuerzas armadas el 24 de marzo de 1976 decidieron "hacerse cargo del gobierno", destituyendo a la Presidenta María Estela Martínez de Perón, asumiendo una Junta Militar presidida por el general Jorge R. Videla, todos los nuevos gobiernos fueron reconocidos sin mayores dificultades por prácticamente todos los gobiernos americanos en aplicación del criterio de la efectividad. Tan sólo en el caso de Chile, México, sobre la base de la doctrina Estrada, procedió a retirar a sus agentes diplomáticos de Santiago, suspendiendo sus relaciones diplomáticas, las que fueron sólo

restablecidas cuando se produjo en Chile la recuperación de la democracia en 1990.

Sería necesario que transcurrieran cerca de dos décadas más y que la realidad política de América Latina cambiara sustancialmente para que, como se verá luego, el criterio de la legitimidad democrática prevaleciera.

#### 161. *La doctrina Estrada*

México ha tenido en materia de reconocimiento de gobiernos *de jacto* una posición muy especial, la que no es posible enmarcar dentro de ninguno de los criterios expuestos anteriormente. México rechaza en sí la práctica del reconocimiento, la que considera un acto intervencionista. Como de lo que se trata es de determinar si, después de un cambio irregular de gobierno, se continuarán o no las relaciones con el Estado donde se ha producido ese cambio, ese mismo objetivo puede lograrse manteniendo o retirando a los agentes diplomáticos, sin que sea necesario pronunciarse sobre la capacidad legal del régimen que ha asumido.

Esta posición, que México ha mantenido desde hace muchos años, se conoce como la "doctrina Estrada" por haber sido anunciada por el Secretario (Ministro) de Relaciones Exteriores de México Genaro Estrada. En un comunicado que entregó a la prensa el 27 de septiembre de 1930, Estrada sostuvo en su parte pertinente:

**México no se pronuncia en el sentido de otorgar reconocimientos, porque considera que ésta es una práctica denigrante que suele herir la soberanía de otras naciones, coloca a éstas en el caso de que sus asuntos interiores puedan ser calificados, en cualquier sentido, por otros gobiernos, quienes de hecho asumen una actitud de crítica al decidir, favorable o desfavorablemente, sobre la capacidad legal de regímenes extranjeros. En consecuencia, el Gobierno de México se limita a mantener o retirar, cuando lo crea procedente, a sus agentes diplomáticos y a continuar aceptando, cuando también lo considere procedente, a los similares agentes diplomáticos que las naciones respectivas tengan acreditados en México, sin calificar, ni precipitadamente ni *a posteriori*, el derecho que tengan las naciones extranjeras para aceptar, mantener o substituir a sus gobiernos o autoridades.**

La doctrina Estrada ha sido enriquecida con posteriores aportes y precisiones y ella continúa reflejando la posición mexicana



na en lo relativo al reconocimiento de los gobiernos *de facto*. También ella ha inspirado en esta materia a algunos Estados europeos que no recurren a un reconocimiento formal cuando en el otro Estado se ha producido un cambio irregular de Gobierno.<sup>6</sup>

162\* *El criterio de la legitimidad democrática en la actualidad*

En el siglo XXI -o más precisamente a partir de la última década del siglo XX- la legitimidad democrática pareciera ser, al menos en Europa y América Latina, el criterio imperante en cuanto al reconocimiento de gobiernos. Ya se vio, cuando se estudió el reconocimiento de Estados, como el elemento de la legitimidad democrática constituyó una de las exigencias de la entonces Comunidad Económica Europea para que los países europeos pudiesen reconocer a los nuevos Estados que habían surgido como consecuencia del desmembramiento de la Unión Soviética y de Yugoslavia. Aunque se trataba de reconocimiento de Estados, ciertamente ese criterio hubiese sido aplicable respecto a los gobiernos que se pudiesen haber instalado de un modo irregular.

Al comienzo de la década de los años 90, por primera vez todos los gobiernos de los Estados Miembros de la OEA eran democráticos, en el sentido que ellos habían surgido como resultado de un proceso electoral.

En ese contexto, la Asamblea General de la OEA reunida el año 1991 en Santiago de Chile, adoptó el "Compromiso de

<sup>6</sup> El Ministro de Asuntos Exteriores de España, Sr. Castiella, en un discurso pronunciado el 12 de octubre de 1969, señaló que España se inspiraba en la doctrina Estrada para reconocer a los gobiernos. Expresó en esa ocasión el Ministro Castiella que: "la doctrina Estrada respetada constantemente por España", ha dado frutos "siempre altamente beneficiosos para la convivencia de nuestros pueblos y cuya práctica, por estar inspirada en el más sano realismo, constituye un instrumento de verdadera coexistencia entre regímenes diferentes y de mutuo respeto entre todas las naciones". Cit. por J. A. Pastor Ridruejo. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid. 1998. Pág. 322. Esa posición manifestada durante el gobierno de Franco, con el cual México no tenía relaciones diplomáticas, ha continuado con los gobiernos democráticos de España establecidos a partir de 1975. La doctrina Estrada fue también, en los hechos aplicada por varios gobiernos europeos cuando se produjo en Chile en septiembre de 1973 el pronunciamiento militar que derrocó al Gobierno del Presidente Allende sustituyéndolo por una Junta Militar presidida por el General Pinochet. En esa ocasión un buen número de Estados europeos no se pronunciaron sobre el nuevo gobierno, limitándose a mantener en Chile su representación diplomática.

Santiago" y la Resolución 1080. En el primer instrumento, los gobiernos americanos, después de declarar que la democracia representativa era "condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo", expresaron "su determinación de adoptar un conjunto de procedimientos específicos, oportunos y expeditos para asegurar la promoción y defensa de la democracia". Este compromiso se concretó con el establecimiento de la Resolución 1080 (1991), en la cual se establece un mecanismo "cuando se produzcan hechos que ocasionen una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados de la Organización", De producirse esos hechos, el Secretario General de la OEA debe solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente de la OEA para que éste examine la situación y decida convocar a una Reunión ad hoc de Ministros de Relaciones Exteriores, o a un Período Extraordinario de la Asamblea General de la OEA. El órgano que se convoque deberá "analizar colectivamente los hechos y adoptar las decisiones que se estime apropiadas, conforme a la Carta y al Derecho Internacional".

El mecanismo establecido en 1991 en Santiago representó un cambio fundamental dentro de la OEA. La que hasta esa época consideraba que las disposiciones relativas a la promoción de la democracia y a su ejercicio efectivo eran meramente programáticas y deberían llevarse a cabo "dentro del respeto al principio de no intervención," como dispone el artículo 2 b) de la Carta de la OEA.

La Resolución 1080 se aplicó por primera vez, a los pocos meses de haberse adoptado, a raíz del derrocamiento por un golpe de Estado el 30 de septiembre de 1991 del Presidente electo democráticamente de Haití, Jean Bertrand Aristide. El Consejo Permanente de la OEA de inmediato convocó a dos sucesivas Reuniones ad hoc de Ministros de Relaciones Exteriores, los cuales adoptaron una serie de medidas tendientes a procurar el aislamiento de las nuevas autoridades *de Jacto* y a suspender por esas autoridades los vínculos económicos, financieros, comerciales y de asistencia. En lo que concierne al reconocimiento del gobierno, los Ministros de Relaciones Exte-

riores tuvieron "por únicos representantes legítimos del Gobierno de Haití ante los órganos, organismos y entidades del sistema interamericano a los designados por el gobierno constitucional del Presidente Jean Bertrand Aristide",<sup>7</sup> y luego los Ministros, después de condenar la decisión de reemplazar ilegalmente al Presidente constitucional, manifestaron "que no será aceptado ningún gobierno que resulte de esta situación ilegal y, en consecuencia, declarar que no se aceptará a ningún representante del mismo".<sup>8</sup>

De hecho, prácticamente todos los Estados no reconocieron al gobierno del general Raoul Cedras que había encabezado el golpe de Estado. Algunos gobiernos procedieron a retirar sus misiones diplomáticas de Puerto Príncipe y aquellos que decidieron mantenerlas, explícitamente declararon que lo hacían por motivos humanitarios.

Con posterioridad no han surgido en América Latina gobiernos *de Jacto* que sean el resultado de golpes de Estado; sin embargo, los mecanismos establecidos en la Resolución 1080 han sido aplicados cuando un gobierno en el poder ha adoptado medidas contrarias a la Constitución vigente.<sup>9</sup> También, cuando han ocurrido intentos de golpes de Estado, aunque no se haya invocado formalmente la Resolución 1080, el Consejo Permanente de la OEA o los Ministros de Relaciones Exteriores, inspirados en los criterios de la legitimidad democrática, se han reunido de inmediato para adoptar las decisiones que correspondían.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Resolución MRE/RES/1/91 del 2 de octubre de 1991.

<sup>8</sup> Resolución MRE/RES/2/91 del 8 de octubre de 1991.

<sup>9</sup> Así aconteció en abril de 1992 cuando el Presidente del Perú, Alberto Fujimori, intentó disolver temporalmente el Congreso, el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público, el Tribunal de Garantías Constitucionales y la Contraloría General de la República; y en mayo de 1993, cuando el entonces Presidente de Guatemala, Jorge Elías Serrano, disolvió el Congreso y destituyó a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio Público. Escapa a esta materia describir el desarrollo de esas crisis; pero es interesante señalar aquí que las Reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores se celebraron en cumplimiento de la Resolución 1080 sin demoras y adoptaron las resoluciones que estimaron pertinentes.

<sup>10</sup> Así sucedió en Venezuela con el intento de golpe de Estado por el Teniente Coronel Hugo Chávez en febrero de 1992 en contra del Presidente Constitucional Carlos Andrés Pérez; y en el conato de golpe de Estado que se produjo en abril de 2002 en contra del mismo Presidente Hugo Chávez.

Después de la Resolución 1080, otros instrumentos del sistema interamericano han reiterado el principio de la legitimidad democrática. Es el caso de numerosas resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA;<sup>11</sup> de la Carta de la OEA, la que fue reformada en 1992 por el Protocolo de Washington para incluir como nuevo artículo 9 una disposición que autoriza a suspender como Estado Miembro de la Organización a aquel "cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza"; de resoluciones aprobadas por las Cumbres de las Américas, en particular por la Cumbre de Quebec de 2001, la que adoptó la llamada cláusula democrática estableciendo que cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en algún Estado del hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del Gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbre de las Américas; y particularmente por la Carta Democrática Interamericana adoptada el 10 de septiembre de 2001 por la Asamblea General de la OEA reunida en Lima en un periodo extraordinario de sesiones.

La Carta Democrática Interamericana después de declarar en su artículo 1 que "los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla", establece en sus artículos 20 v 21 un mecanismo de defensa activa de la democracia en caso de que se produzca en un Estado Miembro de la OEA una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático y que, en caso de que las gestiones diplomáticas hayan resultado infructuosas para reestablecer la normalización de la institucionalidad democrática, puede la Asamblea General de la OEA llegar a tomar la decisión de suspender a dicho Estado Miembro de su derecho de participación en la OEA.

De los antecedentes expuestos se puede desprender que, bajo las actuales normas que rigen el sistema interamericano, en caso de surgir en América Latina un gobierno en forma in-

<sup>11</sup> Tales resoluciones pueden consultarse en el documento preparado por la Secretaría General de la OEA: "La Democracia en los instrumentos jurídicos de la Organización de los Estados Americanos." Docto. CP/CAPJ-1570/00 Corr. 1. 2 de febrero de 2000.

constitucional, dicho gobierno, en aplicación de los principios relativos a la legitimidad democrática, no debería ser objeto de reconocimiento.

### *Sección IV*

## RECONOCIMIENTO DE BELIGERANTES, INSURRECTOS Y MOVIMIENTOS DE LIBERACIÓN NACIONAL

### 163. *Consideraciones generales*

Un tema en el cual no se ha alcanzado todavía un amplio consenso en el derecho internacional es el del reconocimiento de ciertos grupos que actúan dentro de un Estado combatiendo con las armas al gobierno establecido, como son los beligerantes y los insurrectos, o que luchando por su independencia o por su asentamiento como pueblo pretenden constituir un Estado diferente, como es el caso de los movimientos de liberación nacional.

El tema no es fácil. Por de pronto, son escasas las normas convencionales, aunque son abundantes las resoluciones generales de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se refieren a los movimientos de liberación nacional. Las pocas normas existentes emanadas de tratados, como la Convención de La Habana de 1928 sobre "Deberes y Derechos de los Estados en caso de Guerra Civil", fueron adoptadas en un contexto muy diferente a los problemas que este asunto suscita en la actualidad.

Por otra parte, cuando se produce una lucha armada al interior de un Estado, las autoridades de éste, al menos inicialmente, por lo general aducen que se trata de situaciones internas, ajenas al derecho internacional, en las que no les cabe a terceros Estados intervenir y en el que las disposiciones del derecho interno -Constitución Política, leyes de Seguridad Interior del Estado, Código Penal- son suficientes para regular y sancionar esas situaciones. Incluso es frecuente que a esos grupos subversivos los gobiernos los consideren terroristas y pretendan aplicarles a ellos la condición de tales. Pero, por otra parte, si los grupos que luchan por cambiar la forma de gobierno de un Es-

tado o para constituir un nuevo Estado han logrado controlar una parte del territorio o la insurrección ha adquirido ciertas proporciones, los terceros Estados e incluso, en algunas circunstancias, el propio gobierno donde actúan los beligerantes e insurrectos puede llegar a tener interés en reconocer a esos grupos y otorgarles un cierto estatuto internacional y aun una limitada subjetividad internacional.

El principal interés que pueden tener los terceros Estados cuando en otro Estado se produce un conflicto armado es declarar y mantener una neutralidad; pero también el gobierno donde esos grupos se encuentran actuando puede llegar a tener interés en reconocerlos como beligerantes, insurrectos o formando parte de un movimiento de liberación nacional, a fin de aplicarles a ellos las correspondientes normas del derecho internacional, especialmente en lo que se refiere al derecho de guerra, lo que podrá permitirles, por ejemplo, bloquear a los barcos de terceros Estados el acceso a sus costas y puertos sin incurrir en responsabilidad internacional. Asimismo, en esas situaciones en las que se producen conflictos armados que no son de naturaleza internacional, cabe la posibilidad de aplicar las normas del derecho internacional humanitario, tal como lo reconocen los artículos tres de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977.

Desde luego, los más interesados en obtener ese reconocimiento son esos propios grupos, dados los beneficios políticos y de prestigio que les significará contar con un reconocimiento internacional, lo que les puede colocar en un cierto plano de igualdad con el gobierno del Estado en que actúan, confiriéndoles así ciertos derechos con respecto a ese Estado, los terceros Estados y algunas organizaciones internacionales a las que mediante el reconocimiento les puede permitir tener acceso.

El reconocimiento de esos grupos es eminentemente provisional dado que ha sido conferido mientras la situación que lo ha motivado perdure. Si los beligerantes, insurrectos o el movimiento de liberación nacional logran triunfar, se convertirán en el gobierno del Estado con el cual se encontraban luchando o en un nuevo Estado.

En consideración a los antecedentes expuestos, resulta de especial importancia determinar los requisitos que son neces-

ños para que a esos grupos se les pueda reconocer. En general, como acontece con gran parte de lo que se refiere al reconocimiento, esta materia tiene un carácter eminentemente político. Son los Estados los que deciden si otorgan o no su reconocimiento y, salvo que incurran en manifiestas violaciones al derecho internacional, gozan de un amplio campo discrecional. Sin embargo, a la vez, existen algunas reglas mínimas de derecho internacional a las que los Estados no pueden sustraerse cuando proceden al reconocimiento de los mencionados grupos.

#### **164. *El reconocimiento de beligerancia***

Mediante el reconocimiento de beligerancia un Estado, al constatar que un conflicto armado interno en otro Estado ha adquirido ciertas proporciones al llegar a tener los rebeldes bajo su control y administración una parte del territorio de ese Estado, procede a declarar su neutralidad y a reconocer como beligerante a la facción rebelde que se ha levantado en armas en contra del gobierno constituido.

La práctica internacional y la doctrina preponderante exigen que para que pueda otorgarse un reconocimiento de beligerantes es necesario que concurren ciertos requisitos, especialmente que los beligerantes tengan bajo su control y administración una parte del territorio; y que los rebeldes conduzcan su lucha por medio de tropas organizadas y de acuerdo a las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados.<sup>12</sup>

En la historia se encuentran abundantes ejemplos de reconocimientos de beligerantes. Las colonias españolas de América que se encontraban luchando por su independencia fueron reconocidas por Estados Unidos en 1817 y por Gran Bretaña en 1819. Durante la guerra de secesión en los Estados Unidos, que estalló en 1861 y se prolongó por 4 años, los Confederados del Sur fueron reconocidos como beligerantes por Gran Bretaña y Francia. En la lucha armada que el Frente Sandinista de Liberación Nacional opuso en Nicaragua al gobierno del General

**Ya en 1900 el Instituto de Derecho Internacional, al adoptar un Reglamento sobre la guerra civil contemplaba esos dos requisitos. Con posterioridad prácticamente todos los autores que tratan esta materia coinciden en que ambos requisitos son fundamentales para que proceda el reconocimiento de beligerancia.**

Somoza, México y los países del entonces Grupo Andino -Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela- reconocieron en 1979 como beligerante al Frente Sandinista.

A la vez, en la práctica internacional se encuentran casos de Estados que al no reconocer a los beligerantes, éstos no pueden beneficiarse de los derechos que la condición de tales les otorga. En Chile, por ejemplo, cuando el Congreso con el apoyo de una parte de las Fuerzas Armadas se levantó en armas en 1891 en contra del gobierno constitucional del Presidente José Manuel Balmaceda, el agente de la Junta del Congreso pidió en Francia el secuestro de los navios que el Presidente Balmaceda había ordenado construir. Si bien en primera instancia los tribunales franceses accedieron a esa petición, con posterioridad la Corte de París declaró que no habiendo reconocido el Gobierno de Francia la calidad de beligerante al movimiento que encabezaba la Junta del Congreso, los tribunales no podían aceptar la petición que dicha Junta solicitaba.<sup>13</sup>

¿Es obligatorio otorgar el reconocimiento de beligerancia cuando se reúnen las condiciones para que este proceda? Eduardo Jiménez de Aréchaga sostiene que sí. Según él, existe "una regla de derecho internacional que obliga a los Estados a reconocer cuando éstos llenan determinadas condiciones".<sup>14</sup> En abono de esa posición Jiménez de Aréchaga recuerda un caso ocurrido en 1779 en que Estados Unidos entabló una reclamación contra Dinamarca porque ese país devolvió a Gran Bretaña tres barcos ingleses capturados por una escuadra estadounidense durante la guerra de independencia aduciendo que los derechos de beligerancia de las colonias norteamericanas en su guerra de independencia no podían ser desconocidos y que, por lo tanto, Dinamarca carecía de facultades para rehusarse a conceder tal reconocimiento. Dinamarca no negó el mérito de la reclamación e incluso ofreció pagar una indemnización, la que fue considerada insuficiente.

Nos permitimos discrepar del criterio sustentado por el distinguido tratadista uruguayo. En la práctica contemporánea del derecho internacional lo que constituye una regla bien estable-

<sup>11</sup> H. Llanos Mansilla. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Tomo II. Santiago. 1980. Págs. 102 y 103.

<sup>M</sup> E. Jiménez de Aréchaga. *Derecho Internacional Público*. Tomo II. Montevideo. 1995. Pág. 75.



cida de ese ordenamiento no es el deber de reconocer a los beligerantes, sino de mantener una actitud de neutralidad en un conflicto armado interno. Esta neutralidad no necesariamente se expresa en la obligación de reconocer a los beligerantes. En el ejemplo citado por Jiménez de Aréchaga del posible desconocimiento de una norma de derecho internacional por parte de Dinamarca, ésta podría haber provenido de su falta de cumplimiento a su deber de neutralidad.

El reconocimiento beligerante es, por lo tanto, un acto discrecional que depende de la voluntad de los Estados que lo otorgan. Son muchos los ejemplos de casos de conflictos armados internos ocurridos en diversos países en los que un número significativo de Estados no adoptaron un pronunciamiento respecto al conflicto o un reconocimiento formal de los beligerantes, aunque sí manifestaron su voluntad de adecuar su conducta a las normas del derecho internacional en cuanto a respetar su neutralidad durante el conflicto.

Si bien el principal efecto del reconocimiento de beligerancia consiste para el Estado que lo otorga en el deber de observar una estricta neutralidad durante el conflicto, ese no es el único efecto. También, en ciertas situaciones, el reconocimiento puede otorgarles a los beligerantes una cierta subjetividad internacional, en cuanto a que en virtud de ese reconocimiento los beligerantes pueden llegar a tener la posibilidad de celebrar determinados acuerdos internacionales relacionados con la protección de personas e intereses extranjeros. Asimismo, dependiendo de los Estados que los reconocen, los beligerantes pueden ejercer respecto de ellos un cierto derecho de legación, tanto activo como pasivo, al poder enviar representantes al gobierno del Estado que los ha reconocido.

Con todo, la mayor importancia que acarrea el reconocimiento de beligerancia consiste en equiparar lo que es un conflicto interno a un conflicto internacional. De ese modo los beligerantes quedan en un pie de igualdad para determinados efectos internacionales con el gobierno establecido.

Con el reconocimiento de los beligerantes, tanto éstos como el gobierno quedan sometidos a las normas del derecho internacional, como las que se refieren a la responsabilidad por los actos ejecutados en el territorio bajo su control que causen perjuicio a otros Estados o a sus nacionales o a las normas del de-

recho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional.

### 165. *Reconocimiento o admisión de insurgencia*

En el caso en que el levantamiento armado no alcance a llenar los requisitos para que proceda el reconocimiento de beligerancia, por carecer los rebeldes, por ejemplo, del control de una parte del territorio, los Estados que deseen mantenerse ajenos al conflicto y no apoyar a ninguna de las facciones en lucha, pueden proceder al reconocimiento -o admisión- de una insurgencia.

A los terceros Estados en caso de que surja un conflicto armado en otro país, les puede resultar conveniente adoptar ciertas medidas al interior de su país o en relación al gobierno afectado por la insurgencia o a los propios insurgentes con el fin de asegurar su deber de prescindencia del conflicto y de no intervención. Más que un reconocimiento con efectos internacionales, como acontece con la beligerancia, se trata de una proclamación interna. De ahí que algunos tratadistas, como Jiménez de Aréchaga, denominen esta situación como una "admisión de insurgencia".

Lo cierto es que el reconocimiento o admisión de insurgencia, contrariamente a la beligerancia, no origina derechos y deberes, por lo que no cabe referirse propiamente a una subjetividad internacional de los insurrectos. Se trata, por lo demás, de situaciones esencialmente transitorias, en la que si los insurrectos logran obtener apoyo territorial, los transforma en beligerantes y, en caso contrario, normalmente tienden a disolverse y a buscar refugio político.

En todo caso, durante la lucha armada provocada por la insurrección, son aplicables también las normas del derecho internacional humanitario que rigen los conflictos armados de carácter no internacional.

(Como ejemplo de reconocimiento de insurgencia puede señalarse la Declaración franco-mexicana de 1981 relativa al conflicto armado en El Salvador en el que se reconoció al Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional y al Frente Demo-

<sup>11</sup> E. Jiménez de Aréchaga. *Derecho Internacional Público*. Tomo II. Montevideo, 1995. Pág. 79.

crático Revolucionario. En la mencionada declaración del 28 de agosto de 1981, el Secretario de Relaciones Exteriores de México, Jorge Castañeda, y el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Claude Cheysson, después de manifestar "la grave preocupación de sus gobiernos por los sufrimientos del pueblo salvadoreño en la situación actual" y de señalar "de que corresponde únicamente al pueblo de El Salvador la búsqueda de una solución justa y duradera a la profunda crisis por la que atraviesa ese país", expresaron que:

**Reconocen que la alianza del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional y del Frente Democrático Revolucionario constituye una fuerza política representativa, dispuesta a asumir las obligaciones y los derechos que de ellas se derivan.**

**En consecuencia es legítimo que la alianza participe en la instauración de los mecanismos de acercamiento y negociación necesarios para una solución política de la crisis.**

### ***166. Los movimientos de liberación nacional***

Los movimientos de liberación nacional (MLN) son grupos que luchan por su autodeterminación o para obtener un asentamiento territorial para su pueblo y constituirse así en Estados. Al ser reconocidos por organizaciones internacionales o por Estados adquieren subjetividad internacional.

Los MLN surgieron después de la Segunda Guerra Mundial para luchar por la independencia de los países y pueblos sometidos al colonialismo, para combatir el racismo o la ocupación de un territorio al cual consideran tener derecho.

En importante medida el reconocimiento de los MLN y la consiguiente importancia que éstos han adquirido en el derecho internacional contemporáneo se ha debido a numerosas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que han legitimado la lucha armada emprendida por ellos "contra la dominación colonialista, la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas".<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Entre esas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas cabe recordar las 2022 (XX) y 21 Sí (XXI), que reconocen la legitimidad de la lucha de los pueblos bajo dominación colonial para ejercer su derecho de autodeterminación y a la independencia; la 2403 (XXIII), que afirmó la legitimidad de la lucha del pueblo de Namibia; la 2795 (XXVI), que formuló la misma afirmación

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha exigido que los movimientos de liberación nacional para que puedan actuar en el plano internacional deben ser reconocidos por la correspondiente organización regional, reconocimiento que, en efecto, han otorgado la Organización de la Unidad Africana (hoy Unión Africana) y la Liga Árabe.

Entre los más importantes MLN que han sido reconocidos, cabe mencionar a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP); el Frente Polisario que aspira a constituir la República Árabe Saharaui Democrática como nuevo Estado independiente en el Sahara Occidental, y la Organización del Pueblo de África Suroccidental -South West African People Organization (SWAPO)-, la que al declararse la independencia de Namibia dejó de tener vigencia.

El hecho que la OLP y el Frente Polisario hayan sido reconocidos por las correspondientes organizaciones internacionales y por numerosos Estados y se encuentren negociando activamente sus aspiraciones para constituirse en Estados justifica que su estudio, más que como movimientos de liberación nacional, que comenzaron siéndolo, se efectúe dentro del siguiente capítulo relativo a los sujetos de derecho internacional que no constituyen una entidad estatal.

Los MLN disfrutan de un cierto estatuto jurídico ante las Naciones Unidas participando como observadores permanentes en todas las actividades de la Asamblea General y de otros órganos. Asimismo participan como miembros plenos de algunas organizaciones regionales como la Liga Árabe y la Unión Africana.

**en relación a los pueblos sometidos a la dominación colonial de Portugal; la 3168 (XXVIII), que extendió igual afirmación respecto de la población del entonces Sahara español; la 3070 (XXVIII) y otras posteriores, en las que se reconoció que la lucha armada constituye un medio legítimo para lograr la autodeterminación; la 3103 (XXVIII), en la que la Asamblea General afirmó que los miembros de los MLN por participar en conflictos armados internacionales se beneficiaban de las reglas contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949; la 3210 (XXIX), en la que se reconoce a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) y se le invita a participar como Observador de la Asamblea General concediéndole el estatuto de observador ante diversos órganos y conferencias de Naciones Unidas; la 3280 (XXIX), en la que la Asamblea General otorgó a algunos MLN el carácter de observadores en los trabajos de las comisiones principales y de sus órganos subsidiarios de la Asamblea General, así como en otras conferencias y eventos que pueden ser de interés para sus pueblos.**

Los MLN también pueden celebrar tratados y acuerdos internacionales con los Estados que los han reconocido y aun, en ciertos casos excepcionales, pueden llegar a ser partes de convenciones multilaterales, como la Convención sobre la Prohibición o Limitación de Ciertas Armas de 1981. Asimismo poseen un derecho de legación en el sentido que pueden enviar representantes y establecer Oficinas de Representación, las que en muchos casos tienen un rango equiparable a las embajadas, gozando así de los privilegios e inmunidades que se reconocen a las misiones diplomáticas y a los agentes diplomáticos.

Por último, debe señalarse que a los combatientes de los MLN les resultan aplicables las normas de los Convenios de Ginebra de 1949 y de su Protocolo Adicional, por lo que pueden beneficiarse de las mismas normas de protección de que gozan los combatientes en conflictos armados internacionales.

## CAPÍTULO OCTAVO

# LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL DE OTROS SUJETOS DE NATURALEZA NO ESTATAL

### *Sesión I*

#### ASPECTOS GENERALES

#### 167. *Los sujetos de derecho internacional de carácter no estatal*

En el presente capítulo se estudiarán una serie de situaciones en las que la subjetividad internacional corresponde a entidades que no son un Estado. Como se expresó con anterioridad, el actual derecho internacional hace mucho tiempo que dejó de tener una estructura exclusivamente estatal, aunque debe reconocerse que aun bajo el derecho internacional clásico, la Santa Sede, que, como se verá, no es un Estado, siempre ha sido reconocida como sujeto de derecho internacional.

Junto a la Santa Sede en la práctica internacional se presentan otras entidades de diversa naturaleza que poseen algunos de los atributos de los sujetos de derecho internacional, como ejercer el derecho de legación, activo y pasivo; poder celebrar tratados internacionales; o participar en organizaciones e instancias internacionales.

Sin procurar incluir a todos esos sujetos, los que presentan un mayor interés son los siguientes: a) sujetos que resultan de la evolución histórica del derecho internacional. Es el caso de la Santa Sede. Junto a ella se estudiará la soberana Orden de Malta, la que si bien carece de la importancia de la anterior, su personalidad internacional como aquella responde a consideraciones de orden histórico; b) sujetos que aspiran a constituirse

en Estados. Al estudiarse anteriormente a los MLN se mencionó la especial situación que en las actuales relaciones internacionales tienen la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) o, simplemente, Palestina y el Frente Polisario, los que han sido reconocidos como sujetos de derecho internacional por organizaciones internacionales y un número considerable de Estados. Cuando esos sujetos se conviertan en Estados, lo que es posible pueda ocurrir en breve tiempo más, ellos dejarán de tener su actual situación internacional, tal como aconteció con la Organización del Pueblo de África Sudoccidental (SWAPO), cuando se creó el Estado de Namibia; c) Sujetos que corresponden a entidades que han sido constituidas de acuerdo al derecho interno de un Estado, pero han llegado a adquirir una cierta subjetividad internacional. Dentro de ellos, el más importante, en cuanto goza de una mayor personalidad internacional, es el Comité Internacional de la Cruz Roja; también en este grupo pueden mencionarse a las organizaciones internacionales no gubernamentales y a las empresas transnacionales, las que, aunque no tienen una subjetividad internacional, su creciente importancia e influencia en las relaciones internacionales contemporáneas hacen conveniente precisar su situación jurídica y estudiar en qué medida disponen de algunos atributos de personalidad internacional.

En el presente capítulo no se incluirán aquellas instituciones internacionales que han dejado de tener vigencia y que podían ser consideradas sujetos de derecho internacional como eran los mandatos y los fideicomisos que habían sido creados por la Sociedad de Naciones y la Carta de las Naciones Unidas para la administración de ciertos territorios no autónomos. Tampoco se estudiarán por la misma razón los territorios internacionalizados, que, aunque situados dentro de un Estado, escapaban a la jurisdicción de éste situándose bajo una administración internacional. Esa fue la situación después de la Primera Guerra Mundial de la Ciudad Libre de Danzig, de Sarre y de Tánger; y después de la Segunda Guerra Mundial, de Trieste, y más contemporáneamente, en cierto modo, de Kosovo. En un sentido estricto, Kosovo no es un territorio internacionalizado, ya que forma parte de Serbia; pero desde 1999 se encuentra bajo la administración provisional de la Misión de Naciones

Unidas para la Administración Provisional de Kosovo (UNMIK), en virtud de la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad.<sup>1</sup>

En cambio, dada la especial importancia que han adquirido en el derecho internacional contemporáneo, los capítulos posteriores estarán destinados al estudio de las organizaciones internacionales y al papel que tiene el individuo en el actual derecho internacional.

## *Sección II*

### LA SANTA SEDE

#### 168. *La personalidad internacional de la Santa Sede*

La Santa Sede es el gobierno de la Iglesia Católica directamente por el Papa y sus colaboradores directos en una sede administrativa fija; o, como la define el artículo 7 del *Codex Juris Canonici*, la Santa Sede es:

**No sólo el Romano Pontífice, sino también las Congregaciones, los Tribunales y los Oficios por medio de los cuales el mismo Romano Pontífice suele despachar los asuntos de la Iglesia Universal.**

Aunque la Iglesia Católica y el Estado Ciudad del Vaticano tienen también personalidad internacional, el sujeto de derecho internacional por antonomasia en este caso es la Santa Sede. Ha sido así históricamente y es ella, más que la Iglesia Católica o el Vaticano, la que ejerce los principales atributos de la subjetividad internacional, como lo son el ejercicio del derecho de legación y el *jus tractatum*.

La Santa Sede ejerce el derecho de legación activo y pasivo, enviando y recibiendo agentes diplomáticos. La gran mayoría de los Estados, aun varios que no tienen una tradición católica, han

<sup>1</sup> Actualmente, la mayoría de la población de Kosovo, de origen albanés, aspira a su independencia como nuevo Estado. Asimismo, el Representante Especial de Naciones Unidas para Kosovo, el ex Presidente de Finlandia, Martti Ahtisaari, ha propuesto un plan gradual que desembocaría en la independencia de Kosovo, lo que no es aceptado por Serbia, que cuenta con el apoyo de Rusia, que ha anunciado que vetaría en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el ingreso como Estado de Kosovo.



acreditado embajadores ante la Santa Sede. A su vez la Santa Sede envía representantes a una gran cantidad de Estados, los que cuando son Jefes de Misión se denominan Nuncios y en países de tradición católica se les reconoce la calidad de Decano del Cuerpo Diplomático.

La Santa Sede celebra tratados internacionales en representación de la Iglesia Católica con los diferentes Estados, los que se denominan Concordatos. Asimismo es parte de diversas e importantes convenciones multilaterales. También la Santa Sede, en representación del Estado Ciudad del Vaticano, ha celebrado acuerdos con Italia en asuntos administrativos, postales o de policía.

### 169. *Evolución histórica de la Santa Sede*

Para apreciar la situación jurídica que goza la Santa Sede resulta conveniente distinguir tres etapas históricas:

a) Hasta 1870, el Papa además de su condición de Pontífice de la Iglesia Católica era también soberano de los Estados Pontificios cuyo origen se remonta a la donación que en el siglo VIII había hecho Pipino el Breve al Papa del Exarcado de Ravenna, que había arrebatado a los lombardos y que posteriormente Carlomagno había acrecentado con otras donaciones. Los Estados Pontificios llegaron a comprender una parte considerable de la Italia de hoy, limitando al norte con la Lombardía y Venecia y al sur con el Reino de Nápoles y las dos Sicilias. Desde el punto de vista del derecho internacional hasta esa fecha no se presentaba ningún problema, pues el Papa, además del poder espiritual que ejercía como Pontífice de la Iglesia Católica y que se extendía sobre toda la Iglesia, era también el Jefe de Estado de los Estados Pontificios, cuya capital era Roma. En virtud de esas dos condiciones ejercía las prerrogativas propias de un sujeto de derecho internacional.

b) En 1870, como consecuencia del proceso de unificación italiana, Roma fue ocupada por las tropas italianas y los Estados Pontificios pasaron a formar parte del Reino de Italia con Roma como capital; en 1871 el Parlamento Italiano aprobó la llamada "Ley de Garantías", mediante la cual se otorgaron al

Papa las prerrogativas e inmunidades de un soberano en Estado extranjero y se concedió inmunidad a los diplomáticos acreditados ante él por los otros gobiernos. El Pontífice romano nunca aceptó esa ley y mantuvo una permanente oposición contra ella y a la situación creada por la desaparición de los Estados Pontificios.

Es interesante señalar que, no obstante que entre 1870 y 1929 la Santa Sede no dispuso de ninguna base territorial propia, no perdió en esa época su condición de sujeto de derecho internacional. Durante esos años la Santa Sede continuó recibiendo y enviando agentes diplomáticos y concluyendo acuerdos y actos regidos por el derecho internacional sin que se planteara controversia alguna en cuanto a su calidad de sujeto de derecho internacional.

c) En 1929, mediante los Acuerdos de Letrán, suscritos el 11 de febrero de 1929 por el Gobierno de Italia y la Santa Sede, quedó solucionada la llamada "Cuestión Romana". Los acuerdos de Letrán son tres: un tratado político, que es el más importante, puesto que en él se crea la Ciudad Estado del Vaticano; una Convención financiera en la que se convino, a modo de compensación, el pago por Italia de una suma de dinero y la constitución de una renta a favor de la Iglesia Católica; y un concordato entre Italia y la Santa Sede, el que posteriormente fue modificado en 1984 a la luz de las transformaciones sociales y políticas experimentadas tanto por Italia como por la Iglesia Católica.

### 170, *La Ciudad Estado del Vaticano*

En el Tratado de Letrán de 1929 se crea el Estado de la Ciudad del Vaticano, reconociendo Italia la soberanía de la Santa Sede sobre dicho Estado. Como lo señala el artículo 3 de ese Tratado:

**Italia reconoce a la Santa Sede la plena propiedad y la exclusiva y absoluta potestad y jurisdicción soberana sobre el Vaticano.**

El propósito explícito de la creación del Vaticano, tal como lo señala el artículo 26 del Tratado de Letrán, fue asegurar a la Santa Sede que pueda obrar con la debida libertad e independencia en el Gobierno Pastoral de la Diócesis de Roma y de la Iglesia Católica en Italia y en el mundo y, como lo señala

el artículo 2 de ese tratado, como "un tributo inherente a su naturaleza, en conformidad con la tradición y a las exigencias de su misión en el mundo".

El territorio del Vaticano abarca 44 hectáreas en la zona urbana de Roma y sus nacionales, aproximadamente 1.000 personas, están formados por quienes tengan una residencia estable en la ciudad y siempre que ejerzan ciertas dignidades o funciones eclesiásticas, aunque también la nacionalidad vaticana puede ser concedida por el Papa, el Secretario de Estado o el Gobernador de la Ciudad del Vaticano a los Cardenales, no obstante que éstos no residan en Roma.

El territorio del Vaticano origina, de acuerdo al derecho internacional, un espacio aéreo, de ahí que el artículo 7 del Tratado de Letrán disponga que:

**En conformidad con las normas del derecho internacional, está prohibido a las aeronaves de cualquier especie sobrevolar el territorio del Vaticano.**

El Vaticano se encuentra sometido a la soberanía y jurisdicción de la Santa Sede. Como lo señala el artículo 4 del Tratado de Letrán:

**La soberanía y la jurisdicción exclusiva que Italia reconoce a la Santa Sede sobre la Ciudad del Vaticano supone que en la misma no puede llevarse a efecto ninguna injerencia por parte del gobierno italiano y que no existe otra autoridad en ella que la de la Santa Sede.**

### 171. *Situación actual de la Santa Sede*

La relación que existe entre la Santa Sede y la Ciudad Estado del Vaticano, que ha preocupado a algunos autores, carece en realidad hoy día de importancia. Como se ha explicado anteriormente, el Estado de la Ciudad del Vaticano creado por el Tratado de Letrán, constituye una entidad cuyo propósito es servir de base territorial a la Santa Sede para que ésta pueda cumplir con mayor libertad y eficacia sus funciones.

Aunque la Ciudad del Vaticano es un Estado y como tal reúne todos los requisitos de un sujeto de derecho internacional, la subjetividad internacional en esta situación recae en la Santa Sede. La dotación de un sustento territorial que logró el Tratado de Letrán -y que dio lugar a la discusión de la duplicidad de sujetos- puede haber tenido alguna importancia en una época

en la que se consideraba que los únicos sujetos de derecho internacional eran los Estados o las ficciones de tales, pero hoy día esa situación se encuentra superada y lo que actualmente interesa es determinar quién en el plano internacional representa a la Iglesia Católica y al Sumo Pontífice con toda su influencia política y espiritual.

Además de los atributos de la subjetividad internacional que se señalaron anteriormente, la Santa Sede también mantiene una activa participación en asuntos que conciernen a la paz mundial, la defensa de los derechos humanos y la promoción de un orden internacional más justo. También la Santa Sede ha desempeñado un importante papel en la solución de controversias internacionales, como lo hizo, por ejemplo, como mediadora en el diferendo sobre la Zona Austral de Argénúna y Chile entre 1979 y 1984.

Como consecuencia de esa participación en asuntos internacionales la Santa Sede concurre a conferencias internacionales, como ocurrió, por ejemplo, en la Conferencia de Roma de 1998, en la que se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el que les correspondió a los Representantes de la Santa Sede tener una activa participación. También la Santa Sede es Observadora Permanente de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos y es miembro, entre otras organizaciones internacionales, de la UNESCO, la OIT, la Unión Postal Internacional y la Organización Mundial de la Salud.

### 172. *La Soberana Orden de Malta*

La Soberana Orden Militar y Hospitalaria de San Juan de Jerusalem, de Rhodas y de Malta, más conocida como la Soberana Orden de Malta, puede también ser incluida como sujeto de derecho internacional.

Aunque tal carácter es discutido en el campo de la doctrina,<sup>2</sup> lo cierto es que su personalidad internacional, a pesar de

" Un buen número de autores de texto de derecho internacional no incluyen a la Orden de Malta entre los sujetos de derecho internacional. Otros, como Diez de Velasco, sostienen "que la dependencia de la Santa Sede y la falta de un territorio le dan un estatus bastante equivoco y es dudosa e insatisfactoria la postura de mantener sin ningún género de dudas la personalidad internacional plena de la Orden de Malla". M. Diez de Velasco. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo I. Madrid. 1991. Pág. 288.

carecer de una trayectoria y una proyección internacional de trascendencia, ha sido reconocida por un número significativo de Estados que han aceptado a sus representantes como agentes diplomáticos regidos por el derecho internacional.

La Orden de Malta nació a mediados del siglo XI con un carácter religioso-militar, siendo originariamente su principal actividad la de albergar y proteger a los peregrinos que iban a Jerusalem y defender militarmente los territorios cristianos de la Tierra Santa. En 1310 la Orden ocupó la Isla de Rhodas y organizó una importante flota naval para facilitar la navegación de quienes viajaban a las Cruzadas.

En 1523 Rhodas cayó en manos del sultán Solimán el Magnífico y la Orden tuvo que abandonar la isla.

En 1530 tomó posesión de la Isla de Malta -de donde proviene su nombre- gracias a una Orden del Emperador Carlos V con la aprobación del Papa Clemente VII. En 1798, Napoleón Bonaparte ocupó la Isla de Malta, obligando a la Orden a abandonarla. Tras permanecer provisionalmente en varias ciudades italianas, la Orden de Malta se estableció finalmente en 1834 en Roma.

La Orden está compuesta actualmente por cerca de 10.000 caballeros profesos y caballeros y damas laicos. Al ser una orden religiosa, depende de la Santa Sede, aunque goza de una amplia autonomía. Es gobernada por el Gran Maestre, asistido por el Soberano Consejo. Las actividades de la Orden están regidas por su Carta Constitucional y Código, los que fueron reformados en 1997. Su principal labor es caritativa, especialmente en el campo de la asistencia médica y hospitalaria. También la Orden de Malta ha contribuido con ayudas cuando han ocurrido desastres naturales.

Su personalidad internacional se debe a que la Orden desde el siglo XIX ha acreditado representantes diplomáticos en diversos Estados, siendo aceptados por éstos, llegando a formar parte del respectivo cuerpo diplomático.

Hoy día la Orden de Malta mantiene representantes en la mayoría de los Estados de América Latina y Europa y en varios de África. También goza del derecho de legación pasivo a través de Embajadores que son acreditados ante ella, los que generalmente son los enviados a la Santa Sede, quienes actúan

como concurrentes ante la Orden de Malta. Asimismo la Orden ha sido admitida como Observadora en Naciones Unidas, Unión Europea y varias organizaciones internacionales como la EVO, la UNESCO v OMS.

### *Sección III*

#### ENTIDADES QUE ASPIRAN A CONSTITUIRSE EN ESTADOS

##### **173. *La Organización para la Liberación de Palestina***

La Organización para la Liberación de Palestina (OLP) fue creada en Jerusalén en 1964 como la entidad encargada de representar las aspiraciones del pueblo palestino para constituir un Estado en territorios ocupados por Israel.

En 1947 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Resolución 181 (II), en la que recomendó la partición de la Palestina en dos Estados independientes: uno judío y otro árabe, lo que permitió al año siguiente la creación del Estado de Israel, sin que se lograra en esa ocasión la formación de un Estado Palestino. Con posterioridad, estalló la primera guerra árabe-israelí (1948-1949), en la que Israel adquirió vastos territorios a expensas del propuesto Estado Palestino. Tras la derrota militar en 1967 de Egipto, Jordania y Siria en la guerra contra Israel y la subsiguiente ocupación de éste de los territorios de Gaza y Cisjordania (ribera occidental), la OLP intensificó la lucha armada.

Ese mismo año de 1967 el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 242, sentando las bases para una paz justa y estable en la región mediante el retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios ocupados; la terminación de la beligerancia o alegaciones de su existencia; y el reconocimiento y respeto de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona. Después del grave conflicto árabe-israelí de 1973, la anterior resolución fue complementada por la Resolución 338 de ese año del Consejo de Seguridad, en la que se reafirman los principios contenidos en la Resolución 242 y se insta a negociaciones para establecer "una paz justa y duradera".

En los años siguientes comenzaron a desarrollarse diversas acciones diplomáticas para que, en aplicación de las mencionadas resoluciones del Consejo de Seguridad, se pudiera llegar a constituir un Estado Palestino dentro del marco de una paz estable en la región. El 10 de septiembre de 1993, como resultado de las negociaciones llevadas a cabo en Oslo, el Primer Ministro de Israel, Itzjak Rabin, y el líder de la OLP, Yasser Arafat, intercambiaron cartas de reconocimiento mutuo. En su carta a Rabin, Arafat reconoce el derecho de Israel "a existir en paz y seguridad" y renuncia a "usar actos terroristas y otros actos de violencia"<sup>1</sup>. Por su parte, Rabin reconoce a la OLP como representante del pueblo palestino. Tres días después Rabin y Arafat firmaron en la Casa Blanca, en Washington, la Declaración de Principios sobre un Gobierno Autónomo Provisional Palestino, en la que "reconocen sus mutuos derechos legítimos y políticos y se esfuerzan por vivir en coexistencia pacífica y mutua dignidad y seguridad a fin de lograr un acuerdo de paz justo, duradero y global y una reconciliación histórica a través de un proceso político pactado" que conduciría a un arreglo permanente sobre la base de las Resoluciones 242 y 338 del Consejo de Seguridad.

En la mencionada Declaración se pacta el establecimiento de una autonomía palestina interina sobre Jericó en Cisjordania y la Franja de Gaza. Al año siguiente, Israel y la OLP, en cumplimiento de los acuerdos logrados en Washington, convinieron el 4 de mayo de 1994, en El Cairo, en la retirada de Israel sobre el área de Jericó en Cisjordania y la Franja de Gaza y la transferencia por parte de Israel en forma interina de ciertas responsabilidades administrativas y policiales en esos territorios a favor de la Autoridad Nacional Palestina.

De conformidad con dicho acuerdo, la Autoridad Nacional Palestina estaría compuesta por un Consejo integrado por 24 personas con funciones ejecutivas y legislativas respecto a los territorios sobre los que ejercerá jurisdicción. Asimismo dicha Autoridad será la responsable para que en esos territorios se puedan ejercer las funciones judiciales por un órgano **independiente**. Sin embargo, el referido acuerdo deja expresa constancia que la Autoridad Nacional Palestina carecerá de poderes en materia de defensa exterior -los que permanecerán detentados sólo

por Israel- y en materia de relaciones exteriores. Sin embargo, respecto a estas últimas se reconocen a la OLP ciertas atribuciones en beneficio de la Autoridad Nacional Palestina.

Los hechos de violencia que tuvieron lugar en los últimos años del siglo XX y los primeros del siglo XXI, como consecuencia de una nueva *intifada* o levantamiento popular palestino estimulado por los grupos más radicales palestinos y la dura y desproporcionada reacción del ejército israelí bajo los gobiernos de Benjamín Netanyahu y Ariel Sharon dificultaron las negociaciones tendientes a desarrollar un estatuto permanente para Palestina.

En abril de 2003, el "Cuarteto Diplomático" integrado por Naciones Unidas, Estados Unidos de América, la Federación de Rusia y la Unión Europea propusieron un "Plan de Ruta" orientado para que dentro de un plazo de tres años pudiese lograrse el establecimiento de dos Estados, Israel y Palestina, viviendo en paz y con seguridad. Dicho plan fue aceptado por el gobierno del Primer Ministro Sharon de Israel y por el Primer Ministro de la Autoridad Nacional Palestina Mahmoud Abbas, no obstante que en uno y otro caso tuvieron la oposición de los grupos más extremistas; el Plan de Ruta obliga a Israel a no realizar acciones como atacar civiles y a respetar las propiedades palestinas; por su parte, la Autoridad Nacional Palestina se ha comprometido a realizar los esfuerzos necesarios para contener a los individuos o grupos que puedan realizar actos de violencia en contra de israelíes.

Sin embargo, a fines de 2006, el Plan de Ruta aún no se concretizaba. La muerte, por una parte, en 2004 de Arafat y la indisposición más tarde de Sharon han marginado de este proceso a dos de sus principales protagonistas y, por otra, la victoria electoral en Palestina del grupo Hamas, que niega el derecho a existir de Israel y que éste considera un grupo terrorista, han aumentado las dificultades para llegar a una paz estable que permita la formación del Estado de Palestina.

A comienzos de 2007 la perspectiva de llegar a formar un Estado Palestino se veía más lejana que cuando se iniciaron en 2003 las gestiones del "Cuarteto Diplomático". Por un lado, la desproporcionada reacción de Israel ante actos de violencia en la región y por otro el debilitamiento de la Autoridad Nacional Palestina como consecuencia de las luchas internas surgidas entre Al Fa-



tah del Presidente Abbas y Hamas y han significado -para emplear una expresión del ex ministro de Relaciones Exteriores de Israel Abba Eban- que "nunca se haya perdido una oportunidad para perder una oportunidad" para lograr constituir un Estado Palestino, el cual hoy día contaría con un abrumador apoyo de la comunidad internacional.

Durante todo este largo y complejo proceso, que se ha intentado resumir muy a grandes rasgos, a la Organización para la Liberación de Palestina le ha correspondido un papel protagónico, en el que su personalidad internacional se ha ido gradualmente consolidando hasta el punto que hoy día es Palestina la que aparece como el sujeto de derecho internacional, participando como Observadora Permanente en Naciones Unidas y en varias organizaciones internacionales, así como miembro pleno de la Liga Árabe.

#### **174. *El Frente Polisario***

El Frente Popular para la Liberación de Saguia el -Hamra y del Río de Oro-, más conocido como el Frente Polisario, fundado en 1973, es un movimiento político-militar que lucha para la creación de un Estado independiente en el Sahara Occidental.

El Sahara Occidental fue colonia española hasta 1976. En virtud del acuerdo alcanzado en Madrid en 1975 entre España, Marruecos y Mauritania, el primero se retiró de ese territorio, el cual quedó dividido para su administración entre Marruecos y Mauritania. El Frente Polisario no reconoció ese acuerdo y proclamó la República Árabe Saharaui Democrática, a la vez que comenzó una lucha armada en contra de sus ocupantes. En 1979 Mauritania hizo la paz con el Frente Polisario y se comprometió a entregarle los territorios que le habían asignado, los que, sin embargo, Marruecos se apresuró a anexar para sí, dando origen a un incremento de las hostilidades.

En 1988, como resultado de gestiones realizadas por el Secretario General de las Naciones Unidas y la Organización de la Unidad Africana, Marruecos y el Frente Polisario aceptaron un alto al fuego y la realización en un futuro próximo de un referéndum para que, en aplicación del principio de autodeterminación, los habitantes del Sahara Occidental decidieran a quien pertenecería éste. Para asegurar su éxito se creó la Misión de Naciones Uni-

das para el referéndum en el Sahara Occidental (Minurso). Sin embargo, dicho referéndum no ha sido posible llevarlo a cabo hasta ahora, principalmente por las dificultades habidas para la identificación de los votantes y falta de acuerdo en el proceso de apelación respecto de sus resultados.

A ello es necesario agregar la penmanente posición de Marruecos de negarse a una solución que conduzca a la independencia del Sahara Occidental. Marruecos sí ha anunciado estar dispuesto a conceder una mayor autonomía a los habitantes del Sahara Occidental, lo que es considerado insuficiente por el Frente Polisario o, según el caso, la República Árabe Saharaui Democrática, goza de una indudable subjetividad internacional. El Frente Polisario es Observador ante la Asamblea de las Naciones Unidas y otros órganos de dicha organización. Los representantes del Frente Polisario han tenido una fuerte participación en las negociaciones con Marruecos, el Secretario General de Naciones Unidas, su Representante Especial y el Minurso, tendientes a lograr una solución a este asunto. Por su parte, la República Árabe Saharaui es miembro pleno de la Liga Árabe y la Unión Africana y son varios los Estados, incluyendo a algunos de América Latina, que han reconocido a la República Árabe Saharaui Democrática y acordado mantener con ella relaciones diplomáticas, no obstante no reunir aún todos los elementos propios de un Estado.

#### *Sección IV*

#### ENTIDADES DE DERECHO PRIVADO QUE DISPONEN DE CIERTA PERSONALIDAD INTERNACIONAL.

##### 175. *El Comité Internacional de la Cruz Roja*

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) es una institución humanitaria de derecho privado, compuesta exclusivamente por ciudadanos suizos, regida por el Código Civil suizo, con sede en Ginebra. Sin embargo ha adquirido una dimensión internacional en razón de las tareas que le asignan los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977 y por el reconocimiento que le han otorgado un considerable número de Estados.

El CICR fue creado en 1863, después de que su fundador, el médico ginebrino Henry Dunant, fuera testigo de la Batalla de Solferino y quedara impresionado por los cadáveres que le tocó presenciar y los horribles padecimientos sufridos por los heridos. Esa experiencia lo llevó a proponer en su libro *Recuerdos de Solferino* la creación de una institución independiente, neutral e imparcial que pudiera socorrer a los heridos cuando se produjera un conflicto armado y, a la vez, abogar por el establecimiento de normas internacionales que pudieran beneficiar a las víctimas de esos conflictos armados. Gracias a las gestiones realizadas por Dunant, el gobierno suizo convocó a una Conferencia en 1864, la cual adoptó la Convención para la Mejora de la Suerte de los Militares Heridos en Campaña, que constituye el primer antecedente de los Convenios que se adoptaron en 1949.

La función principal del CICR es velar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario, tal como se encuentra desarrollado en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 y, en consecuencia, hacer lo posible como institución humanitaria neutral para que en caso de conflictos armados internacionales o de otra índole -o de disturbios internos- lograr la protección y asistencia de las víctimas militares y civiles. En tal sentido, los instrumentos señalados reconocen al CICR el poder emprender ciertas actividades para socorrer o aliviar a las víctimas de tales conflictos o disturbios y de intervenir a favor de la población civil, actividades que los Estados Partes de las referidas Convenciones se encuentran en la obligación de respetar.

La personalidad internacional del CICR surge también de los Acuerdos de Sede que ha concertado con más de 50 Estados. En esos acuerdos se ha reconocido su personalidad jurídica internacional y se han conferido al Comité Internacional de la Cruz Roja y a sus miembros las inmunidades y privilegios que normalmente corresponden a las organizaciones intergubernamentales y a sus funcionarios internacionales.

En 1993 el CICR concertó un acuerdo de sede con Suiza, en el que se reconoce su personalidad jurídica internacional y se garantiza su independencia con respecto a las autoridades suizas.

La actuación del Comité Internacional de la Cruz Roja se apoya en las sociedades nacionales de la Cruz Roja y de la Me-

dia Luna Roja que funcionan en cada Estado, las que forman el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que constituye una organización internacional no gubernamental.

#### 176. Las *organizaciones internacionales no gubernamentales*

Las organizaciones internacionales no gubernamentales son asociaciones de particulares, sin fines de lucro, que desarrollan actividades que inciden en el campo de las relaciones internacionales y que se rigen por el derecho interno del Estado en que se han constituido o establecido su sede. En un sentido estricto, estas organizaciones privadas no son sujetos de derecho internacional; pero, a la vez, no puede dejar de mencionarse el activo papel que desempeñan en las relaciones internacionales contemporáneas y la influencia que ellas tienen en variados ámbitos del actual derecho internacional.

Como consecuencia de la creciente participación de las sociedades civiles en asuntos de interés público, diversas organizaciones internacionales no gubernamentales se han sentido con el derecho de participar en instituciones e instancias que a nivel internacional se han abocado a asuntos como la defensa de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, la promoción del desarrollo económico o social o el desarme y la preservación de la paz.

La Carta de Naciones Unidas, en su artículo 71, faculta al Consejo Económico y Social (ECOSOC) para hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia de ese Consejo. En virtud de esa disposición, el ECOSOC ha otorgado a miles de organizaciones internacionales no gubernamentales el carácter de organismo consultivo, siendo la Federación de Sindicatos y la Asociación Internacional de Cooperativas las dos primeras que obtuvieron tal reconocimiento.

A la vez, las actividades en el plano internacional de estas organizaciones se han expandido. Ellas en la actualidad hacen presentaciones a los gobiernos y las organizaciones internacionales; participan en procedimientos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales en organismos de protección de derechos humanos; son invitadas a concurrir como observadoras a conferencias in-



ternacionales y asambleas generales de organizaciones internacionales, en las cuales pueden distribuir sus documentos entre los participantes; incluso en algunas reuniones pueden participar en sus deliberaciones haciendo presentaciones orales.

Si bien en el estado actual del derecho internacional resulta aún prematuro afirmar que las organizaciones internacionales no gubernamentales gozan de personalidad internacional, la creciente importancia que algunas de ellas han adquirido parecieran conducir a algunas de estas organizaciones a un incipiente y restringido reconocimiento de ciertos atributos propios de la subjetividad internacional.

### **177. *Las empresas transnacionales***

Las empresas transnacionales pueden ser de dos tipos: las empresas públicas internacionales y las empresas privadas con actividades transnacionales. Las primeras son empresas creadas por un tratado concluido por dos o más Estados para la realización de propósitos comunes de carácter económico o de prestación de servicios. Su personalidad jurídica será la que establezca el tratado, el cual, ordinariamente, sólo tendrá efectos entre los Estados partes de ese tratado, sin perjuicio de que dicha empresa pública pueda también ser reconocida por terceros Estados.

En cambio, las empresas privadas que desarrollan actividades transnacionales han sido constituidas de acuerdo al derecho interno de un Estado, por lo que, en un sentido estricto, no poseen subjetividad internacional. La Corte Internacional de Justicia, tal como se señaló anteriormente, en el caso de la *Anglo Iranian Oil Co.*, consideró que esa empresa carecía de personalidad internacional.<sup>3</sup>

Sin embargo, la creciente importancia que las empresas privadas transnacionales han adquirido en las relaciones internacionales contemporáneas ha significado que el derecho internacional progresivamente se haya venido ocupando de estas empresas, las que suelen celebrar contratos o acuerdos con Estados o mantener controversias con ellos como resultado de decisiones que éstos adoptan en relación a las actividades de tales

<sup>1</sup> ICJ Reports. 1952. Pág. 112.

empresas y en las que éstas aducen se han contravenido normas de derecho internacional.

En una sentencia arbitral, por ejemplo, se afirmó el carácter internacional del derecho regulador de los contratos internacionales y se reconoció una cierta personalidad jurídica internacional a las empresas transnacionales, concretamente la posibilidad de hacer valer en el plano del derecho internacional derechos que pudieran derivarse de un contrato celebrado entre un Estado y una empresa transnacional.<sup>4</sup>

En la práctica internacional contemporánea ha sido frecuente que los Estados celebren tratados de garantía de inversiones, algunos de los cuales autorizan a las empresas que han invertido en otros Estados a que puedan recurrir a procedimientos arbitrales o jurisdiccionales en caso de surgir una controversia derivada de sus inversiones.

Dentro del marco del Convenio para el Arreglo Pacífico de las Controversias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado bajo los auspicios del Banco Mundial en 1965, se contempla el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI), el cual contempla listas de conciliadores y árbitros para el caso de controversias entre un Estado y una empresa extranjera inversora, lo que significa reconocer a esa empresa una cierta subjetividad internacional. No obstante, la actividad del CIADI en América Latina ha sido más bien limitada.

Uno de los pocos casos en que le ha correspondido pronunciarse al CIADI fue en la controversia que mantuvo la empresa chilena Lucchetti con el Perú a raíz de que la Municipalidad de Lima, en 1998, suspendió la construcción de una fábrica de fideos de esa empresa en un terreno adyacente a un área ecológica, aduciendo que carecía de los permisos legales necesarios. Lucchetti, después de recurrir infructuosamente a la justicia peruana, presentó su reclamación al CIADI, aduciendo, entre otros fundamentos, una violación al Acuerdo de Promoción y Protec-

<sup>4</sup> Sentencia Arbitral de 19 de enero de 1977 en el asunto TEXACO (Ialasia-tic (Texaco Overseas Petroleum Co. y California Asiatic Oil Company vs. Libya). Cit. porj. A. Carrillo Salcedo. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid. 1996. Pág. 36.

ción Recíproca de Inversiones entre Chile y Perú, el cual reconocía jurisdicción al CIADI y que había entrado en vigor el 3 de agosto de 2001.

El tribunal arbitral constituido por el CIADI, en un fallo de febrero de 2005, decidió que no era competente para pronunciarse por la reclamación de la empresa chilena por el cierre de su planta en Lima en virtud que el acuerdo chileno-peruano sobre inversiones no era aplicable en este caso por tratarse de un problema preexistente a la vigencia del acuerdo de 2001 y, en consecuencia, el consentimiento del Perú para acceder al CIADI no fue otorgado cuando surgió la controversia.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> El Mercurio. Santiago de Chile. El Comercio. Lima. 8 de febrero de 2005

## CAPÍTULO NOVENO

# LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

### *Sección I*

#### ASPECTOS GENERALES

##### 178. *Concepto y elementos*

Las organizaciones internacionales como sujetos de derecho internacional siguen en importancia a los Estados, habiéndose éstas multiplicado a partir de la creación de las Naciones Unidas en 1945.

Las organizaciones internacionales son entidades creadas por Estados a través de un tratado, dotadas de personalidad jurídica propia, y que han sido establecidas de un modo permanente para la consecución de un objetivo común.

Estas organizaciones necesariamente están compuestas por Estados, lo que las diferencia de las organizaciones no gubernamentales, a las que nos hemos referido con anterioridad. El primer elemento de ellas es, pues, su carácter interestatal o intergubernamental.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En la práctica, la expresión "interestatal" se emplea preferentemente para referirse a aquellas organizaciones compuestas por dos Estados. El ABACC -Agencia Brasileño-Argentina de Contabilidad y Control de Materiales Nucleares-sería un ejemplo de una organización interestatal. Las organizaciones intergubernamentales serían aquellas formadas mediante un tratado multilateral por tres o más Estados; pero esa distinción no tiene ninguna base jurídica.



Las organizaciones internacionales son creadas por un tratado. En el tratado constitutivo que ha creado la organización se establecen sus propósitos, competencia, órganos a través de los cuales va a actuar, capacidad, privilegios e inmunidades y otras materias que convengan los Estados. La falta de un tratado en la creación de la organización puede originar dificultades, tanto para el ejercicio de las competencias de la organización con respecto de sus Estados miembros como para éstos, que ordinariamente requieren, de acuerdo a su ordenamiento constitucional, para efectos como el pago de sus contribuciones, que éste sea autorizado por un instrumento similar a una ley, como es el caso de un tratado. Sin embargo, en la práctica, excepcionalmente, se suelen encontrar algunos casos de organizaciones internacionales que no han surgido de un instrumento convencional, como fue el caso de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial -ONUDI-, la que inicialmente fue creada por la Resolución 2089 (XX), de la Asamblea General de la ONU, aunque posteriormente un tratado adoptado en 1979 la transformó en un organismo especializado de Naciones Unidas.

La carencia de **un** tratado en la formación de una agrupación de Estados puede obedecer al deliberado propósito de precisamente no crear una organización internacional, sino un mecanismo de cooperación y coordinación más informal que no tenga las características de un instrumento convencional. Es el caso, por ejemplo, del Grupo de los Países más Industrializados -el G7 y ahora, con Rusia, el G8- del Grupo de Consulta y Coordinación conocido como el Grupo de Río en América Latina o del iMovimiento de los Países No Alineados, todos los cuales han tenido su origen en una Declaración de Jefes de Estado y Gobierno reunidos en una conferencia especial. Sin embargo, es posible también que una declaración con esas características pueda ser constitutiva de una **organización** internacional, si ella va acompañada o completada por actos inequívocos que expresen la voluntad de los Estados de generar una organización internacional, como aconteció con la Organización de Países Exportadores de Petróleo -OPEP-, la que fue constituida en Bagdad en 1960 mediante una **resolución** adoptada en esa oportunidad.

Otro elemento de una organización internacional, posiblemente el más importante, es que ella posea una voluntad propia, distinta a la de los Estados que la forman, esto es, ella debe estar dotada de una personalidad jurídica que le corresponda a la organización internacional misma.

La organización también supone una estructura permanente. Ella ha sido constituida por un tiempo indefinido, para lo cual posee órganos estables, aunque también pueden encontrarse algunos casos -muy pocos, en realidad- en que la organización se constituye por un tiempo limitado.

Por último, la organización se forma para la consecución de un objetivo común de todos sus Estados miembros. En la práctica, ese objetivo puede variar y, en los hechos, los objetivos perseguidos por las diversas organizaciones internacionales actualmente existentes son los más diversos. Es importante destacar al respecto que la organización internacional se presenta como un instrumento establecido para la cooperación permanente e institucionalizada en una determinada materia de los Estados que la componen.

### **179. *La subjetividad de las organizaciones internacionales***

En la actualidad la subjetividad internacional de las organizaciones intergubernamentales resulta incuestionable. Nadie discute hoy día la capacidad de ellas para gozar de personalidad jurídica y, por ende, para adquirir derechos y contraer obligaciones en el plano internacional.

La personalidad jurídica de una organización internacional proviene del tratado constitutivo por el cual los Estados que la crearon le han atribuido capacidad jurídica para ejercer las funciones y competencias que en ese tratado le otorgaron. En virtud de ello, la organización internacional puede concluir acuerdos y ejercer otros actos con sus Estados Miembros, con terceros Estados y con otras organizaciones internacionales.

La subjetividad internacional de estas organizaciones fue reconocida explícitamente por vez primera por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva relativa a la "Reparación por daños sufridos en servicio de las Naciones Unidas". En respuesta a la consulta que formulara la Asamblea General a raíz del asesinato en Israel por terroristas del mediador de Na-

dones Unidas en Palestina, Conde Bernadotte, de nacionalidad sueca, y su colaborador, el coronel francés Sedot, en cuanto a si las Naciones Unidas tienen capacidad para presentar una reclamación internacional contra el gobierno responsable para obtener reparación por los daños causados, la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva de 2 de abril de 1949, adujo que:

**...La Organización está destinada a ejercer funciones y gozar de derechos, como lo ha venido haciendo, que no pueden explicarse si la Organización no poseyera una amplia capacidad internacional para actuar en el campo internacional. Actualmente constituye el tipo más elevado de organización y no podría responder a las intenciones de sus fundadores si ella no tuviese una personalidad internacional. Se debe, pues, admitir que sus miembros le asignaron ciertas funciones, con los derechos y responsabilidades inherentes, y le otorgaron la competencia necesaria para que ella pudiera cumplir de manera efectiva sus funciones.<sup>2</sup>**

En esa misma opinión consultiva, la Corte concluyó que los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas le han otorgado a ésta:

**Capacidad para presentar las reclamaciones internacionales que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones.<sup>11</sup>**

La subjetividad de las organizaciones internacionales ha sido confirmada después por otras opiniones consultivas de la Corte. Así, en 1980, la Corte opinó que:

**La organización internacional es un sujeto de derecho internacional que se encuentra sometida a todas las obligaciones que surgen de las normas generales del derecho internacional, de sus instrumentos constitutivos y de los acuerdos en los que la organización sea parte.<sup>4</sup>**

La incuestionable personalidad jurídica de que gozan las organizaciones internacionales no significa equiparar su subjetividad internacional a la de los Estados. Tampoco todas las organizaciones internacionales disponen de la misma capacidad jurídica.

<sup>3</sup> ICJ Reports. 1949. Pág. 179.

<sup>1</sup> *Ibíd.* ICJ. Pág. 179.

<sup>J</sup> ICJ Reports. 1980. Pág. 89.

Mientras los poderes de los Estados como sujeto de derecho internacional son plenos, los de las organizaciones internacionales están subordinados a los de las correspondientes normas de sus instrumentos constitutivos, las que establecen la capacidad jurídica y competencia de la organización para actuar en el plano internacional, aunque, desde luego, dichas organizaciones, además de lo que disponen sus tratados constitutivos, pueden gozar también de ciertas competencias implícitas para el ejercicio de sus funciones y propósitos, las que se derivan del derecho consuetudinario o de normas convencionales que le puedan ser aplicables, como, por ejemplo, la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales entre sí.

### **180. *Desarrollo histórico***

Las primeras organizaciones internacionales surgieron en el siglo XIX y tuvieron un marcado carácter técnico, habiéndose ellas constituido para impulsar una cooperación entre los Estados, especialmente en los campos de la navegación fluvial, las comunicaciones y el transporte. La primera de ellas fue la Comisión Central para la Navegación del Rin, establecida en 1831. A ella siguió en 1856 la Comisión Europea del Danubio. Posteriormente se crearon la Unión Telegráfica Internacional, en 1865; la Unión Postal Internacional en 1874; la Oficina Internacional de Pesos y Medidas, en 1875; la Unión para la Protección de la Propiedad Industrial, en 1883; la Oficina Central de Transporte Internacional por Ferrocarril, en 1890; la Unión para la Protección Literaria y Artística, en 1896, y varias otras que en los años siguientes se fueron formando para objetivos específicos.

En el desarrollo de las organizaciones internacionales revisten una especial importancia aquellas que se crearon dentro del marco de las Conferencias Panamericanas que comienzan a celebrarse a partir de 1890. En la primera de estas conferencias, celebrada en Washington entre octubre de 1890 y abril de 1911, se aprobó una resolución en virtud de la cual se creó la "Unión Internacional de las Repúblicas Americanas para la Pronta Compilación y Distribución de Datos so-

bre el Comercio", estableciéndose al propio tiempo para representarla la "Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas", que constituye el primer antecedente de lo que posteriormente sería la Organización de Estados Americanos. En posteriores Conferencias Panamericanas se fueron creando diversas organizaciones especializadas interamericanas, muchas de las cuales subsisten en la actualidad. Así, en la Segunda Conferencia Panamericana, celebrada en México, se crea en 1902 la Organización Panamericana de la Salud; en 1927 se forma el Instituto Interamericano del Niño; en 1928 en la VI Conferencia Panamericana celebrada en La Habana se crean la Comisión Interamericana de Mujeres y el Instituto Panamericano de Geografía e Historia, y en 1940, durante el primer Congreso Indigenista, celebrado en Pátzcuaro, México, se crea el Instituto Indigenista Interamericano.

Al término de la Primera Guerra Mundial, en el Tratado de Versalles de 1919, se establecen las dos primeras organizaciones internacionales de carácter universal y con competencias que trascienden propósitos exclusivamente técnicos: la Organización Internacional del Trabajo -que constituye hoy día uno de los principales organismos especializados de Naciones Unidas- y la Sociedad de las Naciones.

### ***181. La Sociedad de las Naciones***

La Sociedad o Liga de las Naciones respondió a una iniciativa del Presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, no obstante que Estados Unidos, por oposición de su Congreso, no llegó nunca a participar en ella.

La Sociedad de las Naciones representó el primer esfuerzo a nivel mundial por constituir una organización para fomentar la cooperación internacional y garantizar la paz y la seguridad. Cuarenta y dos Estados (16 de Europa; 16 de América Latina; 5 de Asia; 2 de África; 2 de Oceanía y 1 de América del Norte, Canadá) llegaron en algún momento a ser parte de la Sociedad en sus veinte años de funcionamiento. Si bien ello representó el mayor esfuerzo que se había alcanzado en cuanto a universalidad, el hecho de que algunas de las adhesiones hubieran sido hechas tardíamente; que varios Estados se fueron retirando, entre ellos potencias de la importancia de Ale-

mania, Japón e Italia;\* que la Unión Soviética fuese expulsada en 1939; y, sobre todo, que los Estados Unidos de América no llegaron a participar, significó que en la realidad la Sociedad de las Naciones nunca tuvo un verdadero carácter universal.

La Sociedad de las Naciones tuvo su sede en Ginebra, siendo sus órganos principales la Asamblea, el Consejo y la Secretaría Permanente, además de la Corte Permanente de Justicia Internacional, con sede en La Haya, que funcionó como un órgano autónomo.

La Sociedad de las Naciones cumplió algunas meritorias funciones. Impulsó una incipiente, aunque limitada, cooperación económica, social y cultural entre los Estados. También su participación coadyuvó a resolver algunos litigios, especialmente en la década de los años 20, como los relativos a los conflictos de Vilna entre Polonia y Lituania, de Alta Silesia entre Alemania y Polonia, el incidente de Corfú entre Grecia e Italia y una disputa entre Grecia y Bulgaria. Sin embargo, a fines de esa década y en los años 30 comienza a producirse un proceso de decadencia y pérdida de poder político de la Liga de las Naciones, que se traduce en su incapacidad para actuar con eficacia en la solución de conflictos internacionales. Así, en aquellos que se produjeron en Sudamérica, como la Guerra del Chaco en 1929 entre Bolivia y Paraguay o en el conflicto de Leticia en 1933 entre Colombia y Perú, si bien la Sociedad de las Naciones intentó actuar, la solución de ellos provino de otros medios.

En conflictos que alcanzaron mayores proporciones, la pasividad demostrada por la Sociedad de las Naciones adquirió mayor gravedad. En 1931, cuando Japón conquista la Manchuria, la Asamblea se limita a condenar a Japón, lo que motiva el retiro de éste de la Sociedad sin mayores consecuencias. En 1935 Italia invade y ocupa Etiopía y su Emperador Haile Selassie recurre sin éxito a la Liga de las Naciones; al estallar en 1936 la guerra civil española, que arrojaría un saldo de un millón de muertos, poco fue lo que hizo la Sociedad de las Naciones para

\* También de América Latina se retiraron de la Sociedad de las Naciones: Costa Rica en 1924; Brasil en 1926; México en 1932; Guatemala, Honduras y Nicaragua en 1936; El Salvador en 1937; Chile, Colombia y Venezuela en 1938 y Perú en 1939.

evitar esa tragedia y el 1 de septiembre de 1939, cuando Alemania invade Polonia, desencadenando la Segunda Guerra Mundial, la Sociedad de las Naciones ni siquiera se reunió. Años más tarde, en abril de 1946, cuando ya se habían creado las Naciones Unidas, la Sociedad de las Naciones se disuelve y sus bienes son traspasados a aquélla.

## *Sección II*

### LAS ACTUALES ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

#### **182. *Principales organizaciones internacionales en la actualidad***

Con la creación en 1945, al término de la Segunda Guerra Mundial, de la Organización de las Naciones Unidas, ésta pasa a ser la más importante de todas las organizaciones internacionales y a desempeñar un papel preponderante en el actual derecho internacional.

Al amparo del artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas, surgen como organizaciones internacionales de carácter universal distintos organismos especializados, los que se establecen mediante acuerdos intergubernamentales, a los que se les dota de amplias atribuciones en materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario o de otros temas conexos. Algunos de estos organismos, como la Unión Telegráfica Internacional (UTI); la Unión Postal Internacional (UPI); o la Organización Internacional del Trabajo (OIT), preexistían a la creación de las Naciones Unidas; otros fueron establecidos poco antes, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRD) (conocido también como Banco Mundial) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), los que fueron creados por los Acuerdos de Bretton-Woods de 1944. También ese año se crea la Organización de Aviación Civil (OACI) en Chicago; pero la mayoría de estos organismos fueron establecidos al poco tiempo de haberse creado las Naciones Unidas o en el transcurso de años posteriores. Es el caso de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO); de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Cien-

cia y la Cultura (UNESCO); de la Organización Marítima Internacional (OMI); de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI); de la Organización Meteorológica Mundial (OMM); de la Organización Mundial de la Salud (OMS); de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). A estos organismos especializados, deben agregarse el Organismo Internacional de Energía Atómica y la Organización Mundial de Comercio (OMC), que si bien no tienen la condición de organismo especializado al no haber suscrito un acuerdo a través del Consejo Económico y Social, desarrollan sus labores de manera independiente, aunque manteniendo estrechas relaciones con Naciones Unidas.

También resulta de interés mencionar que existen algunas instituciones que cumplen una importante actividad internacional, pero que al formar parte de Naciones Unidas no constituyen una organización internacional distinta a ella. Estas entidades, por lo general, no han sido establecidas, como las anteriores, por un tratado internacional, sino por una resolución de un órgano de las Naciones Unidas, generalmente su Asamblea General. Es el caso, entre otras, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD); del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); del Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola (FIDA) y del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Estas agencias, conferencias, fondos o programas especiales, aunque formalmente no son una organización internacional (lo es la propia ONU), actúan en la práctica como tales y así son consideradas por los Estados ante los cuales se encuentran ejerciendo sus actividades.

Junto a Naciones Unidas y a los organismos mencionados han surgido diversas organizaciones regionales. Las hay con una competencia general de tipo político, como la Organización de Estados Americanos (OEA), que preexistía como organización y cuya Carta fue adoptada en 1948; el Consejo de Europa (1949), la Liga Árabe (1949), o la Organización de la Unidad Africana (OUA), fundada en 1963 y que en 2002 pasó a denominarse



Unión Africana (UA), y en cuyos marcos institucionales se han adoptado importantes convenciones internacionales de carácter regional.

También existen organizaciones de defensa mutua y seguridad colectiva, la más importante de las cuales en la actualidad es la Organización del Tratado del Atlántico Norte de 1949 (OTAN), de la cual forman parte Estados Unidos, Canadá y la gran mayoría de los Estados europeos, después de la incorporación en el año 2004 de buena parte de los Estados de Europa del Este que antes formaban parte del Pacto de Varsovia.

También se han constituido organizaciones internacionales para controlar ciertas armas de destrucción masiva. Es el caso, además del OIEA, del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (OPANAL), creado por el Tratado de Tlatelolco en 1967; y la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ), surgida en París en 1993.

Asimismo se han establecido organizaciones internacionales para la defensa de determinados productos básicos o materias primas y para velar por la estabilidad de sus precios en los mercados internacionales. Es el caso, por ejemplo, de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP); del Consejo Intergubernamental de Países Exportadores de Cobre (CIPEC); de la Organización Internacional del Café (ICO), que agrupa a los principales exportadores e importadores de ese producto; o de la Unión de Países Exportadores de Banana (UPEB).

Las organizaciones internacionales que han adquirido una mayor expansión son las de tipo económico. Las hay de cooperación que abarcan Estados de diversas regiones, como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), fundada en 1966 por 18 Estados europeos, a la que se han incorporado después otros Estados, como Australia, Canadá, Corea, Estados Unidos de América, Japón, México y Nueva Zelanda.

Sin embargo, las experiencias más avanzadas en esta materia son las que se han logrado entre Estados de una misma región cuando han propiciado un proceso de integración econó-

mica y, en ese sentido, el modelo más exitoso es el que se ha seguido en Europa.

### **183. *Las organizaciones europeas de integración. La Unión Europea***

El proceso de integración europea comienza con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y Acero (CECA) en 1951, conocida también como el Plan Schuman, por el estadista francés que la impulsó, y de la que formaron parte Francia, Italia, la República Federal de Alemania y los tres Estados del Benelux -Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo-, que con anterioridad formaban una organización con ese nombre. Esos seis Estados por medio del Tratado de Roma de 1957 establecieron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM).

Paralelamente a esta "Europa de los seis", que llegó a establecer un mercado común entre sus miembros, se sumó la "Europa de los siete" -Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza-, la que mediante el Tratado de Estocolmo de 1960 formó la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) con el objeto de eliminar entre sí los aranceles aduaneros. Sin embargo, Noruega nunca llegó a ratificar ese tratado y Dinamarca y el Reino Unido en 1973 optaron por ingresar a la CEE, originando un proceso de absorción de la EFTA por parte de la CEE.

En años posteriores Irlanda, Grecia, España, Portugal, Austria, Finlandia y Suecia ingresarán a la CEE, estableciéndose así la "Europa de los quince", que pasó a ser la experiencia integracionista más avanzada hasta aquel entonces.

En 1993, como resultado del Tratado de Maastricht suscrito el año anterior, la CEE se transforma en la Unión Europea (UE), ampliándose sus poderes hasta el punto de llegar a tener una política exterior y defensa común e impulsar una activa cooperación en materia de justicia. A partir de 1999 la mayoría de los países europeos adoptan una moneda común, el euro.

A través de sus órganos principales -el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas- la Unión Europea ejerce funciones políticas y económicas, algunas de las cuales anteriormente habían

sido más propias de un Estado que de una organización internacional.<sup>6</sup>

La UE es actualmente uno de los actores más importantes de las relaciones internacionales. En mayo de 2004 la UE es la "Europa de los veinticinco", al haber ingresado a ella en esta oportunidad Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, República Checa y Polonia. En 2007 se incorporan a ella Bulgaria y Rumania, con lo cual es ahora la Europa de los 27. Se está considerando actualmente la incorporación de otros Estados, como Turquía y los que formaban parte de Yugoslavia.

Los 25 Estados de la Unión Europea adoptaron en Roma el 29 de octubre de 2004 una Constitución, la que entrará en vigor una vez que sea ratificada por todos esos Estados, para lo cual se contempló que durante el curso de 2005 y los primeros diez meses de 2006 la Constitución Europea sería sometida a referéndum o aprobación parlamentaria en cada uno de sus Estados miembros. Aunque en buena parte de los Estados se aprobó la Constitución, el hecho de que en los referéndums efectuados en 2005 en Francia y en Holanda ésta fuese rechazada significó un serio tropiezo que obligó a la postergación de este asunto. Sin embargo, en el curso de 2007 se reiniciaron las negociaciones para solucionar esa crisis, habiéndose acordado que, en vez de una Constitución, se adoptaría un nuevo tratado que enmendaría a los dos tratados constitutivos -el de Roma de 1957 y el de Maastricht de 1992, con sus modificaciones posteriores-, en el cual se dotaría a la Unión Europea "de fundamentos comunes renovados". Este nuevo tratado debería adoptarse en 2009, aunque en lo que concierne al sistema de rotación convenido (55% de los Estados que sumen al menos 65% de la población para ciertas materias calificadas) tal sistema entraría en vigor sólo en 2014, con posibilidad de que pueda prorrogarse a 2017.

<sup>h</sup> Sin embargo, no siempre en asuntos fundamentales de política exterior ha habido una coincidencia, como quedó en evidencia cuando se utilizó la fuerza armada en Irak en 2003 sin la autorización del Consejo de Seguridad, habiéndose producido una división entre los cuatro Estados europeos que entonces formaban parte del Consejo de Seguridad. Mientras el Reino Unido y España (que más tarde, con nuevo gobierno cambio de posición) se unieron a Estados Unidos enviando tropas a Irak, Alemania y Francia se opusieron a esa acción militar no autorizada por el Consejo de Seguridad.

184. *Las organizaciones de integración en América Latina*

En América Latina los procesos de integración han sido menos ambiciosos que los de Europa y las organizaciones internacionales que se han constituido para impulsarlos, en general, han estado dotadas de poderes más débiles.

La primera organización que se estableció para ese propósito fue la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), creada en 1960 por el Tratado de Montevideo y de la que formaron parte Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Esos mismos Estados en 1980, también en Montevideo, después de evaluar la labor de la ALALC, decidieron introducirle algunas modificaciones y sustituirla por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, que en 1951 habían establecido la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), en 1960 suscribieron el Tratado General de Integración Económica Centroamericana para alcanzar una liberalización del comercio intrarregional, creando para ello las correspondientes instituciones, entre las que cabe destacar el Banco Centroamericano de Integración. La paralización de la ODECA, las tensiones o conflictos que se fueron produciendo entre algunos de los Estados centroamericanos y especialmente el clima de violencia que prevaleció en la década de los años 80 ha resultado en que el proceso de integración centroamericana no haya podido marchar como lo han querido impulsar los más visionarios dirigentes de esa región.

La experiencia de los Estados del Caribe predominantemente anglófonos<sup>7</sup> ha sido más promisoría. En 1973, en sustitución del *Caribbean Trade Association* (CARIFTA) se crea el *Caribbean Community and Common Market* (CARICOM), organización formada por 14 Estados para promover la cooperación e integración económica de los países del Caribe.

<sup>7</sup> En efecto, la mayoría de los Estados son angloparlantes (Antigua, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía y Trinidad y Tobago. En la actualidad esa región incluye a Haití y a Suriname, cuyos idiomas son francés y holandés, respectivamente.

En 1975 se constituyó en Panamá el Sistema Económico Latinoamericano (SELA), organización internacional creada para la defensa de una política común latinoamericana a través de la promoción de programas conjuntos de interés común y la formación de empresas multilaterales. El SELA está constituido por 26 Estados de la América Latina y el Caribe y actúa especialmente a través de un Consejo y una Secretaría permanente, que tiene su sede en Caracas, y de diversos Comités de Acción.

Más significativas han sido las experiencias integracionistas subregionales. La primera de ellas la constituye el Acuerdo de Cartagena de 1969, que dio origen al Pacto Andino, del cual formaron parte inicialmente Bolivia, Chile (que se retiró en 1976), Colombia, Ecuador y Perú, habiéndose en 1973 adherido Venezuela, aunque posteriormente en el 2006, bajo el gobierno del Presidente Hugo Chávez, se retiró.

En 1996, mediante el Protocolo de Trujillo, el Pacto Andino se transformó en la Comunidad Andina (CAN), la que cuenta con una Secretaría General que funciona en Lima; un Tribunal de Justicia con sede en Quito; el Parlamento Andino, que funciona en Bogotá; y el Consejo Presidencial Andino, que es el máximo órgano.

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) fue constituido por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en el Tratado de Asunción de 1991. Chile y Bolivia pasaron a ser Estados asociados en junio y diciembre de 1996, respectivamente. Posteriormente, Perú en agosto de 2003 y Colombia, Ecuador y Venezuela en diciembre de 2004 también llegaron a ser miembros asociados del MERCOSUR. En 2006, Venezuela se incorpora como miembro pleno.

El MERCOSUR, como lo indica su nombre, procura establecer un mercado común a través de un programa de liberalización comercial; la coordinación de políticas macro-económicas; un arancel externo común y la adopción de acuerdos sectoriales. En el Protocolo de Ouro Preto se establece claramente el carácter de organización internacional del MERCOSUR con personalidad jurídica internacional. Dicho Protocolo, además, actualizó la estructura del Tratado de Asunción, añadiendo a los órganos que éste había creado -el Consejo del MERCOSUR y el Grupo Mercado Común— la Comisión de Comercio, la Comisión Parlamentaria, que representa los Parlamentos de los Estados Partes, y el Foro Económico Social como órgano de consulta con el sector privado.

En 2002, la CAN y el MERCOSUR acordaron constituir una zona de libre comercio en Sudamérica, proceso que aunque ha tenido algunos avances, aún no se concretiza. Posiblemente un factor que ha influido en la postergación de esa decisión haya sido las divergencias que se han producido entre los países sudamericanos en cuanto a formar parte o no, junto con los Estados de Centro y Norteamérica, del Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

### 185. *La proliferación de organizaciones internacionales*

En la actualidad existen cerca de 400 organizaciones internacionales de carácter intergubernamental. Si bien la proliferación de estas organizaciones puede corresponder a un saludable aumento de la cooperación internacional, no puede dejar de ser preocupante la pesada carga que esta abundancia de organizaciones pueda acarrear a algunos Estados. Un Estado latinoamericano, por ejemplo, como promedio, es parte de cerca de 30 organizaciones internacionales, tanto universales como regionales, en las cuales debe participar y, en algunos casos enviar representantes, así como contribuir con el pago de sus cuotas a su presupuesto. Ello ha significado que algunas organizaciones estén afrontando serios problemas presupuestarios debido al atraso en el pago de las contribuciones de parte de algunos de sus Estados miembros.

Por ello, la tendencia tan común en buena parte en la segunda mitad del siglo XX de crear nuevas organizaciones, que trajo como consecuencia una proliferación de ellas, ha comenzado a ser sustituida en el siglo XXI por una política de mayor cautela, en la que antes de constituir una nueva organización, se ha preferido reforzar las existentes o, de ser necesario, establecer mecanismos informales a través de los cuales se puedan lograr los mismos propósitos sin adquirir la responsabilidad que significa constituir una nueva organización internacional.

### 186. *Clasificación*

Existen varias posibles clasificaciones de las organizaciones internacionales. Así, sobre la base del ejemplo de las más importantes y representativas que se han nombrado recientemente, podrían señalarse, teniendo en cuenta su objetivo principal, que existen organizaciones políticas, como la OEA, el Consejo de

Europa o la Unión Africana; económicas, como la UE o el ~~NER~~ MERCOSUR; sociales, como la OIT o la OPS; de control de armamentos de destrucción masiva, como la OPAQ o el OPANAL; de productos básicos, como la OPEP, el CIPEC, o el ICO, etc.; sin embargo, esta clasificación no es enteramente precisa y puede carecer de rigor, toda vez que en la práctica las organizaciones, incluso sin apartarse de su tratado constitutivo, ejercen funciones que no se encuentran dentro de los propósitos para los cuales fueron establecidas. Así, la UE o el MERCOSUR, por ejemplo, han pasado a ser, a la vez, importantes organizaciones con funciones políticas. De ahí que pareciera más conveniente recurrir a otros criterios para intentar una clasificación de las organizaciones internacionales, como podrían ser:

- a) La extensión del ámbito territorial en que actúan, en cuyo caso las organizaciones serían de vocación universal y regionales;
- b) La extensión de los fines perseguidos, lo que permite agruparlas en generales o específicas; y
- c) La extensión de los poderes que dispone la organización, que permite distinguir a las organizaciones internacionales de cooperación y coordinación de aquellas que están revestidas de poderes supranacionales.

Aun así, esta clasificación no es enteramente satisfactoria, toda vez que dejan fuera de ellas a algunas que no pueden situarse en ninguno de los criterios señalados (así, hay organizaciones que sin ser universales están formadas por Estados de varias regiones, como la OPEP o la OCDE; otras que tienen una amplia competencia, pero que no llegan a ser generales, como la Unión Europea; y aquellas cuyos poderes si bien en un sentido amplio pueden ser de cooperación, principalmente están dirigidos a controlar y verificar, como es el caso del OPANAL o la OPAQ). Con todo, esa clasificación permite situar a buena parte de las organizaciones y distinguirlas unas de otras.

#### *Organizaciones de vocación universal y regionales*

En la actualidad, después de seis décadas de funcionamiento, Naciones Unidas es la única organización verdaderamente universal, en la que todos los Estados existentes son miembros. Hasta hace pocos años había Estados que voluntariamente o por consideraciones políticas ajenas a ellos no participaban en Na-

ciones Unidas. De ahí quedó el término de vocación universal, el que sigue siendo aplicable a otras organizaciones, como la UNESCO, el FMI y la mayoría de los organismos especializados, los cuales si bien tienen vocación universal no están integrados por la totalidad de los Estados existentes.

Las organizaciones regionales son aquellas formadas por Estados de una misma región geográfica para el cumplimiento de ciertos objetivos generales o específicos. Los ejemplos más claros de organizaciones regionales son los de aquellas que precisamente llevan como nombre esa denominación geográfica: Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa, Unión Africana, Unión Europea. También puede haber organizaciones subregionales, como la ODECA, la Comunidad Andina o el MERCOSUR.

*Organizaciones con fines generales y confines específicos*

Pueden distinguirse, atendiendo a sus fines, las organizaciones con fines generales y aquellas con fines específicos. Las primeras pueden ser universales, como Naciones Unidas, o regionales como la OEA, el Consejo de Europa o la Unión Africana. En esos casos sus competencias son amplias y comprenden la generalidad de los asuntos que sus Estados miembros estén dispuestos a considerar. Las organizaciones con fines específicos, en cambio, tienen competencia sólo para aquellos asuntos sectoriales que su instrumento constitutivo les confió. Los ejemplos más característicos de estas organizaciones son los organismos especializados de Naciones Unidas, como UNESCO, FAO, OIT, OACI, etc.

*Organizaciones internacionales de cooperación y coordinación y organizaciones supranacionales*

Una tercera clasificación, de acuerdo con los poderes que dispone una organización internacional, es aquella de organizaciones meramente de cooperación y coordinación y de organizaciones dotadas de poderes supranacionales.

Las organizaciones de cooperación y coordinación son aquellas que promueven, dentro del respeto a la soberanía de los Estados, a través de recomendaciones a sus Estados miembros, la adopción de resoluciones relacionadas con la consecución de objetivos comunes. En principio, las recomendaciones y resoluciones que adoptan esta clase de organizaciones no son vinculantes para los



Estados miembros. La mayoría de las actuales organizaciones son de este tipo, como la OEA o la ONU, salvo en esta última, en la cual ciertas resoluciones del Consejo de Seguridad, bajo determinados requisitos, pueden adquirir un carácter supranacional.

Las organizaciones dotadas de poderes supranacionales son aquellas en las que sus Estados miembros pueden transferir a las instituciones de la organización -los órganos de carácter legislativo, ejecutivo y judicial de éstas— las competencias necesarias para adoptar normas, decisiones o sentencias que de un modo directo pueden surtir efectos jurídicamente vinculantes en los Estados que forman la organización. El Consejo de Seguridad, actuando bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, dispone de esos poderes y sus resoluciones son obligatorias para los Estados miembros. También tienen esas competencias supranacionales algunas organizaciones en materia de integración económica, como fue el caso de las comunidades europeas y lo es hoy día de la Unión Europea. Aunque el MERCOSUR, la más avanzada de las organizaciones latinoamericanas en materia de integración, no puede considerarse estrictamente como un ejemplo de este tipo de organizaciones, algunas de sus resoluciones, bajo determinados requisitos, pueden tener efectos supranacionales. También ciertas decisiones judiciales pronunciadas por determinados tribunales internacionales pueden llegar a tener ese carácter, como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Corte Penal Internacional.

### *Sección III*

## ESTRUCTURA Y ESTATUTO JURÍDICO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

### 187. *Los miembros de las organizaciones internacionales*

Por regla general, las organizaciones internacionales están compuestas por Estados independientes que han ingresado a ella de conformidad con el procedimiento previsto en el tratado constitutivo de la organización.

Hay, sin embargo, algunos pocos casos excepcionales en los que han llegado a ser partes de una organización internacional

Estados que al momento de ingresar a ella no eran tales. Bielorrusia (hoy Belarús) y Ucrania, que eran parte integrante de la Unión Soviética antes de la disolución de ésta, por un acuerdo político alcanzado para compensar la inferioridad en que se encontraba la URSS, fueron miembros originarios de Naciones Unidas; algunas organizaciones internacionales de carácter técnico, como la UPI o la OMM, han admitido como miembros a algunas entidades no estatales, cuando esas entidades cuentan con un servicio postal o meteorológico independiente. También Namibia antes de llegar a ser un Estado formó parte de algunas organizaciones intergubernamentales, como la FAO, la UNESCO, la OMS y la OIT; situación similar en la que ahora se encuentra la Organización para la Liberación de Palestina, la que es parte de la Liga Árabe.

Las condiciones para ser miembro de alguna organización internacional se encuentran establecidas en su tratado constitutivo. Ese instrumento, además, regula las condiciones de ingreso respecto a aquellos Estados que quieran llegar a ser miembros. Esas condiciones varían de una organización a otra. Algunas exigen determinados requisitos objetivos, como pertenecer a una región geográfica o, como en el caso de la OPEP, demostrar que su principal fuente de recursos proviene de la exportación de petróleo; pero la mayoría de las organizaciones dejan a sus correspondientes órganos bajo un determinado quorum la aceptación de nuevos miembros.

Además de los Estados miembros plenos, que es la condición normal, pueden existir en una organización Estados asociados -como sucede con Bolivia, Chile y otros Estados sudamericanos en el MERCOSUR-, en cuyo caso las condiciones de participación son determinadas por la propia organización. Otra situación más frecuente es la de los Estados observadores, que no tienen derecho a voto en ninguno de los órganos de la organización, pero que pueden presenciar sus debates y deliberaciones y tener un acceso especial a los documentos y resoluciones. En la actualidad, la OEA tiene un número mayor de observadores que de Estados miembros.

Los Estados son representados en las organizaciones internacionales por la persona designada por el correspondiente gobierno, el cual es acreditado especialmente ante ella. En las

más importantes organizaciones internacionales -Naciones Unidas en Nueva York, las organizaciones y órganos de Naciones Unidas en Ginebra, la OEA en Washington, la UNESCO en París, la FAO en Roma, la Unión Europea en Bruselas, la ALADI en Montevideo- los Estados suelen mantener una misión permanente a cargo de un representante permanente, con rango de embajador y compuesta por varios funcionarios diplomáticos. En algunos Estados con menos recursos, como los caribeños, ordinariamente su representante permanente ante la OEA es el mismo embajador ante el Gobierno de los Estados Unidos de América. En el caso de la UNESCO y la FAO, alrededor de la mitad de los jefes de misión ante cada una de esas organizaciones son, a la vez, los embajadores ante los gobiernos de Francia e Italia, respectivamente.

Son varios los instrumentos jurídicos que regulan la condición de los representantes ante una organización internacional: el tratado constitutivo de la organización; el acuerdo de sede entre el Estado en que tiene su sede la organización y ésta; y, supletoriamente, la Convención de Viena de 1975 sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales.

Los representantes ante las organizaciones internacionales son designados por los gobiernos de los Estados miembros, sin que existan normas de derecho internacional que regulen esas designaciones, aunque algunas organizaciones exigen que el jefe de misión tenga rango de embajador.

Si bien el gobierno dispone de amplios poderes para designar a sus representantes y, en general, a todos a quienes actúan a nombre del Estado ante la organización, hay algunos casos en el que la representación no es exclusivamente gubernamental. Así, en la Conferencia Internacional del Trabajo -el principal órgano de la OIT-, que se reúne anualmente, cada Estado se hace representar por cuatro delegados: dos en representación del gobierno, uno en representación de los empleadores y otro en representación de los trabajadores. En el caso del Parlamento Andino, órgano de la CAN, sus miembros son designados por los respectivos parlamentos y en el Parlamento Europeo de la UE, sus miembros son elegidos por sufragio universal directo.

Un problema que se ha planteado en la práctica es la determinación de a quién le corresponde la representación de un Estado en una organización internacional cuando dos entidades diferentes pretenden esa representación. El caso más importante al respecto se suscitó por veintidós años a partir de 1949 respecto de China, uno de los Estados miembros originarios de las Naciones Unidas, en el que se disputaron esa representación Taiwán y la República Popular China, habiendo decidido la Asamblea General en 1971 a favor de esta última.

La pérdida de condición de miembro de una organización internacional, además de la extinción del Estado, como sucedió con la República Democrática Alemana, puede provenir del retiro voluntario del Estado o de la expulsión de éste. El retiro voluntario de un Estado no fue regulado inicialmente por la mayoría de los tratados constitutivos de una organización internacional, lo que originó una incertidumbre, que hubo que solucionar especialmente cuando el Estado que había abandonado la organización regresaba a ella, situación que fue resuelta en cada caso, como aconteció con Indonesia, que se retiró de Naciones Unidas en 1975 como protesta por la elección de Malasia en el Consejo de Seguridad, y volvió en septiembre de 1976, o de Estados Unidos, que se retiró durante la administración del Presidente Reagan de la UNESCO y regresó en el año 2003.

En la actualidad, si bien no se cuestiona el derecho de un Estado a retirarse de una organización internacional, tal derecho no es absoluto y está sujeto a ciertas condiciones, como lo exigen la mayoría de los organismos especializados de Naciones Unidas (UNESCO, FAO, OACI, UPU, OMM, OMI, por ejemplo), las que, en general, exigen una notificación previa y el transcurso de un plazo para que ella surta efecto.

La expulsión de un miembro, si bien ha sido regulada por la mayoría de los instrumentos constitutivos de una organización internacional, los que establecen como la causal más difundida la reiterada violación a los principios y normas que rigen a la organización, en la práctica su aplicación ha sido poco frecuente. En Naciones Unidas, por ejemplo, cuando en 1974 se intentó expulsar a Sudáfrica, el proyecto de recomendación sometido al Consejo de Seguridad fue vetado por Estados Unidos, Francia y el Reino Unido. En la OEA, en cambio, en cuya Carta no existen

disposiciones relativas a la expulsión de un miembro, la VII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores decidió en 1962 excluir a Cuba de esa organización.<sup>8</sup>

### 188. *Los órganos*

Las organizaciones internacionales cuentan con órganos permanentes a través de los cuales expresan su voluntad. La existencia de un sistema permanente de órganos permite a la organización asegurar su continuidad y afirmar su independencia con relación a los Estados miembros que la componen.

Generalmente la mayoría de las organizaciones cuentan, al menos, con tres tipos de órganos: uno deliberante, con competencias legislativas o *cuasi* legislativas, integrado por todos los Estados miembros de la organización; otro de carácter ejecutivo, ordinariamente compuesto por un número reducido de Estados miembros; y un órgano administrativo encabezado por un funcionario designado por los Estados que forman la organización.

El órgano deliberante, bajo denominaciones diversas -Asamblea General, Conferencia General, Congreso, Junta de Gobernadores-, ordinariamente se reúne una vez al año con la participación de representantes de todos los Estados miembros. Dicho órgano tiene competencia general respecto de todos los aspectos fundamentales de las actividades de la organización y sus diversos órganos; asimismo, le corresponde aprobar el presupuesto de la organización y fijar las cuotas de contribución de sus miembros.

El órgano ejecutivo, establecido permanentemente o en condiciones de reunirse sin demora, es el que tiene a su cargo las responsabilidades de llevar a cabo las funciones que le confiere el tratado constitutivo y de velar por el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el órgano deliberante. Generalmente adopta el nombre de Consejo o Comité Directivo y, salvo en el caso de organizaciones formadas por muy pocos Estados o de la OEA, cuyo Consejo Permanente se compone de todos los representantes designados por cada uno de los Estados miembros,

\* La decisión fue adoptada por mayoría sin votos en contra y con las abstenciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador y México.

el órgano ejecutivo tiene una composición restringida. En el caso del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, éste está formado por quince Estados; cinco permanentes y otros diez Estados no permanentes, que representan a las diversas regiones geográficas. El factor de la adecuada distribución geográfica siempre constituirá un elemento para la designación de los Estados que componen el órgano ejecutivo de una organización internacional; pero, además de ello, en algunos órganos existen ciertos criterios especiales para la integración de ese órgano, como es el de la contribución económica, como acontece en el BIRD o en el FMI; también la importancia que los Estados le conceden a la actividad a cargo de la organización, como sucede con el interés y participación del Estado en la OMI o la OACI respecto del transporte marítimo o aéreo.

El órgano administrativo es la Secretaría General de la organización y está a cargo de un Secretario General o un Director General elegido por los Estados miembros para un período determinado. Tanto éste como los funcionarios de la Secretaría no representan a Estado alguno y sólo deben lealtad en el ejercicio de sus funciones a la propia organización. Además de las funciones propiamente administrativas existe una tendencia a ir otorgando cada vez más a los Secretarios Generales de organizaciones internacionales funciones político-diplomáticas, de mediación, representación y actuación en la prevención y solución de asuntos que puedan afectar a la organización o a algunos de sus Estados miembros. Esas funciones le fueron otorgadas al Secretario General de Naciones Unidas en la Carta de ella (ver especialmente artículo 99) y uno de los objetivos de la reforma a la Carta de la OEA en 1985 en el Protocolo de Cartagena de Indias fue conferirle al Secretario General de esa organización funciones políticas que van más allá de las meramente administrativas.

Además de esos tres tipos de órganos, indispensables en toda organización, las más importantes incluyen entre sus órganos principales a varios otros más, como es el caso de la ONU y la OEA.

También cabe señalar que algunas organizaciones internacionales contemplan entre sus órganos a uno de orden judicial, llamado a dirimir las controversias entre sus miembros, como

acontece en Naciones Unidas, la Unión Europea o la Comunidad Andina, sin perjuicio de los tribunales de derechos humanos que resuelven controversias entre un Estado de la Organización y personas sometidas a su jurisdicción y los tribunales administrativos de una organización que tienen por objeto resolver litigios entre esa organización y sus funcionarios.

Las organizaciones internacionales cuentan con órganos principales que se establecen en el tratado constitutivo y órganos subsidiarios, que son los creados por uno principal. A veces, la actividad de un órgano subsidiario adquiere una mayor importancia dentro de la organización, por lo que mediante la reforma del tratado constitutivo se conviene en otorgarles el rango de principales. Es lo que aconteció con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que pasó a ser un órgano principal de la OEA con el Protocolo de Buenos Aires de 1967, que reformó la Carta de esa organización, y con el Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas, que en 1992 se constituyó en un órgano principal de éstas y sigue siéndolo de la UE.

Algunos órganos subsidiarios tienen su fundamento en el propio tratado constitutivo, como aconteció con la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que fue creada por el ECOSOC sobre la base del Artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas; pero la creación de la mayoría de los órganos subsidiarios ha sido motivada para satisfacer necesidades de institucionalizar una determinada cooperación internacional, adoptándose para ello un procedimiento flexible que no esté sometido a los trámites más lentos y complejos que ofrece un tratado internacional. Ello explica, por ejemplo, que la sola Asamblea General de Naciones Unidas haya creado en sus primeras seis décadas de actividad más de 150 órganos subsidiarios, algunos de gran importancia, como la Comisión de Derecho Internacional; el Tribunal Administrativo de Naciones Unidas; la Universidad de Naciones Unidas; o la creación de Agencias, Conferencias, Fondos o Programas especiales, como el ACNUR, la UNCTAD, la UNICEF, el PNUD o el PNUMA. También el Consejo de Seguridad, actuando dentro de la competencia que le confiere el Capítulo MI de la Carta, creó como órganos subsidiarios de Naciones Unidas tribunales penales para enjuiciar a los responsables por genocidio, crímenes de guerra y **crímenes**

de lesa humanidad cometidos en la ex Yugoslavia y Rwanda, estableciendo un precedente en la creación de órganos judiciales a través de un medio diferente al de un tratado internacional, lo que deberá ponderarse en el futuro en el establecimiento de otros tribunales internacionales.

### 189. *Adopción de decisiones*

Un tema importante de las organizaciones internacionales es el de la formación y expresión de la voluntad de éstas cuando se trata de adoptar decisiones.

Los mecanismos o procedimientos que regulan la adopción de las decisiones de una organización internacional se establecen en el tratado constitutivo de ésta y ordinariamente la expresión de la voluntad de la organización se realiza a través de resoluciones de sus correspondientes órganos.

Ahora bien, los métodos mediante los que se expresa la voluntad de las organizaciones internacionales varían de una a otra y van desde la adopción de decisiones por la unanimidad de los Estados miembros hasta la simple mayoría de quienes integran el correspondiente órgano.

La regla de la unanimidad, corolario del principio de la igualdad jurídica de los Estados, fue el método que prevaleció al inicio de las organizaciones internacionales y fue adoptado por la Sociedad de las Naciones. Hoy día esta regla subsiste en pocos órganos de organizaciones internacionales, como es el caso de la OPEP.

Una variante menos rígida que la anterior consiste en limitar la aplicación de la resolución adoptada por unanimidad sólo a los miembros que la hayan votado favorablemente, de tal suerte que aquellos Estados que votaron en contra de la resolución o se abstuvieron no se encuentran jurídicamente obligados por ella. Es lo que en la práctica se conoce por la expresión inglesa *contracting out*. Este sistema ha sido adoptado por la OCDE.

Otro método seguido por algunas organizaciones consiste en el voto ponderado, de acuerdo al cual los votos de los Estados no tienen igual valor, siendo el de unos mayor que el de otros. Este sistema ha sido adoptado, entre otras organizaciones, en el BIRD y el FMI, así como en el Consejo de la UE.

También cabe mencionar en esta materia al derecho de veto, que consiste en la necesidad de que las resoluciones que se adop-



ten cuenten necesariamente con el voto afirmativo (o, al menos, no con el voto contrario) de determinados Estados. El único ejemplo importante al respecto -y que será estudiado posteriormente- es el del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en el cual determinadas resoluciones no pueden ser adoptadas si han tenido el voto en contra de alguno de los cinco Estados que ocupan un puesto permanente en dicho Consejo.

La regla general, sin embargo, es en la actualidad que la mayoría de las organizaciones internacionales adoptan sus decisiones por votaciones en la que cada Estado dispone de un voto. Algunas de esas decisiones requieren de mayoría simple y otras de quorum calificado, como los dos tercios, tal como se estudiará posteriormente al tratar de las votaciones en las Naciones Unidas y en la OEA.

Existe, sin embargo, una diferencia importante en las votaciones de esas dos organizaciones. En la Asamblea General y en otros órganos de Naciones Unidas, las decisiones se adoptan por los "Miembros presentes y votantes", de tal suerte que los Estados que se abstienen o no participan en la votación no se contabilizan para precisar la mayoría requerida. En cambio, en la OEA, por regla general, las resoluciones de su Asamblea General y de otros órganos requieren la mayoría absoluta o los dos tercios de "los Estados miembros", de tal suerte que en la OEA la práctica de la abstención o ausencia produce el mismo efecto que el voto en contra.

Por último, conviene señalar que sin perjuicio del régimen de votaciones existe una práctica muy difundida, especialmente en las conferencias codificadoras del derecho internacional, como fue el caso de la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o buena parte de los trabajos llevados a cabo en Roma en 1998 para adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, consistente en el método del consenso. El consenso no es sinónimo de unanimidad; de acuerdo a ese método, las decisiones no siempre se someten a votación y el Presidente de la Conferencia, después de consultas con los diferentes Estados que han formulado propuestas y de sostener negociaciones informales con éstos y otros Estados, propone un texto transaccional, el que, salvo oposición en contrario, no se somete a votación y se adopta por

consenso. Desde luego, un Estado que tenga reparos a ese texto y que considere que éste no refleja un consenso, puede solicitar una votación.

#### 190. *Financiamiento y presupuesto*

Toda organización internacional necesariamente incurre en gastos para sufragar sus costos administrativos y sus actividades operacionales. Salvo en el caso de las organizaciones de orden financiero como el BIRD, el FMI o el BID y en parte ciertas organizaciones de integración como la UE, todas las cuales disponen de recursos propios generados por ellas mismas, las organizaciones internacionales deben recurrir a las contribuciones que efectúan sus Estados miembros. Estas contribuciones de sus Estados miembros pueden ser obligatorias o voluntarias. Las primeras, que constituyen la base sobre la cual se confecciona el presupuesto de la organización, están constituidas por las cuotas que cada Estado debe obligatoriamente sufragar y que son determinadas por la Asamblea General o Conferencia General de la organización. Salvo en el caso de la OPEP, en la que las cuotas que pagan los miembros son iguales para todos los Estados Miembros; o de algunas organizaciones que coadyuvan a la prestación de servicios, como la OMI o la OACI, en los que las cuotas de sus Estados miembros en importante medida están determinadas por el tonelaje marítimo o la carga aérea de los Estados, las contribuciones de los Estados se fijan de acuerdo a la capacidad de pago de cada Estado en la organización. Esa capacidad de pago, a su vez, se determina atendiendo a diversos factores, como la renta *per cápita* o el ingreso nacional del Estado.

En el caso de las Naciones Unidas el factor principal para determinar la capacidad de pago del Estado es el ingreso nacional en relación con el ingreso mundial, dentro de ciertos límites que van desde el 22%, que es el porcentaje mayor, hasta el 0,001% que es el mínimo que un Estado debe pagar. Ese criterio básico, a su vez, puede ser corregido por algunos otros criterios, como el de la deuda externa del Estado o los bajos ingresos *per cápita*, que permitan ajustar las contribuciones a la real capacidad de pago del país. En el año 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó una nueva escala de cuotas para fi-

nanciar el presupuesto de los años 2007, 2008 y 2009.<sup>9</sup> De acuerdo con esa escala de cuotas, los Estados Unidos sigue siendo el mayor contribuyente, con una cuota del 22%, seguido de Japón, con una contribución del 16,624%. En América Latina, México es el mayor contribuyente, aportando el 2,257% del presupuesto de la ONU, seguido por Brasil, que contribuye con el 0,876%. Chile paga una cuota del 0,161% y, como se expresó, la cuota más baja es de 0,001%, que corresponde a los Estados más pobres, como algunos de África u otros pequeños Estados-islas del Caribe y Oceanía.

En el caso de las operaciones de paz de Naciones Unidas se sigue el mismo criterio, con la variante de que el porcentaje de los Estados que ocupan un puesto permanente en el Consejo de Seguridad es superior al que efectúan al presupuesto ordinario.

Las organizaciones internacionales también pueden disponer de contribuciones voluntarias y donaciones que no forman parte del presupuesto. Estas contribuciones sirven para financiar determinados gastos operacionales o ciertos programas de algunas de sus agencias, como el ACNUR, el PNUD, el PNUMA o UNICEF. Este último también recibe ingresos con la venta de sus tarjetas de saludo de fin de año.

### ***191. El funcionario internacional***

En un sentido amplio, funcionario internacional es toda persona que se encuentra al servicio temporal o permanente de una organización internacional. La Corte Internacional de Justicia, en la ya citada opinión consultiva sobre Reparación de Daños Causados al Servicio de las Naciones Unidas, ha señalado que el funcionario internacional es:

**.. cualquier persona, remunerada o no, funcionario permanente o no que ha sido encargado en un órgano permanente de la organización para ejercer o ayudar a ejercer una de las funciones de la organización, esto es, toda persona por medio de la cual actúa la organización.<sup>10</sup>**

En un sentido más restrictivo -y más preciso-, funcionario internacional es toda persona que de un modo permanente y

<sup>H</sup> A/RES/61/237 de 22 de diciembre de 2006.

<sup>III</sup> ICJ Reports. 1949. Pág. 174.

continuo ejerce funciones internacionales definidas por la organización y que se encuentra sometido a las normas jurídicas que rigen a ésta, las que establecen un vínculo entre el funcionario y la organización.

El funcionario internacional debe encontrarse al servicio de la organización de un modo permanente y continuo, por lo que no pueden considerarse tales a aquellos que son contratados temporalmente para tareas específicas. Así, si bien en la mayoría de las organizaciones hay intérpretes y traductores que al pertenecer a la planta de la organización son funcionarios internacionales, puede a la vez haber otros que han sido contratados para ejercer esas funciones para una determinada ocasión, sin que sean considerados funcionarios internacionales.

Los funcionarios deben ejercer funciones de carácter e interés internacionales definidas por la organización, por lo que en esa categoría no se comprende a aquellos empleados que, aunque tengan una posición permanente y continua, cumplen funciones administrativas o auxiliares.

Lo que más distingue al funcionario internacional es su lealtad a la organización a la que se encuentra subordinado y no a la de un determinado Estado. Por su parte, los Estados están obligados a respetar ese carácter internacional de los funcionarios, por lo que deben abstenerse de tratar de influir sobre ellos en el desempeño de sus funciones. Estas normas fundamentales han sido consagradas en los artículos 100 de la Carta de las Naciones Unidas y 118 y 119 de la Carta de la OEA.

La condición de funcionario internacional está también determinada por la naturaleza de su nombramiento, así como por el control que respecto a sus actividades y funciones ejerce sobre él la organización.

Los funcionarios son designados por el Secretario General de la organización. Respecto a los cargos directivos -Subsecretarios, Directores de Agencia, Asesores principales, Jefes de División o de Departamento- éstos usualmente son de la confianza del Secretario General, quien puede designarlos libremente; los otros, que constituyen la mayoría, forman parte del personal de servicio de carrera de la organización y su reclutamiento por regla general debe ser hecho por concurso. En general, las organizaciones (artículo 101 de la Carta de Naciones Unidas y 120

de la Carta de la OEA) exigen que en los nombramientos en primer término se tenga especialmente en cuenta la eficiencia, competencia e integridad; pero que a la vez se le dé una especial importancia en el reclutamiento en todas las jerarquías a una adecuada y amplia representación geográfica.

Los funcionarios internacionales gozan de algunos privilegios e inmunidades que tienden a facilitar el desempeño de sus funciones. Tales privilegios e inmunidades están establecidos en el tratado constitutivo de la organización y especialmente en el acuerdo de sede entre el Estado y la organización. En general, las inmunidades que disponen los funcionarios son similares a las de un agente diplomático, y en cuanto a los privilegios, ordinariamente en el acuerdo de sede se establece que estarán exentos del pago del impuesto a la renta, del pago de aranceles en la internación de determinados artículos y, en algunos casos -no en todas las organizaciones-, de impuestos indirectos, como el IVA.

Los derechos de que gozan los funcionarios internacionales usualmente se establecen en el Estatuto o en el Reglamento de Personal de la institución. En caso de transgresión a éstos o de que surja una controversia sobre la interpretación de esas normas u otras que afecten los derechos de los funcionarios, como no es posible recurrir a los tribunales locales en razón de la inmunidad de jurisdicción que tienen las organizaciones internacionales, las más importantes de éstas, como Naciones Unidas, OIT, BIRD, FMI, OEA, han establecido tribunales administrativos destinados a zanjar las controversias que se susciten entre la organización y los funcionarios internacionales por los derechos de éstos.

CAPITULO DECIMO  
**LAS NACIONES UNIDAS**

*Sección I*

EL ESTABLECIMIENTO DE LAS NACIONES UNIDAS

192. *El proceso de creación de las Naciones Unidas*

Durante el curso de la Segunda Guerra Mundial, constatado el fracaso de la Sociedad de las Naciones,<sup>1</sup> los Aliados, mediante diversas reuniones y conferencias, comenzaron a bosquejar la organización mundial que debería surgir al término de la guerra y que pudiera contribuir al establecimiento de una paz estable y duradera. Las fases más relevantes de este proceso de lo que sería la Organización de las Naciones Unidas fueron las siguientes:

a) La Declaración de los Aliados

El primer antecedente en el proceso de creación de Naciones Unidas fue la Declaración de los Aliados, suscrita en el Palacio de Saint James, en Londres, el 12 de junio de 1941, por representantes de cinco Estados de la Comunidad Británica de Naciones (Commonwealth) y por representantes de los gobiernos en exilio de Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia y Yugoslavia, además del General De Gaulle, de Francia. En ese instrumento declararon que

<sup>1</sup> Ver Capítulo Noveno, Sección I, N° 181.

"se proponían trabajar juntos, y con otros pueblos libres, en la guerra y en la paz".

#### **b) La Carta del Atlántico**

El 14 de agosto de 1941, cuatro meses antes de que Estados Unidos entrara a participar en la guerra, el Presidente Franklin Delano Roosevelt y el Primer Ministro británico Winston Churchill firmaron "en algún lugar del Atlántico", la Carta del Atlántico, documento en el que entre otros principios se proclaman el de la "renuncia a la expansión territorial"; "el derecho de los pueblos a escoger su forma de gobierno bajo la cual desean vivir"; el de una "amplia colaboración entre todas las naciones en materia económica"; "el establecimiento de un orden internacional que permita a las naciones vivir en paz dentro de fronteras seguras", y el de la "renuncia al uso y a la amenaza del uso de la fuerza", así como el deseo de "establecer un sistema de seguridad permanente".

Si bien la Carta del Atlántico constituye una declaración bilateral con un valor meramente programático, que no hace referencia explícita a la creación de Naciones Unidas, ella contiene importantes principios sobre los que se sustentaría el orden internacional de la postguerra, algunos de los cuales fueron incorporados con posterioridad a la Carta de las Naciones Unidas.

#### **c) La Declaración de las Naciones Unidas**

El primero de enero de 1942, 26 Estados aliados firmaron en Washington la Declaración de las Naciones Unidas, en la que por primera vez figura el nombre de la futura organización. En dicha declaración, los Estados signatarios junto con reiterar los principios y objetivos de la Carta del Atlántico, se comprometen a no celebrar la paz por separado y a luchar hasta alcanzar la derrota total de Alemania, Japón e Italia. En el mismo documento convinieron en la creación de una Organización de las Naciones Unidas que sustituyera a la Sociedad de las Naciones. Posteriormente, 19 otros Estados se adhirieron a la Declaración de las Naciones Unidas.

**d) Las Conferencias de Moscú y Teherán**

El 30 de octubre de 1943, los Ministros de Relaciones Exteriores de Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Soviética, reunidos en Moscú, declaran "la necesidad de establecer, a la brevedad posible, una organización internacional general basada en el principio de la igualdad soberana de los Estados, de todos los Estados amantes de la paz y abierta a todos los Estados grandes o pequeños, para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales".

Un mes después, esos mismos tres Estados, representados por el Presidente Roosevelt y los Primeros Ministros Churchill y Stalin, reunidos en Teherán del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 1943, manifiestan que "...estamos seguros de que nuestra concordia asegurará una paz duradera. Reconocemos íntegramente la responsabilidad suprema que descansa sobre nosotros y sobre todas las Naciones Unidas para concertar una paz para la mayoría absoluta de los pueblos del mundo que destierre el azote de la guerra por muchas generaciones". En el mismo documento, los tres Jefes de Gobierno señalan que buscarán la cooperación y participación activa de todas las naciones en la "eliminación de la tiranía y la esclavitud, la opresión y la intolerancia". A la vez, en esa Conferencia de Teherán se convino en la formación de un Comité de expertos para redactar las bases de la futura organización mundial.

**e) Las Conferencias de Dunbarton Oaks**

El Comité de expertos para diseñar un primer proyecto de Carta de las Naciones Unidas se reunió en dos sucesivas conferencias celebradas en la mansión de Dunbarton Oaks, en el barrio de Georgetown, de Washington. En la primera de esas reuniones, celebradas entre el 21 de agosto y el 28 de septiembre de 1944, participaron representantes de Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Soviética, y en una segunda fase, del 29 de septiembre al 7 de octubre de ese año, representantes de Estados Unidos, el Reino Unido y China.

En esas conferencias se trazaron las grandes líneas de lo que sería la futura organización, redactándose un primer borrador de proyecto de la futura organización que contenía las disposi-



ciones relativas a los Propósitos y Principios de la Organización; sus Estados miembros; la Asamblea General; el Consejo de Seguridad; la Corte Internacional de Justicia; la Secretaría General; las disposiciones relativas a la mantención de la paz y la seguridad; así como a la cooperación internacional en los asuntos económicos y sociales. Sin embargo, no se pudo llegar en esa oportunidad a un acuerdo sobre el problema del voto y del veto en el Consejo de Seguridad, importante materia que se solucionará en la Conferencia de Yalta.

#### e) **La Conferencia de Yalta**

En la Conferencia de Yalta (Crimea, Unión Soviética), celebrada del 4 al 11 de febrero de 1945, y en la que participaron Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Soviética, representados a su más alto nivel por Roosevelt, Churchill y Stalin, junto con tomar decisiones sobre el curso de la Segunda Guerra Mundial, que aún no concluía, y sobre el orden internacional que surgiría al término de ésta, resolvieron aquellos asuntos relativos a la Organización de Naciones Unidas que habían quedado pendientes en Dunbarton Oaks. El principal de éstos fue el sistema de votación en el Consejo de Seguridad, en el que se acogió la propuesta del Presidente Roosevelt de los Estados Unidos para que las resoluciones del Consejo de Seguridad se adoptaran por la unanimidad de los Estados permanentes del referido Consejo, es decir, se decidió en esa oportunidad que las grandes potencias dispondrían de lo que se ha denominado el derecho a veto.

La Conferencia de Yalta acordó convocar la Conferencia de las Naciones Unidas, la que se celebraría en San Francisco, California, a partir del 25 de abril de 1945, con la participación únicamente de los Estados que hubiesen declarado la guerra a Alemania o Japón.

#### g) **La Conferencia de Chapultepec**

La Conferencia de Chapultepec, celebrada en el castillo de ese mismo nombre en Ciudad de México, del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, fue convocada para que los Estados americanos considerasen los "problemas de la Guerra y de la Paz". En un sentido estricto, ella no forma parte del proceso de creación de

la Organización de las Naciones Unidas, pero a la vez resulta un antecedente de gran importancia para estudiar y entender cuál fue la posición de los países latinoamericanos frente a la organización mundial que debería surgir más tarde en San Francisco.

Algunos países latinoamericanos se encontraban resentidos con Estados Unidos, porque éste no los había consultado antes de las conferencias de Dunbarton Oaks, en las que se habían diseñado las bases de la futura organización mundial, sin que se considerasen a las organizaciones regionales. Para tales Estados resultaba esencial preservar el sistema interamericano que había funcionado durante 55 años.

Estados Unidos, a su vez, tenía interés en que los países latinoamericanos que aún no habían declarado la guerra a las potencias del Eje lo pudieran hacer de modo de permitirles participar en la Conferencia de San Francisco. En ese contexto, la Conferencia de Chapultepec fue convocada con el propósito fundamental de acelerar la victoria de los Aliados y de vincular el sistema regional a la proyectada organización mundial. Participaron en Chapultepec, además de Estados Unidos, todos los Estados independientes de América Latina, con la excepción de Argentina, que no fue invitada porque a la fecha de la convocatoria aún no declaraba la guerra a los países del Eje. Lo haría una vez terminada la Conferencia y firmaría el Acta de Chapultepec el 4 de abril de 1945, tres semanas antes del inicio de la Conferencia de San Francisco.

Los Estados latinoamericanos en la Conferencia de (Chapultepec) procuraron, hasta donde les fue posible, preservar el sistema interamericano y disminuir el papel de las grandes potencias en el mantenimiento de la paz y la seguridad colectivas. Para ello propusieron en Chapultepec ampliar las facultades de la Asamblea General con respecto al proyecto Dunbarton Oaks para hacer más efectiva su gestión, disminuyendo de ese modo las facultades del Consejo de Seguridad. También propusieron otorgar una adecuada representación a América Latina en el Consejo de Seguridad.<sup>^</sup> Estas proposiciones, sin embargo, no prosperaron en San Francisco. En ella, el mayor logro lati-

- J. A. Lanus. *De Chapultepec al Beagle*. Buenos Aires. 1984. Pág. 186.

<sup>3</sup> G. Connel-Smith. *El Sistema Interamericano*. México. 1966. Pág. 163.

noamericano fue la aceptación de una modificación al artículo propuesto sobre legítima defensa, en el que se reconoce que ésta no sólo puede ser individual, sino también colectiva, con lo cual se aceptó la legitimidad del uso de la fuerza por una acción regional en caso de ataque armado, sin que se requiera la aprobación del Consejo de Seguridad.

### **193. *La Conferencia de San Francisco***

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre la organización internacional fue convocada por los Estados que habían participado en las conferencias de Dunbarton Oaks: Estados Unidos de América, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas y China. Ella se inauguró el 25 de abril de 1945 y se clausuró el 26 de junio de ese año, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

A la Conferencia de San Francisco concurrieron 50 Estados, todos los cuales requerían como requisito para poder participar haber declarado la guerra a Alemania o Japón. La Carta adoptó como documento de base la propuesta en Dunbarton Oaks y los acuerdos de Yalta, aunque también se aceptaron propuestas distintas en materias de importancia más restringida, como algunas relativas a los acuerdos regionales, asuntos económico-sociales y al régimen de administración fiduciaria.

La Carta de Naciones Unidas adoptada en San Francisco entró en rigor el 24 de octubre de 1945, una vez que fuera ratificada por la mayoría de los Estados que la habían firmado y por los cinco Estados permanentes del Consejo de Seguridad.

La Carta de las Naciones Unidas consta de 111 artículos, divididos en XIX capítulos. Forma también parte integrante de ella el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

### **194. *Las reformas a la Carta de las Naciones Unidas***

Desde que entrara en vigor, en octubre de 1945, la Carta no ha sido objeto de reformas, salvo para aumentar la composición del Consejo de Seguridad y, en dos ocasiones, la del Consejo Económico y Social.

En los últimos años de su mandato, el Secretario General, Kofi Annan, impulsó una renovación del sistema de Naciones

Unidas que pudiera atender las amenazas, desafíos y cambios que enfrenta el mundo de hoy y, dentro de ese contexto, reformar la Carta de las Naciones Unidas.

Para tal propósito designó a un grupo de 16 personas de reconocido prestigio y experiencia, presidido por el ex Primer Ministro de Tailandia, Sr. Anand Panyarachun, y del cual formaron parte dos latinoamericanos, el ex Secretario General de la OEA, Sr. Joao Baena Soares, y el entonces Presidente del BID, Sr. Enrique Iglesias. El Grupo de alto nivel presentó el 1º de diciembre de 2004 un informe dirigido al Secretario General de Naciones Unidas titulado "Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos",<sup>4</sup> en el cual recomienda una serie de medidas que permitan "un mundo más seguro"; entre ellas, varias reformas a la actual Carta de las Naciones Unidas.

Sobre la base del informe del grupo de alto nivel, el Secretario General inició un proceso de reformas a la Carta, el cual debería culminar con la adopción de las reformas por la Cumbre Mundial de Jefes de Estado y de Gobierno, la que fue convocada para que se reuniera en la sede de Naciones Unidas en septiembre de 2005.

Sin embargo, ni las numerosas reuniones convocadas para estudiar y considerar las reformas que se celebraron durante el transcurso del año 2005 ni la Cumbre Mundial pudieron llegar a acuerdos respecto de las más importantes reformas propuestas, como la relativa a la reestructuración del Consejo de Seguridad y al aumento de sus miembros permanentes, condición a la cual aspiraban Alemania, Brasil, India y Japón.

Lo expresado no significa restarle importancia o méritos a los acuerdos surgidos de la Cumbre Mundial de Jefes de Estado y de Gobierno de 2005, el cual se contiene en un documento que posiblemente sea uno de los más relevantes de las relaciones internacionales contemporáneas por el análisis de la situación mundial y las proposiciones que en él se contienen.

En lo que respecta a Naciones Unidas, el referido documento contiene diversas medidas tendientes a fortalecer la Organización e importantes propuestas, como las relativas al Consejo de Derechos Humanos y a la creación de una Comisión de Conso-

<sup>1</sup> Docto. de Naciones Unidas A/59/565 de 2 de diciembre de 2004.

lidación de la Paz como nuevos órganos, aunque no estén destinados a incorporarse a la Carta.

Pero en lo que respecta a la reforma misma a la Carta, salvo las anteriores modificaciones para aumentar la composición del Consejo de Seguridad y del ECOSOC, el texto sigue siendo el mismo que se adoptó en San Francisco en 1945. Incluso, no obstante que en la Cumbre Mundial de 2005 hubo un consenso para eliminar términos obsoletos como "Estados enemigos" o para suprimir el Consejo de Administración Fiduciaria que "ya no se reúne y que no le quedan funciones por desempeñar", tales reformas aún no se han materializado, posiblemente en espera que se produzcan acuerdos respecto de otras materias que permitan ir gradualmente reformando la Carta.

### **195. *Carácter especial de la Carta de las Naciones Unidas***

La Carta de las Naciones Unidas es un tratado internacional y, como tal, está sujeta a las correspondientes normas de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, a la vez, tiene un carácter especial similar al que en el orden interno tiene la Constitución de un Estado con respecto a las leyes ordinarias. Este carácter especial que le confiere a la Carta de las Naciones Unidas un rango constitucional con un valor superior al de otros tratados, se manifiesta especialmente en las siguientes características que reviste la Carta y que no tienen otros tratados:

a) ***La Carta de las Naciones Unidas puede producir efectos respecto de terceros Estados que no son partes de ella.*** Como lo señala el artículo 2, número 6:

**La organización hará que los Estados que no son miembros de Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.**

La disposición transcrita significa que si un Estado que no es miembro de las Naciones Unidas viola uno de los Principios de la Carta, como podría ser, por ejemplo, el número 4 del artículo 2, relativo a la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales, Naciones Unidas podría adoptar en contra de ese Estado las medidas que contempla la Carta.

b) *La Carta prevalece respecto de cualquier otro tratado en caso de conflicto entre ella y un tratado.* Como lo expresa el artículo 103:

En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerían las obligaciones impuestas por la presente Carta.

También esa disposición constituye una alteración de las normas del derecho de los tratados. En la disposición transcrita se reconoce precisamente el carácter constitucional y la supremacía jerárquica de la Carta de las Naciones Unidas respecto a todo otro tratado. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que todos los tratados, tanto bilaterales, regionales o multilaterales están subordinados a las disposiciones del artículo 103 de la Carta.<sup>5</sup>

## *Sección II*

### LOS PROPÓSITOS Y PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS

#### 196. *Propósitos*

Los propósitos de las Naciones Unidas se encuentran establecidos en el Preámbulo y en el artículo 1 de la Carta.

El objetivo principal de las Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales. En el Preámbulo se señala, en primer lugar, que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos a: "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles", y en el primer párrafo del artículo 1 se señala como el primero de los propósitos de las Naciones Unidas mantener la paz y seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la

<sup>5</sup> Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua. ICJ Reports. 1984. Par. 107.

paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacionales, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.

También el artículo primero se refiere a los siguientes otros propósitos:

- Fomentar entre las naciones las relaciones de amistad basadas en el respeto a los principios de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos;
- Cooperar en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos; y
- Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones para alcanzar estos propósitos comunes.

### 197. *Principios*

Para la realización de los propósitos que se contienen en el artículo 1, la Carta de las Naciones Unidas consigna en su artículo 2 los siguientes principios:

1. La igualdad soberana de todos los Estados miembros.
2. El cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas bajo la Carta.
3. El arreglo de las controversias internacionales por medios pacíficos.
4. La prohibición de recurrir al uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales.
5. La obligación de prestar a las Naciones Unidas toda clase de ayuda para el cumplimiento de las acciones que ésta ejerza de conformidad con la Carta y de abstenerse de ayudar a todo Estado contra el cual la Organización estuviera ejerciendo una acción preventiva o coercitiva.
6. La obligación de las Naciones Unidas de hacer que los Estados que no sean miembros de ella se puedan **comportar** de acuerdo a los referidos Principios en la medida que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales; y

7. La no intervención de las Naciones Unidas en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.

Los Principios que establece la Carta en su artículo 2 constituyen verdaderas reglas imperativas de derecho internacional, tanto para la Organización como para sus Estados miembros. Estos Principios son, pues, no sólo de las Naciones Unidas, sino que ellos también son principios propios del derecho internacional destinados a regular las relaciones internacionales.

Estos Principios han sido desarrollados e interpretados por instrumentos jurídicos posteriores, el más importante de los cuales es la Resolución 2625 (XXV) relativa a la "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas". Por la especial importancia que tienen estos principios en el moderno derecho internacional, su estudio será objeto de un capítulo especial.

### *Sección III*

## LOS MIEMBROS DE LAS NACIONES UNIDAS

### 198. *Miembros originarios*

Los miembros originarios de las Naciones Unidas, de acuerdo al artículo 3, son los Estados que participaron en la Conferencia de las Naciones Unidas de San Francisco en 1945, o que previamente habían firmado la Declaración de las Naciones Unidas de 1 de enero de 1942 y que suscribieron y ratificaron la Carta.

Esta última parte del artículo 3 fue agregada para que Polonia pudiese ser considerada miembro originario. Los miembros originarios fueron 51 Estados. Cincuenta participaron en la Conferencia de San Francisco, más Polonia, que si bien no estuvo presente en dicha Conferencia, porque al momento de su celebración coexistían dos gobiernos y la composición de su gobierno sólo pudo ser anunciada después de que la Conferencia de San Francisco había terminado, se le había dejado un espacio





en blanco para que pudiese firmar y tener la condición de miembro originario.

De esos 51 Estados originarios, 20 provienen de América Latina, con lo cual inicialmente fue el grupo regional más numeroso; 9 lo fueron de Europa Occidental (incluyendo a Turquía); 9 de Asia, 5 de Europa del Este; 4 de África, 2 de América del Norte y 2 de Oceanía.

Debe, sin embargo, tenerse presente que por un acuerdo político que se había producido en Yalta, como un modo de compensar la inferioridad numérica en que se encontraba la Unión Soviética, fueron considerados Estados originarios, Bielorrusia (hoy Belarús) y Ucrania, a pesar de que en aquel entonces, por formar parte de la Unión Soviética, no podían ser considerados Estados.<sup>6</sup> En un sentido estricto, tampoco la India era un Estado en 1945, toda vez que si bien gozaba de cierta autonomía, su plena independencia del Reino Unido fue alcanzada sólo en 1947.

#### 199. *Miembros admitidos*

La Carta, en su artículo cuarto, regula la admisión de los miembros no originarios. Cabe señalar que la distinción entre miembros originarios y admitidos carece de toda importancia en cuanto a los derechos y obligaciones de unos y otros. Una vez que un Estado se ha incorporado a la Organización, lo hace en plenitud, con los mismos derechos que los originarios.

Para ser admitido, debe tratarse de "Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta y que, ajuicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo".

Los órganos que determinan si se cumplen esos requisitos son la Asamblea General, previa recomendación del Consejo de Seguridad, la que, como lo ha sostenido la Corte Internacional

<sup>8</sup> En la Conferencia de Yalta, Stalin ofreció al Presidente Roosevelt que pudieran ser Estados miembros de las Naciones Unidas otros dos Estados de los Estados Unidos de América, adicionales a éstos; pero el Presidente Roosevelt declinó ese ofrecimiento.

de Justicia,<sup>7</sup> tiene un efecto vinculante, es decir, la Asamblea General no puede adoptar una decisión si previamente el Consejo de Seguridad, donde procede el veto de un Estado permanente, no ha otorgado su conformidad. En la práctica, en estas seis décadas, el criterio para determinar la admisión de nuevos Estados ha sido invariablemente político, habiéndose privilegiado en las últimas décadas el criterio de la universalidad por encima de otras consideraciones, lo que ha significado la incorporación a Naciones Unidas de numerosos Estados con reducidas poblaciones o territorios.

En la actualidad, los Estados miembros se han casi cuadruplicado con respecto a los originarios. Es interesante recordar al respecto la evolución que se ha producido en cuanto a los nuevos Estados. En los primeros 9 años, hasta 1954, tan sólo 9 Estados fueron admitidos, como aconteció con algunos Estados europeos que no habían participado en la Segunda Guerra Mundial, como Suecia e Islandia, o asiáticos que habían logrado en esos años su independencia, como Birmania (hoy Myanmar), Indonesia y Pakistán o Israel, que surgió como Estado en 1948, después de que una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas estableciera la partición de la Palestina.

El resto de los Estados aún no habían alcanzado su independencia o, como en el caso de varios europeos, durante la Segunda Guerra Mundial habían formado parte o apoyado al Eje, lo que los privaba de la condición de ser "amantes de la paz". En 1955 se produjo un acuerdo entre las principales potencias que permitió que algunos de esos Estados que en esa época se consideraban formando parte del bloque occidental -España, Italia y Portugal- o que pertenecían al bloque socialista -Albania, Bulgaria, Hungría y Rumania- pudieran ingresar junto a otros

<sup>7</sup> En su Opinión Consultiva de tís de mayo de 1948, la Corte Internacional de Justicia declaró que las condiciones estipuladas para la admisión de los Estados eran exhaustivas, por lo que si un Estado que postulaba para ser admitido cumplía las condiciones requeridas en el artículo cuarto, el Consejo de Seguridad debía hacer la recomendación que permitiera a la Asamblea General decidir respecto a esa admisión. Señaló también la Corte en esa oportunidad que "un Estado no puede ser admitido como miembro de las Naciones Unidas... cuando el Consejo de Seguridad no ha recomendado su admisión". ICJ Reports. 1948.

Estados que se habían declarado neutrales, como Austria y Finlandia. Al año siguiente, en 1956, ingresa Japón, y en 1973 las dos Alemanias, la República Democrática Alemana y la República Federal de Alemania, con lo cual la expresión "Estados enemigos" que utiliza la Carta en varias de sus disposiciones perdió toda vigencia.

Pero la principal causa del ingreso de nuevos Estados y de la multiplicación del número de éstos en Naciones Unidas fue el proceso de descolonización. En 1956, Marruecos, Sudán y Túnez, que ese año habían obtenido su independencia, fueron admitidos en Naciones Unidas; pero es especialmente a partir de 1960 cuando se produce acelerada e incontrarrestablemente el ingreso masivo de Estados africanos y asiáticos y de la región del Caribe, cuyo proceso de independencia se produce precisamente en esa década de los años 60.

Después del término de la guerra fría en la década de los años 90, con la disolución de la Unión Soviética y la división de la antigua Yugoslavia, 16 nuevos Estados que formaban parte de esos dos Estados ingresan a Naciones Unidas. A ello es necesario agregar un compartido afán por lograr cada vez una mayor universalidad de la Organización, lo que permitió que en esos años se incorporaran a Naciones Unidas minúsculos Estados europeos que no lo habían hecho antes, como Liechtenstein, Andorra, Monaco y San Marino. A fines del siglo XX o comienzos del actual pequeñas islas en Oceanía que habían adquirido su independencia, como Kiribati, Nauru, Palau, Tonga y Tuvalu, ingresan a la Organización. Asimismo debe mencionarse el arreglo de situaciones que impedían el libre ejercicio del derecho de la autodeterminación, como en el de Timor del Este, que permitirá su ingreso con el nombre de Timor Leste en 2002, y el cambio que se produjo en la convicción que Suiza sustentaba -que también ingresó en 2002- que su neutralidad no era compatible con su pertenencia a las Naciones Unidas.

Al primero de enero de 2007, 192 Estados formaban parte de las Naciones Unidas. El último en ingresar fue Montenegro, en 2006, al separarse de Serbia. Resulta interesante señalar que por primera vez desde la fundación de Naciones Unidas trans-

currieron tres años -de 2003 a 2005- sin que ningún Estado ingresase a la Organización.

Habiendo concluido en todo el mundo el proceso de descolonización y siendo hoy día todos los miembros de las Naciones Unidas Estados independientes, es posible afirmar que actualmente la Organización ha alcanzado su plena universalidad.

El Etnico caso de marginación en la actualidad es Taiwán, pero por ahora no es posible prever su ingreso, en razón de que la República Popular de China, miembro permanente del Consejo de Seguridad con derecho a veto, considera a Taiwán parte integrante de su territorio. Con la sola excepción de Palestina y, tal vez, de la República Árabe Saharaui, todo indica que es difícil prever la admisión de nuevos Estados en Naciones Unidas, a menos que se produzcan legítimas secesiones de un Estado, admitidas por ese Estado y por la comunidad internacional, como podría ocurrir con Kosovo, que ahora forma parte de Serbia.

#### 200. *Suspensión de un Estado miembro*

El artículo 5 de la Carta prevé que todo miembro de las Naciones Unidas que haya sido objeto de acción preventiva o coercitiva por parte del Consejo de Seguridad puede ser suspendido por la Asamblea General, a recomendación del Consejo de Seguridad, del ejercicio de los derechos y privilegios inherentes a su calidad de miembro.

Hasta ahora esa disposición no ha tenido aplicación. En todo caso, la suspensión de un Estado se encuentra sometida a un procedimiento complejo. Se requiere, en primer lugar, que con respecto a ese Estado el Consejo de Seguridad haya adoptado acciones preventivas o coercitivas. Si bien ello ha sucedido, como, por ejemplo, contra Sudáfrica en 1977 o contra Irak en 1990, tales acciones no fueron seguidas del procedimiento previsto en el artículo 5. Para que hubiese procedido la suspensión se hubiese requerido que el Consejo de Seguridad hubiera recomendado la suspensión y que luego la Asamblea General decidiera esa suspensión. En su parte final, el artículo 5 dispone que el ejercicio de los derechos y privilegios puede ser restituido por el Consejo de Seguridad.

La suspensión de los derechos y privilegios inherentes a la calidad de miembro, que regula el artículo 5, no debe ser confundida con la suspensión del derecho a voto en la Asamblea General a la que se refiere el artículo 19 respecto del miembro de las Naciones Unidas que esté en mora en el pago de sus cuotas financieras para los gastos de la Organización cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las cuotas adeudadas por los dos años anteriores completos, en cuyo caso el Estado en mora no tendrá derecho a voto en la Asamblea General, aunque podrá seguir ejerciendo sus derechos y privilegios, incluyendo el derecho a voto en los otros órganos de las Naciones Unidas.

### **201. *Expulsión y retiro voluntario***

En su artículo 6 la Carta establece que "Todo Estado de las Naciones Unidas que haya violado repetidamente los Principios contenidos en esta Carta podrá ser expulsado de la Organización por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad".

La causal de expulsión prevista en la disposición transcrita supone una violación grave a los compromisos contraídos como miembro, como es el caso de haber violado repetidamente los Principios de la Carta, es decir, algunos de los siete principios contenidos en el artículo 2 de la Carta. Hasta ahora esa disposición no se ha aplicado, aunque cabe recordar una tentativa de aplicación en 1974 cuando se pretendió expulsar a Sudáfrica y el proyecto de resolución fue vetado en el Consejo de Seguridad por Estados Unidos, el Reino Unido y Francia.

Por otra parte, la Carta no regula el retiro voluntario de un Estado. En la práctica, existe tan sólo un precedente, el de Indonesia, que se retiró de la Organización en 1965, pero que el año siguiente se incorporó a las sesiones del XXI período de sesiones de la Asamblea General, oportunidad en la que declaró que reanudaba "la plena cooperación con las Naciones Unidas y su participación en las actividades de la misma".<sup>8</sup>

<sup>8</sup> United Nations. General Assembly. Doc.S/7498.19 de septiembre de 1966.

Es difícil que ahora, en el interdependiente mundo que se vive en el siglo XXI, un Estado decida retirarse voluntariamente de las Naciones Unidas, como con tanta frecuencia ocurrió durante la Sociedad de la Naciones. Verdaderamente sería una actitud que no ofrecería ventajas de ningún orden y que podría conducir a un peijudicial aislacionismo. Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no se divisan razones para que un Estado no pueda retirarse, aunque sus consecuencias 110 se encuentran reguladas por la Carta.

### 202. *Las misiones permanentes*

Desde la creación de las Naciones Unidas los Estados miembros han establecido misiones permanentes en la sede de la Organización, las que están a cargo de un representante permanente, generalmente con el rango de embajador.

En su tercer periodo de sesiones, en 1948, la Asamblea General adoptó una resolución que regulaba diversos aspectos del establecimiento de esas misiones permanentes y recomendaba que las credenciales y los plenos poderes del representante permanente fuesen otorgados por el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o por el Ministro de Relaciones Exteriores y transmitidos al Secretario General. También esa resolución recomendó que en caso de ausencia temporal del representante permanente se notificase al Secretario General el nombre del miembro de la misión que lo reemplazará y que los cambios de miembros de las misiones permanentes que no fuesen del representante permanente, fuesen comunicados al Secretario General por el jefe de la misión.

### 203. *Observadores*

La condición de observador no está establecida en la Carta ni en el Reglamento de la Asamblea General; pero en la práctica los observadores han sido admitidos a participar en las labores de los diversos órganos y organismos de Naciones Unidas, con derechos restringidos, como presenciar las reuniones y tener acceso a los correspondientes documentos.

Desde el momento en que prácticamente todos los Estados independientes son miembros de las Naciones Unidas, el tema

de los observadores ha perdido la importancia que éste tuvo cuando Estados como las dos Alemanias, las dos Coreas o Suiza no eran miembros de las Naciones Unidas, pero sí habían acreditado observadores ante la Organización.

En la actualidad, entre otros, tienen la calidad de observadores ante las Naciones Unidas, la Santa Sede, Palestina, el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Unión Europea, la OEA, la Liga Árabe, la Unión Africana y la Secretaría de la Commonwealth. Algunos de esos observadores tienen la calidad de permanentes y cuentan con oficinas en la sede de la Organización.

#### 204. *Grupos regionales*

Si bien en Naciones Unidas cada Estado actúa ante sus diversos órganos en forma independiente a través de sus representantes, muchas decisiones comienzan a discutirse y negociarse por medio de los diversos grupos regionales o bloques de países.

En la actualidad, los grupos regionales han sido institucionalizados, especialmente para lograr una adecuada representación geográfica en los diferentes órganos y cargos en los cuales a cada región geográfica se le ha asignado un determinado número de representantes, como acontece, por ejemplo, con los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, la Comisión de Derechos Humanos, la Comisión de Derecho Internacional y la gran mayoría de los órganos colegiados. También la elección del presidente de la Asamblea General se efectúa en forma rotativa entre los diferentes grupos regionales.

En los primeros años de Naciones Unidas la adecuada **dis**tribución geográfica se lograba por medio de acuerdos informales, a los que se solía denominar "*Gentlemen agreement*", entre los diferentes grupos o sistemas regionales, que en esa época incluían a la Comunidad Británica de Naciones (Commonwealth), que comprendía Estados de varios continentes; pero posteriormente y en consideración a algunas discrepancias o dificultades que surgieron, los grupos regionales quedaron establecidos formalmente sobre una base geográfica. Estos grupos en la actualidad son:

a) El Grupo de América Latina y el Caribe, compuesto por los 33 Estados latinoamericanos y caribeños. De haber sido ini-

cialmente el grupo más numeroso, gradualmente ha ido perdiendo representatividad;

b) El Grupo de Europa Occidental y otros países, integrado por los países de esa parte de Europa, incluyendo a Turquía, a pesar de su ubicación geográfica. Este grupo también comprende a Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Nueva Zelanda;

c) El Grupo de Europa Oriental, el cual comprende a los países de Europa del Este que hasta 1991 pertenecían al Pacto de Varsovia. En la actualidad, subsiste como grupo regional, lo que le permite postular a cargos de elección asignados a ese grupo; pero ha perdido la cohesión y unidad con que actuaban durante la guerra fría bajo el liderazgo de la Unión Soviética. Hoy la mayoría de los Estados de ese grupo forman parte de la OTAN y de la Unión Europea, lo que hace presumir que en un futuro próximo dejará de constituir en Naciones Unidas un grupo regional;

d) El Grupo Africano está formado por la totalidad de los 53 Estados de África;

e) El Grupo Asiático es posiblemente el grupo regional que presenta una mayor diversidad entre sus componentes, dadas las diferencias políticas, económicas, culturales, religiosas, etc., que existen entre sus Estados.

Algunos de estos grupos, como el latinoamericano, el europeo occidental y el africano suelen reunirse para coordinar o debatir las posiciones que adoptarán en asuntos substantivos; pero en la práctica, respecto de esos asuntos de fondo, tienen una mayor importancia los bloques de países que coexisten en Naciones Unidas y que trascienden las consideraciones meramente geográficas.

Aunque el término de la guerra fría ha significado un cambio importante en la integración y en la percepción de esos bloques de países para abordar algunos asuntos, en la actualidad cabe mencionar dentro de esos bloques de países al de los Estados industrializados, compuesto por los Estados de mayor riqueza; al llamado "Grupo de los 77", integrado por Estados de América Latina, Asia y África, que representan a los países en vías de desarrollo y que actualmente alcanzan casi a duplicar a los 77 originarios; a los Estados árabes, formado por los Estados



africanos y asiáticos que pertenecen a la Liga Árabe; a los Estados que forman el Movimiento de Países No Alineados; al Grupo de Estados poseedores de Armas Nucleares, reconocidos como tales; a los Estados que son partes o signatarios de tratados que han establecido Zonas Libres de Armas Nucleares, etc. Todos estos grupos de Estados suelen reunirse en Naciones Unidas para intercambiar opiniones que faciliten la adopción de decisiones que les puedan incumbir.

#### *Sección IV*

### ESTRUCTURA DE LAS NACIONES UNIDAS

#### **205. *Los órganos principales***

El artículo 7 de la Carta establece en su párrafo 1 como órganos principales de las Naciones Unidas: 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.

De esos órganos, sólo la Asamblea General tiene un carácter plenario, en cuanto participan de ella todos los Estados miembros, lo que no acontece con los otros órganos. Asimismo, la Asamblea General, junto al Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y el Consejo de Administración Fiduciaria tienen un carácter intergubernamental, en cuanto dichos órganos están compuestos por representantes de gobiernos de los Estados miembros; en cambio, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría no tienen ese carácter, toda vez que están integrados por personas que no representan a sus gobiernos. Por otra parte, cabe señalar que la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia son órganos independientes y autónomos, en cuanto no se encuentran subordinados a otros órganos, condición de la que carecen el Consejo Económico y Social, dependiente de la Asamblea General, el Consejo de Administración Fiduciaria, subordinado a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, y la Secretaría, la que es un órgano dependiente de la Asamblea General y de los tres Consejos.

En este capítulo se estudiarán tan sólo la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y la Secretaría. Por su especial vinculación con el tema de la solución pacífica de las controversias internacionales, la Corte Internacional de Justicia será estudiada cuando se trate de esa materia. El Consejo de Administración Fiduciaria, que en el pasado cumplió una meritoria labor que contribuyó a la autodeterminación de los territorios administrados por ese órgano, ha perdido en la actualidad toda vigencia, por lo que se prescindirá de su estudio en esta oportunidad.

El Consejo de Administración Fiduciaria fue establecido por la Carta (Capítulo XIII, artículos 86 a 96) para supervisar la administración de los territorios entregados en Fideicomiso a determinados Estados con el fin de que éstos adoptasen las medidas adecuadas para dirigir esos territorios hacia el gobierno propio o hacia la independencia. En 1994 todos los territorios en fideicomiso disponían de gobiernos propios o habían alcanzado su independencia, ya fuera como Estados separados o mediante su unión con Estados independientes vecinos. El último de los territorios en fideicomiso fue el de Palau en Oceanía, administrado por los Estados Unidos y que ese año de 1994 adquirió su independencia e ingresó a Naciones Unidas.

## 206. *El sistema de Naciones Unidas*

Además de los órganos principales, en la actualidad lo que se suele denominar el sistema de Naciones Unidas está constituido por diversos otros órganos subsidiarios, organismos especializados, organizaciones, institutos, programas, fondos y comisiones que han hecho de la actual estructura de las Naciones Unidas una realidad compleja. Tales entidades pueden tener su origen en una decisión de un órgano principal, como lo admite el párrafo 2 del artículo 7, o bien, ser creados por un tratado internacional, como es el caso de los organismos especializados y de otras entidades surgidas de una convención internacional.

Son numerosos estos órganos, organismos, institutos, programas, fondos y comisiones que forman hoy día al sistema de Naciones Unidas. Veintiséis de esos fondos, programas y organismos especializados integran el Comité Administrativo de Coordina-

ción, cuya función principal es facilitar la más amplia coordinación de los programas aprobados por las diferentes entidades del sistema de Naciones Unidas. Presidido por el Secretario General, dicho Comité se reúne dos veces al año.

**207. *Las junctiones de Naciones Unidas y su cumplimiento por los diferentes órganos y entidades***

Para facilitar la comprensión de la estructura actual de Naciones Unidas, se expondrá a continuación cómo los diferentes órganos y entidades de la Organización se encuentran desarrollando sus funciones e interrelacionándose entre ellos. Para tal efecto, se expondrá brevemente la injerencia que tienen los órganos, tanto los principales como los creados con posterioridad a la Carta, en el cumplimiento de las más importantes funciones que llevan a cabo hoy día las Naciones Unidas.

De acuerdo con los propósitos de las Naciones Unidas, definidos por la Carta, y con las actividades y tareas que las diferentes entidades del sistema de Naciones Unidas desarrollan en la actualidad, puede señalarse que las principales funciones que las Naciones Unidas llevan a cabo hoy día son: velar por la paz y la seguridad internacionales; propender al desarme y a la prohibición y no proliferación de armas de destrucción masiva; contribuir a la solución pacífica de las controversias internacionales; fomentar la cooperación y el desarrollo económico y social; promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales; desarrollar acciones humanitarias en situaciones de emergencia; y contribuir al desarrollo del derecho internacional.

Cada una de esas funciones es llevada a la práctica por diferentes órganos, aunque siempre por uno de los principales indicados en el artículo 7 de la Carta. La Asamblea General, en vista de su amplia competencia, tiene injerencia en todos esos asuntos. También debe mencionarse con una injerencia general a la Secretaría, a la que le corresponde proporcionar el personal y el apoyo técnico necesario para llevar a cabo esas funciones; pero además de las responsabilidades que les conciernen a los órganos principales, se han establecido con posterioridad a la adopción de la Carta numerosos otros órganos subsidiarios, organismos, programas, fondos, institutos que,

como se verá a continuación, son los que en la práctica les corresponde llevar a cabo las funciones de Naciones Unidas.

a) ***Mantener la paz y la seguridad internacionales*** constituye la responsabilidad primordial de las Naciones Unidas, pudiéndose agregar su principal razón de ser. Sin perjuicio de las responsabilidades que a ese respecto la Carta le confiere a la Asamblea General, el órgano específico encargado de esta función es el Consejo de Seguridad. La Carta estableció como órgano para asesorar y asistir a ese Consejo un Comité de Estado Mayor (art. 46), pero ese órgano no ha llegado nunca a constituirse. En la práctica, el cumplimiento de esta función se lleva a cabo a través de diversas misiones y operaciones de paz que para cada caso ha creado el Consejo de Seguridad, asistidas por el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, dependiente de la Secretaría General.

Cabe también mencionar en este campo a la Comisión de Consolidación de la Paz, establecida en 2005 por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, cuyo propósito principal es agrupar a todos los agentes interesados para reunir recursos, proponer estrategias integrales de consolidación de la paz y recuperación después de los conflictos y ofrecer asesoramiento sobre esas estrategias.

b) ***Propender al desarme y la prohibición y no proliferación de armas de destrucción en masa***, aunque pueden considerarse dentro de la función de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, estas funciones han adquirido en las últimas décadas una enorme importancia, que les confieren una especificidad propia.

En lo que se refiere al desarme, además de la Asamblea General (Primera Comisión) y del Consejo de Seguridad, se han creado órganos específicos encargados de esas tareas. Entre ellas cabe mencionar a la Conferencia de Desarme que funciona en Ginebra y que es el único foro multilateral encargado de negociar los asuntos de desarme, aunque la falta de acuerdo entre sus miembros ha significado desde hace varios años una parálisis de sus actividades; el Departamento de Asuntos de Desarme, dependiente de la Secretaría General, y el Instituto de Naciones Unidas, encargado de investigar las cuestiones de desarme (UMDIR).

En cuanto a los órganos con injerencia en el control de las armas de destrucción en masa y su no proliferación, es necesario señalar al Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA); a la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (OTPCN) y a la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ). Cabe también mencionar que después de la invasión de Irak a Kuwait se creó la Comisión Especial de las Naciones Unidas (UNSCOM), cuyas funciones fueron asumidas en 1999 por el Comité de Naciones Unidas de Vigilancia, de Verificación e Inspección (UNMOVIC) y que cumplió, junto al OIEA, una meritoria labor cuando el Consejo de Seguridad le solicitó que informasen sobre si existían o no armas de destrucción masiva en Irak.

c) *Solucionar las controversias internacionales*, función en que la Carta le confiere poderes tanto a la Asamblea General como al Consejo de Seguridad; pero el órgano específico establecido para el cumplimiento de ese propósito es la Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial principal de Naciones Unidas.

La Corte Internacional de Justicia tiene jurisdicción sólo para resolver controversias entre Estados; no tiene competencia, por lo tanto, para resolver controversias entre un Estado y las personas sometidas a su jurisdicción, por lo que no existe en Naciones Unidas ese tipo de tribunal, como lo tienen los sistemas regionales americano, europeo y africano; en cambio, en Naciones Unidas se han creado tribunales para investigar y sancionar crímenes de guerra o de lesa humanidad cometidos por el individuo. En 1993 y 1994 el Consejo de Seguridad estableció los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda, respectivamente, y en 1998 se creó la Corte Penal Internacional.

Además de esos órganos judiciales, diversos tratados auspiciados por Naciones Unidas han establecido órganos jurisdiccionales para la solución de determinadas controversias, como es el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. También al respecto cabe mencionar al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativo a Inversiones (CIADI), que opera como órgano que forma parte del sistema del Banco Mundial, y a la Organización Mundial de Comercio (OMC), a la que se le han conferido atribuciones para resolver controversias comerciales entre Estados.

Cabe, por último, señalar que el Secretario General de Naciones Unidas puede actuar ofreciendo sus buenos oficios o como mediador, que constituyen métodos de arreglo pacífico de controversias internacionales.

d) *Realizar la cooperación internacional de carácter económico, social y cultural e impulsar el desarrollo en esos campos* constituye una de las funciones primordiales de Naciones Unidas, la que, además, le otorga una mayor presencia en los diferentes países. Sin perjuicio de las labores de la Asamblea General (Segunda y Tercera Comisión), el órgano específico al cual la Carta le confió esas funciones es el Consejo Económico y Social (ECOSOC), el que cumple esas funciones directamente o través de comisiones orgánicas, como las Comisiones de Desarrollo Social, o de Derechos Humanos; o de Comisiones Regionales, como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). También estas funciones se realizan a través de diversos organismos especializados, como OIT, FAO o LNESCO.

Cabe asimismo mencionar dentro de este campo de la cooperación económico-social a las conferencias, programas y fondos que se han ido creando, como la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

Asimismo es necesario mencionar en este campo la importante labor que está desarrollando la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

e) *Proteger y promover los derechos humanos* ha sido una función que ha ido adquiriendo en Naciones Unidas una creciente importancia. Casi todos los órganos principales tienen injerencia en la protección de esos derechos: la Asamblea General (Tercera Comisión); el Consejo de Seguridad, que puede actuar cuando se trata de violaciones graves, sistemáticas y masivas a los derechos humanos al interior de un Estado que puedan constituir una amenaza a la paz; el Consejo Económico y Social, al que se le confiere una función específica sobre esa materia; la Corte Internacional de Justicia, que en varios casos u opiniones consultivas sometidas a su consideración le ha correspondido

interpretar y aplicar tratados sobre derechos humanos; y la Secretaría, la que directamente o por medio de acciones de su Secretario General o por medio de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos les cabe desempeñar importantes responsabilidades en lo que respecta a los derechos humanos.

Los órganos específicos encargados en esta materia son el Consejo de Derechos Humanos, creado en 2006 por la Asamblea General, y que sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos que había sido establecida en 1946 por el ECOSOC. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estableció el Comité de Derechos Humanos, integrado por 18 miembros a título personal, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, a su vez, estableció como órgano el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, integrado también por 18 miembros. Además de esos órganos, diversas convenciones internacionales han creado otros órganos para la protección de determinados derechos humanos. La Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial (1966); el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (1984) estableció como órgano para su vigilancia el Comité contra la Tortura; la Convención sobre Derechos del Niño (1989); el Comité de los Derechos del Niño, y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada (2006) estableció como órgano el Comité contra la Desaparición Forzada. En lo que respecta a la protección de la mujer y del niño, debe también mencionarse el importante papel que tienen el Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

*f) Gestionar las acciones humanitarias en situaciones de emergencia* constituye un campo de creciente importancia en las actividades de Naciones Unidas. Esas acciones de socorro humanitario son realizadas en situaciones de emergencia para afrontar los desastres, tanto naturales como los provocados por el hombre,

y que por su magnitud la respuesta de las autoridades nacionales resulta insuficiente. Tanto la Asamblea General (Tercera Comisión) como el Consejo de Seguridad y la Secretaría General han tenido una importante participación en estas labores, especialmente a partir de la década de los años 90, en la adopción de acciones humanitarias cuando se han producido situaciones de emergencia. La Asamblea General estableció en 1991 un Comité Permanente entre los diversos órganos y organismos para coordinar la respuesta internacional a las crisis humanitarias. El Coordinador del Socorro de Emergencia de las Naciones dirige la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, que depende del Secretario General. Por su parte, el Consejo de Seguridad, en diversas crisis humanitarias que se produjeron con posterioridad al término de la guerra fría, ha considerado que esas situaciones pueden constituir una amenaza a la paz y ha actuado de acuerdo a las disposiciones que señala la Carta.

Junto a la destacada labor que cumple la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, debe mencionarse también a cuatro importantes entidades de Naciones Unidas que se encargan de ejercer protección y asistencia durante las crisis humanitarias: el Alto Comisionado para los Refugiados (ACNUR); el Programa Mundial de Alimentos (PMA), y el PNUD y el UNICEF.

g) *Contribuir al desarrollo del derecho internacional* constituye asimismo una importante función de Naciones Unidas. De los órganos principales, a la Asamblea General (Sexta Comisión) le ha correspondido un importante papel en esta materia; pero también cabe mencionar al Consejo de Seguridad, que en las últimas décadas ha emprendido funciones legislativas; al ECOSOC, que ha constituido comisiones orgánicas que desempeñan una relevante actividad jurídica, como la Comisión para la Prevención del Delito y la Justicia Penal; y a la Corte Internacional de Justicia, cuya jurisprudencia contribuye al desarrollo del derecho internacional. También cabe mencionar la labor que cumple la Secretaría a través de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

La función de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación que la Carta le atribuye a la Asamblea General (artículo 13) la cumple la Comisión de Derecho Internacional, integrada por 34 juristas, elegidos a título perso-



nal por la Asamblea General. También la Asamblea General ha establecido la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), compuesta por 36 Estados para facilitar el comercio mediante la preparación de convenios, leyes modelos y guías jurídicas que permitan armonizar el derecho mercantil internacional.

Una de las tareas que en esta materia le ha correspondido a Naciones Unidas es la celebración de conferencias internacionales que han permitido la adopción de fundamentales convenciones de derecho internacional, las que, a su vez, han establecido órganos permanentes para el logro de los objetivos establecidos en esas convenciones. En 1982 se adoptó la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la cual, además del Tribunal Internacional del Mar, estableció como órganos la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y la Comisión de Límites de la Plataforma Continental. Asimismo, dentro de esas actividades jurídicas, Naciones Unidas ha auspiciado diversas convenciones sobre el derecho internacional del medio ambiente, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Convenio Marco sobre el Cambio Climático, ambos de 1992, y el Protocolo de Kyoto. El Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA) administra buena parte de esas convenciones.

Por cierto, esta información relativa a las funciones de las Naciones Unidas y a los órganos y entidades encargados de cumplirlas no es completa ni exhaustiva ni comprende aquellas funciones que tuvieron una gran importancia en las últimas décadas del siglo XX, pero que han perdido vigencia hoy día, como las relacionadas con el proceso de descolonización. Con todo, permite presentar un esquema aproximado de la estructura que actualmente tiene la Organización de las Naciones Unidas.

#### 208. *Sede*

Contrariamente a otros tratados constitutivos de una organización internacional, la Carta de las Naciones Unidas no señala la sede permanente de la Organización. A fines de 1945, una vez adoptada la Carta de Naciones Unidas, el Congreso de los Estados Unidos resolvió invitar a las Naciones Unidas a que establecieran su sede permanente en ese país, lo cual fue aceptado

durante el primer período de sesiones de la Asamblea General, que en febrero de 1946 se encontraba reunida en Londres. La Secretaría General quedó instalada provisionalmente en el Hunter College, del Distrito del Bronx, en Nueva York y posteriormente fue trasladada a Lake Success, Long Island, en Nueva York, donde también comenzaron a funcionar los otros órganos.

En diciembre de 1946, la Asamblea General aceptó una donación del magnate norteamericano John Rockefeller Jr. para adquirir unos terrenos colindantes al East River en Manhattan, Nueva York, entre las calles 42 y 48, donde con un préstamo sin intereses de los Estados Unidos se construyó el edificio de la sede permanente de la Organización de las Naciones Unidas, siguiendo el proyecto del arquitecto Wallace K. Harrison, quien contó con el asesoramiento de otros arquitectos de 10 países. La Secretaría General se instaló en ese edificio en 1951 y la Asamblea General y el Consejo de Seguridad comenzaron a celebrar sus sesiones ahí en el año 1952.

Además de la sede principal de Nueva York, Naciones Unidas tiene sede en diferentes ciudades del mundo, donde funcionan distintos órganos y organismos de ella. La más importante de estas sedes es la de Ginebra, Suiza; pero también otras sedes importantes son las que Naciones Unidas mantiene en Addis Abeba, Etiopía; Bangkok, Tailandia; Santiago, Chile, y Viena, Austria.

### *Sección V*

## LA ASAMBLEA GENERAL

### 209. *Composición*

La Asamblea General es el órgano principal deliberativo, normativo y representativo de Naciones Unidas. Es también el órgano democrático, en cuanto a que en ella están representados todos los Estados miembros, cada uno con un voto.

El párrafo 2 del artículo 9 ha agregado que ningún miembro puede tener más de 5 representantes en la Asamblea General; pero esa limitación, fuera del número de asientos que se reservan para las sesiones plenarias, no ha tenido aplicación en la práctica. De hecho, muchos Estados en los casi tres meses de

duración del período ordinario de sesiones de la Asamblea General suelen acreditar más de cinco representantes, sin que hayan sido cuestionados.

### **210. Competencia general**

El artículo 10 de la Carta confiere una competencia genérica a la Asamblea General al disponer que "Podrá discutir cualesquiera asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta", así como "podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquéllos". La única limitación a esa competencia general, de acuerdo al artículo 12, es que mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no puede hacer recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.

Aun con esa limitación, la competencia que le confiere el artículo 10 le permite a la Asamblea General poder ocuparse y discutir cualquier asunto que pueda interesar a Naciones Unidas y formular las correspondientes recomendaciones al respecto. Como lo ha recordado Jiménez de Aréchaga, ese precepto es uno de los más importantes de la Carta y "ha sido considerado como la primera de las grandes conquistas que se arrancaron a las Grandes Potencias en la Conferencia de San Francisco"<sup>1,9</sup>.

### **211. Competencia específica**

Además de esa competencia genérica, que hubiese sido suficiente por sí sola, la Carta, tanto en el Capítulo IV como en diversas otras disposiciones, le confiere a la Asamblea General numerosas funciones y poderes específicos, los más importantes de los cuales son:

a) Considerar los principios de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluso los

<sup>1</sup> Jiménez de Aréchaga, E. *Derecho Internacional Público*. Tomo V. Montevideo. 1994. Pág. 88.

principios que rigen el desarme y la regulación de los armamentos, y hacer recomendaciones al respecto;

b) Hacer recomendaciones sobre cualquier asunto dentro de los límites de la Carta que afecte a los poderes o las funciones de cualquier órgano de las Naciones Unidas, salvo del Consejo de Seguridad cuando éste se encuentre examinando una controversia o situación;

c) Llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales;

d) Promover estudios y hacer recomendaciones para fomentar la cooperación política internacional;

e) Impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Esta función la lleva a cabo la Asamblea General a través de la Comisión de Derecho Internacional;<sup>1"</sup>

f) Ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario;

g) Recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualquier situación, sea cual fuere su origen, que pueda perjudicar las relaciones amistosas entre naciones;

h) Recibir y considerar los informes del Consejo de Seguridad y los demás órganos de Naciones Unidas;

i) Examinar y aprobar el presupuesto de Naciones Unidas y fijar las cuotas de los miembros;

j) Pronunciarse, conjuntamente con el Consejo de Seguridad, sobre la admisión de nuevos miembros, la suspensión de los derechos y privilegios de éstos y su expulsión de la Organización;

k) Elegir a los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, a los del Consejo Económico y Social; a aquellos que sean electivos del Consejo de Administración Fiduciaria; y, conjuntamente con el Consejo de Seguridad, a los Jueces de la Corte Internacional de Justicia y al Secretario General.

<sup>1"</sup> Ver Capítulo Tercero. Sección II. N° 50.

## 212. *La Resolución Unión pro Paz*

Como se ha expresado, la Asamblea General puede considerar cualquier asunto, incluyendo las cuestiones relativas a la paz y seguridad internacionales, a menos que el Consejo de Seguridad esté examinando una controversia o situación. ¿Pero qué sucede si el Consejo de Seguridad no ha podido adoptar ninguna resolución por el veto de alguno de sus miembros permanentes?

Para solucionar esa verdadera parálisis que se produciría, en 1950, con ocasión del conflicto de Corea, cuando la Unión Soviética se opuso a toda resolución del Consejo de Seguridad, la Asamblea General adoptó la Resolución 377 (V), conocida como "Unión pro Paz" o "Unidos para la Paz", en la que se establecía que "si el Consejo de Seguridad por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento a la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas correctivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de las fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener la paz y seguridad internacionales".

De acuerdo con esa resolución, si la Asamblea General no se encontrase reunida, ella puede ser convocada a un período extraordinario de sesiones de emergencia por el Consejo de Seguridad o por cualesquiera de siete (hoy nueve) de sus miembros o por la mayoría de los miembros de la Asamblea General.

La Resolución 377 (V), "Unión pro Paz", ha sido utilizada en varias ocasiones cuando el Consejo de Seguridad no ha podido adoptar una resolución por el veto de un Estado permanente, como las situaciones de Corea en 1950, en la Crisis del Canal de Suez en 1956, la crisis del Líbano en 1958, la guerra civil en el Congo en 1969, la guerra del Medio Oriente en 1967, 1980 y 1982, la situación de Afganistán en 1980 y de Namibia en 1981. No obstante, algunos Estados, particularmente la antigua Unión Soviética, han dejado constancia de su oposición y cuestionamiento jurídico expresando que sólo el Consejo de Seguridad se encuentra autorizado a emplear la fuerza en las relaciones internacionales.

Después del término de la guerra fría, cuando ha sido posible lograr acuerdos en el Consejo de Seguridad para utilizar la fuerza, como aconteció a partir de 1990 con las sanciones a Irak por su invasión a Kuwait, la resolución Unión pro Paz, por lo general, no ha vuelto a ser invocada, aunque cabe lamentar que en los casos en que no se han producido acuerdos en el Consejo de Seguridad la fuerza haya sido empleada sin la autorización de órgano alguno de Naciones Unidas, como aconteció en el Kosovo en 1999, donde fue la OTAN la que utilizó la fuerza, y en Irak en 2003, cuando los Estados Unidos, el Reino Unido y otros Estados la emplearon sin autorización de órgano internacional alguno.

### **213. *Periodos de sesiones***

De acuerdo con el artículo 20 de la Carta, la Asamblea General se puede reunir en períodos ordinarios y extraordinarios de sesiones. Los períodos ordinarios de sesiones son anuales y, por lo general, comienzan el tercer martes de septiembre de cada año y usualmente se prolongan por tres meses, concluyendo generalmente pocos días antes de Navidad; pero por circunstancias especiales algunos períodos de sesiones excepcionalmente han comenzado antes o se han prolongado incluso hasta iniciado el año siguiente.

Al inicio de cada período ordinario de sesiones, la Asamblea General elige un nuevo Presidente, siguiendo una rotación entre los cinco grupos geográficos de Estados. También la Asamblea General elige 21 vicepresidentes y los presidentes de sus seis comisiones principales.

Cada período ordinario de sesiones comienza con un debate general en que los Estados miembros, representados a un alto nivel -Jefes de Estado o Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores, por lo general-, dan a conocer las opiniones de sus respectivos gobiernos sobre los principales asuntos que se debaten en la agenda internacional.

La Asamblea General puede también reunirse en períodos extraordinarios de sesiones convocados por el Secretario General a petición del Consejo de Seguridad o de la mayoría de los Estados miembros. Importantes períodos extraordinarios de sesiones de la Asamblea General se han celebrado para considerar asuntos como las cuestiones de Palestina (1947,

1948), África Sudoccidental y Namibia (1967 y 1978) o asuntos concernientes al desarrollo y cooperación económica (1974 y 1990), el desarme (1982 y 1988) y las drogas (1990). Además de esos períodos extraordinarios de sesiones, la Resolución 377 (V) agregó la celebración de períodos extraordinarios de emergencia, los que deben ser convocados a las 24 horas de recibirse una solicitud de al menos nueve Miembros del Consejo de Seguridad o la mayoría de los Miembros de la Asamblea General.

Algunos asuntos de especial importancia son debatidos directamente en sesiones plenarias, pero la mayoría de los temas se examinan en las comisiones principales de la Asamblea General. Existen seis comisiones: la Primera Comisión considera los asuntos de desarme y seguridad internacionales; la Segunda Comisión se encarga de los temas económicos y financieros; la Tercera Comisión está a cargo de los asuntos sociales y humanitarios; la Cuarta Comisión, que se encargaba antes de los temas de descolonización y de los territorios bajo administración fiduciaria, ha pasado en la actualidad a considerar ciertos temas de política especial; la Quinta Comisión se encarga de los asuntos administrativos y presupuestarios; y la Sexta Comisión, de los asuntos jurídicos.

Las resoluciones adoptadas por las comisiones, para las cuales se requiere de una mayoría simple, pasan al final del período de sesiones a la consideración del plenario de la Asamblea General. Muchas de ellas se adoptan en el plenario por aclamación, sin someterlas a votación si han contado con un amplio margen de aprobación en la respectiva comisión; pero todo Estado tiene derecho a solicitar una votación nominal o registrada, es decir, dejando constancia en la pantalla electrónica de cómo han votado los Estados.

#### **214. *Votaciones. Valor jurídico de las resoluciones***

Como se ha señalado, la Asamblea General es el órgano democrático de Naciones Unidas en el que cada Estado tiene derecho a un voto. Para determinar el quorum exigido para la aprobación de una resolución de la Asamblea General se requiere distinguir si se trata de un asunto importante o no. Los asuntos importantes requieren para su aprobación de una mayoría

de los dos tercios de los miembros presentes y votantes. Las decisiones sobre otras cuestiones que no son consideradas importantes se adoptan por la mayoría de los miembros presentes y votantes.

La Carta en el párrafo 2 del artículo 18 ha definido algunos asuntos que deben considerarse importantes, y por lo tanto, aprobarse por los dos tercios de los miembros presentes y votantes. Estas cuestiones comprenden las recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz, la elección de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, de los miembros del Consejo Económico y Social, de ciertos miembros del Consejo de Administración Fiduciaria, la admisión de nuevos miembros de Naciones Unidas, su suspensión y expulsión, así como las cuestiones relativas al funcionamiento del régimen de administración fiduciaria y las cuestiones presupuestarias. Para las otras cuestiones, se requiere la mayoría simple; pero usualmente es necesario previamente calificar si el asunto es importante o no. La determinación de esa categoría se adopta por la mayoría de los miembros presentes y votantes.

Las resoluciones adoptadas por la Asamblea General tienen un valor jurídico desigual. Algunas, como las relativas al funcionamiento interno de la Organización, esto es, las relativas a la admisión, suspensión o expulsión de un Estado miembro (arts. 4, 5 y 6) o a la aprobación del presupuesto y la determinación de la contribución que le corresponde aportar a cada Estado (art. 17), o a la creación de órganos subsidiarios (arts. 22, 29, 68) o al nombramiento del Secretario General son obligatorias y deben acatarse y cumplirse. En cambio, las resoluciones de la Asamblea General declarativas de derecho, no obstante su gran valor político o moral, carecen de efectos jurídicos vinculantes para sus destinatarios, como se estudió en el capítulo relativo a las fuentes del derecho internacional.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Ver Capítulo Tercero. Sección VI, N° 61.



*Sección VI*

## EL CONSEJO DE SEGURIDAD

**215. Responsabilidad y composición**

El Consejo de Seguridad es el órgano principal de las Naciones Unidas al cual la Carta le ha conferido "la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales" (art. 24).

El Consejo de Seguridad se compone de 15 miembros. Cinco de ellos -la República de China, Francia, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la Federación de Rusia (como sucesora de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas) y los Estados Unidos de América- son miembros permanentes. Los otros diez miembros del Consejo de Seguridad tienen la condición de no permanentes y son elegidos por la Asamblea General por un periodo de dos años, renovándose parcialmente todos los años. La elección de los miembros no permanentes se determina de acuerdo a su contribución al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y a una distribución geográfica equitativa. De hecho, existe un acuerdo para que de esos diez miembros no permanentes, tres de ellos sean de África; dos de América Latina y el Caribe; dos de Europa Occidental y otros países (con lo cual la participación de ese grupo regional aumenta a cinco miembros); dos de Asia (con lo cual son tres los miembros asiáticos); y uno de Europa del Este (lo que significa que sean dos los Estados de esa región que forman parte del Consejo de Seguridad).

La actual composición, con cinco Estados con un puesto permanente y derecho a veto, ha suscitado diversas críticas y motivado un debate sobre la conveniencia de modificar la actual composición del Consejo de Seguridad. Alemania, Brasil, Japón y la India, por ejemplo, se encuentran en campaña para lograr para cada uno de ellos un asiento permanente en el Consejo de Seguridad.

**216. Funciones y poderes**

La función principal asignada al Consejo de Seguridad, es, desde luego, la de mantener la paz y la seguridad internacionales. Para llevar a cabo esa fundamental tarea la Carta le ha conferi-

do amplios poderes en materia de seguridad colectiva, que se contienen en el Capítulo VII de la Carta, los que, en la práctica, sólo se han venido aplicando a partir de 1990 con ocasión de la invasión de Irak a Kuwait. Estos poderes -que serán estudiados en la sección siguiente- comprenden el determinar si existe una amenaza a la paz, un quebrantamiento a la paz o un acto de agresión y recomendar las medidas que puedan adoptarse para impedir o detener el quebrantamiento de la paz o la agresión.

Pero, además, la Carta le confiere al Consejo de Seguridad otras funciones y poderes más específicos, entre los que cabe señalar los siguientes:

- a) Investigar toda controversia o situación que pueda crear una fricción internacional;
- b) Recomendar métodos de ajuste de tales controversias o condiciones de arreglo;
- c) Elaborar planes para el establecimiento de un sistema de reglamentación de los armamentos;
- d) Recomendar a la Asamblea General el ingreso de nuevos miembros, así como su suspensión y expulsión;
- e) Recomendar a la Asamblea General la designación del Secretario General y, junto con la Asamblea, elegir a los jueces de la Corte Internacional de Justicia.

### 217. *Organización*

El Consejo de Seguridad es un órgano que funciona permanentemente y que está organizado para que pueda sesionar sin intermisión. Los representantes de los Estados que son Miembros del Consejo de Seguridad deben estar presentes en todo momento en la sede de Naciones Unidas, en Nueva York, de tal suerte que puedan concurrir de inmediato si el Consejo es convocado con urgencia.

El Consejo de Seguridad, excepcionalmente, puede reunirse fuera de su sede, como aconteció en 1972 en Addis Abeba; en Panamá en 1973 o en Ginebra en 1990.

Los Estados miembros del Consejo usualmente se hacen representar por su representante permanente ante Naciones Unidas. En casos de que se trate de asuntos de especial importancia,

como aconteció en 2003 durante la crisis de Irak, han concurrido en representación de sus respectivos gobiernos los Ministros de Relaciones Exteriores. Asimismo, excepcionalmente, el Consejo de Seguridad ha estado integrado por los 15 Jefes de Estado o de Gobierno que lo componen.

El Estado que no es miembro del Consejo de Seguridad puede participar sin derecho a voto en la discusión de toda cuestión llevada ante dicho Consejo cuando éste considere que los intereses de ese miembro están afectados de una manera especial. Asimismo, los miembros de Naciones Unidas que no tengan un asiento en el Consejo de Seguridad o incluso que no sean miembros de Naciones Unidas, si fuesen parte de una controversia que esté considerando el Consejo de Seguridad, serán invitados a participar sin derecho a voto en las discusiones de dicha controversia (arts. 31 y 32).

El Consejo de Seguridad es presidido, en forma rotativa, durante un mes, por cada uno de sus 15 miembros, siguiendo el orden alfabético en inglés de los Estados que lo integran.

### ***218. Régimen de votaciones***

Cada miembro del Consejo de Seguridad tiene derecho a un voto. Las decisiones sobre cuestiones de procedimiento se toman por el voto afirmativo de por lo menos nueve miembros. En lo que respecta a las decisiones "sobre todas las demás cuestiones" -lo que se suele denominar cuestiones no procesales o de fondo, aunque este último término no resulte el más apropiado- se requiere nueve votos afirmativos, pero entre éstos deben incluirse los de los cinco miembros permanentes. Es lo que comúnmente se conoce como "el derecho a veto" de las grandes potencias.

Como la aplicación estricta del párrafo 3 del artículo 27 de la Carta, que exige para las decisiones no procesales "el voto afirmativo de 9 miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes", hubiese sido excesiva, a fin de atenuar el rigor del veto, en la práctica se ha considerado que ni las ausencias ni las abstenciones de los miembros permanentes se contabilizan, es decir, la única manera que dispone un Estado con un asiento permanente para impedir una resolución es votándola en contra.

Esta interpretación, que se aparta del tenor literal de la Carta, ha sido posible porque ha contado con la aprobación de los cinco Estados permanentes. Como lo ha expresado un importante comentarista de la Carta, los cinco miembros permanentes han hecho "una especie de pacto de renuncia, por el cual convienen en que a un miembro que tiene la oportunidad de ejercer su derecho de veto, pero prefiere abstenerse de hacerlo, no se le obliga a que su abstención se compute como un voto negativo".<sup>B 10</sup>

Ahora ¿cómo se determina, cuando surgen dudas, si un asunto es de procedimiento o no?; y ¿cómo se vota esa determinación?

En primer lugar, es necesario tener presente que hay asuntos que la propia Carta ha calificado como de procedimiento al utilizar ese término en el encabezamiento de un artículo o un conjunto de artículos. Entre esos asuntos figuran la convocatoria a un periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General por el Consejo de Seguridad (art. 20); la creación de órganos subsidiarios por el Consejo de Seguridad (art. 29); la invitación a Estados que no son miembros del Consejo de Seguridad a que puedan participar en sus sesiones (arts. 31 y 32). También existe en estos más de 60 años de funcionamiento del Consejo de Seguridad una práctica más o menos uniforme para considerar cuáles asuntos son de procedimiento y en cuáles otros, por su naturaleza no procesal, es posible el ejercicio del veto por uno de los cinco Estados permanentes. Pero si se suscitasen dudas, la determinación de si el asunto es de procedimiento o no, se considera como un asunto no procesal, donde, por lo tanto, cabe el veto. Esto es lo que se conoce como el doble veto, al operar este primero en la calificación del asunto y luego en la resolución misma.

Por último, cabe señalar que en un asunto, la elección de los jueces de la Corte Interamericana de Justicia, que no está establecida en la Carta, sino en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 10, párrafos 1 y 2), no es necesaria la concurrencia de nueve votos, siendo suficientes la mayoría absoluta de los miembros del Consejo de Seguridad, es decir, ocho votos.

<sup>12</sup> E. Jiménez de Aréchaga. *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*. Madrid. 1958; y *Derecho Internacional Público*. Tomo V. Montevideo. 1995. Pág. 138.

### 219. *Obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad*

Las resoluciones del Consejo de Seguridad son obligatorias para todos los Estados miembros de Naciones Unidas, los que, como lo dispone el artículo 25 de la Carta, "convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta".

Esa disposición es única en la Carta de Naciones Unidas y sólo el Consejo de Seguridad es el único órgano cuyas resoluciones tienen ese efecto obligatorio para todos sus Estados miembros, incluso para los que siendo miembros del Consejo (no permanentes, se entiende) la votaron en contra. Es también una disposición excepcional en las organizaciones internacionales, propia tan sólo, como se estudió anteriormente, de aquellas que disponen de poderes *supranacionales*.<sup>13</sup>

Tal obligatoriedad en el cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad es respecto de todas ellas y no tan sólo en relación con las medidas coercitivas adoptadas en virtud del Capítulo VII, como lo había sostenido Sudáfrica en el caso de Namibia, lo que no fue aceptado por la Corte Internacional de Justicia. Señaló la Corte en esa oportunidad:

**Si el artículo 27 no se refiriera más que a las decisiones del Consejo de Seguridad relativas a las medidas coercitivas adoptadas en virtud de los artículos 41 y 42 de la Carta, es decir, si sólo esas decisiones tuvieran efectos obligatorios, el artículo 25 sería superfluo, ya que ese efecto se encuentra asegurado por los artículos 48 y 49 de la Carta."**

En la práctica, la gran mayoría de los Estados acata las resoluciones del Consejo de Seguridad y adopta las medidas necesarias para cumplirlas.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Ver Capítulo Noveno. Sección II. N° 186.

<sup>14</sup> ICJ Reports. 1971. Pág. 53.

<sup>15</sup> Por ejemplo, cuando el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 232 (1966), disponiendo la prohibición de una serie de actividades comerciales con el régimen de Rhodesia del Sur, Chile, primero mediante la Circular 813, de 9 de febrero de 1967, del Comité Ejecutivo del Banco Central, acordó prohibir el intercambio comercial directo o indirecto con Rhodesia del Sur y luego, mediante el Decreto 740, de 14 de junio de 1967, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en consideración a que se estimó que la Circular del Banco Central no cubría en toda su amplitud lo resuelto por el Consejo de Seguridad, dispuso dar cumplimiento íntegro a cada una de las sanciones contenidas en la Resolución 232 (1966) del Consejo de Seguridad. Ver H. Llanos Mancilla. *Terna y Práctica del Derecho Internacional Público*. Santiago, 1977. Págs. 442-446.

*Sección VII*

## LA SEGURIDAD COLECTIVA EN NACIONES UNIDAS

**220. *Acciones que puede adoptar el Consejo de Seguridad para mantener la paz y la seguridad internacionales***

El artículo 24 de la Carta, "a fin de asegurar acción rápida y eficaz", le ha conferido al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales. Para el logro de ese propósito fundamental, el Capítulo VII autoriza al Consejo de Seguridad a adoptar diversas medidas en el caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión.

El artículo 39 le concede al propio Consejo de Seguridad la facultad de determinar la existencia de toda amenaza de la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. La Carta no señaló criterios o guías para esa decisión. Se trata, por lo tanto, de una decisión política que no reviste un carácter judicial y en la que el Consejo de Seguridad dispone de un amplio margen discrecional para adoptar esa decisión. Incluso respecto de la agresión, que tan sólo pudo ser definida en 1974 mediante la Resolución 3314 (XXIN), dicha resolución vino a confirmar la amplia competencia de que dispone el Consejo de Seguridad para determinar si existe un acto de agresión.

Una vez que el Consejo de Seguridad haya efectuado esa determinación, los artículos 40, 41 y 42 atribuyen al Consejo la facultad de adoptar diversas medidas, las que debe aplicar de un modo progresivo y escalonado y que van desde la adopción de medidas provisionales o preventivas, tendientes a evitar que la situación se agrave, hasta la adopción de medidas coercitivas que pueden ser sanciones económicas o diplomáticas o, si éstas resultan inadecuadas, llegar a comprender el uso de la fuerza armada.

A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de adoptar cualquier sanción, puede instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Estas medidas provisionales no perjudican los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. En el conflicto de las Malvinas, por ejemplo,

en el cual el Consejo de Seguridad había determinado que se trataba de un quebrantamiento a la paz, la Resolución 502 (1982), sin pronunciarse sobre el fondo de la controversia que mantenían Argentina y el Reino Unido, junto con solicitar el retiro de Argentina de las Malvinas, llamó a ambas partes, aunque sin éxito, a buscar un arreglo de su controversia.

Las primeras medidas que debe adoptar el Consejo de Seguridad, conforme al artículo 41, son aquellas que no impliquen el uso de la fuerza armada. Estas medidas pueden comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas. En aplicación de esta disposición, el Consejo de Seguridad impuso un embargo comercial mediante la Resolución 232 (1966) al régimen de Rhodesia del Sur cuando una minoría blanca se independizó unilateralmente en violación al principio de autodeterminación. Asimismo, la Resolución 418 (1977) dispuso un embargo de armas con respecto a Sudáfrica por su política racista del *apartheid*, en lo que constituyó la primera sanción adoptada por el Consejo de Seguridad en contra de un Estado miembro (condición que no tenía Rhodesia).

El artículo 42 señala a continuación que si el Consejo de Seguridad estimase que las medidas de las que trata el artículo 41 resultasen inadecuadas, en ese caso, puede ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros de Naciones Unidas.

Como Naciones Unidas carece de fuerzas armadas propias, el artículo 43 de la Carta dispuso que los Estados miembros se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades que sean necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales. Para tal efecto, se contempla la celebración de un convenio o convenios especiales para fijar el número y clase de las fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general. También la Carta contempla la constitución de un Comité de Esta-

do Mayor para asesorar al Consejo de Seguridad, integrado por los Jefes de Estado Mayor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Pero ni los convenios especiales llegaron nunca a celebrarse ni el Comité de Estado Mayor jamás logró constituirse. Lo cierto es que durante la guerra fría, hasta 1990, el Consejo de Seguridad, salvo un caso de importancia restringida,<sup>16</sup> no llegó nunca a aplicar medidas coercitivas que implicasen el uso de la fuerza. Si llegó a lograr, aunque sólo en dos casos, los de Rhodesia del Sur y Sudáfrica, aplicar sanciones económicas fue en razón de que los miembros permanentes, no obstante sus diferencias, pudieron compartir un rechazo a la política racista de esos regímenes.

### ***221. ¿a aplicación de medidas coercitivas por el Consejo de Seguridad durante la posguerra fría***

Las condiciones creadas por la situación prevaleciente después de la guerra fría restablecieron la importancia de las disposiciones sobre seguridad colectiva que se encontraban en la Carta de San Francisco, pero que durante muchos años habían sido letra muerta.

El detonante que hizo posible por vez primera la actualización de las normas de la Carta en materia de aplicación de medidas coercitivas fue la agresión de Irak a Kuwait en 1990 y el generalizado rechazo que ella produjo.

El Consejo de Seguridad adoptó el 2 de agosto de 1990 -el mismo día que se produjo la invasión- la Resolución 660 (1990) en la que se reconoció la existencia de un quebrantamiento a la paz; luego, cuatro días más tarde, la Resolución 661 (1990) ordenó el retiro de las tropas de Irak. Al no retirarse Irak y pretender anexionar a Kuwait, la Resolución 662 (1990), de 9 de agosto, negó todo efecto jurídico a esa anexión e identificó a Irak como agresor. Más tarde, sobre la base del artículo 41 de la Carta, se adoptaron sanciones económicas en contra de Irak y el

<sup>16</sup> La Resolución 221 (1966) del Consejo de Seguridad autorizó el uso limitado de la fuerza en apoyo al embargo de petróleo en contra de Rhodesia del Sur.



bloqueo marítimo y aéreo a su territorio (Resoluciones 663 y 670 de 1990), hasta que el 29 de noviembre de 1990 el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 678 (1990), en la que se autoriza a los Estados miembros a utilizar "todos los medios necesarios" para "restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región", si Irak no se retiraba de Kuwait antes del 15 de enero de 1991. Como Irak no acató esa resolución, la Resolución 678 (1990) fue aplicada por la fuerza multinacional dispuesta por la referida resolución, aunque no bajo el control y la autoridad del Consejo de Seguridad. Derrotado militarmente Irak, la Resolución 687 (1991) estableció las condiciones de la cesación del fuego, exigió que Irak y Kuwait respetaran la inviolabilidad de sus fronteras, tomó medidas sobre la indemnización de los daños causados por la guerra y decidió la eliminación de las armas de destrucción masiva de Irak.

Las resoluciones sobre Irak sentaron un precedente de gran importancia en materia de seguridad colectiva y abrieron una puerta para que en el futuro, bajo la fórmula de autorizar emplear "todos los medios necesarios" para restablecer la paz y la seguridad internacionales, u otra similar, mediante una interpretación progresiva de las normas del Capítulo VII de la Carta, se extendiera una autorización para que un Estado o grupo de Estados pudieran emplear la fuerza armada en contra de un Estado.

En 1992, con ocasión de la guerra civil en la antigua Yugoslavia, la Resolución 770 (1992) del Consejo de Seguridad instó "a los Estados miembros a que tomen todas las medidas necesarias para facilitar, en coordinación con Naciones Unidas, el suministro de la ayuda por las organizaciones humanitarias a Sarajevo y todas las demás zonas de Bosnia-Herzegovina que sea necesaria".

En Rwanda, el Consejo de Seguridad en 1994 en consideración al grave enfrentamiento de las fuerzas armadas de ese país y el Frente Patriótico de Rwanda y las luchas tribales entre los hutus y los tutsis que habían causado un verdadero genocidio y dado origen a graves atrocidades en materia de derechos humanos, adoptó la Resolución 929 (1994), en la que el Consejo de Seguridad, ejerciendo los poderes que le confiere el Capítulo VII, autorizó a los Estados miembros a "utilizar todos los medios

necesarios" para lograr que se cumplieran los objetivos humanitarios en esa situación.

En Haití, donde el Presidente democráticamente electo fue depuesto en septiembre de 1991 por un golpe de Estado, el Consejo de Seguridad, después de infructuosos esfuerzos tanto de la OEA como de Naciones Unidas, mediante la Resolución 940 (1994) autorizó a los Estados miembros a "integrar una fuerza bajo mando y control unificados y dentro de ese marco recurrir a todos los medios necesarios para facilitar la partida de Haití de los dirigentes militares, el regreso del Presidente legítimamente electo y el restablecimiento de las autoridades legítimas del gobierno de Haití".

En las resoluciones citadas aparece como fundamento legal de las acciones adoptadas tan sólo una referencia genérica al Capítulo VII de la Carta, sin mencionar un determinado artículo de ella, aunque la autorización para "recurrir a todos los medios necesarios" se ha entendido que comprendía el uso de la fuerza, con lo cual esas acciones pueden considerarse una reinterpretación del artículo 42, a pesar de que en ninguno de esos casos hubo un convenio especial o un asesoramiento del Comité de Estado Mayor previsto en la Carta.

En alguna de esas situaciones el Consejo de Seguridad dispuso el establecimiento de una fuerza multinacional, pero en los hechos ésta estuvo formada, al menos en los casos de Rwanda y Haití, por contingente militar preponderante de un solo Estado -Francia en el caso de Rwanda y Estados Unidos en Haití-, situación que originó diversos problemas y ha dado lugar a que varios Estados e incluso el propio Secretario General hayan manifestado que en el futuro esa fuerza efectivamente deba tener un carácter multinacional.

En Rwanda si bien la intervención armada dirigida por Francia ("Operación Turquoise") tuvo algunos logros, como haber contribuido a la formación de un gobierno de unidad nacional, el retiro de gran parte de su contingente y la tardanza en enviar otras tropas fueron una de las causas de que, ante la pasividad de Naciones Unidas, se produjera el mayor genocidio de la segunda mitad del siglo XX, donde cerca de un millón de personas, principalmente tutsis, fueron masacrados por milicias dominadas por los hutus.

En el caso de Haití, la misión Cárter, enviada por el Presidente Clinton sobre la base de la Resolución 940 (1994), llegó a un acuerdo con las autoridades *defacto*, cuyos términos no fueron consultados ni con el Consejo de Seguridad ni con el representante especial del Secretario General de Naciones Unidas y del Secretario General de la OEA, ni con el gobierno legítimo de Haití, lo cual ciertamente vino a afectar el carácter multinacional de la fuerza dispuesta por el Consejo de Seguridad.<sup>17</sup>

En otras acciones emprendidas por el Consejo de Seguridad después de 1991, como las ocurridas en territorios que habían sido de Yugoslavia, en Somalia, Liberia y Sudán, el Consejo de Seguridad, en uso de las atribuciones que le confiere el Capítulo VII, ha declarado que tales acciones constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales y ha adoptado diversas otras medidas, algunas sin un carácter militar, que pueden caer dentro del artículo 41, y otras claramente de carácter coercitivo que van más allá de lo dispuesto en ese artículo, aunque sin llegar a utilizar el uso de la fuerza. Estas medidas *inter alia* han comprendido un llamado al cese del fuego; un completo y general embargo en las entregas de armamento y equipos militares; diversas medidas dentro del ámbito financiero; prohibición de vuelos; el establecimiento de misiones de expertos para examinar informaciones sobre violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, incluyendo posibles actos de genocidio; y la constitución de tribunales internacionales para identificar a los responsables de esas violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.<sup>18</sup>

Desde la agresión de Irak a Kuwait el Consejo de Seguridad ha utilizado las atribuciones que le confiere el Capítulo VII en numerosas oportunidades para aplicar sanciones, lo cual contrasta con la realidad vivida bajo la guerra fría, en la que el Consejo de

<sup>17</sup> E. Vargas Carreño. "Humanitarian intervention", en *International IMW OH the Eve of the XXI Century. Views from the International Law Commission*. New York. 1997. Págs. 358-363.

<sup>18</sup> Ver, por ejemplo, las Resoluciones del Consejo de Seguridad 713 (1991), 733 (1992); 752 (1992); 760 (1992); 780 (1993); 804 (1993); 836 (1993); 935 (1994); 1070 (1996), y 1101 (1997).

Seguridad durante los primeros 45 años de Naciones Unidas sólo impuso sanciones en dos ocasiones.<sup>19</sup>

Posiblemente, a la luz de lo que expresaron en el debate los distintos representantes, el Consejo de Seguridad hubiese adoptado en 2003 respecto de Irak una resolución similar a la que adoptó en 1990 en contra de ese Estado, si el OIEA y el UXMOYIC hubiesen informado, como se lo solicitó el propio Consejo de Seguridad, sobre la existencia de armas de destrucción masiva en ese Estado, lo cual hubiese constituido una amenaza a la paz y una violación a la Resolución 687 (1991); pero no se esperó el resultado de la investigación de esos organismos y los Estados Unidos, el Reino Unido y otros Estados, sin autorización del Consejo de Seguridad, decidieron por su cuenta invadir militarmente a Irak. Con posterioridad, se determinó que en Irak no había armas de destrucción masiva. En diversas otras partes de este texto se ha hecho referencia a la gravedad que revistió ese uso de la fuerza sin la autorización del Consejo de Seguridad.

## ***222. Las operaciones de paz***

Las operaciones de paz, uno de los mayores logros de Naciones Unidas en lo que concierne a la paz y la seguridad internacionales, no fueron establecidas por la Carta de San Francisco, sino creadas con posterioridad a ella.

Estas operaciones pueden definirse como un conjunto de acciones pacificadoras, realizadas por fuerzas multinacionales, bajo el mando de Naciones Unidas, con el propósito de mantener, establecer o imponer la paz, procurando vigilar y, de ser posible, resolver conflictos entre dos o más Estados o conflictos internos al interior de un Estado.

La primera operación de paz de Naciones Unidas tuvo lugar en 1948 para controlar el alto del fuego entre algunos países árabes y el recién creado Estado de Israel. Al año siguiente, con el fin de vigilar el alto del fuego en Cachemira y el conflicto en esa región entre India y Pakistán se formó un grupo de

<sup>19</sup> Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. Docto. de Naciones Unidas A/59 565 de 2 de diciembre de 2001, Pág. 35.



observadores militares al mando de Naciones Unidas; pero fue el conflicto del Canal de Suez en 1956, surgido por la intervención de Francia y del Reino Unido contra Egipto por la nacionalización de dicho Canal, en que se creó propiamente una operación de paz con una fuerza armada bajo el control de Naciones Unidas, estableciéndose en esa oportunidad, con el consentimiento de todos los Estados afectados, la Fuerza de Emergencia de Naciones Unidas (UNEF) para garantizar y supervisar la cesación de hostilidades.

Desde que se llevó a cabo la primera operación de paz en 1948 hasta 2006, Naciones Unidas ha puesto en marcha 60 operaciones de paz -cinco de ellas en América Latina, en El Salvador, Guatemala, Haití en varias oportunidades, Nicaragua y República Dominicana-, habiendo más de 120 países aportado contingentes a estas operaciones, en las que han participado más de 90.000 soldados, observadores, expertos, policías y personal civil con un costo superior a los 41 billones de dólares y, en vidas humanas, cerca de 2.000 muertos en actos al servicio de Naciones Unidas.

Las operaciones de paz, aunque tienen su origen en una resolución del Consejo de Seguridad, son independientes de las sanciones que suponen el uso de la fuerza armada acordadas por éste en virtud del Capítulo VII. No obstante, unas y otras pueden desarrollarse paralelamente, como aconteció respecto de la ex Yugoslavia, Rwanda, Haití y Somalia.

Las operaciones de paz, comúnmente denominadas como "cascos azules o boinas azules", no se basan en el principio de enviar fuerzas para que intervengan para poner término a un conflicto o para aplicar sanciones, como ocurre con las medidas adoptadas dentro del Capítulo VII de la Carta. Su fundamento se encuentra en la presencia imparcial de los efectivos de fuerzas de paz en una región donde tiene lugar un conflicto y en el que se procura que gracias a su asistencia pueda lograrse una solución pacífica y satisfactoria de la controversia o situación.

La solicitud para que pueda constituirse una operación de paz puede tener su origen en la petición que formula un Estado o un grupo de Estados, el Secretario General o el propio Consejo de Seguridad. En todo caso es este último el que toma la decisión de establecer la misma. Para que una operación de paz pue-

da llevarse a cabo se requiere que el Consejo de Seguridad la apruebe (se considera un asunto no procesal, por lo que cabe el veto); el consentimiento explícito del país o los países afectados, y que existan Estados miembros dispuestos a poner a disposición de Naciones Unidas tropas, fondos y los equipos que sean necesarios. También se requiere que el Consejo de Seguridad al autorizar una operación de paz apruebe su financiamiento.

Uno de los problemas más arduos que han afrontado las operaciones de paz y que en el pasado dieron origen a serias dificultades entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad es precisamente el de su financiamiento. Estas operaciones son financiadas dentro del presupuesto ordinario de la Organización, aunque ellas también pueden recibir contribuciones voluntarias de los Estados que estén dispuestos a efectuar esas aportaciones. Los Estados que envían tropas deben mantenerles sus sueldos y prestaciones, pero, a la vez, Naciones Unidas sufraga parte de su estadía.

Las fuerzas de paz dependen del Secretario General de la Organización y, en definitiva, del Consejo de Seguridad, aunque los efectivos que constituyen la fuerza están bajo el mando de un comandante en jefe, un militar de profesión de uno de los Estados que integran la fuerza de paz, el cual es nombrado por el Secretario General. Mientras se desarrolla una operación de paz, el contingente militar está bajo el mando de Naciones Unidas y no bajo la autoridad del país que aporta las tropas.

La importancia que han adquirido estas operaciones de paz ha llevado a la creación, dentro de la Secretaría General, del Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, a cargo de un Secretario General Adjunto.

Los principales objetivos que se cumplen en una operación de paz son los de vigilar el cese del fuego, la retirada de las tropas y el cumplimiento de los acuerdos alcanzados por los Estados o por las facciones en pugna; patrullar zonas desmilitarizadas; prestar servicios médicos de emergencia; desarmar las facciones en pugna; limpiar los campos minados; controlar las zonas de seguridad fijadas en las operaciones de paz y controlar los movimientos de armas y al personal armado en las zonas de conflicto.

Inicialmente estas operaciones estaban limitadas al mantenimiento de la paz (*peace-keeping*), pero en la práctica han ido

evolucionando, en la medida que los conflictos se han ido agravando, a operaciones de establecimiento de la paz (*peace-making*) o de imposición de la paz (*peace-enforcing*).

En el período de la poguerra fría, donde muchas de las confrontaciones se han debido más que a conflictos interestatales a guerras o situaciones internas que han causado estragos devastadores en las poblaciones y amenazado la estabilidad internacional, las operaciones de paz han tenido una participación multidisciplinaria, no sólo de personal militar, sino también de personal civil, que ha permitido consolidar la paz en todos los niveles. En estas operaciones se ha ayudado a los refugiados a regresar a sus hogares, se ha vigilado el respeto de los derechos humanos, se han supervigilado procesos electorales, se han apoyado las tareas de reconstrucción y desarrollo económico, se han reconstruido hospitales y escuelas y se ha capacitado a personal local como policías o como funcionarios para que cumplan tareas de orden judicial, de protección de los derechos humanos o del funcionamiento del sistema electoral.

A fines de 2006 existían en todo el mundo 16 operaciones de paz, algunas de larga data, como el grupo de observadores militares en Cachemira para vigilar el conflicto entre India y Pakistán. Las más recientes han sido las establecidas en Liberia, Costa de Marfil, Burundi, Sudán y nuevamente Haití, que es la única actualmente existente en América Latina.

### ***223. El mantenimiento de la paz y seguridad internacionales por las organizaciones regionales***

Sin perjuicio de estudiar en el capítulo siguiente la seguridad colectiva en el sistema interamericano,<sup>2(1)</sup> a continuación se expondrán las normas contenidas en el Capítulo VIII de la Carta, el que versa sobre "Acuerdos Regionales".

Tales normas no se encontraban en el proyecto elaborado en Dunbarton Oaks y fueron incorporadas a la Carta en San Francisco a iniciativa de los países latinoamericanos, los cuales aspiraban a preservar el sistema regional que habían establecido entre ellos desde fines del siglo XIX en conjunto con Esta-

Ver Capítulo XI, Sección V.

dos Unidos. Sin embargo, como se ha expresado con anterioridad, esos esfuerzos no llegaron a afectar el papel preponderante que en materia de seguridad colectiva la Carta atribuyó al Consejo de Seguridad. El mayor logro de la iniciativa latinoamericana se obtuvo no en este capítulo, sino en el artículo 51 del anterior, en el que se reconoce que la legítima defensa puede ser también colectiva, es decir, si existe un previo acuerdo colectivo, podría usarse la fuerza en respuesta a un ataque armado, como legítima defensa, sin que sea necesaria la autorización del Consejo de Seguridad. Con todo, el Capítulo VIII no significó el otorgamiento de una mayor autonomía o la concesión de poderes especiales a las organizaciones regionales, las que, en lo sustancial, quedaron subordinadas al Consejo de Seguridad en materia de seguridad colectiva.

El artículo 52 de la Carta comienza reconociendo la existencia de los acuerdos u organismos regionales, al prescribir en su párrafo 1:

**Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de Naciones Unidas.**

De hecho, desde la fundación de Naciones Unidas se han establecido numerosas organizaciones regionales y subregionales, algunas de las cuales han realizado importantes contribuciones al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y han actuado ante amenazas o quebrantamientos a la paz en coordinación o estrecha cooperación con Naciones Unidas.

En las disposiciones siguientes se atribuyen a las organizaciones regionales algunas facultades en materia de solución de controversias —que serán estudiadas posteriormente— e incluso se señala que el Consejo de Seguridad puede utilizar los acuerdos o los organismos regionales para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad, lo que, hasta ahora, no ha acontecido; pero se deja claramente establecido que los organismos regionales no pueden imponer medidas coercitivas sin autorización del Consejo de Seguridad (artículo 53) y que deben permanentemente mantener informado a dicho Consejo sobre las actividades emprendidas o



proyectadas en materia de seguridad internacional por esos acuerdos y organismos regionales (artículo 54), lo cual confirma la subordinación en que tales acuerdos u organismos se encuentran con respecto al Consejo de Seguridad.

#### **224. Las medidas coercitivas adoptadas por las organizaciones regionales**

La obligatoriedad de contar con la autorización del Consejo de Seguridad para que los organismos regionales puedan imponer medidas coercitivas ha dado lugar a controversias, especialmente en cuanto al alcance que tiene el concepto de medidas coercitivas (*"enforcement action"* en la versión en inglés de la Carta) ¿Qué se entiende por éstas? ¿Comprenden también las sanciones diplomáticas y económicas del artículo 41 de la Carta? o ¿se refieren tan sólo a aquellas que importan el uso de la fuerza armada, es decir, a las del artículo 42?

Una interpretación literal de la Carta parecería incluir a ambas, tanto a las diplomáticas y económicas como a las que implican el uso de la fuerza armada. En efecto, cuando los artículos 5 y 50 mencionan a las acciones o medidas "preventivas o coercitivas" por el Consejo de Seguridad contra un Estado, la interpretación que cabe inferir es de que las preventivas son aquellas que se contienen en el artículo 40, por lo que las coercitivas tendrían que ser necesariamente las de los artículos 41 y 42 de la Carta.

El asunto fue discutido por vez primera dentro de la OEA cuando la Sexta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en 1960 aplicó sanciones diplomáticas y económicas a la República Dominicana, a raíz de una serie de actos de agresión de ese Estado en contra de Venezuela, que culminaron con el atentado por parte del régimen del general Rafael Leónidas Trujillo en contra del Presidente Rómulo **Betancourt** de Venezuela. La República Dominicana sostuvo en esa oportunidad que la aplicación de esas sanciones constituía una medida coercitiva que requería la autorización del Consejo de Seguridad; pero esos argumentos no lograron convencer a los Ministros de Relaciones Exteriores de las Américas, que aplicaron por vez primera al régimen dominicano sanciones como la ruptura de relaciones diplomáticas y la interrupción parcial de relaciones económicas.

En 1962 la Octava Reunión de Consulta de Ministros de **Relaciones Exteriores**, reunida en Punta del Este y convocada a petición **de** Colombia, junto con disponer la exclusión del Gobierno de Cuba de participar en el sistema interamericano, acordó suspender el comercio y tráfico de armas e implementos de guerra de los Estados americanos con Cuba. Frente a esa situación, el representante permanente de Cuba en Naciones Unidas se dirigió al Presidente del Consejo de Seguridad para solicitarle la convocatoria de una reunión del Consejo con el propósito de que éste solicitara una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las siguientes cuestiones:

1. Si la OEA tiene, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, el derecho de aplicar medidas coercitivas previstas en el artículo 53 de dicha Carta, sin autorización del Consejo de Seguridad.
2. Si bajo los términos de "medidas coercitivas" mencionados en el artículo 53 de la Carta de las Naciones Unidas pueden considerarse implicadas las medidas previstas en el artículo 41 de dicha Carta.

La solicitud de Cuba no logró ser aprobada al disponer de cuatro votos a favor y contar con siete abstenciones.<sup>21</sup> Dos años después, en julio de 1964, la Novena Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados americanos, reunida en Washington a solicitud de Venezuela, amplió las sanciones diplomáticas y económicas en contra de Cuba que habían sido acordadas en 1962. En la correspondiente resolución se acordó que los gobiernos americanos no mantuvieran relaciones diplomáticas y consulares con Cuba y que deberían interrumpir todo su intercambio comercial, directo e indirecto, con ese Estado, con la excepción de los alimentos, medicinas y equipos médicos que por razones humanitarias pudiesen ser enviados a Cuba.

De hecho sólo cuatro Estados americanos al momento de la adopción de esa resolución mantenían relaciones diplomáticas con Cuba, ya que la gran mayoría de los otros las habían suspendido unilateralmente con anterioridad. De esos cuatro Estados, tres acataron la resolución de la Reunión de Consulta de

<sup>21</sup> *El Sistema Interamericano*. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. Madrid. 1966. Pág. 250.

la OEA y procedieron a interrumpir sus relaciones diplomáticas, consulares y económicas con Cuba.

Tan sólo México se negó a cumplirlas, aduciendo precisamente que se trataban de medidas coercitivas, las que conforme al artículo 53 de la Carta requerían ser autorizadas por el Consejo de Seguridad y que en todo caso entre las disposiciones del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca que habían servido de fundamento a la imposición de esas sanciones y la de la Carta de las Naciones Unidas, conforme a su artículo 103, prevalecían estas últimas. A comienzos de la década de los años setenta Bolivia, Chile y Perú restablecieron relaciones diplomáticas, consulares y comerciales con Cuba sin que ninguno de ellos solicitara formalmente una autorización del órgano de consulta de la OEA. En 1975, una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores acordó dejar en libertad de acción a los Estados americanos para que normalicen sus relaciones con Cuba o conduzcan sus relaciones en la forma que estimen conveniente. Con posterioridad, la mayoría de los Estados latinoamericanos han procedido a reestablecer sus relaciones diplomáticas con Cuba.

De lo que no cabe duda alguna, desde un punto de vista jurídico, es que las organizaciones regionales carecen de competencia para usar o disponer de la fuerza armada sin la autorización del Consejo de Seguridad. En los pocos casos en que éstos han recurrido a la fuerza han provocado serios problemas en cuanto a la legitimidad de tal uso de la fuerza.

En el sistema interamericano ha ocurrido en una sola ocasión. En 1965 en la República Dominicana, cuando a partir del 24 de abril de ese año comenzó una verdadera guerra civil entre un movimiento revolucionario y el gobierno existente. En esas circunstancias, después de infructuosos esfuerzos del Consejo de la OEA, de la Comisión Interamericana de Paz y del Secretario General de la OEA para poner término a esa situación, la Décima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores decidió el 6 de mayo de 1965 solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que desearan y estuvieran en condiciones de hacerlo que, dentro de sus posibilidades, suministraran a la OEA contingentes terrestres, navales, aéreos o de policía, a fin de formar con ellos una fuerza

interamericana que funcionara bajo la autoridad de la Décima Reunión de Consulta. Posteriormente, la misma Reunión solicitó al Gobierno de Brasil que designara al Comandante, y al Gobierno de Estados Unidos al Subcomandante de esa llamada Fuerza Interamericana de Paz, la que permaneció en territorio dominicano hasta que se realizaron elecciones generales y el nuevo gobierno solicitó su retiro. Dicha intervención armada, que fue rechazada por no pocos Estados de la OEA, provocó una verdadera crisis dentro de esa organización, la cual tardó varios años en recuperarse.

En 1999, ante la falta de acuerdo en el Consejo de Seguridad, la OTAN (que estrictamente no es una organización regional, pero tiene las características de tal) intervino mediante fuerzas armadas en el Kosovo para mantener la paz en esa región. El propio Secretario General de la Organización, Kofi Annan, expresó su preocupación por "esa acción sin un consenso internacional ni una clara autoridad legal"/<sup>22</sup>

Aunque la adopción de estas medidas coercitivas por organizaciones regionales sin autorización del Consejo de Seguridad han sido excepcionales, ellas no dejan de ser preocupantes, especialmente cuando se están realizando esfuerzos para establecer en el futuro un sistema de seguridad colectiva más efectivo. De ahí que el grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio nombrado por el Secretario General, después de destacar la importancia que la acción regional se desarrolle en el marco de la Carta de Naciones Unidas, advierte que "en todos los casos habría que recabar autorización del Consejo de Seguridad para las operaciones regionales de paz, reconociendo que en algunas situaciones urgentes tal vez haya que hacerlo una vez comenzadas las operaciones"/<sup>21</sup>

<sup>22</sup> Kofi Annan. "Two concepts of sovereignty". *The Economist*. London, 18 September 1999. Ver también Secretary General Annual Report to the General Assembly. Doc. SG/SM199. September 20, 1999.

<sup>21</sup> Docto, de Naciones Unidas A/59 "i»5 de 2 de diciembre de 2004. Pág. 80.

*Sección VIH*LA COOPERACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL, EL CONSEJO  
ECONÓMICO Y SOCIAL Y LOS ORGANISMOS  
ESPECIALIZADOS**225. *La cooperación económica y social***

El artículo 55 de la Carta establece que con el propósito de crear condiciones de estabilidad y bienestar para las relaciones pacíficas y amistosas en las naciones, la Organización deberá promover la cooperación económica y social con el fin de lograr niveles más elevados para todos, trabajo permanente para todos, condiciones de progreso y desarrollo económico y social así como la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario y de otros problemas conexos y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo.

Otro objetivo que establece el artículo 55 es promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos. Por la especial importancia que esta materia reviste en el actual derecho internacional, la protección internacional de los derechos humanos será estudiada en un capítulo especial.<sup>24</sup>

La cooperación económica y social es uno de los objetivos fundamentales de Naciones Unidas y, ciertamente, al que dedica una buena parte de sus recursos. La labor de Naciones Unidas en este campo ha influido de manera considerable en la configuración de muchas de las transformaciones económicas y sociales que se han producido en el mundo en los últimos 60 años. Naciones Unidas ha establecido prioridades y metas en lo que concierne a la cooperación internacional económica y social como un medio para ayudar a los países en sus esfuerzos por lograr un mayor desarrollo y disminuir su pobreza.

Las Naciones Unidas promueven sus objetivos económicos y sociales de muchas maneras y por medio de diversos órganos y organismos. Dentro de éstos cabe señalar las tareas que reali-

Ver Capítulo Decimotercero.

zan sus diversos programas; las funciones que cumple el Consejo Económico y Social; y la labor que desarrollan los diversos organismos especializados.

Dentro de los programas, cabe especialmente referirse al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), encargado de promover el desarrollo en los países en vías de desarrollo y uno de cuyos objetivos principales es contribuir a reducir en todo el mundo los niveles de pobreza. El PNUD proporciona fondos y asesoramiento que permitan la realización de políticas adecuadas a fin de crear la capacidad institucional para generar un crecimiento económico equitativo. El PNUD es la entidad más extendida dentro del sistema de Naciones Unidas con programas en casi 180 países.

## ***226. El Consejo Económico y Social. Funciones y composición***

El Consejo Económico y Social (ECOSOC) es el principal órgano coordinador de la labor económica y social de Naciones Unidas. El Consejo, después de dos reformas a la Carta que aumentaron su composición, en la actualidad está integrado por 54 miembros elegidos por la Asamblea General con mandatos de tres años. El ECOSOC se renueva anualmente, eligiendo cada vez 18 miembros. Cada miembro tiene un voto y sus decisiones se toman por mayoría simple.

Dentro de las funciones y poderes del ECOSOC, cabe especialmente mencionar las siguientes:

- a) Iniciar estudios, informes y recomendaciones sobre asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y otros asuntos conexos;
- b) Servir de foro central para el examen de los problemas económicos y sociales y la elaboración de recomendaciones de políticas dirigidas a los Estados miembros, a los organismos especializados y otras entidades del sistema de Naciones Unidas;
- c) Promover el respeto y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos;
- d) Prestar su asistencia para la preparación y organización de grandes conferencias internacionales sobre temas económicos, sociales, humanitarios y conexos, así como promover el seguimiento coordinado de esas conferencias;

e) Coordinar las actividades de los organismos especializados mediante consultas y recomendaciones directas, así como a través de recomendaciones a la Asamblea General;

f) Celebrar consultas con las organizaciones no gubernamentales que se interesen en los asuntos de la competencia del Consejo, así como coordinar la labor de éstas con Naciones Unidas;

### **227. Organización del ECOSOC**

El Consejo Económico y Social celebra cada año varios periodos cortos de sesiones en los que se ocupa de la organización de su trabajo y un período de sesiones sustantivo de cuatro semanas de duración en julio, alternando entre Ginebra y Nueva York. Este período de sesiones incluye una serie de reuniones de alto nivel, a las que suelen asistir Ministros de Estado y otros altos funcionarios que examinan cuestiones económicas, sociales y humanitarias importantes.

El Consejo Económico y Social puede invitar a cualquier miembro de las Naciones Unidas a participar, sin derecho a voto, en sus deliberaciones sobre cualquier asunto de particular interés para dicho miembro. Igualmente puede hacer arreglos para que representantes de los organismos especializados participen, sin derecho a voto, en sus deliberaciones y en las de las comisiones que establezca.

El ECOSOC lleva a cabo parte importante de sus funciones por medio de las comisiones que dependen de dicho Consejo, las que constituyen órganos subsidiarios del ECOSOC. Estas comisiones pueden ser orgánicas o regionales.

Existen nueve comisiones orgánicas, a las que les corresponde examinar y hacer recomendaciones en sus respectivas esferas de responsabilidad. Ellas son: la Comisión de Estadística, la Comisión de Población y Desarrollo; la Comisión de Desarrollo Social; la Comisión de Derechos Humanos; la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer; la Comisión de Estupefacientes; la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal; la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo; y la Comisión sobre Desarrollo Sostenido.

Las cinco comisiones regionales del ECOSOC son la Comisión Económica para África (con sede en Addis Abeba, Etiopía);

la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (Bangkok, Tailandia); la Comisión Económica para Europa (Ginebra, Suiza); la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Santiago, Chile) y la Comisión Económica y Social para Asia Occidental (Beirut, Líbano).

El Consejo también colabora en la coordinación de programas de Naciones Unidas, como el PNUD, el PNUMA y el UNICEF y con los organismos especializados de Naciones Unidas.

## 228. *Los organismos especializados*

Sobre la base del artículo 57, párrafo 1, de la Carta, los organismos especializados de Naciones Unidas pueden definirse como organizaciones intergubernamentales con amplias atribuciones en los campos económico, social, cultural, educativo, sanitario y otros conexos vinculados a Naciones Unidas por lazos de coordinación y subordinación.

*j*

El origen de estos organismos especializados es necesariamente un tratado, lo que los diferencia de otros órganos creados por una resolución de un órgano principal. Participan en ellos los gobiernos, aunque no sean miembros de Naciones Unidas. La Santa Sede es, por ejemplo, en la actualidad miembro de varios organismos especializados, pero no de Naciones Unidas. La competencia de estos organismos es amplia y puede extenderse a cualquier asunto de interés común.

Estos organismos especializados gozan de amplia autonomía respecto de Naciones Unidas para su constitución y organización; para la elección de su sede y, como se expresó, para la participación de los miembros, los que no necesariamente deben ser miembros de Naciones Unidas. Sin embargo, estos organismos se encuentran subordinados a la Asamblea General para su aprobación y control de sus actividades. Actualmente los organismos especializados de Naciones Unidas son los siguientes:

### a) **Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

La Organización Internacional del Trabajo es un organismo especializado que se esfuerza por promover la justicia social y los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente. La OIT, creada en 1919, pasó a ser en 1946 el



primer organismo especializado de Naciones Unidas. Tiene su sede en Ginebra.

**b) Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).**

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación es el principal organismo encargado del desarrollo rural. La FAO se esfuerza por aliviar la pobreza y el hambre mediante la promoción del desarrollo agrícola, una mejor nutrición y la seguridad alimentaria. La FAO fue fundada en 1945. Tiene su sede en Roma.

**c) Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).**

La UNESCO se creó en 1946 para forjar una paz mundial duradera basada en la solidaridad intelectual y moral de toda la humanidad. Sus esferas de trabajo son la educación, las ciencias naturales, las ciencias sociales y humanas, la cultura y la comunicación. Su sede se encuentra en París.

**d) Organización Mundial de la Salud (OMS).**

La Organización Mundial de la Salud, establecida en 1948, promueve la cooperación técnica en materia de salud entre las naciones, aplica programas para combatir y erradicar enfermedades y procura mejorar la calidad de la vida. Su objetivo es lograr para todos el nivel de salud más alto posible. Tiene su sede en Ginebra.

**e) Grupo del Banco Mundial.**

El Banco Mundial es un grupo formado por cinco instituciones: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (establecido en 1944, en Bretton Woods); la Corporación Financiera Internacional (1956); la Asociación Internacional de Fomento (1960); el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (1966) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (1988). El objetivo común de todas esas instituciones es el fortalecimiento de las economías de los países, mejorando el nivel de vida de las gentes mediante la promoción del crecimiento económico y el desarrollo. Todas las sedes de esas instituciones que forman el Grupo del Banco Mundial se encuentran en Washington.

**f) Fondo Monetario Internacional (FMI).**

El Fondo Monetario Internacional fue establecido en la Conferencia de Bretton Woods en 1944. El Fondo tiene como funciones principales facilitar la cooperación monetaria internacional; promover la estabilidad de los tipos de cambio y regímenes de cambio; ayudar al establecimiento de un sistema multilateral de pagos y a la eliminación de las restricciones cambiarias; y asistir a sus miembros proporcionándoles temporalmente recursos financieros para que corrijan desajustes de sus balanzas de pagos. Al igual que el Banco Mundial, su sede está en Washington.

**g) Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).**

La Organización de Aviación Civil Internacional, creada en 1944, establece las normas y regulaciones internacionales necesarias para garantizar la seguridad, eficiencia y regularidad del transporte aéreo y sirve de vehículo para la cooperación en todas las esferas de la aviación civil entre sus Estados partes. Tiene su sede en Montreal.

**h) Organización Marítima Internacional (OMI).**

La Organización Marítima Internacional, que empezó a funcionar en 1959, se ocupa del mejoramiento de la seguridad del transporte marítimo dedicado al comercio internacional y a la prevención de la contaminación de los mares causada por los buques. Su sede se encuentra en Londres.

**i) Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).**

La Unión Internacional de Telecomunicaciones es una organización internacional en la que los gobiernos y el sector privado coordinan las redes y los servicios mundiales de telecomunicaciones. Fundada en París en 1865 con el nombre de Telegráfica Internacional, la UIT adoptó su actual nombre en 1934 y pasó a ser organismo especializado de las Naciones Unidas en 1947. Su sede se halla en Ginebra.

**j) Unión Postal Universal (UPU).**

La Unión Postal Universal es el organismo especializado que rige los servicios postales internacionales. Se estableció en 1874 en virtud del Tratado de Berna y pasó a ser organismo especializado de Naciones Unidas en 1948. La UPU desempeña una fun-

ción fundamental en la promoción de la revitalización continua de los servicios postales. Su sede está en Berna.

**k) Organización Meteorológica Mundial (OMM).**

La Organización Meteorológica Mundial, que pasó a ser organismo especializado de las Naciones Unidas en 1951, proporciona información científica autorizada sobre el medio atmosférico, los recursos de agua dulce del planeta y cuestiones relacionadas con el clima. La OMM desarrolla servicios de previsiones del tiempo, incluido el estacional, mediante la colaboración internacional contribuye a vigilar el estado mundial del tiempo, hace posible el intercambio rápido de información meteorológica y promueve actividades en materia de hidrología operacional. Su sede se encuentra en Ginebra.

**l) Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).**

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se estableció en 1970. Sus objetivos son promover la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación entre sus Estados miembros y asegurar la cooperación administrativa entre las diferentes uniones establecidas para proteger los derechos de propiedad intelectual. Su sede está en Ginebra.

**m) Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA).**

El Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, institución financiera multilateral establecida en 1977 de conformidad con una decisión adoptada por la Conferencia Mundial de la Alimentación de 1974, tiene la misión de combatir el hambre y la pobreza rurales en países en desarrollo. El FIDA tiene su sede en Roma.

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

El mandato de la Organización Internacional de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial es promover el desarrollo y la cooperación industriales. Establecida por la Asamblea General en 1966, se convirtió en organismo especializado de las Naciones Unidas en 1985. Su sede está en Viena.

*Sección IX*

## LA SECRETARÍA Y DISPOSICIONES VARIAS DE LA CARTA

**229. *La Secretaría y el Secretario General***

De acuerdo con el artículo 97 de la Carta, la Secretaría se compondrá de un Secretario General y del personal que requiera la Organización.

La Secretaría es uno de los órganos principales mencionados en el artículo 7 de la Carta. Ella es la encargada de llevar a cabo permanentemente las tareas confiadas a los distintos órganos y entidades de Naciones Unidas. En la actualidad se encuentra integrada por cerca de diez mil funcionarios provenientes de casi todos los Estados miembros, los que son remunerados con cargo al presupuesto ordinario de la Organización. Su más alto funcionario administrativo es el Secretario General.

El Secretario General es nombrado por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad, asunto que se considera como no procesal, por lo que para su designación requiere no tener el veto de un Estado permanente. El período por el que se extiende su mandato es de cinco años renovable por un período más.

El Secretario General debe actuar como tal en todas las sesiones de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, del Consejo Económico y Social y del Consejo de Administración Fiduciaria, desempeñando las funciones que le encomienden estos órganos. También debe rendir a la Asamblea General un informe anual sobre las actividades de la Organización.

Una importante función que le confiere el artículo 99 de la Carta es la de poder llamar la atención del Consejo de Seguridad respecto de cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, función que prácticamente todos los Secretarios Generales, hasta ahora, han ejercido.

Además, en la práctica, especialmente después de la guerra fría, el Secretario General ha comenzado a ejercer funciones que van más allá de las que estrictamente le confiere la Carta, trans-

formándose en una personalidad con capacidad para actuar en crisis internacionales que afectan a la paz o para promover iniciativas que conduzcan al fortalecimiento de Naciones Unidas. Así, el Secretario General Kofi Annan ha ofrecido sus buenos oficios o su mediación ya sea directamente o por medio de un representante especial en situaciones de tensión internacional o interna, como las acontecidas en Chipre, Timor Oriental, Haití, Irak, Libia, en el Medio Oriente, el Sahara Occidental y Sudán. También tomó la iniciativa para promover una amplia y profunda reforma de la Carta de Naciones Unidas, aunque ésta todavía no ha llegado a concretizarse.

Tanto el Secretario General como el personal de la Secretaría sólo rinden cuentas a Naciones Unidas y no pueden solicitar ni recibir instrucciones de ningún gobierno ni autoridad ajena a la Organización. De acuerdo con el artículo 100 de la Carta, los Estados miembros se comprometen a respetar el carácter exclusivamente internacional de las funciones del Secretario General y del personal de la Secretaría y a no tratar de influir sobre ellos en el desempeño de sus funciones.

El primer Secretario General de Naciones Unidas fue el noruego Trygve Lie, quien asumió en febrero de 1946 y ejerció su mandato hasta su dimisión, en noviembre de 1952; fue sucedido por el sueco Dag Hammarskjöld, quien falleció en un accidente aéreo en septiembre de 1961; lo sucedió U Thant, de Birmania (hoy Myanmar), quien ejerció sus funciones hasta diciembre de 1971; desde enero de 1972 hasta diciembre de 1981 el Secretario General fue Kurt Waldheim de Austria; el peruano Javier Pérez de Cuéllar desempeñó estas responsabilidades desde enero de 1982 hasta diciembre de 1991; en enero de 1992 asumió Boutros Boutros-Ghali, de Egipto, hasta diciembre de 1996 y en enero de 1997 asumió Kofi Annan, de Ghana, cuyo mandato expiró en diciembre de 2006. A partir del 1º de enero de 2007 el Secretario General es el surcoreano Ban ki-moon.

### 230. *Personalidad jurídica de Naciones Unidas*

La Carta en su artículo 104 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.**

La personalidad jurídica de Naciones Unidas ha sido confirmada y ampliada en la ya citada Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto sobre la reparación de los daños causados a personas al servicio de las Naciones Unidas. Entre otros conceptos desarrollados por la Corte en esa oportunidad, ésta sostuvo:

[...]la Corte ha llegado a la conclusión de que la Organización es una persona internacional!...] lo cual significa que la Organización es un sujeto de derecho internacional, que tiene la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones internacionales, y que posee la capacidad de hacer valer sus derechos por medio de reclamaciones internacionales.<sup>21</sup>

### **231 Privilegios e inmunidades**

El artículo 105 de la Carta ha dispuesto que tanto las Naciones Unidas como los representantes de los miembros de la Organización ante ella y los funcionarios de ésta gozarán en el territorio de cada uno de sus miembros "de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de su propósito". Tal disposición obedece a que como Naciones Unidas carece de territorio propio y debe operar en el territorio sujeto a la jurisdicción de otro Estado, resulta indispensable concederles a la Organización, a sus representantes ante ella y a sus funcionarios los privilegios e inmunidades que sean necesarios para impedir indebidas interferencias por parte de las autoridades que ejercen jurisdicción en el territorio en que se encuentra Naciones Unidas.

En la práctica, estos privilegios e inmunidades se determinan mediante acuerdos o convenios especiales entre Naciones Unidas, representada por su Secretario General o por quien éste designe, y el correspondiente Estado en que aquélla tiene su sede. En el caso de la sede principal, el 26 de junio de 1947 el Secretario General de Naciones Unidas y el Secretario de Estado de los Estados Unidos de América firmaron un acuerdo relativo a los privilegios e inmunidades de la sede de Naciones Unidas. En general, en dicho acuerdo -que ha servido de modelo para la celebración de otros acuerdos de sede de las Na-

<sup>21</sup> ICJ Reports. 1949. Pág. 179.

ciones Unidas- se establece que la Organización tiene atribuciones para dictar las providencias necesarias dentro del distrito de la sede "con el propósito de establecer en él las condiciones que sean necesarias para la plena ejecución de sus funciones". Se establece asimismo que la sede será inviolable y que las autoridades de los Estados Unidos de América, incluyendo la policía, no entrarán en dicha sede sin el consentimiento del Secretario General. Asimismo, la Organización tendrá el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la entrada a personas en su sede, pero se establece que ella deberá impedir que la misma sea utilizada como lugar de asilo.

### 232. *Idiomas oficiales*

Los idiomas oficiales de Naciones Unidas son chino, español, francés, inglés y ruso. Conforme al artículo 111 de la Carta, los textos de ella en esos cinco idiomas son igualmente auténticos y tienen el mismo valor.

Por su parte, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 39 ha señalado que los idiomas oficiales de la Corte serán inglés y español.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Carta, sin modificar ésta, se añadió al árabe como idioma oficial de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad y del Consejo Económico y Social.

## *Sección X*

### BALANCE Y DESAFÍOS

#### 233. *Los logros de Naciones Unidas*

La Organización de las Naciones Unidas fue creada en 1945, principalmente con el fin de "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles", tal como lo señala el Preámbulo de la Carta. También en ese **Preámbulo** se reafirma "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...", se alienta a "crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse lajusti-

cia y el respeto a las obligaciones emanadas de tratados y de otras fuentes del derecho internacional", así como "promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad".

Tales aspiraciones en estas más de seis décadas se fueron expandiendo y fortaleciendo y hoy día puede afirmarse que, en general, se han cumplido. En efecto, si bien ha habido en distintas partes del mundo conflictos armados internacionales que han revestido una gran gravedad por las cuantiosas pérdidas de vidas humanas, se ha alejado el peligro de una tercera guerra mundial. A la vez, puede afirmarse que de no haber existido Naciones Unidas, el número de víctimas en tales conflictos se hubiese multiplicado. Naciones Unidas ciertamente ha evitado guerras o si éstas han estallado, ha contribuido a ponerles término. Basta señalar, como lo recuerda el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, que durante la segunda mitad del siglo XX hubo menos guerras que durante la primera mitad del siglo, no obstante que durante el segundo periodo el número de Estados se había cuadruplicado.<sup>26</sup>

Es cierto que bajo la guerra fría el papel de Naciones Unidas fue más bien pasivo, salvo en situaciones de importancia restringida. Una frase que en gran medida reflejaba esa situación y que algunos delegados a la Asamblea General en la década de los años sesenta y setenta solían repetir era la de "que si existe un conflicto entre dos Estados pequeños e interviene Naciones Unidas, se pone término al conflicto; que si el conflicto es entre un Estado pequeño y uno grande e interviene Naciones Unidas, se pone término al Estado pequeño; y que si el conflicto es entre dos Estados grandes e interviene Naciones Unidas, se pone término a Naciones Unidas".

Pero esa situación cambió con el término de la guerra fría. A partir de 1990, especialmente después de la agresión de Irak a Kuwait, Naciones Unidas ha comenzado a cumplir una fundamental función en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El Consejo de Seguridad ha recuperado el papel que se le había asignado en San Francisco y, aunque

<sup>26</sup> Docto, de Naciones Unidas A/59/565 de 2 de diciembre de 2004. Pág. 19.



con modalidades diferentes, ha asumido las funciones que le fueron conferidas en la Carta en sus capítulos VI y VII. Una especial mención a ese respecto merecen las más de 60 operaciones de paz llevadas a cabo por Naciones Unidas que han permitido mantener, establecer o imponer la paz en diversas regiones del mundo.

También deben destacarse los esfuerzos de Naciones Unidas en la solución de controversias internacionales, donde nuevamente debe valorizarse la labor cumplida por el Consejo de Seguridad, a la que debe agregarse el papel mediador que les ha correspondido desarrollar a los Secretarios Generales y las funciones judiciales que ha desempeñado la Corte Internacional de Justicia a través de las sentencias que han resuelto controversias entre los Estados.

Lo dicho no significa que Naciones Unidas esté en condiciones de resolver todos los conflictos que se suscitan. Siguen, por ejemplo, sin resolverse conflictos de larga data, como los del Medio Oriente entre Israel y Palestina, los de Cachemira entre India y Pakistán y el del Sahara Occidental entre Marruecos y el Frente Polisario, que aspira a la autodeterminación de los saharauis. Aun en esos casos, no puede ignorarse el activo papel que en estas situaciones le ha cabido a Naciones Unidas, sin cuya presencia esos conflictos indudablemente se hubiesen agravado.

En el campo económico-social, la labor de Naciones Unidas mediante el ECOSOC y los diversos programas, fondos y organismos especializados ha sido importante en cuanto a promover la cooperación económica y social con el fin de lograr niveles más elevados de vida, trabajo permanente y condiciones de progreso y de desarrollo para todos. En ese sentido merecen destacarse los esfuerzos de Naciones Unidas para establecer metas y prioridades en lo que concierne a la cooperación económica y social como un medio para ayudar a los países a lograr un mayor desarrollo y disminuir su pobreza.

Como tendremos oportunidad de estudiarlo más adelante/<sup>7</sup> una actividad importante cumplida por Naciones Unidas ha sido

**Ver Capítulo XIII. Sección II.**

la que se refiere a la protección y promoción de los derechos humanos. Si bien los mecanismos de control y protección creados por Naciones Unidas son rudimentarios y, en todo caso, inferiores a los de los organismos regionales en esa materia, cabe destacar la fundamental labor cumplida por Naciones Unidas en el campo legislativo y normativo. Son numerosas y de una gran importancia las convenciones concluidas dentro del ámbito de Naciones Unidas que se refieren a los derechos humanos, las que han significado una profunda transformación del derecho internacional contemporáneo e incluso del derecho interno de los Estados, muchos de los cuales han debido modificar sus normas para adecuarlas a los instrumentos internacionales de derechos humanos. También cabe recordar que Naciones Unidas ha desempeñado una importante función para contribuir a crear una conciencia del valor universal e imperativo que tienen los derechos humanos.

Entre los logros de Naciones Unidas no puede omitirse el impulso conferido a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. Al inicio de Naciones Unidas y durante sus primeros años el derecho internacional era fundamentalmente consuetudinario y eran muy escasas las convenciones internacionales de carácter general. Hoy día, en cambio, la fuente principal del derecho internacional general está constituida por las convenciones internacionales concluidas bajo los auspicios de Naciones Unidas, como es el caso, entre muchas otras, de las que se refieren a las relaciones diplomáticas y consulares, a los derechos humanos, al terrorismo, a la tipificación de determinadas conductas como delitos internacionales, al derecho de los tratados, al derecho del mar, a la regulación del espacio aéreo y ultraterrestre, los cursos de aguas internacionales, la conservación de la naturaleza y protección del medio ambiente, al desarme y no proliferación de armas de destrucción masiva, etc. Estas convenciones, varias de las cuales fueron adoptadas sobre la base de proyectos preparados por la Comisión de Derecho Internacional, denotan el enorme impacto que tiene el derecho internacional en las relaciones internacionales contemporáneas.

Por último, entre los logros más eficaces que se deben a Naciones Unidas debe señalarse su contribución al proceso de descolonización. A Naciones Unidas le ha correspondido desempe-

ñar un papel decisivo en la formulación y luego en la aplicación del principio de la libre determinación de los pueblos, lo cual se ha traducido en el término del colonialismo en todo el mundo. La descolonización, por otra parte, ha significado una transformación de Naciones Unidas, precisamente porque al amparo del principio de la libre determinación el número de sus Estados miembros se ha multiplicado. De los 51 originarios, a comienzos del 2007 Naciones Unidas ha pasado a tener 192 Estados miembros, la gran mayoría de los cuales en algún momento estuvo sometida a dominación colonial.

### 234. *Los nuevos desafíos*

Varios años después de que se iniciara el siglo XXI, la realidad del mundo actual es muy diferente a la que existía cuando se fundó la Organización de las Naciones Unidas. En aquella época, la principal preocupación era la seguridad de los Estados. El sistema de seguridad colectiva organizado por la Carta confería a los Estados más poderosos, que eran los vencedores de la Segunda Guerra Mundial, la responsabilidad de velar por esa seguridad, en la que los Estados se comprometían a actuar mancomunadamente en caso de una agresión en contra de un Estado.

En la actualidad, las amenazas provienen tanto de actores estatales como no estatales y afectan tanto a la seguridad de los Estados como a la de los seres humanos. Como lo dijera el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio,"\* además de las guerras y los actos de violencia, estas amenazas comprenden la pobreza, las enfermedades infecciosas, como el VIH-sida, la degradación del medio ambiente, la proliferación de armas de destrucción masiva, el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional.

Esta nueva realidad es la que motivó al Secretario General, Kofi Annan, a propiciar una reforma del sistema de Naciones Unidas, incluyendo la Carta. Si bien, como se señaló al comienzo de este capítulo, la reforma a la Carta, por ahora, no ha sido posible, los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la Cumbre Mundial de 2005 han impartido las correspondientes instruc-

\* Docto, cit. Pág. 11.

ciones para que se efectúen diversas modificaciones al sistema de Naciones Unidas que permitan adecuarlo a los nuevos desafíos que confrontan ahora los Estados y pueblos.

Ajuicio de la Cumbre Mundial de 2005, "la paz y la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos son los pilares de Naciones Unidas y los cimientos de la seguridad y el bienestar colectivos".<sup>2it</sup>

Fueron esas consideraciones las que precisamente motivaron a los Jefes de Estado y de Gobierno en la mencionada cumbre a proponer la creación de nuevas instituciones, como el Consejo de Derechos Humanos y la Comisión de Consolidación de la Paz, y a instruir a sus respectivos representantes ante los actuales órganos y otras instancias para que éstos puedan actuar con mayor eficiencia y representatividad.

Es significativo también que, Ban ki-moon, al agradecer al plenario de la Asamblea General su designación como Secretario General, manifestara igualmente que entre las preferencias de Naciones Unidas debían estar "la lucha contra la pobreza, el sida, la degradación medioambiental, el terrorismo, la proliferación de las armas de destrucción masiva y los derechos humanos"/<sup>10</sup>



## CAPÍTULO UNDÉCIMO

# EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

### *Sección I*

#### ASPECTOS GENERALES E HISTÓRICOS

##### **235. *El sistema interamericano y la Organización de Estados Americanos***

A menudo los términos sistema interamericano y Organización de Estados Americanos (OEA) se usan indistintamente, aunque conceptualmente son diferentes y el primero precede a la OEA en 58 años.

El sistema interamericano es el conjunto de tratados e instrumentos internacionales adoptados por los Estados americanos dentro de un marco institucional para propósitos de interés común. La Carta de la Organización de los Estados Americanos, que en 1948 estableció la OEA como una organización internacional de carácter regional, es uno de esos instrumentos y, ciertamente, el principal del sistema interamericano.

En la actualidad, además de la Carta de la OEA, el sistema interamericano está conformado por varios otros tratados e instrumentos internacionales, los principales de los cuales son el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (1947) o Pacto de Río de Janeiro, que es anterior a la Carta de la OEA; el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (1948) o Pacto de Bogotá; el acuerdo constitutivo del BID (1959); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) o Pacto de San José de Costa Rica; la Convención Interamericana contra la Corrup-

ción adoptada en 1996 en Caracas; la Carta Democrática adoptada en Lima en 2001; la Declaración sobre Seguridad de las Américas, adoptada en la Ciudad de México en 2003 y varios otros instrumentos a los que se hará referencia posteriormente.

### **236. *Antecedentes históricos del sistema interamericano***

El primer antecedente del sistema interamericano se encuentra en la Primera Conferencia Internacional Americana<sup>1</sup> que tuvo lugar en Washington del 2 de octubre de 1889 al 19 de abril de 1890 y que fuera convocada por el Secretario de Estado de los Estados Unidos James Blaine, después de que el Congreso de la Unión aprobara una ley autorizando al Presidente de los Estados Unidos a invitar a los gobiernos de las repúblicas americanas para que, en unión con los Estados Unidos, celebrasen una conferencia en Washington con el objeto de discutir la adopción de un sistema de arbitraje para el arreglo de los desacuerdos, tratar los asuntos relativos al aumento del intercambio comercial y fomentar las relaciones comerciales que permitieran asegurar a todos mercados más amplios para los productos de cada uno de ellos.

Aunque esta Primera Conferencia Internacional Americana aprobó un plan de arbitraje para la solución de controversias, el tratado que incorporó ese plan no llegó nunca a entrar en vigor por falta de ratificaciones. El mayor logro de esta conferencia fue la creación de la "Unión Internacional de las Repúblicas Americanas para la Pronta Compilación y Distribución de Datos sobre el Comercio" y el establecimiento de la "Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas", que se estableció para representar a la referida Unión Internacional. Estos órganos fueron los que originariamente constituyeron la organización regional americana y que con el transcurso de los años se trans-

<sup>1</sup> En algunos textos se menciona al Congreso de Panamá de 1820, del que surgió el Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua, como el primer antecedente del sistema interamericano. En realidad, Simón Bolívar, quien convocó dicho Congreso, no invitó a participar a los Estados Unidos de América, sino sólo a Colombia (que incluía a las actuales Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela), México, Perú, América Central, el Río de la Plata, Brasil y Chile, aunque los dos últimos no llegaron a tiempo para participar por las dificultades de transporte existentes en la época.

formarían primero en la Unión Panamericana y más tarde en la Organización de Estados Americanos. También esa Primera Conferencia sentó las bases para que las repúblicas americanas empezaran a reunirse periódicamente en sucesivas conferencias, originando de ese modo el sistema interamericano.

La Segunda Conferencia Internacional Interamericana tuvo lugar once años más tarde, en la Ciudad de México, del 22 de octubre de 1901 al 31 de enero de 1902, y en ella, entre otros acuerdos, se convino en que la Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas quedaría bajo un Consejo Directivo constituido por representantes diplomáticos de todos los gobiernos americanos acreditados ante el gobierno de los Estados Unidos de América y por el Secretario de Estado de ese país, lo que constituye un antecedente del futuro Consejo de la OEA. También en esa oportunidad se adoptaron algunas convenciones y tratados en materia de extradición, ejercicio de profesiones liberales, protección de obras literarias y artísticas y patentes de invención.

La Tercera Conferencia Internacional Americana se celebró en Río de Janeiro en 1906. En ella se modificaron y perfeccionaron las convenciones adoptadas en México sobre patentes, marcas de fábrica y propiedad literaria y artística, incorporándolas en una sola convención. También en esta conferencia se creó la Junta Internacional de Jurisconsultos, primer antecedente del actual Comité jurídico Interamericano, al cual se le confió la tarea de promover la codificación del derecho internacional público y privado.

La Cuarta Conferencia Internacional Americana se celebró en Buenos Aires en 1910. En ella se cambió el nombre de la Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas por el de Unión Panamericana, nombre que identificaría al organismo regional por muchos años. La Conferencia de Buenos Aires también adoptó cuatro convenciones relativas a patentes de invención y modelos industriales, marcas de fábrica, propiedad literaria y artística y reclamaciones pecuniarias.

La Quinta Conferencia Internacional Americana se celebró en Santiago de Chile en 1923, una vez concluida la Primera Guerra Mundial, que había interrumpido la celebración periódica de estas conferencias. El más importante instrumento aproba-



do en Santiago fue el "Tratado para Evitar o Prevenir Conflictos entre los Estados Americanos", conocido también como el Pacto Gondra, por haber sido propuesto por el estadista paraguayo Manuel Gondra. También en esa oportunidad se adoptaron tres convenciones y varias otras resoluciones sobre asuntos aduaneros, agrícolas, comerciales y uniformidad en la nomenclatura para la clasificación de las mercaderías. Una de las resoluciones importantes adoptadas en esa oportunidad fue también la recomendación para que todos los Estados Americanos designaran un representante permanente ante la Unión Panamericana, el que podría ser el embajador ante el Gobierno de los Estados Unidos o un representante especial.

La Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana en 1928, ha sido una de las más fecundas en cuanto al número de convenciones adoptadas. En esa oportunidad se concluyeron convenciones sobre asilo, tratados internacionales, aviación comercial, funcionarios diplomáticos, agentes consulares, condición de los extranjeros, neutralidad marítima y deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles. Asimismo uno de los mayores logros adoptados en La Habana en esa oportunidad fue el Código de Derecho Internacional Privado, conocido como el Código de Bustamante, por haber sido el correspondiente proyecto elaborado por el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante.

La Séptima Conferencia Internacional Americana tuvo lugar en Montevideo en 1933 y, al igual que la anterior, adoptó importantes instrumentos internacionales, como las convenciones sobre nacionalidad, nacionalidad de la mujer, extradición, asilo político, enseñanza de historia y derechos y deberes de los Estados. Esta última reviste una especial importancia, porque en ella por vez primera en un instrumento internacional quedó establecido el principio de la no intervención.

La Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, celebrada en diciembre de 1936 en Buenos Aires, se apartó de las Conferencias Americanas que habían venido **celebrándose** regularmente, pero ella no puede omitirse, por la especial importancia que reviste. La convocatoria de esa conferencia fue propuesta por el Presidente de los Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, quien personalmente participó en su inaugura-

ción. Diversos motivos impulsaron al Presidente Roosevelt a tomar esta iniciativa, poco frecuente en las relaciones internacionales de esa época. En primer lugar, la situación mundial con el rearme de Alemania, la guerra japonesa-china, la invasión de Italia a Etiopía y el comienzo de la guerra civil española eran preocupantes, y América Latina acababa de salir de la guerra del Chaco entre Bolivia y Paraguay, todo lo cual confería una buena oportunidad para adoptar medidas que permitieran consolidar la paz en América. También para el Presidente Roosevelt, que había proclamado su nueva política de "buena vecindad" hacia América Latina, era una ocasión propicia para tomar algunas iniciativas, como la derogación de la Enmienda Platt,<sup>2</sup> y para adherirse sin condiciones al principio de no intervención y no con las reservas que había formulado en 1933 en Montevideo, permitiendo así superar el justificado recelo que existía hacia los Estados Unidos por sus anteriores intervenciones en la región. Desde el punto de vista de la evolución institucional del sistema interamericano, los mayores logros alcanzados en Buenos Aires en 1936 fueron la adopción de dos importantes documentos. El primero de ellos fue la adopción de la Convención sobre el Mantenimiento, Afianzamiento y Restablecimiento de la Paz, en la que se establece un sistema de consulta; el segundo fue el Protocolo Adicional Relativo a la No Intervención, en el que se reforzó dicho principio.<sup>1</sup>

La Octava Conferencia Internacional Americana, celebrada en Lima en 1938, no introdujo cambios estructurales en la Unión Panamericana ni tampoco adoptó tratados o convenciones internacionales; en cambio, en la Declaración de Lima, adoptada en dicha Conferencia, se reafirmó la solidaridad continental y el propósito entre los Estados americanos de colaborar en el mantenimiento de los principios en los que se funda dicha solidaridad. En el mismo instrumento, como una forma de hacer

<sup>a</sup> Se conoce como Enmienda Platt la cláusula incorporada a proposición del senador Platt al Tratado de 1902 en el que Estados Unidos reconoció la independencia de Cuba y en la que se concede a los Estados Unidos el derecho para intervenir en Cuba a fin de resguardar su independencia. Estados Unidos utilizó dicha cláusula para intervenciones armadas en Cuba en 1906, 1912, 1917, 1924 y 1934, año en que fue derogada por el Presidente Roosevelt.

<sup>3</sup> G. Connel-Smith, *El sistema interamericano*. México. 1966. Pág. 124.

efectiva esa solidaridad, se establece que en caso de que la paz, la seguridad o la integridad territorial de cualquier república americana se viera amenazada, se pondrá en ejecución el procedimiento de la consulta que había sido adelantado dos años antes en Buenos Aires. La Declaración de Lima dispuso que las consultas se efectuarían mediante reuniones de los Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas.

Las primeras aplicaciones del sistema de consultas, que había sido establecido en Buenos Aires en 1936 y perfeccionado en Lima en 1938, tuvieron lugar con ocasión de la Segunda Guerra Mundial. La Primera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores tuvo lugar en Panamá el 23 de septiembre de 1939, a las pocas semanas de haber comenzado la guerra. Como en ese momento todos los Estados americanos eran neutrales y querían permanecer como tales, el énfasis de dicha Reunión de Consulta fueron las cuestiones de neutralidad. Una de las más importantes resoluciones adoptadas en esa ocasión en Panamá fue el establecimiento de una amplia zona marítima a ambos lados del continente americano, dentro de la cual dichas repúblicas se reservaron "el derecho indiscutible a conservar libres de todo acto hostil por parte de cualquiera nación beligerante no americana, aquellas aguas adyacentes...".

La Segunda Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, preocupada por la caída de París y una parte de Francia en manos de Alemania, se celebró en La Habana en 1940. El asunto primordial en esa oportunidad fue la consideración del eventual cambio en la soberanía de las colonias y posesiones europeas en América. Para tal efecto, se adoptó una resolución en la que se declaró que cuando las islas o regiones americanas, bajo la posesión de naciones no americanas, se encontrasen en peligro de constituirse en materia de trueque de territorios o cambio de soberanía, las repúblicas americanas podían, teniendo en cuenta la seguridad del continente y la opinión de las islas y regiones, establecer un régimen de administración provisional para esas islas y regiones.

La Tercera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores se efectuó en Río de Janeiro a comienzos de 1942, a las pocas semanas del ataque de Japón a los Estados Unidos en Pearl Harbor, el 7 de diciembre de 1941. La Reunión de Consulta recomendó a las repúblicas americanas la ruptura de rela-

dones diplomáticas con Alemania, Japón e Italia y la adopción inmediata de las medidas necesarias para interrumpir todo intercambio comercial y financiero con las Potencias del Eje.

La Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en Chapultepec, México, en 1945, constituye un hito importante tanto en la gestación de la Carta de Naciones Unidas como en la historia del sistema interamericano. En razón de lo primero, ha sido estudiada con anterioridad.<sup>1</sup>

La Conferencia sobre Seguridad Colectiva Regional, celebrada en Río de Janeiro en 1947, adoptó el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), conocido también como Pacto de Río de Janeiro, que por muchos años fue considerado una piedra angular del sistema interamericano. Dicho tratado, al igual que otros acuerdos regionales de seguridad concluidos al inicio de la guerra fría, tiene su fundamento en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas relativo a la defensa colectiva.

La Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, constituye la culminación de ese largo proceso de 58 años, iniciado con la Primera Conferencia Internacional Americana, hasta dotar al sistema interamericano del marco institucional del que había carecido. En efecto, el resultado más importante de la Conferencia de Bogotá fue la adopción de la Carta de la Organización de Estados Americanos; pero junto a la Carta de la OEA, la Conferencia de Bogotá adoptó otras convenciones, algunas de las cuales han tenido una importante incidencia en la configuración del sistema interamericano, como es el caso del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas; el Convenio Económico de Bogotá; la Convención Interamericana de Derechos Políticos de la Mujer. Asimismo, la Novena Conferencia Americana aprobó diversas resoluciones, entre las que se destaca la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de los Hombres, que antecede en varios meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

### 237. *La Carta de la OEA de 1948*

La Carta de la Organización de Estados Americanos fue adoptada el 30 de abril de 1948 y abierta ese mismo día a la firma de

<sup>1</sup> Ver Capítulo X. Sección I. N° 192.

los veintiún Estados americanos que habían participado en la IX Conferencia Americana. La suscribieron, siendo, pues, sus miembros originarios: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. La Carta de 1948 no contempló la incorporación de nuevos Estados, a no ser que éstos fuesen el resultado de la unión de varios de sus Estados miembros.

La Carta de la OEA de 1948 contempló los siguientes órganos para realizar sus funciones: a) La Conferencia Interamericana, que debía reunirse cada cinco años; b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) El Consejo, del cual también dependían los Consejos Interamericanos Económico y Social; de Jurisconsultos; y Cultural; d) La Unión Panamericana, que actuaba como Secretaría General; e) Las Conferencias Especializadas; y f) Los Organismos Especializados.

La Carta adoptada en Bogotá constaba de 112 artículos, divididos en 18 capítulos. Ella entró en vigor el 13 de diciembre de 1951, al depositarse en la Unión Panamericana el 14° instrumento de ratificación, aunque antes de que entrase en vigor se aplicaron provisionalmente las disposiciones relativas a su estructura, en virtud de una resolución adoptada en la Conferencia de Bogotá.

### 238. *Las reformas a la Carta de la OEA*

Desde su adopción en 1948, la Carta de la OEA ha sido objeto de reformas en cuatro oportunidades: en 1967, en 1985, en 1992 y en 1993.

La primera de esas reformas, y ciertamente la más importante, fue la adoptada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, en la que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria modificó la estructura orgánica de la OEA, introduciendo importantes cambios a los órganos que se contenían en la Carta de Bogotá de 1948. Dichas reformas entraron en vigor en 1970.

Luego, el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985, aprobado en el decimocuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA y que entrara en vigor en 1988, modificó los procedimientos en materia de solución pacífica de controversias, ampliando la posibilidad de acción del Consejo

Permanente y, a la vez, aumentó las facultades del Secretario General para permitirle llevar a la atención de la Asamblea General o del Consejo Permanente cualquier asunto que en su opinión pudiera afectar la paz y la seguridad del continente o el desarrollo de los Estados miembros.

En 1992, la Carta fue modificada por el Protocolo de Washington, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, a fin de establecer la posibilidad de que la Asamblea General pudiera suspender del ejercicio del derecho de participación en los órganos de la OEA a un Estado cuyo gobierno democráticamente constituido hubiese sido derrocado por la fuerza. Dicha reforma entró en vigor en 1997.

Por último, el Protocolo de Managua de 1993, que entrara en vigor en 1996, realizó algunas reformas a la estructura orgánica de la OEA, particularmente al sustituir los anteriores Consejos Interamericanos, Económico y Social y para la Educación, la Ciencia y la Cultura por el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral

Con las reformas señaladas, la Carta de la OEA es en la actualidad un instrumento que consta de 143 artículos, divididos en 22 capítulos.

### **239. *Evolución histórica de la OEA del sistema interamericano a partir de la Carta de la OEA de 1948***

La Carta adoptada en Bogotá en 1948 comenzó a funcionar inicialmente con los órganos previstos en ese instrumento, La Décima Conferencia Interamericana se celebró en Caracas en 1954. Tanto el país anfitrión como buena parte de los gobiernos que participaron en esa conferencia estaban regidos por dictaduras militares y, en plena guerra fría, la principal preocupación de la conferencia fue la condena de los gobiernos de izquierda, particularmente el del Presidente Jacobo Arbenz de Guatemala, el cual fue derrocado poco tiempo después por una incursión militar encabezada por el coronel Castillo Armas con el apoyo de la CIA y la United Fruit, que había sido afectada por la reforma agraria intentada por el gobierno de Arbenz.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> G. Connel Smith. Ob. cit. Págs. 194-199.

La Decimoprimer Conferencia Interamericana, programada para celebrarse en Quito en 1959, no se llevó nunca a efecto y aquellos asuntos importantes, propios de la agenda de las conferencias, comenzaron a ser tratados en conferencias interamericanas extraordinarias. La primera de ellas tuvo lugar en Washington en 1964 con el objeto de establecer procedimientos para el ingreso de nuevos Estados, tema al que la Carta de 1948 no se había referido.

La Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria se celebró en Río de Janeiro en 1965 con el objeto de fortalecer el sistema interamericano, el que ese año había sufrido una seria crisis a raíz de la intervención de una Fuerza Interamericana de Paz en República Dominicana. El principal acuerdo de esa conferencia fue la necesidad de reestructurar la OEA. Ese objetivo fue cumplido por la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Buenos Aires en 1967, que adoptó importantes reformas a la Carta de la OEA.

Al entrar en vigor esas reformas en 1970, la Asamblea General de la OEA, que sustituyó a la Conferencia Interamericana, comenzó a reunirse anualmente a partir de 1971 a fin de considerar los más importantes asuntos que afectaban a los Estados americanos.

Las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, que habían sido establecidas aun antes de la Carta de la OEA, continuaron funcionando como uno de los órganos principales del sistema interamericano, ya sea en aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca o conforme a la Carta de la OEA para "considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados Americanos". Hasta los atentados terroristas ocurridos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, se habían celebrado 24 Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

Tanto las Asambleas Generales y las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores como los Consejos de la OEA y las Conferencias Especializadas -otro de los órganos establecidos en la Carta de la OEA- fueron adoptando importantes acuerdos e instrumentos que permitieron ir configurando un sistema interamericano en el que la temática principal fue evolucionando de acuerdo a los problemas y asuntos que se iban

suscitando y a la voluntad política de los gobiernos de los Estados miembros.

La OEA prosiguió manteniendo un especial interés por los asuntos jurídicos, desarrollando principios y normas, como aconteció con el asilo diplomático y territorial, objeto de dos convenciones adoptadas por la Décima Conferencia Interamericana en 1954, o la protección de los derechos humanos, expresada en la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959.

Sin embargo, la principal preocupación inicial de la OEA, en esos años en los que las relaciones interamericanas estaban determinadas en importante medida por la guerra fría, fue el combate al comunismo y alejar la posibilidad de regímenes revolucionarios que pudieran desestabilizar la región o afectar la seguridad hemisférica. En 1954, en la Décima Conferencia Interamericana, se condenó al Gobierno del Presidente Arbenz de Guatemala; en 1962, la VIII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores reunida en Punta del Este excluyó a Cuba del sistema interamericano; en octubre de 1962, ante la instalación de armas ofensivas con capacidad nuclear en Cuba por la Unión Soviética, el Consejo de la OEA, actuando como órgano de consulta en aplicación del TIAR, estableció la llamada "cua-rentena" respecto a los barcos soviéticos que se dirigían a Cuba, recomendando a los Estados miembros "que adopten todas las medidas individuales y colectivas, incluso el empleo de la fuerza armada, que consideren necesarias para asegurar que el Gobierno de Cuba no pueda continuar recibiendo de las potencias chino-soviéticas pertrechos y suministros militares que amenacen la paz y seguridad del continente..."; en 1964 la IX Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores impuso sanciones económicas y diplomáticas a Cuba; en 1965, la X Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, a raíz de los graves acontecimientos que estaban ocurriendo en República Dominicana como consecuencia de la lucha armada entre el gobierno existente y un movimiento revolucionario estableció una Fuerza Interamericana de Paz para intervenir militarmente en ese país.

A la preocupación por los asuntos concernientes a la seguridad siguió un interés por la cooperación económico-social en



el desarrollo de los países de América Latina y el Caribe. En 1958, a iniciativa del Presidente Juscelino Kubitschek de Brasil, una reunión informal de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Washington adoptó la "Operación Panamericana", destinada a estudiar nuevas medidas en el campo de la cooperación económica, intensificar los esfuerzos por una integración regional y dar impulso a la creación del Banco Interamericano de Desarrollo, el cual fue creado al año siguiente con el objeto principal de acelerar el desarrollo económico, individual y colectivo de los países miembros en desarrollo.

En 1961, el Consejo Interamericano Económico y Social, reunido a nivel ministerial en Punta del Este, recogió la iniciativa del Presidente Kennedy de los Estados Unidos para crear una Alianza para el Progreso. Esa alianza se fundamentó "en el principio de que al amparo de la libertad y mediante las instituciones de la democracia representativa, es como mejor se satisfacen, entre otros anhelos, los de trabajo, techo y tierra, escuela y salud". Tanto en la Declaración como en la Carta de Punta del Este adoptada en esa ocasión, los Estados latinoamericanos se comprometieron a realizar diversas modificaciones a sus estructuras económico-sociales como a emprender reformas a sus programas en los campos de la educación, la salud, y la vivienda. Por su parte, los Estados Unidos se comprometieron a contribuir en importante medida al financiamiento de esos objetivos. El órgano central encargado de dar cumplimiento al mecanismo establecido en Punta del Este fue el Consejo Interamericano Económico y Social (CIES), órgano establecido en la Carta, al cual en Punta del Este se agregó el Comité Interamericano de la Alianza para el Progreso (CIAP), los cuales fueron incorporados a la Carta de la OEA al reforzarse ésta en 1967. La Carta de la OEA asimismo incorporó nuevas normas económicas, sociales y culturales que también habían sido acordadas al reformarse ella. Además de la labor que comenzó a desarrollar bajo la Alianza para el Progreso el CIES y el CIAP, la Secretaría General de la OEA confirió durante buena parte de los años 60 e inicio de los 70 un especial impulso a las actividades relativas a la cooperación internacional en materias económicas, sociales y culturales.

Las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos que comenzaron a manifestarse en los países del Cono Sur en la

década de los años 70 y más tarde en algunos Estados centroamericanos, confirió dentro de la OEA una especial importancia al tema de los derechos humanos. Es cierto que con anterioridad se había manifestado un relativo avance institucional en esa materia. Además de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1959, en 1969 se había adoptado en la Conferencia de San José de Costa Rica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero ésta durante sus nueve primeros años de vigencia logró escasas ratificaciones y tan sólo en 1978 alcanzó el número necesario de depósitos de instrumentos de ratificación para que pudiera entrar en vigor, permitiendo de ese modo la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que había sido creada por ese instrumento; pero fueron las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos que se produjeron en esos años las que llevaron a la OEA a hacer de la protección de los derechos humanos uno de los principales asuntos de la Organización a partir de la segunda mitad de la década de los años 70. Además de las actividades de sus principales órganos -la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo Permanente y especialmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- en los años siguientes comienza a desarrollar sus actividades la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el marco de la OEA se adoptan importantes convenciones interamericanas relativas a los derechos humanos, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988; el Protocolo Adicional relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, de 1990; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, de 1994; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 1994; y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de 1999.

Hacia comienzos de la década de los 90, se da inicio dentro de la OEA a una nueva concepción de la seguridad hemisférica. Hasta entonces, la seguridad de la región descansaba principalmente en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca

de 1947, pero el término de la guerra fría y la obsolescencia en que cayó ese instrumento, así como nuevos desafíos que surgieron significaron que muchos Estados comenzaran a considerar que la seguridad de ellos dependía fundamentalmente de la adecuada respuesta que se diera a esos nuevos desafíos que debían afrontar. En el sistema interamericano significó que el tema de la seguridad hemisférica se comenzara a plantear sobre bases diferentes a las que hasta ese entonces se habían abordado.

Como consecuencia de este nuevo enfoque, la OEA impulsa la celebración de Conferencias para el Fomento de la Confianza, como las que se celebran en Santiago de Chile en 1995 y en San Salvador en 1998; a la vez se adoptaron nuevos instrumentos en materia de seguridad, como la Convención en Contra de la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, de 1997, y la Convención Interamericana sobre Transparencia de Armas Convencionales, de 1999. En 2003 se celebra en Ciudad de México una Conferencia Especial sobre Seguridad, la cual adopta una Declaración sobre Seguridad de las Américas, la que ejercerá una importante influencia en la consideración de este tema.

Del mismo modo, la OEA comienza a adoptar medidas y mecanismos para encarar nuevas amenazas y riesgos que se van presentando respecto de los cuales con anterioridad se consideraba que eran suficientes las medidas nacionales. En 1986, la Conferencia Interamericana Especializada contra el Narcotráfico se reúne en Río de Janeiro, adoptando el Programa Interamericano de Acción contra el Consumo, la Producción y el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas, sentando las bases para que la Asamblea General de la OEA ese mismo año de 1986 creara la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Droga (CICAD). La OEA fue asimismo la primera organización internacional en adoptar una Convención contra la Corrupción, lo que acontece en Caracas en 1996. En dicha convención se definen los actos de corrupción y se establecen mecanismos de cooperación para combatirla. Con posterioridad a esa convención -que cuenta ahora con un alto número de Estados partes- se estableció un Programa Interamericano contra la Co-

rrupción, el cual fue adoptado por la Asamblea General celebrada en Lima en 1997. En cuanto al terrorismo, si bien los esfuerzos para combatir ese flagelo son de larga data, la falta de consenso en cuanto a su definición y a los medios para combatirlo, significó que tan sólo en 2002, en la Asamblea General celebrada en Barbados, se adoptara una Convención al respecto. Dicha Convención obedeció principalmente a explicables motivaciones políticas derivadas de la condenación al terrorismo después de los trágicos acontecimientos ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, pero jurídicamente ella no representó un avance significativo, puesto que para la definición y tipificación de las conductas terroristas -uno de los asuntos más arduos del actual derecho internacional- la Convención se refirió a figuras delictivas ya establecidas en otros instrumentos convencionales.

A comienzos también de la década de los años 90, todos los gobiernos de los Estados miembros de la OEA eran democráticos, en cuanto a que su origen provenía de la voluntad popular. Esa situación y el explicable afán de impedir las traumáticas experiencias sufridas por aquellos que antes habían sido regidos por dictaduras militares o gobiernos inconstitucionales motivó a que en 1991, durante la Asamblea General que tuvo lugar en Santiago de Chile, se adoptara la Resolución 1080 y el llamado "Compromiso de Santiago", en el cual se estableció un procedimiento en caso de la interrupción abrupta o irregular del ejercicio del poder de un gobierno democráticamente electo. Al año siguiente, la Carta de la OEA fue reformada para incluir una nueva disposición que autorizara suspender la participación de los Estados miembros en los órganos de la OEA a aquel cuyo gobierno democráticamente constituido fuese derrocado por la fuerza. Con todo, el instrumento más importante en lo que se refiere a la defensa de la democracia lo constituye la Carta Democrática adoptada en septiembre del año 2001 en Lima por una Asamblea General Extraordinaria.

Sin perjuicio de la permanente preocupación de la OEA por el desarrollo y vigencia del derecho internacional y por mantener un sistema para la solución pacífica de las controversias y procurar, dentro de sus limitados recursos, una cooperación económica y social, en la actualidad los asuntos principales a que

se encuentra abocada la Organización de Estados Americanos los constituyen la protección y promoción de los derechos humanos, la defensa de la democracia y, bajo una nueva concepción, la seguridad hemisférica, incluyendo dentro de ésta la consideración de los desafíos que ofrecen el narcotráfico y la corrupción.

## *Sección II*

### NATURALEZA, PROPÓSITOS Y PRINCIPIOS DE LA OEA

#### 240. *Naturaleza*

El artículo 1 de la Carta de la OEA en su párrafo primero señala:

Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional.

Como puede apreciarse, desde su primera disposición la Carta de la OEA ha querido dejar sentado que se trata de una organización que pretende cumplir amplios objetivos. Ese párrafo también ha dejado constancia que la OEA es un organismo regional dentro de Naciones Unidas, lo cual no significa que se trate de un organismo de esa organización mundial o supeditada a ella. La OEA es autónoma respecto de Naciones Unidas; pero sí, como se estudió anteriormente, le son aplicables las normas contenidas en el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas referentes a los acuerdos regionales.

A ese primer párrafo del artículo 1, la reforma adoptada en Cartagena de Indias en 1985 agregó un segundo, en el cual se señala que la OEA no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados. Aunque el objetivo de ese nuevo párrafo resulta fácil de entender, en la práctica pueden surgir dificultades para precisar cuándo un asunto pertenece exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados. El asunto se había planteado an-

tes con respecto a los derechos humanos, en el que algunos gobiernos acusados de su violación habían aducido que se trataba de intromisiones en su jurisdicción interna. Después de 1985 se ha manifestado una tendencia para ampliar la competencia de los órganos de la OEA respecto de asuntos que hubiesen sido posibles de ser considerados como domésticos, como el control sobre el abuso de las drogas, la corrupción al interior de un Estado o incluso de la forma de gobierno, al excluirse por la OEA cualquiera que no fuera el democrático representativo. Sin embargo, hasta ahora, esos posibles conflictos no se han planteado y parece difícil que en el mundo interdependiente y globalizado que vivimos se pueda objetar la competencia de los órganos de la OEA para abocarse al conocimiento de un asunto que concite un interés generalizado.

#### 241. *Propósitos*

El artículo 2 de la Carta enumera los propósitos que guían a la Organización, señalando cuáles son las metas que la OEA aspira a alcanzar. Estos propósitos son los siguientes:

- a) Afianzar la paz y la seguridad del continente;
- b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención;
- c) Prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros.
- d) Organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión;
- e) Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos;
- f) Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural;
- g) Erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio, y
- h) Alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

Los propósitos a los que se refieren las letras b), g), y h) fueron agregados por la reforma efectuada en Cartagena de Indias en 1985 y ciertamente aparece como laudable que la erradicación de la pobreza crítica y la limitación de armamentos convencionales hayan pasado a constituir dos de los propósitos fundamentales de la OEA; sin embargo, resulta una antinomia que el propósito contenido en la letra b) -y que además se recoge después en el principio consagrado en la letra c) del artículo 3 de promover y consolidar la democracia representativa- quede subordinado al respeto del principio de no intervención.

#### 242. *Principios*

El artículo 3 enumera los principios que rigen el comportamiento de los Estados miembros de la OEA, tanto en sus relaciones entre sí como en su comportamiento interior y en su acción dentro de la OEA.

Estos principios, que los Estados se han comprometido a respetar son los siguientes:

a) El derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas;

b) El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional;

c) La buena fe debe regir las relaciones de los Estados entre sí.

d) La solidaridad de los Estados americanos y de los altos fines que con ella se persiguen requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa;

e) Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no **intervenir** en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales;

f) La eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos;

g) Los Estados americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos,

h) La agresión de un Estado americano constituye una agresión a todos los demás Estados americanos;

i) Las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos;

j) La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera.

k) La cooperación económica es esencial para el bienestar y la prosperidad comunes de los pueblos del Continente;

l) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo;

m) La unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demandan su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana;

n) La educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz.

Además de esos propósitos y principios consignados en los artículos 2 y 3, los capítulos IV, referente a los derechos y deberes fundamentales de los Estados; V respecto a la solución pacífica de las controversias; VI sobre seguridad colectiva y VII relativo al desarrollo integral, se han encargado de desarrollar extensamente los propósitos y principios transcritos.

### *Sección III*

## LOS MIEMBROS DE LA OEA

### **243. *Los requisitos para ser Estado miembro de la OEA***

La Carta de Bogotá de 1948 se limitaba a señalar que "son miembros de la Organización todos los Estados Americanos que ratifiquen la presente Carta", agregando también en otra disposición que en la Organización "tendrá lugar toda nueva entidad política que nazca de la unión de varios Estados miembros y que como tal ratifique esta Carta". Estas disposiciones subsisten en la actual Carta.



En la Carta de 1948 no se reguló la admisión de nuevos Estados miembros, puesto que, con la sola excepción de Canadá, que no había manifestado en aquel entonces ningún interés en vincularse al sistema interamericano, todos los Estados independientes americanos habían ya firmado la Carta.

Poco más de una década después, cuando el proceso de descolonización llega al continente americano, algunos Estados que habían adquirido su independencia política o estaban en vías de hacerlo, manifestaron su interés en llegar a ser miembros de la OEA; pero, al mismo tiempo, ciertos Estados americanos que mantenían litigios o reclamaciones con potencias extracontinentales respecto de la totalidad o una parte de territorios que eventualmente podrían acceder a la independencia y solicitar su ingreso a la OEA, expresaron su preocupación por esa situación, la cual particularmente se refería a Belice, Guyana y las Malvinas, que eran reclamadas por Guatemala, Venezuela y Argentina, respectivamente.

Para solucionar tanto el vacío respecto a la falta de normas que regulasen el ingreso de nuevos Estados, como para atender las preocupaciones de los Estados que mantenían esos litigios o reclamaciones con quienes podrían convertirse en Estados independientes, se convocó a la Primera Conferencia Interamericana Extraordinaria, la que reunida en Washington en 1964 estableció el procedimiento de ingreso de nuevos Estados miembros.

En síntesis, el "Acta de Washington" de 1964 dispuso que un Estado americano independiente que quisiera ser miembro de la Organización deberá manifestarlo mediante una nota al Secretario General, indicando que estaba dispuesto a firmar y ratificar la Carta y aceptar todas las obligaciones que entraña la condición de miembro de la organización, en especial las referentes a la seguridad colectiva mencionadas en los artículos de la Carta referentes a esa materia.

Asimismo, el "Acta de Washington" dispuso que **corresponderá** a la Asamblea General, previa recomendación del Consejo, determinar si es procedente autorizar al Secretario General para que permita al Estado solicitante Firmar la Carta y para que acepte el depósito del correspondiente instrumento de ratificación. Tanto la recomendación del Consejo como la decisión de

la Asamblea General requerían del voto afirmativo de los dos tercios de los Estados miembros.

Estas normas, adoptadas por el "Acta de Washington" en 1964, fueron posteriormente incorporadas a la Carta de la OEA por la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria y actualmente se encuentran establecidas en los artículos 6 y 7 de la Carta. De acuerdo con esas disposiciones, para que un Estado sea admitido como miembro de la OEA se requiere:

- a) Ser Estado independiente;
- b) Estar situado en el continente americano;
- c) Presentar una solicitud al Secretario General indicando su voluntad de firmar y ratificar la Carta de la OEA, así como de aceptar todas las obligaciones que entraña la condición de miembro, en especial las referentes a la seguridad colectiva;
- d) Que esa solicitud sea aceptada por la Asamblea General, previa recomendación del Consejo Permanente, debiendo en ambos casos contar con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los Estados miembros de la OEA.; y
- e) Firmar y ratificar la Carta.

#### **244. *Restricciones para que un Estado pueda ser miembro de la OEA***

El "Acta de Washington" de 1964, incorporada después a la Carta de la OEA en 1967, dispuso que el Consejo de la Organización no tomará ninguna decisión sobre la admisión presentada por una entidad política cuyo territorio esté sujeto total o parcialmente al litigio o reclamación entre un país extracontinental y uno o más miembros de la OEA, mientras no se haya puesto fin a la controversia mediante procedimiento pacífico. Esta disposición se aplicó en contra de Belice y Guyana, los que una vez obtenida su independencia no pudieron ingresar durante varios años a la OEA por el litigio que mantenían con Guatemala y Venezuela, respectivamente.

Sin embargo, Belice y Guyana ingresaron a Naciones Unidas y fueron reconocidos por la mayoría de los Estados americanos y en los años siguientes sus controversias con Guatemala y Venezuela fueron evolucionando hasta permitir que éstos levantasen su objeción para ingresar como miembros de la OEA.

En la reforma a la Carta, que se llevó a cabo en 1985 en Cartagena de Indias y que fuera incorporada a la Carta como artículo 8, se dispuso, en substitución a la anterior restricción, que

**La condición de miembro de la Organización estará restringida a los Estados independientes del Continente que al 10 de diciembre de 1985 fueran miembros de las Naciones Unidas y a los territorios no autónomos mencionados en el documento OEA/Ser.P., AG/doc.1939/85, cuando alcancen su independencia.**

A primera vista se trata de una disposición inusual en la Carta de una organización internacional, con referencias a un documento de difícil acceso e identificación. Su explicación es que mediante esa referencia al documento citado en el artículo 8 -el cual fue preparado por la Secretaría General de la OEA bajo el título "Información sobre la evolución constitucional de los territorios no autónomos situados en el continente americano y otros territorios americanos vinculados a los Estados extracontinentales"- se impedía el eventual ingreso de las Islas Malvinas -que Argentina reclama como suyas- en el caso de que el Reino Unido decidiera concederles un i late ráimente su independencia, toda vez que esas islas no eran independientes en 1985 ni se encuentran incluidas en el documento aludido, el cual identifica como territorios no autónomos vinculados a los Estados extracontinentales en el continente americano a los siguientes territorios dependientes de Gran Bretaña: Anguila, Bermudas, Caimán, Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas y Montserrat; como dependientes de Francia a Guadalupe, Martinica, Guayana Francesa y Saint Pierre y Miquelon; y como dependientes de los Países Bajos a Aruba, Bonaire, Curagao, Sasba, San Eustacio y San Martín, que integran las Antillas Holandesas. Eventualmente esos territorios pueden llegar a ser miembros de la OEA, no así las Islas Malvinas o cualquier otro territorio que no se encuentre mencionado en el documento al que se refiere el artículo 8 de la Carta.

#### **245. *Expulsión de un Estado miembro***

Ni la Carta de la OEA de 1948 ni la actual después de sus sucesivas reformas contempla norma alguna que se refiera a la expulsión de un Estado miembro. En un sentido estricto y sobre

la base del artículo 1, que dispone que "la Organización de Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente (arta", la expulsión de un Estado miembro no sería procedente.

No obstante, cabe considerar la especial situación en que se encuentra Cuba. Ese Estado fue "excluido" del sistema interamericano por una resolución adoptada por la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, la que reunida en Punta del Este en 1962, en aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, resolvió que "el actual Gobierno de Cuba, que oficialmente se ha identificado como un gobierno marxista-leninista, es incompatible con los propósitos y principios del sistema interamericano" y "que esta incompatibilidad excluye al Gobierno de Cuba de su participación del sistema interamericano".

El criterio preponderante en la actualidad es considerar que Cuba sigue siendo un Estado miembro de la OEA, lo que explicaría, por ejemplo, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estime que tiene jurisdicción para pronunciarse sobre situaciones ocurridas en ese Estado y considere que pueda presentar informes que se refieran a la situación de los derechos humanos en ese Estado. De acuerdo con ese criterio, el efecto de su exclusión por la VIII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores no habría sido su expulsión de la Organización, sino la de la suspensión de la participación del Gobierno cubano en los órganos y organismos del sistema interamericano, mientras subsista la situación que provocó su exclusión. El tema, por ahora, carece de importancia práctica en razón de que el gobierno de Cuba reiteradamente ha expresado su falta de interés en reincorporarse a la OEA.

#### **246** *Suspensión de un Estado miembro*

El Protocolo de Washington de 1992, que modificó la Carta de la OEA, agregó como nuevo artículo 9 una disposición que permite que un miembro de la organización "cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza", pueda ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especiali-

zadas, así como de las Comisiones, Grupos de Trabajo y demás Cuerpos que se hayan creado

Tal reforma a la Carta de la OEA, adoptada al año siguiente de la Resolución 1080 y del "Consenso de Santiago", que habían establecido un procedimiento en caso de interrupción abrupta del régimen constitucional, obedeció al afán de fortalecer y defender la democracia.

El mismo artículo 9 se encarga de regular la facultad conferida a la Asamblea General, la que deberá ejercerse en un periodo extraordinario de sesiones de ésta por el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados miembros y solamente cuando hayan sido infructuosas las gestiones diplomáticas que la Organización hubiera emprendido con el objeto de propiciar el restablecimiento de la democracia representativa en el Estado miembro afectado.

El artículo 9 dispone que el miembro que hubiera sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones por la Organización. También se dispone en ese artículo que la Asamblea General puede levantar la suspensión con el mismo quorum de los dos tercios de los Estados miembros.

#### **247. *Observadores***

Diversas resoluciones de la Asamblea General de la OEA, a partir de 1971, han venido regulando la participación como observadores en las actividades de la Organización de Estados que no son miembros de ella. De acuerdo con estas normas un Estado puede acceder a la condición de observador permanente, si así lo solicita y el Consejo Permanente lo aprueba, teniendo en cuenta "los puntos de vista de los Estados miembros y las contribuciones que el Estado solicitante pudiera ofrecer a los Programas de la Organización". En la actualidad cerca de 50 Estados de todos los continentes tienen esa condición de observador permanente, con lo cual la OEA sea probablemente una de las pocas organizaciones internacionales en la que el número de observadores sea superior al de sus Estados miembros. Algunos de los Estados observadores, como España y Francia y, hasta hace pocos años, Rusia, habían acreditado una misión permanente dedicada exclusivamente a la OEA.

Los Estados que pasan a adquirir la condición de observadores permanentes quedan acreditados ante todos los órganos de la OEA y pueden presenciar las sesiones de órganos como la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y el Consejo Permanente y solicitar los correspondientes documentos. En algunas ocasiones se les ha conferido el uso de la palabra. También algunos de esos Estados han efectuado importantes contribuciones, especialmente en los campos de la cooperación para el desarrollo, la protección de los derechos humanos, la defensa de la democracia, las observaciones de procesos electorales, y las tareas de desminado, etc.

Asimismo participan como observadores ante determinados órganos de la OEA, especialmente ante la Asamblea General, las organizaciones internacionales gubernamentales. Las pertenecientes o vinculadas al sistema interamericano lo hacen por derecho propio. Las otras, como las pertenecientes o vinculadas a Naciones Unidas, mediante un acuerdo negociado y firmado por los Secretarios Generales o por una invitación especial, al igual que ciertas organizaciones regionales o subregionales, como la Unión Europea, la Unión Africana, el Parlamento Latinoamericano, el Sistema de Integración Centroamericana, el CARICOM, la FLACSO y el OPANAL.

Por su parte, las organizaciones no gubernamentales "cuyos objetivos y actividades sean compatibles con los principios y propósitos de la Organización, pueden ser invitadas a que participen como observadores en los Periodos de Sesiones de la Asamblea General". De hecho han sido numerosas estas organizaciones no gubernamentales que han venido participando como observadores en los últimos periodos de sesiones de la Asamblea General.

### *Sección IV*

## LOS ÓRGANOS DE LA OEA

### **248. *Los órganos principales previstos en la Carta***

El artículo 53 de la Carta dispone que la Organización realice sus fines por medio de:

- a) La Asamblea General;
- b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores;
- c) Los Consejos;
- d) El Comité Jurídico Interamericano;
- e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
- f) La Secretaría General;
- g) Las Conferencias Especializadas, y
- h) Los Organismos Especializados.

Con la reforma a la Carta adoptada en la Asamblea General que tuvo lugar en Managua en 1993, los Consejos actualmente se han reducido a dos: el Consejo Permanente y el Consejo de Desarrollo Integral, cada uno de los cuales se estudiarán separadamente.

El último párrafo del artículo 53 ha dispuesto que se pueden establecer, además de los previstos en la Carta y de acuerdo con sus disposiciones, los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarias.

#### **249. La Asamblea General**

La Asamblea General es el órgano supremo de la OEA. De acuerdo con el artículo 54, ella tiene como atribuciones principales, además de las otras que le señala la Carta, las siguientes:

- a) Decidir la acción y la política generales de la Organización, determinar la estructura y funciones de sus órganos y considerar cualquier asunto relativo a la convivencia de los Estados americanos;
- b) Dictar disposiciones para la coordinación de las actividades de los órganos, organismos y entidades de la Organización entre sí, y de estas actividades con las de las otras instituciones del sistema interamericano;
- c) Robustecer y armonizar la cooperación con Naciones Unidas y sus organismos especializados;
- d) Propiciar la colaboración, especialmente en los campos económico, social y cultural, con otras organizaciones internacionales que persigan propósitos análogos a los de la Organización de los Estados Americanos;
- e) Aprobar el programa-presupuesto de la Organización y fijar las cuotas de los Estados miembros;

f) Considerar los informes de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y las observaciones y recomendaciones que, con respecto a los informes que deben presentar los demás órganos y entidades, le eleve el Consejo Permanente, de conformidad con lo establecido en el párrafo f) del artículo 91, así como los informes de cualquier órgano que la propia Asamblea General requiera;

g) Adoptar las normas generales que deben regir el funcionamiento de la Secretaría General, y

h) Aprobar su reglamento y, por dos tercios de los votos, su temario.

Todos los Estados miembros de la OEA tienen derecho a hacerse representar en la Asamblea General y cada uno de ellos tiene derecho a un voto, tal como lo preceptúa el artículo 56; por lo general, las delegaciones a la Asamblea General son presididas por los Ministros de Relaciones Exteriores. Los períodos ordinarios de sesiones se celebran una vez al año y, conforme al actual Reglamento, ellas se inician el segundo lunes del mes de junio de cada año, precedidas por un diálogo informal el día anterior de los Jefes de Delegación.

Las Asambleas Generales, que sustituyeran a las antiguas Conferencias Panamericanas, han venido celebrándose desde 1971. La primera de ellas se efectuó en San José de Costa Rica y han continuado teniendo lugar, conforme al principio de rotación, en la sede que haya sido determinada el anterior período ordinario de sesiones. Sí no es posible que se celebre en la sede escogida, en ese caso, ella deberá celebrarse en la sede de la Secretaría General, esto es, en la ciudad de Washington.

Cuando se efectuó la reforma a la Carta de la OEA en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires se pretendió que las Asambleas Generales fuesen la ocasión para debatir y tomar decisiones sobre los más importantes asuntos que afectaban a las relaciones interamericanas. De ahí que estos períodos ordinarios de sesiones de las Asambleas Generales se extendieran al menos por una semana.

Durante buena parte de las décadas del 70 y del 80 el tema de los derechos humanos, en general, o de determinados Estados acusados de su violación sistemática pasó a constituirse en el principal asunto de esos períodos de sesiones de la Asamblea



General. Esa situación ha cambiado en los últimos años y los períodos de sesiones generalmente duran dos días, habiéndose previamente en Washington redactado por el Consejo Permanente, actuando como Comisión Preparatoria, los correspondientes proyectos de resoluciones destinados a ser aprobados por la Asamblea General, la cual sesiona en reuniones plenarias, en las que tiene lugar un debate general cuyo tema central es determinado previamente y en el que se aprueban sin discusión los proyectos de resolución previamente preparados por el Consejo Permanente. Junto al Plenario funciona una Comisión que considera nuevas resoluciones o aquellos asuntos que no han contado todavía en un consenso y que requieren de mayores negociaciones antes de someterlos a la aprobación del Plenario.

La Asamblea General puede también reunirse en períodos extraordinarios de sesiones, los cuales son convocados por el Consejo Permanente con la aprobación de las dos terceras partes de los Estados miembros. Ha sido frecuente la práctica de convocar a estos períodos extraordinarios de sesiones para tratar asuntos importantes de diversa naturaleza, como la adopción de la Carta Democrática en Lima en 2001 o la consideración de la situación política especial de un país, como aconteció en el año 2002 con Venezuela o para la elección del Secretario General, como ocurrió en 2005.

Las decisiones de la Asamblea General se adoptan por el voto de la mayoría absoluta de los Estados miembros, salvo los casos en que la Carta requiera el voto de los dos tercios de los Estados. Sin embargo, en la práctica, las decisiones de la Asamblea General, por lo general, se adoptan por consenso después de haber sido sometidas a un largo proceso de negociación.

### **250. *Las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores***

Las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, como órgano del sistema interamericano, como se estudió

" Ver Capítulo IX Sección III, N° 189, donde se estudia el sistema de votaciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en el que las decisiones se adoptan con la participación de los Estados presentes y votantes; y el de la OEA, donde el quorum está determinado por la totalidad de los Estados miembros, por lo que las abstenciones y ausencias tienen el mismo efecto que el voto en contra.

anteriormente, habían sido establecidas en la Conferencia de Buenos Aires de 1936 y luego en la Octava Conferencia Panamericana celebrada en Lima en 1938. Las tres primeras de ellas fueron convocadas por situaciones originadas por la Segunda Guerra Mundial.

En 1948 las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores fueron incorporadas a la Carta de la OEA como uno de los órganos principales de la Organización. Bajo la Carta, la Reunión de Consulta se puede celebrar por dos causas diferentes. En primer lugar, "con el fin de considerar problemas de carácter urgente y de interés común" (artículo 61) o también para servir de órgano de consulta en virtud del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (artículo 64). En el primer caso, la reunión se rige exclusivamente por la Carta de la OEA, y en el segundo, por ese instrumento, pero también por las disposiciones del TIAR.

La escogencia de una u otra opción dependerá de las circunstancias y de los resultados que aspiran los Estados que han convocado a la reunión, puesto que bajo el TIAR es posible la adopción de medidas más efectivas y severas. También debe tenerse presente que si la Reunión de Consulta es convocada de acuerdo con la Carta de la OEA, participan en ella todos los Estados miembros de la Organización; en cambio, si lo es bajo el TIAR, sólo pueden participar en la reunión los Estados que sean partes de ese instrumento.

De hecho, hasta ahora estas reuniones se han convocado bajo uno y otro instrumento e incluso bajo ambos, como ocurrió cuando tuvieron lugar los atentados terroristas ocurridos en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001. El 21 de septiembre de 2001, a petición de México, se celebró la XXIII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores convocada bajo la Carta de la OEA e inmediatamente después, ese mismo día, tuvo lugar la XXIV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, la que fue convocada bajo el TIAR a solicitud de Brasil.

La Reunión de Consulta es convocada a solicitud de cualquier Estado por el Consejo Permanente, el cual debe preparar el temario o programa y el reglamento de la reunión (artículos 62 y 63). La reunión, como lo indica su propio nombre, está in-

tegrada por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados partes de la OILA, tanto si es convocada bajo la Carta o por el TIAR. En caso de que un Ministro no pudiera concurrir, el Estado puede hacerse representar por un delegado especial.

La Carta contempla como órgano asesor del órgano de consulta un Comité Consultivo de Defensa, integrado con las altas autoridades militares de los Estados americanos, pero en los hechos éste nunca se ha reunido.

### 251. *El Consejo Permanente*

El Consejo Permanente, a diferencia de los anteriores Consejos, es, como su nombre lo indica, el órgano permanente encargado de asegurar la continuidad de las labores de la OEA entre los periodos de sesiones de la Asamblea General. El Consejo Permanente se compone de un representante por cada Estado miembro, nombrado especialmente por el gobierno respectivo con la categoría de embajador. Cada gobierno, además, podrá acreditar un representante interino, así como los representantes suplentes y asesores que juzgue convenientes (artículo 80).

La presidencia del Consejo Permanente es rotativa y es ejercida por un periodo de tres meses, siguiendo el orden alfabético en español, al igual que la vicepresidencia, en la cual se sigue el orden alfabético inverso.

La principal función del Consejo Permanente es dar cumplimiento a aquellos asuntos que le encomiendan la Asamblea General y la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. El Consejo Permanente a ese respecto debe ejecutar y velar por la ejecución por parte de los demás órganos de los mandatos conferidos por la Asamblea General y la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

El Consejo Permanente además actúa provisionalmente como órgano de consulta en aplicación del TIAR, cuando los Ministros de Relaciones Exteriores aún no se han reunido.

En 1967, el Protocolo de Buenos Aires, que reformó la Carta, le otorgó al Consejo Permanente facultades en materia de solución pacífica de controversias; pero éstas fueron reducidas en 1985 por el Protocolo de Cartagena de Indias. Bajo la actual Carta, el Consejo Permanente, en síntesis, puede asistir a los Estados partes en una controversia interponiendo sus buenos ofi-

cios, investigando los hechos, recomendando los procedimientos que considere adecuados y, con la anuencia de ambas partes, estableciendo comisiones ad hoc. En general todas las facultades que en materia de solución pacífica han sido reconocidas al Consejo Permanente suponen el consentimiento de todas las partes de la controversia. Si una de las partes no aceptase el procedimiento recomendado por el Consejo Permanente o sugerido por la Comisión ad hoc, en ese caso el Consejo Permanente debe limitarse a informar a la Asamblea General, sin perjuicio de llevar a cabo gestiones para el avenimiento de las partes o la reanudación de las relaciones entre ellas.

Otras funciones que el artículo 91 le confiere al Consejo Permanente son las de:

a) Ejecutar aquellas decisiones de la Asamblea General o de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores cuyo cumplimiento no haya sido encomendado a ninguna otra entidad;

b) Velar por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General y, cuando la Asamblea General no estuviere reunida, adoptar las disposiciones de índole reglamentaria que habiliten a la Secretaría General para cumplir sus funciones administrativas;

c) Actuar como Comisión Preparatoria de la Asamblea General en las condiciones determinadas por el artículo 60 de la Carta, a menos que la Asamblea General lo decida en forma distinta;

d) Preparar, a petición de los Estados miembros, y con la cooperación de los órganos apropiados de la Organización, proyectos de acuerdos para promover y facilitar la colaboración entre la Organización de los Estados Americanos y las Naciones Unidas o entre la Organización y otros organismos americanos de reconocida autoridad internacional. Estos proyectos serán sometidos a la aprobación de la Asamblea General;

e) Formular recomendaciones a la Asamblea General sobre el funcionamiento de la Organización y la coordinación de sus órganos subsidiarios, organismos y comisiones; y

f) Considerar los informes del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, del Comité Jurídico Interamericano, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Se-

cretaría General, de los organismos y conferencias especializados y de los demás órganos y entidades, y presentar a la Asamblea General las observaciones y recomendaciones que estime del caso.

Por lo general, el Consejo Permanente se reúne en sesiones ordinarias cada dos semanas. También puede celebrar sesiones extraordinarias y especiales de carácter protocolar para recibir a un Jefe de Estado o Gobierno, a un Ministro de Relaciones Exteriores o para conmemorar ciertas efemérides. Las sesiones del Consejo, en principio, son públicas. El Consejo Permanente puede también delegar sus funciones en las distintas Comisiones que éste disponga. En la actualidad, las principales Comisiones del Consejo Permanente son las de Asuntos Jurídicos y Políticos; la de Seguridad Hemisférica, y la Comisión de Gestión de Cumbres Interamericanas y Participación de la Sociedad Civil en las actividades de la OEA.

El Consejo Permanente y la Secretaría General tienen la misma sede, esto es, la ciudad de Washington, en el Distrito de Columbia, en los Estados Unidos de América.

### ***252. El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral***

Este Consejo resultó de la fusión en 1993 por el Protocolo de Managua de los anteriores Consejos Interamericanos Económico-Social e Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Su finalidad es promover la cooperación entre los Estados americanos con el propósito de lograr su desarrollo integral y, en particular, contribuir a la eliminación de la pobreza crítica de conformidad con las normas de la Carta de la OEA en los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico.

Para realizar sus diversos fines, particularmente en el área específica de la cooperación técnica, el Consejo Interamericano para el Desarrollo deberá:

a) Formular y recomendar a la Asamblea General el plan estratégico que articule las políticas, los programas y las **medidas** de acción en materia de cooperación para el desarrollo integral, en el marco de la política general y las prioridades definidas por la Asamblea General.

b) Formular directrices para elaborar el programa-presupuesto de cooperación técnica, así como para las demás actividades del Consejo.

c) Promover, coordinar y responsabilizar de la ejecución de programas y proyectos de desarrollo a los órganos subsidiarios y organismos correspondientes, con base en las prioridades determinadas por los Estados miembros, en áreas tales como el desarrollo económico y social, incluyendo el comercio, el turismo, la integración y el medio ambiente; el mejoramiento y extensión de la educación a todos los niveles y la promoción de la investigación científica y tecnológica, a través de la cooperación técnica, así como el apoyo a las actividades del área cultural, y el fortalecimiento de la conciencia cívica de los pueblos americanos, como uno de los fundamentos del ejercicio efectivo de la democracia y la observancia de los derechos y deberes de la persona humana.

d) Establecer relaciones de cooperación con los órganos correspondientes de las Naciones Unidas y con otras entidades nacionales e internacionales, especialmente en lo referente a la coordinación de los programas interamericanos de cooperación técnica.

e) Evaluar periódicamente las actividades de cooperación para el desarrollo integral, en cuanto a su desempeño en la consecución de las políticas, los programas y proyectos, en términos de su impacto, eficacia, eficiencia, aplicación de recursos, y de la calidad, entre otros, de los servicios de cooperación técnica prestados, e informar a la Asamblea General.

El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral celebra, por lo menos, una reunión anual a nivel ministerial; pero puede también convocar a reuniones al mismo nivel para examinar los temas especializados o sectoriales que estime pertinentes. Este Consejo también tiene comisiones especializadas no permanentes. La ejecución y coordinación de los proyectos aprobados se encuentra a cargo de una Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo, dirigida por el Secretario Ejecutivo para el Desarrollo Integral, quien es designado por el Secretario General con la aprobación del referido Consejo.

### 253. *El Comité Jurídico Interamericano*

El Comité Jurídico Interamericano tiene como primer antecedente la Junta Internacional de Jurisconsultos creada en 1906 por la Tercera Conferencia Internacional Americana encargada de promover la codificación en las Américas del derecho internacional, tanto público como privado. La Carta de Bogotá de 1948 estableció como uno de sus Consejos el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, del cual el Comité Jurídico Interamericano pasó a ser la Comisión Permanente de dicho Consejo. Con la reforma del Protocolo de Buenos Aires de 1967 el Consejo Interamericano de Jurisconsultos dejó de existir y el Comité Jurídico Interamericano se convirtió en uno de los órganos principales de la OEA.

De acuerdo con el artículo 99 de la Carta de la OEA:

**El Comité Jurídico Interamericano tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente.**

El Comité tiene su sede en Río de Janeiro y está integrado por 11 juristas nacionales de los Estados miembros, elegidos por un período de cuatro años por la Asamblea General y que representan al conjunto de los Estados miembros de la Organización. No puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad. En caso de producirse una vacante en el Comité, ésta es llenada por el Consejo Permanente.

El Comité Jurídico Interamericano tiene una competencia más amplia y flexible que su homóloga de Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional, cuya principal función es codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional por medio de proyectos de convenciones. Esta función también la tiene el Comité Jurídico Interamericano, que la ha cumplido en escasas ocasiones y generalmente por encargo de un órgano principal de la OEA, como aconteció, por ejemplo, con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en delitos para las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia interna-

cional, de 1971; o la Convención contra la Corrupción, de 1996, o la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de 1999, aunque, en definitiva, esas convenciones fueron adoptadas sobre la base de proyectos elaborados por el Grupo de Trabajo del Consejo Permanente, los que habían tomado en cuenta los proyectos remitidos por el Comité. También cabe mencionar la labor cumplida por el Comité en la preparación de varias convenciones en materia de derecho internacional privado.

Además de la preparación de estos instrumentos convencionales, el Comité prepara informes o estudios a petición de la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los Consejos, como aconteció, por ejemplo, con su importante opinión sobre la llamada ley Helms-Burton de los Estados Unidos, que fuera solicitada por la Asamblea General de 1996. También, conforme al artículo 100, el Comité puede preparar, a iniciativa propia, los estudios y trabajos que considere convenientes. Así, a comienzos de la década del 70, cuando en Naciones Unidas había comenzado a debatirse la renovación del derecho del mar, que culminaría con la convocatoria de la Tercera Conferencia de las Naciones sobre el Derecho del Mar, algunos de sus miembros presentaron trabajos sobre esa materia y el propio Comité adoptó en 1973 un dictamen en el que, entre otras proposiciones, se contiene la creación como nueva categoría jurídica la del mar patrimonial para la zona posterior al mar territorial, hasta las 200 millas marinas, proposición que bajo los términos de zona económica exclusiva fue recogida posteriormente por la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

Otra importante labor que cumple el Comité Jurídico Interamericano es la difusión del derecho internacional, especialmente a través del curso que una vez al año organiza para jóvenes profesores o funcionarios encargados de aplicar el derecho internacional.

#### **254. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos***

Esta Comisión, de creciente importancia en las actividades de la OEA, fue creada en 1959 por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.



En 1967 fue incorporada a la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires, no obstante que la anunciada convención para determinar su estructura y funciones no había sido aún adoptada.<sup>7</sup>

La Carta dispuso que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tendrá como función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia {art. 106). La CIDH, pues, al estar incorporada a la Carta de la OEA, forma parte de la Organización y parte importante de sus competencias -las derivadas de la Carta- se extienden respecto de todos los Estados miembros de la OEA.

En 1969 la Conferencia celebrada en San José de Costa Rica adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, la que entró en vigor en 1978. Dicha Convención estableció dos órganos para la protección de los derechos humanos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos, los que representan a todos los miembros de la OEA (arts. 24 y 35 de la Convención). Los miembros de la Comisión son elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA y duran en sus funciones cuatro años, pudiendo ser reelegidos sólo una vez.

Los servicios de Secretaría de la Comisión están a cargo de una unidad administrativa especializada bajo la dirección de un

<sup>7</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no figuraba en el proyecto de reformas a la Carta de la OEA que había sido elaborado por una Comisión Especial que se reunió en Panamá en 1966 y que debía considerar la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria. En la Conferencia, reunida en Buenos Aires en 1967, las delegaciones de Argentina y de Brasil presentaron una enmienda al proyecto redactado en Panamá, para agregar al artículo en el que se mencionaba a los órganos principales de la OEA a la Junta Interamericana de Defensa, lo que dio origen a una ardua y prolongada discusión. Sometida a votación esa propuesta, fue rechazada. Inmediatamente después de esa votación, el representante de Chile solicitó que, en vez, como órgano principal de la OEA se incluyera a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sometida a votación, dicha propuesta fue aceptada.

Secretario Ejecutivo, quien debe ser una persona de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos, el cual es designado por el Secretario General de la OEA en consulta con la Comisión.

La sede de la Comisión es la ciudad de Washington.

La labor que ejerce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituye una de las funciones más importantes que cumple la OEA en la actualidad, por lo que será objeto de un estudio más pormenorizado más adelante.<sup>8</sup>

### **255. La Secretaría General**

La Secretaría General, denominada Unión Panamericana antes de la reforma a la Carta de la OEA, que entró en vigor en 1970, es el órgano central y permanente de la Organización. Ejerce las funciones que le atribuyen la Carta, otros tratados y acuerdos interamericanos y la Asamblea General y cumple los encargos que le encomiendan la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y los Consejos. Además de esa función genérica, otras disposiciones de la Carta, particularmente los artículos 111 y 112, le otorgan a la Secretaría General las funciones de promover las relaciones económicas, sociales, jurídicas, educativas, científicas y culturales entre los Estados miembros. Corresponde en particular a la Secretaría General:

a) Transmitir ex officio a los Estados miembros la convocatoria de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral y de las Conferencias Especializadas;

b) Asesorar a los otros órganos, según corresponda, en la preparación de los temarios y reglamentos;

c) Preparar el proyecto de programa-presupuesto de la Organización, sobre la base de los programas adoptados por los consejos, organismos y entidades cuyos gastos deban ser incluidos en el programa-presupuesto y, previa consulta con esos consejos o sus comisiones permanentes, someterlo a la Comisión

<sup>a</sup> Ver Capítulo XIII. Sección III.

Preparatoria de la Asamblea General y después a la Asamblea misma;

d) Proporcionar a la Asamblea General y a los demás órganos servicios permanentes y adecuados de secretaría y cumplir sus mandatos y encargos. Dentro de sus posibilidades, atender a las otras reuniones de la Organización;

e) Custodiar los documentos y archivos de las Conferencias Interamericanas, de la Asamblea General, de las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, de los consejos y de las Conferencias Especializadas;

f) Servir de depositaria de los tratados y acuerdos interamericanos, así como de los instrumentos de ratificación de los mismos;

g) Presentar a la Asamblea General, en cada período ordinario de sesiones, un informe anual sobre las actividades y el estado financiero de la Organización, y

h) Establecer relaciones de cooperación, de acuerdo con lo que resuelva la Asamblea General o los consejos, con los Organismos Especializados y otros organismos nacionales e internacionales.

La sede de la Secretaría General se encuentra en la ciudad de Washington, La Secretaría está compuesta por funcionarios internacionales que deben mantener su independencia respecto a los Estados miembros, los cuales, a su vez, deben respetar la naturaleza exclusivamente internacional de éstos. El número de funcionarios de la OEA ha ido disminuyendo en los últimos años debido a las serias limitaciones presupuestarias por las que atraviesa esa Organización. Actualmente, éstos alcanzan a cerca de 500 funcionarios, incluyendo a los que prestan sus servicios en órganos y organismos que tienen su sede fuera de Washington o en las diferentes oficinas nacionales que la OEA mantiene en la mayoría de sus Estados miembros.

La Secretaría General es dirigida por el Secretario General, quien tiene la representación legal de la misma. El Secretario General es elegido por la Asamblea General para un período de cinco años y no puede ser reelegido más de una vez ni sucedido por una persona de su misma nacionalidad.

El Secretario General o su representante pueden participar **con voz**, pero sin voto, en todas las reuniones de la **Organiza-**

ción. La reforma a la Carta adoptada por el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985 agregó una nueva e importante función al Secretario General, cual es la de poder llamar la atención a la Asamblea General o al Consejo Permanente sobre cualquier asunto que, en su opinión, pudiese afectar la paz y la seguridad del Continente o el desarrollo de los Estados miembros.

La Carta también establece el cargo de Secretario General Adjunto, quien igualmente es elegido por la Asamblea General por un período de cinco años, el cual sólo puede extenderse por una sola vez. Ambos funcionarios no deben ser de la misma nacionalidad. El Secretario General Adjunto sustituye al Secretario General en caso de ausencia temporal o impedimento y es el Secretario del Consejo Permanente.

Hasta ahora han sido Secretarios Generales de la OEA el colombiano Alberto Lleras Camargo (1948-1954); el chileno Carlos Dávila (1954-1955), quien falleció cuando ejercía el cargo; el uruguayo José Antonio Mora (1956-1968); el ecuatoriano Galo Plaza (1968-1975); el argentino Alejandro Orfila (1975-1984); el brasileño Joao Clemente Baena Soares (1984-1994); el colombiano César Gaviria (1994-2004); el costarricense Miguel Angel Rodríguez, quien fue electo en el 2004 pero debió renunciar ese año debido a la acusación de corrupción que le fue formulada en su propio país. En 2005 fue elegido el chileno José Miguel Insulza para un período de cinco años.

### **256. *Las Conferencias Especializadas***

Las Conferencias Especializadas como uno de los órganos principales de la OEA provienen de la Carta de 1948. El actual artículo 122 dispone que estas conferencias son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana y que ellas se celebren cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancias de alguno de los Consejos u Organismos Especializados.

No obstante que en una estricta técnica jurídica pareciera difícil caracterizar a las Conferencias Especializadas como órgano principal de la OEA, dado el carácter no permanente de sus actividades, en la práctica importantes instrumentos del sistema

interamericano han sido adoptados por estas Conferencias Especializadas, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia de San José de Costa Rica de 1969; la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada por la Conferencia Especializada de Caracas de 1996; o la Declaración sobre Seguridad de las Américas, adoptada por la Conferencia Especial de México de 2003.

### **257. *Los Organismos Especializados***

El actual artículo 124 los ha recogido como "los Organismos Intergubernamentales establecidos por acuerdos multilaterales que tengan determinadas funciones en materias técnicas de interés común para los Estados americanos". Los Organismos Especializados son organizaciones internacionales diferentes a la OEA, que disfrutan de la más amplia autonomía técnica, pero que deben tener en cuenta las recomendaciones de la Asamblea General y de los Consejos y enviar a la Asamblea General sus informes anuales sobre el desarrollo de sus actividades y sus presupuestos. Sus relaciones con la OEA son determinadas mediante acuerdos celebrados entre cada organismo y el Secretario General, con la autorización de la Asamblea General. También pueden establecer relaciones de cooperación con organismos mundiales de la misma índole.

En la actualidad, estos organismos comprenden la Organización Panamericana de la Salud, creada en México en 1902, con sede en Washington; el Instituto Interamericano del Niño, creado en 1924, con sede en Montevideo; la Comisión Interamericana de Mujeres, creada en La Habana en 1928, con sede en Washington; el Instituto Panamericano de Historia y Geografía, creado en 1928, con sede en Ciudad de México; el Instituto Indigenista, creado en 1940 en Pátzcuaro, México, con sede en Ciudad de México; y el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, creado en 1944, cuya sede actualmente se encuentra en San José de Costa Rica.

### **258. *Otras entidades y organismos***

El artículo 53, después de mencionar a los órganos principales que se han señalado anteriormente, agrega un párrafo final en

el que se dispone: "se podrán establecer, además de los previstos en la Carta y de acuerdo con sus disposiciones, los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarias". Estas entidades forman parte integrante de la OEA y no tienen, por lo tanto, la autonomía técnica y presupuestaria de los Organismos Especializados, aunque la situación de cada una de ellas es diferente, dependiendo de los poderes que se le han conferido al constituirse. En general, ellas han sido creadas por un tratado o mediante una resolución de uno de los órganos principales revestidos de competencia para ello.

Entre las principales entidades y organismos a ese respecto cabe citar a la Junta Interamericana de Defensa, establecida por la Tercera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en 1942 y la que en 2006 pasó a ser una entidad de la Organización con base en el artículo 53 de la Carta; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969; la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), creada en 1986 por la Asamblea General; la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL), creada por la Conferencia Especializada efectuada en 1994; la Comisión Interamericana contra el Terrorismo (CICTE), establecida en 1999 por la Asamblea General; y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, creado igualmente en 1999 por la Asamblea General y cuya sede se encuentra en Santiago de Chile.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) merece una atención diferente. Aunque ese Banco, de gran importancia en las relaciones interamericanas y cuya finalidad es promover el desarrollo económico individual y colectivo de los Estados americanos, forma parte del sistema interamericano, no es ni un organismo especializado ni una entidad dependiente de la OEA. Es una institución diferente, con administración y presupuesto propio, en la que participan, además de los Estados miembros de la OEA, importantes países de otras regiones del mundo.

### ***259. Las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas***

Esta sección no estaría completa si no se hiciera una referencia a las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de las Améri-

cas, a pesar de que en un sentido estricto ellas no constituyen un órgano de la OEA, pero al estar integradas por las más altas autoridades de cada uno de los Estados miembros de la OEA con la competencia necesaria para dar instrucciones y conferir mandatos a las organizaciones internacionales de las que forman parte esos Estados, resulta evidente que para la OEA y, en general, para los organismos y órganos del sistema interamericano, tales Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno han pasado a constituir una instancia de la más alta jerarquía con capacidad para tomar decisiones a las cuales los órganos de la OEA deben darles cumplimiento.

Si bien existen precedentes de reuniones de Presidentes de las Repúblicas Americanas, como las efectuadas en Panamá en 1956 y en Punta del Este en 1967, las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno integradas por los Presidentes de las Repúblicas y los Primeros Ministros de los Estados de la OEA comienzan a celebrarse, con algún grado de institucionalidad y periodicidad, a partir de 1994. En diciembre de ese año se celebró la Primera Cumbre en Miami; la Segunda tuvo lugar en Santiago de Chile, en abril de 1998; la Tercera en Quebec, Canadá, en abril de 2001, y la Cuarta en Mar del Plata, en noviembre de 2005, además de una Cumbre Extraordinaria, que tuvo lugar en Monterrey, México, en enero de 2004.

En la primera de esas Cumbres, organizada por el Gobierno de los Estados Unidos, la OEA tuvo escasa participación en su preparación; pero después a la OEA y a otras instituciones del sistema interamericano, particularmente al Banco Interamericano de Desarrollo y a la Organización Panamericana de la Salud, se les han ido confiriendo importantes responsabilidades tanto en la organización de las Cumbres como en el seguimiento de los acuerdos adoptados por ellas, habiéndose creado en la OEA una Secretaría de Cumbres de las Américas, dependiente directamente del Secretario General.

Los dos principales instrumentos que normalmente adoptan estas Cumbres son una Declaración y un Plan de Acción. Este último contiene mandatos con acciones específicas a los Gobiernos o a las principales instituciones del sistema **interamericano**, en particular a la OEA -y, en algunos casos, directamente a entidades de ésta-, el BID y la OPS, procurando con ello coordi-

de modo más eficaz posible un trabajo conjunto para facilitar el cumplimiento de objetivos comunes.

Estas Declaraciones y Planes de Acción se han referido a los más importantes asuntos que conciernen a los Estados americanos y a las actuales relaciones interamericanas. Entre esos asuntos, las Cumbres han considerado temas como los relativos al fortalecimiento de la democracia, la integración económica y el libre comercio; la erradicación de la pobreza y la discriminación; la promoción y la defensa de los derechos humanos; el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente; la transparencia y buena gestión gubernamental; la lucha contra la corrupción; el fortalecimiento del Estado de Derecho; la administración de justicia y la independencia del Poder Judicial; el fortalecimiento de los gobiernos locales; la libertad de comunicación y de expresión; los derechos de la mujer, del niño, de los ancianos y de los trabajadores migrantes; la igualdad de género; el problema de las drogas y la delincuencia organizada transnacional; la prevención de la violencia; la seguridad hemisférica; el fortalecimiento de las medidas de confianza y la lucha contra el terrorismo; el papel de la sociedad civil; el transporte, la energía y las telecomunicaciones; el crecimiento con igualdad; el mejoramiento de la educación y la salud; los pueblos indígenas; y la diversidad cultural, todo lo cual ha dado origen a importantes acuerdos e incluso a convenciones internacionales y a la adopción de medidas concretas que permitan encarar esos asuntos y los desafíos que ellos conllevan.

### *Sección V*

## LA SEGURIDAD COLECTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

### **260. Generalidades**

El tema de la seguridad colectiva ha estado casi permanentemente en la agenda del sistema interamericano, aunque bajo diferentes modalidades y perspectivas.

Aun antes de que se adoptara la Carta de la OEA en 1948, la seguridad hemisférica constituía una de las principales pre-



ocupaciones del incipiente sistema interamericano. Fue esa motivación la que significó la creación de las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores como un órgano de alto nivel encargado de adoptar decisiones expeditas y vinculantes en esa materia. Así, las tres primeras Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores fueron convocadas para tomar decisiones por hechos originados por la Segunda Guerra Mundial que afectaban la seguridad del continente. Más tarde, cuando la victoria de los aliados parecía inminente, los Estados americanos se reunieron a comienzos de 1945 en Chapultepec, México, para considerar los "problemas de la guerra y de la paz". En 1947 se adopta el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, que por muchos años determinó la seguridad colectiva del sistema interamericano, aunque gradualmente su importancia fue disminuyendo.

El término de la guerra fría y la percepción de muchos Estados americanos que las amenazas a su seguridad no sólo provenían de causas de orden militar, sino principalmente de otros factores -las violaciones graves a los derechos humanos, la carencia de regímenes democráticos, la inestabilidad económica, la pobreza extrema, el terrorismo, la corrupción, el tráfico de drogas, la propagación de ciertas enfermedades contagiosas como el sida, el deterioro del medio ambiente, entre otros-, significó que dentro de la OEA a partir de la década de los años 90 se comenzara a perfilar una nueva concepción de la seguridad hemisférica en la que ésta atendiera tanto a estos nuevos desafíos como a las amenazas tradicionales de orden militar, pero confiriéndoles a éstas también un nuevo enfoque, como por ejemplo, el fomento de las medidas de confianza recíproca.

En la presente sección de este Capítulo se estudiarán el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, su aplicación y su situación actual, para luego estudiar los nuevos desarrollos y desafíos que afronta la seguridad hemisférica.

El tema de la seguridad colectiva se encuentra **estrechamente** vinculado **al** de la solución pacífica de las controversias, aunque **estrictamente** son temas diferentes, por lo que resulta más conveniente separarlos por razones de método para su estudio. La solución pacífica de controversias dentro del sistema interamericano será estudiada dentro del Capítulo correspondiente a ese tema.

## **261** *El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca*

Inicialmente la seguridad colectiva en el sistema interamericano estuvo determinada por el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), adoptado en la Conferencia sobre Seguridad Colectiva celebrada en 1947 en Río de Janeiro, es decir, con anterioridad a la Carta de la OEA.

El funcionamiento del TIAR descansa principalmente en la posibilidad de su aplicación en dos hipótesis diferentes, según se trate de un ataque armado o de una situación que no constituya un ataque armado.

La primera de esas hipótesis, de acuerdo con el artículo 3 del TIAR, es la de un ataque armado por parte de cualquier listado contra un Estado americano, en cuyo caso cada una de las otras Partes Contratantes se comprometen a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho de legítima defensa que reconoce el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

Para que proceda el derecho del Estado atacado a solicitar la asistencia se requiere que el ataque armado haya ocurrido dentro del territorio del Estado americano o, en todo caso, dentro de una amplia zona que va del Polo Norte al Polo Sur y que es descrita de acuerdo a sus coordenadas geográficas en el artículo 4 del TIAR.

Cada una de las Partes Contratantes determinará las medidas inmediatas que adopte para asistir al Estado atacado, de acuerdo con el principio de la solidaridad continental.

Se trata de medidas provisionales, porque el órgano de consulta, después de haberse producido el ataque armado, deberá reunirse sin demora "con el fin de examinar esas medidas y adoptar las de carácter colectivo que le corresponda adoptar", sin perjuicio de que, en definitiva, sea el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al que le corresponderá adoptar las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales (artículo 3, número 4 del TIAR).

La segunda hipótesis, conforme al artículo 6 del TIAR, procede cuando la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado americano sea afectada por una agresión que no sea un ataque armado o por un conflicto, sea éste extracontinental o intracontinental, o por cualquier hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de

América. En ese caso el órgano de consulta deberá reunirse inmediatamente a fin de acordar las medidas que en caso de agresión se deban tomar en ayuda del agredido o las que convenga tomar para la defensa común y para el mantenimiento de la paz y la seguridad del continente.

Si se trata de un conflicto entre dos o más Estados americanos, sin perjuicio del derecho a la legítima defensa del Estado afectado, el órgano de consulta deberá instar a los Estados contendientes a superar las hostilidades y a restablecer las cosas al *status quo ante bellum*, además de facultarlos para tomar todas las medidas necesarias para restablecer o mantener la paz y la seguridad interamericanas y para la solución del conflicto.

El órgano de consulta al que se refiere el TIAR es la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, pudiendo actuar provisionalmente como tal el Consejo Permanente de la OEA. Las medidas que dicho órgano pueda adoptar, conforme al artículo 8 del TIAR, pueden comprender una o más de las siguientes: el retiro de los jefes de misión, la ruptura de las relaciones diplomáticas y de las relaciones consulares; la interrupción total o parcial de las relaciones económicas, o de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, telefónicas y el empleo de la fuerza armada.

El órgano de consulta, esto es, la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, adopta sus decisiones por el voto de los dos tercios de los Estados partes del TIAR; en cambio, si es el Consejo Permanente el que actúa provisionalmente como órgano de consulta, requiere tan sólo la mayoría de los miembros con derecho a voto (artículos 16 y 17 del TIAR). Las decisiones adoptadas por el órgano de consulta respecto de la aplicación de las medidas mencionadas en el artículo 8 son obligatorias para todos los Estados partes del TIAR, con la sola excepción de que ningún Estado está obligado a adoptar la fuerza armada sin su consentimiento (artículo 20).

## **262. Las aplicaciones del TIAR**

El TIAR fue adoptado en 1947, al inicio de la guerra fría, en prevención especialmente de que algún Estado americano pudiese ser objeto de un ataque armado por algún Estado de fuera de la región americana. Sin embargo, salvo la crisis de los misiles en

Cuba en 1962, en la que al Consejo de la OEA le correspondió actuar como órgano de consulta y las dos últimas veces que se ha invocado al TIAR para convocar a una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores -la situación de las Malvinas en 1982 y los actos de terrorismo del 11 de septiembre de 2001 contra los Estados Unidos-, la gran mayoría de las veces el TIAR ha sido aplicado respecto de situaciones en que se encuentran involucrados tan sólo dos o más Estados americanos.

En la mayoría de las veces en que se ha invocado el TIAR le ha correspondido al antiguo Consejo o al actual Consejo Permanente de la OEA actuar como órgano provisional de consulta. La primera vez en que el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca fue invocado fue en 1948 por Costa Rica, en la que éste denunció una invasión procedente de Nicaragua. Tanto en ese caso como en los que siguieron<sup>9</sup> y en los que le correspondió actuar al Consejo como órgano provisional de consulta, en todos ellos, ya sea por las medidas recomendadas por el Consejo o por el solo hecho del transcurso del tiempo, el asun-

<sup>9</sup> Además de esa denuncia de Costa Rica contra Nicaragua, Haití en 1950 invocó el TIAR por actos de intervención cometidos por República Dominicana que afectaban su integridad territorial; en 1954 diez Estados invocaron el TIAR contra Guatemala debido "a la creciente intervención demostrada por el movimiento comunista internacional"; en 1955 Costa Rica volvió a invocar el TIAR en contra de Nicaragua, porque su territorio comenzaba a ser invadido por ese Estado; en 1955, Ecuador lo invocó debido a la concentración de tropas peruanas en su frontera; en 1957 Honduras solicitó la reunión del órgano de consulta por reiteradas violaciones a su territorio por Nicaragua; en 1959 Panamá lo hizo denunciando que un grupo de extranjeros provenientes de Cuba pretendían derrocar a su Gobierno; en 1959 Nicaragua también adujo una denuncia contra Costa Rica con fundamento en ese instrumento; en 1961 Perú formuló una denuncia contra Cuba sobre la base del TIAR, acusándolo por su "infiltración comunista"; en 1962 Bolivia solicitó la convocatoria del órgano de consulta por la utilización y desvío de las aguas del Río Lauca por parte de Chile; en octubre de ese año 1962, Estados Unidos solicitó la reunión del órgano de consulta por haber recibido "pruebas concluyentes de que el Gobierno de Cuba ha permitido que su territorio se use para el establecimiento de armas ofensivas con capacidad nuclear suministradas por potencias extracontinentales"; en 1963 República Dominicana, invocando el TIAR, denunció la ocupación de su Embajada en Haití; en 1964 Panamá denunció a los Estados Unidos que sus tropas acantonadas en la zona del canal habían entrado a su territorio y, en refriegas con la población, habían causado la muerte de varios civiles; y en 1978 el Gobierno de Costa Rica solicitó la convocatoria del órgano de consulta para considerar diversas amenazas provenientes de Nicaragua.

to llegó a solucionarse sin que fuera necesario convocar a la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores.

En las ocasiones en las que ha sido la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores la que ha actuado como órgano de consulta, las decisiones adoptadas por ésta han sido más enérgicas y, por lo mismo, algunas de ellas más controvertidas. Sin contar las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores convocadas bajo la Carta de la OEA para "considerar problemas de carácter urgente y de interés común", se han celebrado varias reuniones en las que se ha invocado al TIAR.

La primera de ellas bajo el TIAR tuvo lugar en San José de Costa Rica en 1960 y fue convocada por Venezuela, que acusó al Gobierno de República Dominicana de actos de agresión e intervención que culminaron en un atentado en contra de la vida del Presidente Rómulo Betancourt. Esa Reunión de Consulta aplicó sanciones económicas y diplomáticas a la República Dominicana, lo que acontecía por vez primera en el seno de la OEA.

La VIII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores se efectuó en Punta del Este en 1962, convocada por Colombia, que invocó el artículo 6 del TIAR para, con relación a la situación existente en Cuba, "considerar las amenazas a la paz y a la independencia de los Estados americanos que pueda surgir de la intervención de potencias extracontinentales encaminadas a quebrantar la solidaridad americana". Como resultado de esa Reunión se acordó excluir a Cuba de su participación en el sistema interamericano.

La IX Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores se celebró en 1964 en Washington y tuvo por objeto conocer la denuncia formulada por Venezuela contra Cuba por actos de intervención y agresión cometidos por Cuba en territorio venezolano. La reunión solicitó a los Estados miembros de la OEA, como sanción a Cuba, la ruptura de relaciones diplomáticas, consulares y comerciales, lo que motivó que algunos Estados, particularmente México, formularan serias reservas a esa decisión.

La XIII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores tuvo lugar en 1969 en Washington, luego de una serie de enfrentamientos militares entre El Salvador y Honduras, los que fueron motivados, en parte, por los graves incidentes que

provocó un partido de fútbol entre los equipos de esos dos Estados por las eliminatorias del campeonato mundial de ese deporte, aunque también por causas derivadas de factores subyacentes anteriores. Fueron los dos gobiernos los que solicitaron la convocatoria del órgano de consulta en aplicación del TIAR. La Reunión de Consulta, en una de las acciones más eficaces y exitosas de la OEA, instó a ambos gobiernos a suspender las hostilidades, al retiro de tropas y al canje de prisioneros, permitiendo también el inicio de un proceso tendiente a resolver por medios pacíficos la controversia existente entre ellos, incluyendo los conflictos fronterizos.

La XVI Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en 1975 en el marco del TIAR acordó dejar en libertad a los Estados que así lo quisieran para normalizar sus relaciones con Cuba.

La XX Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores fue convocada por Argentina en 1982, después de que Gran Bretaña enviara al Atlántico Sur un fuerte contingente de tropas y que diversas gestiones mediadoras y conciliatorias no habían prosperado para solucionar el conflicto de las Malvinas, que habían sido ocupadas por Argentina. Sin perjuicio de que un número significativo de Estados americanos expresaron su solidaridad con las reivindicaciones de soberanía de Argentina respecto a las Malvinas, la Reunión de Consulta instó a ambas partes a que establecieran una tregua y permitieran la búsqueda de una solución pacífica al conflicto, lo que no fue posible al terminar éste con la derrota militar de Argentina.

La XXIV Reunión de Consulta fue convocada por Brasil a raíz de los actos terroristas ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América y ella, al igual que lo había hecho la XXIII Reunión de Consulta convocada por México bajo la Carta de la OEA, condenó enérgicamente esos hechos terroristas, reafirmó la solidaridad continental y solicitó informar sobre esas resoluciones al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Los casos de aplicación del TIAR, de los que se ha hecho una sucinta referencia, demuestran que los mayores logros de ese tratado han sido obtenidos en la región centroamericana cuando no han estado en juego intereses derivados de la gue-

rra fría. Así, para Costa Rica, que no tiene ejército, el TIAR ha sido parte fundamental de su seguridad externa, que en el pasado le permitió afrontar amenazas de la Nicaragua somocista. Igualmente, el TIAR ha demostrado ser un instrumento eficaz en conflictos como los que en 1969 tuvieron El Salvador y Honduras.

Si se ha tratado de conflictos en que uno de los actores no ha sido de la región y de que la situación estaba siendo considerada por órganos de Naciones Unidas, como ocurrió con las que suscitaron la convocatoria de la XX y la XXIV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, éstas significaron una duplicación de esfuerzos de los que no se advirtieron ventajas, fuera de constituir una oportunidad para que los participantes dejaran constancia de sus respectivas posiciones con relación a esas situaciones.

La mayor dificultad que han planteado algunas de estas Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que han adoptado decisiones sobre la base del TIAR ha sido la de posibles conflictos con las normas de la Carta de las Naciones Unidas, como quedó de manifiesto con las resoluciones de la VII y IX Reunión de Consulta, que impusieron sanciones a República Dominicana y Cuba, las que, en concepto de algunos Estados, importaban la aplicación de medidas coercitivas por un organismo regional que hubiese requerido, conforme al artículo 53 de la Carta de Naciones Unidas, la autorización del Consejo de Seguridad.

### **263. *La situación actual del TIAR***

Después de las sanciones a Cuba en 1964 y especialmente durante la década de los años 70, varios Estados comenzaron a criticar aquellas disposiciones del TIAR, que, en concepto de esos Estados, se encontraban en contradicción con la Carta de las Naciones Unidas. Así, además de las sanciones que el TIAR podía imponer sin autorización del Consejo de Seguridad, esos Estados aducían que la norma del artículo 2 del TIAR, según la cual los Estados partes debían someter las controversias que surgieran entre ellos a los métodos de solución pacífica y a los procedimientos vigentes en el sistema interamericano antes de referirlas a los órganos de Naciones Unidas, estarían en contra-

dicción con las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas, que facultarían a todo Estado a someter directamente una controversia a un órgano competente de Naciones Unidas.

Esas preocupaciones, junto al surgimiento del concepto de una "seguridad económica", motivaron a que en 1975 se convocara a una Conferencia Especializada para reformar el TIAR, la que se celebró ese año en San José de Costa Rica. En ella participaron 21 Estados, al término de la cual se adoptó, con la firma de 18 de ellos, el Protocolo de Reformas al TIAR. Para que ese Protocolo hubiese entrado en vigor se requería que los dos tercios de los Estados que lo suscribieron lo hubiesen ratificado, pero hasta ahora, más de tres décadas después de haber sido adoptado, tan sólo cuenta con la ratificación de 8 Estados.

Se trata de una situación muy especial, que cuenta con escasos precedentes similares en otros tratados; el TIAR, tal como fuera adoptado en 1947, se encuentra plenamente vigente; pero un número significativo de Estados partes no se encuentran satisfechos con algunas de sus disposiciones, como quedó de manifiesto con el Protocolo de Reformas de 1975; pero dicho Protocolo no ha podido entrar en vigencia, al no contar con el número de depósitos de instrumentos de ratificación requeridos. En términos prácticos, esa situación sólo puede conducir al debilitamiento del TIAR como instrumento aplicable.

Por otra parte, si bien los Estados que adoptaron el TIAR en 1947 fueron los mismos que lo hicieron al año siguiente con la Carta de la OEA, la gran mayoría de los otros Estados que fueron ingresando con posterioridad a la OEA, como Canadá y la mayoría de los Estados del CARICOM, no quisieron adherirse al TIAR, lo que ha significado que éste ya no tenga el carácter de instrumento básico del sistema interamericano que lo caracterizó inicialmente. A ello es necesario agregar que en 2002 México denunció el TIAR dejando de ser parte de él.

Todos estos antecedentes son indicativos de que el TIAR ya no puede considerarse como uno de los instrumentos fundamentales del sistema interamericano. A la vez, explica que la Declaración sobre Seguridad de las Américas, adoptada en México en octubre de 2003, sólo contenga una breve referencia al TIAR, en la que se señala "la importancia y utilidad... que tiene para aquellos Estados que son partes", reconociendo asimismo que



existen "diferentes perspectivas de seguridad y compromisos de los Estados miembros".

**264. *Los nuevos desarrollos y desafíos sobre seguridad en el sistema interamericano***

Como se expresó antes, a principio de los años 90 comienza a perfilarse una nueva concepción de la seguridad hemisférica, la que se traduce en la celebración de Conferencias sobre Fomento de la Confianza, en la adopción de nuevos instrumentos sobre seguridad, como las Convenciones en Contra de la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, de 1997, y la Convención Interamericana sobre Transparencia de Armas Convencionales, de 1999, y en la coordinación de los esfuerzos para eliminar las minas terrestres que aún subsistían de anteriores conflictos, así como en intentar afrontar los nuevos desafíos y amenazas que se plantean a la seguridad hemisférica, especialmente en lo que concierne al tráfico y abuso de drogas, la corrupción y el terrorismo.

En octubre del 2003 se celebró en Ciudad de México una Conferencia Especial sobre Seguridad en cuya "Declaración sobre Seguridad de las Américas" quedó plasmada esta nueva concepción de seguridad, la cual "es de alcance multidimensional, incluye las amenazas tradicionales y las nuevas amenazas, preocupaciones y otros desafíos a la seguridad de los Estados del Hemisferio, incorpora las prioridades de cada Estado, contribuye a la consolidación de la paz, al desarrollo integral y a la justicia social, y se basa en valores democráticos, el respeto, la promoción y defensa de los derechos humanos, la solidaridad, la cooperación y el respeto a la soberanía nacional".

Resulta también importante destacar que, después de haber prevalecido en buena parte del Continente la llamada "doctrina de la seguridad nacional", que antepone lo que se consideraba la seguridad del Estado al respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, la mencionada Declaración sobre Seguridad de las Américas haya señalado que "el fundamento y razón de ser de la seguridad es la protección de la persona humana. La seguridad se forta-

lece cuando profundizamos su dimensión humana. Las condiciones de la seguridad humana mejoran mediante el pleno respeto de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, así como mediante la promoción del desarrollo económico y social, la inclusión social, la educación y la lucha contra la pobreza, las enfermedades y el hambre".

De acuerdo también con la mencionada Declaración se establece que la seguridad de los Estados del Hemisferio se ve afectada, en diferente forma, tanto por amenazas tradicionales como por las siguientes nuevas amenazas, preocupaciones y otros desafíos de naturaleza diversa:

- la pobreza extrema y la exclusión social de amplios sectores de la población, que también afectan la estabilidad y la democracia. La pobreza extrema erosiona la cohesión social y vulnera la seguridad de los Estados;
- los desastres naturales y los de origen humano, el VIH/sida y otras enfermedades, otros riesgos a la salud y el deterioro del medio ambiente;
- la trata de personas;
- los ataques a la seguridad cibernética;
- la posibilidad de que suija un daño en el caso de un accidente o incidente durante el transporte marítimo de materiales potencialmente peligrosos, incluidos el petróleo, material radiactivo y desechos tóxicos, y
- la posibilidad del acceso, posesión y uso de armas de destrucción en masa y sus medios vectores por terroristas.

La Declaración señala asimismo que corresponde a los foros especializados de la OEA, interamericanos e internacionales, desarrollar la cooperación para enfrentar estas nuevas amenazas, preocupaciones y otros desafíos con base en los instrumentos y mecanismos aplicables, lo que en el caso de la OEA ya había sido hecho con respecto al abuso de las drogas, la corrupción y el terrorismo.

*Sección VI*

BALANCE Y LOGROS

**265. *El contexto histórico en el que se ha desarrollado el sistema interamericano***

El primer Secretario General de la OEA, Alberto Lleras Carillargo, en su última intervención como tal, caracterizó a dicha organización diciendo que ella

**No es ni buena ni mala en sí misma, como no lo es ninguna organización. Es lo que los gobiernos miembros quieren que sea y no otra cosa. Los gobiernos en otra de sus fases son la organización, y mucho más en una como la nuestra, en la que todos ellos tienen un voto igual en sus cuerpos deliberantes.<sup>10</sup>**

Esta célebre frase del estadista colombiano, que ha sido citada no pocas veces para explicar lo que es la OEA es, desde luego, correcta. Las decisiones de la OEA las toman, por cierto, los gobiernos de sus Estados miembros y son ellos los que definen sus objetivos y metas, y lo hacen mediante el voto de sus Estados miembros, sin que, como en Naciones Unidas, existan Estados que tengan un voto privilegiado.

Pero esa caracterización de la OEA omite señalar que en esa organización coexiste la potencia política, económica y militar más importante de la historia contemporánea con otros 33 Estados, algunos relativamente importantes, otros que pueden considerarse medianas potencias y la gran mayoría pequeños Estados y que, en todo caso, todos ellos juntos distan mucho de tener el poder e influencia que tiene Estados Unidos de América.

La comprobación de esa realidad debe ser el punto de partida para entender la verdadera naturaleza de lo que es la OEA y las expectativas que de ella pueden tenerse. El sistema interamericano, en general, y la OEA en particular, han sido instrumentos fundamentales para la seguridad de Estados Unidos. En las tres principales crisis que en materia de seguridad éstos

**Discurso pronunciado en la Décima Conferencia Interamericana. Caracas. 1954. Actas y Documentos de la Décima Conferencia Interamericana. Vol. I. Núm. 39. Pág. 108.**

han tenido que afrontar en toda su historia, Estados Unidos recibió una solidaridad y apoyo del sistema interamericano. También en esas ocasiones los acuerdos adoptados por los correspondientes órganos del sistema interamericano proporcionarían a Estados Unidos el sustento jurídico para que éste adoptara las acciones que le permitieran afrontar adecuadamente esas crisis.

Cuando en diciembre de 1941 Estados Unidos recibió el sorpresivo y artero ataque de Japón en Pearl Harbor, se convocó de inmediato a la Tercera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, la que junto con expresar su plena solidaridad con Estados Unidos, adoptó importantes medidas como la recomendación para que los Estados americanos rompieran sus relaciones diplomáticas con Alemania, Japón e Italia y adoptaran las medidas necesarias para interrumpir el intercambio comercial y financiero con las potencias del Eje.

Asimismo, en octubre de 1962, cuando Estados Unidos detectó en Cuba la instalación en ese país por parte de la Unión Soviética de misiles nucleares con capacidad ofensiva, Estados Unidos recurrió a la OEA, cuyo Consejo, sobre la base del TIAR, autorizó la adopción de una serie de medidas, incluyendo el empleo de la fuerza armada, para desmantelar el arsenal nuclear de Cuba e impedir que la Unión Soviética continuase proporcionando a ese Estado armas nucleares.

Por último, cabe recordar que en septiembre de 2001, cuando Nueva York, Washington y Pennsylvania fueron objeto del ataque terrorista más grave que se ha conocido, la XXIII y XXIV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, reunidas inmediatamente en Washington, se apresuraron en otorgar su más decidida solidaridad a Estados Unidos, adoptando recomendaciones que junto a las que en esa misma oportunidad le otorgó la OTAN, permitieron a Estados Unidos utilizar los mecanismos previstos en caso de ataque armado para actuar en legítima defensa, adoptando al respecto diversas medidas, incluyendo el uso de la fuerza armada en contra de Afganistán, cuyo gobierno, se sostuvo, había amparado a los terroristas.

En esas tres situaciones las decisiones de los Estados miembros de la OEA fueron adoptadas si no por unanimidad, por la

enorme mayoría de los Estados, contando con un considerable apoyo de las respectivas opiniones públicas, que en esas tres oportunidades se inclinaron por solidarizar y apoyar a Estados Unidos.

Por otra parte, resulta innegable la enorme gravitación que Estados Unidos, para bien o para mal, ha tenido en las más importantes decisiones adoptadas por la OEA y el sistema interamericano en el transcurso de su historia.

Por muchos años, Estados Unidos utilizó a la OEA como un instrumento idóneo para combatir el comunismo o a los gobiernos de izquierda, como el de Arbenz en Guatemala en 1954 o el de Cuba, que logró ser excluido de la OEA en 1962 y al cual después se le impusieron sanciones económicas y diplomáticas en 1964. Asimismo la OEA ha sido utilizada para evitar situaciones que pudieran concluir en el establecimiento de regímenes revolucionarios, como aconteció en República Dominicana en 1965. Es cierto también que en todos estos casos Estados Unidos contó con el apoyo de varios Estados latinoamericanos que compartían visión ideológica, pero no cabe duda que en todas estas situaciones las medidas fueron adoptadas bajo la innegable influencia y, en algunos casos, presión de Estados Unidos.

Pero también debe destacarse que importantes logros del sistema interamericano han sido alcanzados gracias a iniciativas de Estados Unidos o al resuelto apoyo que éste les ha otorgado.

La Alianza para el Progreso, que fue una iniciativa impulsada por el Presidente Kennedy, se transformó durante la primera parte de la década de los años sesenta en una iniciativa que posibilitó importantes transformaciones económico-sociales, las que, aunque insuficientes, contribuyeron a crear una ideología de la necesidad del cambio en las añejas estructuras existentes entonces. Es cierto que en lo que toca a la cooperación económica y social entre América Latina y Estados Unidos ésta comienza a manifestarse en las postrimerías de la administración del Presidente Eisenhower, con la creación, por ejemplo, del BID, pero no cabe duda que esta nueva concepción de la cooperación interamericana, esta "alianza" para progresar e intentar transformar la región, inédita hasta entonces, fue posible gracias a esa iniciativa del Presidente Kennedy.

La experiencia en materia de derechos humanos -uno de los logros más efectivos de la OEA- debe igualmente ser destacada. Si bien Estados Unidos fue ajeno a la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, fue el vigoroso apoyo del Presidente Cárter, que hizo de la defensa a ultranza de los derechos humanos en todo el mundo uno de los objetivos prioritarios de su administración, el que contribuyó poderosamente a que ese instrumento pudiese entrar en vigor. En efecto, con ocasión de la firma en 1977 del Tratado Carter-Torrijos sobre el Canal de Panamá, a cuya ceremonia concurrieron la mayoría de los jefes de Estado de la OEA, el Presidente Cárter personalmente realizó gestiones con varios de ellos para que firmaran o ratificaran la mencionada Convención, la que entró en vigencia al año siguiente. También el Presidente Cárter convocó a varios Presidentes centroamericanos para que invitasen a sus países a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esas visitas de la Comisión se tradujeron luego en un importante factor de cambio de esos Estados. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, gracias al apoyo de Estados Unidos, triplicó su presupuesto y gradualmente comenzó a transformarse en uno de los órganos más importantes de la OEA. Sus informes anuales a la Asamblea General, que durante los cuatro años de la administración Cárter contaron con el más decidido respaldo de Estados Unidos, y en los que se denunciaron las graves violaciones a los derechos humanos que estaban ocurriendo especialmente en los países del Cono Sur o de Centroamérica, contribuyeron en alguna medida al cambio político que se produciría más tarde.

Otro campo de cooperación entre Estados Unidos y América Latina que debe mencionarse en ese contexto es el que concierne al libre comercio. Ha sido especialmente durante la administración del Presidente Clinton, aunque también bajo la anterior y posterior de los Presidentes Bush, la que ha hecho posible la celebración de acuerdos de libre comercio entre Estados Unidos y algunos Estados, como los de América del Norte -Canadá y México- (NAFTA), Chile, Centroamérica (CAFTA) y que se estén negociando en la actualidad estos acuerdos con algunos Estados de la Comunidad Andina, particularmente Colombia y Perú. No obstante, deben señalarse las discrepancias

-  
:  
^  
r:  
:  
|  
\*



internas que se han producido tanto al interior de Estados Unidos, especialmente por parte de los sectores sindicales y medioambientalistas, como de algunos Estados de América Latina, como es el caso de los países del MERCOSUR y de Venezuela, los que tanto por razones ideológicas como por la objeción de los primeros a las subvenciones que Estados Unidos concede a sus productos agrícolas, éstos no han apoyado, por ahora, este tipo de acuerdos. La OEA inicialmente dio su Firme respaldo a) libre comercio y en la Primera Cumbre de Jefes de Estado de las Américas, celebrada en Miami en 1994, se adoptó el compromiso de establecer un Área de Libre Comercio en las Américas (ALCA) durante el curso del año 2005, lo que, no obstante, no ha sido posible aún.

Estos ejemplos -y hay varios otros más- son demostrativos de cómo la acción de Estados Unidos puede ser importante para el logro de objetivos convenientes a los intereses de América Latina, o de algunos de sus Estados.

El sistema interamericano, ciertamente, ha servido para velar y promover los intereses de Estados Unidos al ayudarlos a mantener una posición de hegemonía en el Continente. También le ha servido para "multilateralizar" las que pudieran haber sido acciones meramente unilaterales. Por su parte, para América Latina la asistencia, apoyo o solidaridad lograda en importantes asuntos con Estados Unidos, a través del sistema interamericano, le ha resultado igualmente beneficiosa. También, cuando ha existido en América Latina un sentimiento profundo y generalizado sobre determinado asunto, como ha ocurrido, por ejemplo, con el principio de la no intervención o ciertos aspectos del derecho del mar, como la proyección de las jurisdicciones marítimas hasta 200 millas marinas -que en la OEA comenzó a considerarse en 1970 en el Comité Jurídico Interamericano-, han terminado por ser aceptados por Estados Unidos.

Si bien no cabe referirse siempre a intereses generalizados de Estados Unidos (han sido frecuentes las discrepancias entre el Poder Ejecutivo y sectores del Congreso) o de América Latina (no lo fueron en materia de derechos humanos cuando coexistían dictaduras militares y regímenes democráticos, y no hay un consenso en la actualidad en lo que respecta al libre comercio), lo cierto es que es posible percibir la existencia de ciertos intereses per-

manentes de Estados Unidos y América Latina. Estos intereses no son iguales ni idénticos, lo cual no significa que sean opuestos e incluso pueden llegar a ser complementarios. Y los logros del sistema interamericano, a los que se hará referencia a continuación, demuestran que la eficacia de dicho sistema ha sido posible cuando se han aunado estos intereses diferentes, pero complementarios, de Estados Unidos y América Latina.

### 266. *Los principales logros*

Los logros del sistema interamericano pueden ser analizados desde dos perspectivas. La primera, globalmente, determinando cuáles han sido los resultados obtenidos durante más de un siglo de vigencia del sistema interamericano, desde que éste fue establecido en 1889 hasta la fecha. La segunda perspectiva es constatando cuáles son los principales logros alcanzados por la OEA en la actualidad y que permiten valorar la importancia y utilidad que hoy día tiene esa organización.

Desde el punto de vista de la primera perspectiva, lo fundamental del sistema interamericano ha sido que éste ha podido establecer un sistema jurídico que ha permitido a los Estados americanos contar con principios y normas de conducta en sus relaciones recíprocas. Estos principios y normas precedieron a las de carácter universal e incluso muchas de las disposiciones del derecho internacional general tuvieron su origen en instrumentos surgidos del sistema interamericano.

A través del sistema interamericano, los Estados encontraron un medio para desarrollar una cooperación en materias políticas, económicas, comerciales, sociales y culturales, así como para velar por su seguridad común y procurar solucionar las controversias que surgiesen entre ellos. Ésa ha sido la característica común del sistema interamericano durante toda su historia, aunque, por cierto, tal cooperación y objetivos comunes se fueron dando históricamente bajo modalidades muy diversas y preferencias temáticas que fueron variando de una época a otra, de acuerdo con las circunstancias prevalecientes y con los intereses que fueron manifestando los Estados americanos.

Hoy día algunos asuntos que constituyeron la preocupación prioritaria de la OEA en el pasado, han dejado de serlo o han adquirido un perfil y una dimensión diferentes. Así, el tema de



la seguridad hemisférica, tal como ha sido caracterizada por la Declaración sobre Seguridad de las Américas de 2003, tiene hoy día una connotación muy distinta a la que tuvo durante la guerra fría. Asimismo, el tema de la cooperación económico-social que en la década de los 60 y parte de los 70 ocupó un lugar prioritario en la agenda de la OEA, ha perdido mucho de su relevancia, en parte por la carencia de recursos de la OEA y porque sus funciones en este campo han sido transferidas al BID. Ello explica que las tareas que cumplen en esta materia órganos como el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral o la Agencia Interamericana para la Cooperación y el Desarrollo sean más bien modestas y principalmente de orden meramente declarativo.

En la actualidad, tal como ha sido señalado anteriormente, los principales logros alcanzados por la OEA se encuentran en la protección de los derechos humanos, la defensa de la democracia y en sus intentos para encarar adecuadamente los nuevos desafíos que se presentan a la seguridad hemisférica, especialmente en lo que concierne al abuso de las drogas y el combate a la corrupción.

CAPÍTULO DUODÉCIMO  
EL INDIVIDUO EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL

*Sección I*

LA IMPORTANCIA DEL INDIVIDUO EN EL  
DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

**267. *La subjetividad internacional del individuo***

En el derecho internacional del siglo XXI la subjetividad internacional de la persona humana resulta incuestionable. No lo fue durante buena parte del siglo XX, en el cual el carácter predominantemente interestatal que aquél revestía inclinaba a la doctrina a considerar la subjetividad internacional del individuo dudosa o, en todo caso, excepcional, secundaria o restringida.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Además de los dualistas Triepel y Anzilotti (ver Capítulo V, Sección II), para quienes sólo el Estado puede ser sujeto de derecho internacional, Kelsen si bien admite que "las normas del derecho internacional se aplican a los hombres", a la vez señala que "los individuos son sujetos de derecho internacional de una manera específica, diferente de la manera ordinaria en que los individuos son sujetos de derecho nacional" y que esa calidad de sujeto de derecho internacional el individuo la posee excepcionalmente". H. Kelsen, *Principios de Derecho Internacional Público*. Ob. cit. Págs. 84, 85 y 107. Por su parte, Díez de Velasco califica a la subjetividad internacional del individuo como "discutida" y aunque reconoce progreso en esta materia, al haberse abierto nuevos cauces, concluye que "el individuo no puede decirse que sea sujeto de Derecho Internacional (kiieral)". M. Duv de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid. 1991. Pág. 308. Para Fitzmaurice, los individuos son sólo sujetos "secundarios" del derecho internacional. G. Fitzmaurice, "The general principles of International law considered from the standpoint of the Rule of Law", en R.C.A.D.I. Vol. 92. 1957. A su vez, Nkumbo Mugeruwa, autor del capítulo sobre los sujetos del derecho internacional en la

Tales concepciones, que negaban o restringían la calidad de sujeto de derecho internacional del individuo, obedecían principalmente a la inexistencia de órganos jurisdiccionales que permitieran el acceso directo de las personas a éstos. Los únicos ejemplos que existieron en la primera parte del siglo XX fueron el Tribunal Internacional de Presas, adoptado en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1907, el cual nunca entró en funciones, y el Tribunal de Justicia Centroamericano, creado también en 1907 entre las cinco Repúblicas de Centroamérica, que si bien logró constituirse y admitir cinco reclamaciones presentadas por individuos, tuvo una corta vigencia.

La situación ha cambiado con el derecho internacional contemporáneo. Hoy día los individuos pueden ejercer derechos establecidos por el derecho internacional y acceder a instancias internacionales para el ejercicio y amparo de tales derechos; igualmente las personas pueden ser responsables de crímenes definidos por el derecho internacional y castigados por tribunales que aplican ese derecho, todo lo cual no es sino una constatación de atributos propios de la subjetividad internacional.

La irrupción de la subjetividad internacional del individuo obedece, desde luego, a la importancia y desarrollo que ha adquirido en los últimos años el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y su Protocolo Facultativo de ese mismo año, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 permiten al individuo ejercer un derecho de petición y presentar denuncias ante órganos cuasijurisdiccionales, como son el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (art. 2 del Protocolo Facultativo del referido Pacto Internacional) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Si bien las personas carecerían de acceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el art. 61 de la Convención

**obra editada por Sorensen, debate el carácter de sujeto de derecho internacional del individuo, argumentando que "en la presente etapa del derecho internacional, los individuos carecen de capacidad procesal para sostener reclamaciones ante tribunales internacionales, y tales reclamaciones pueden substanciar sólo a instancias del Estado del cual el Individuo es nacional". M. Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público* (trad.). México. 1973. Págs. 275-276.**

**Americana** preceptúa que sólo los Estados Partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte), los reglamentos tanto de la Comisión como de la Corte de Derechos Humanos gradualmente han ido permitiendo al individuo, bajo ciertos requisitos, ejercer un cierto *jus standi* ante la Corte. En el sistema europeo, los individuos después de la entrada en vigor en 1998 del Protocolo 11 a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, gozan en la actualidad de un acceso directo ante esa Corte.

Si bien la actual subjetividad internacional del individuo deriva principalmente del papel que los tratados le confieren a la persona para que ésta pueda hacer valer los derechos incorporados a ese tratado y al establecimiento por tales instrumentos de órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales que garantizan esos derechos, existen también algunos otros precedentes—pocos, es cierto— y de importancia más restringida en que el actual derecho internacional ha conferido determinados derechos a los individuos que pueden ser considerados expresivos de una subjetividad internacional.

Así, los inversionistas extranjeros pueden bajo determinados requisitos acceder a instituciones como el CIADI, destinadas a proteger las inversiones extranjeras." También el artículo 187 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 admite que las personas naturales o jurídicas puedan acceder a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en lo que respecta a controversias sobre interpretación o aplicación de contratos pertinentes relativos a esa zona o a los actos u omisiones relacionados con las actividades llevadas a cabo en la zona internacional de los fondos marinos.

Asimismo, siempre en relación con la subjetividad internacional del individuo, cabe recordar la existencia de tribunales internacionales administrativos en las más importantes organizaciones internacionales, que permiten a los funcionarios de ellas poder presentar directamente ante esos tribunales internacionales reclamaciones respecto de sus derechos.

<sup>3</sup> Ver Capítulo MU. Sección IV. N° 177.

Junto al reconocimiento de derechos de la persona humana y de la posibilidad de hacerlos valer ante instancias internacionales, la subjetividad internacional del individuo se manifiesta también en la responsabilidad internacional de éstos por crímenes y delitos definidos por el derecho internacional. Aunque tal responsabilidad penal internacional ya había sido reconocida en tratados que habían tipificado como delitos ciertos actos, como la piratería, el genocidio o los que atentaban contra la seguridad de la navegación aérea internacional y que se habían constituido algunos tribunales internacionales para juzgar a responsables de crímenes internacionales, es sobre todo a partir del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, en vigencia desde el año 2002, en el cual se establece la competencia de esa Corte para conocer de graves crímenes de guerra y contra la humanidad, que la subjetividad internacional del individuo queda consagrada en el derecho internacional contemporáneo de un modo incuestionable.

Por la importancia que revisten hoy en el derecho internacional contemporáneo la protección internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal del individuo, estas importantes materias serán objeto de una especial consideración en posteriores capítulos.

### **268. *La humanización del derecho internacional***

La constatación de la subjetividad internacional del individuo no es la única expresión de la creciente importancia que el derecho internacional confiere a la persona humana.

Como ya se señaló en el Capítulo Segundo, al estudiarse la evolución histórica del derecho internacional, una de las preocupaciones principales de éste después de la Segunda Guerra Mundial fue lograr la preservación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, para lo cual Naciones Unidas, a nivel universal, y las correspondientes organizaciones europea, interamericana y africana a nivel regional, promovieron la celebración de diversas convenciones destinadas a proteger los derechos humanos. Asimismo, bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja, en 1949 se adoptan en Ginebra cuatro importantes convenios destinados a ser aplicados en los conflictos armados y que pasaron a constituir lo que se conoce como el derecho internacional humanitario.

Posiblemente el campo en el cual el derecho internacional convencional haya tenido una mayor expansión y aplicación sea precisamente éste, el de los tratados que han establecido normas cuyos beneficiarios son las personas humanas. Son muchísimos los tratados concluidos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial destinados a proteger a la persona humana, aunque también con anterioridad a ella se encontraban algunos ejemplos de convenciones cuyo objeto era la protección del individuo, como la Convención sobre la Esclavitud de 1928, el Protocolo referente a un Cierta Caso de Apátrida de 1930, las Convenciones Interamericanas sobre Asilo de 1928 y 1933 y los Convenios de la OIT que en materia laboral comienzan a adoptarse a partir de la constitución de esa organización en 1919.

Pero son especialmente las convenciones concluidas bajos los auspicios de las Naciones Unidas y las organizaciones regionales, como el Consejo de Europa, la OEA y la Unión Africana, las que han dado un gran impulso a esa humanización del derecho internacional al promover la celebración de diversas convenciones sobre variados asuntos relativos a los derechos humanos. Tales convenciones generales -que serán estudiadas en los capítulos siguientes- se han referido a materias como la prevención de la discriminación racial o religiosa; la protección especial de determinadas personas o grupos, como la mujer, el niño, las poblaciones indígenas, los discapacitados y trabajadores migrantes; la prevención y castigo de determinados crímenes contra la humanidad, como el genocidio, la tortura y la desaparición forzada de personas; y las que se refieren a la nacionalidad, la condición de los extranjeros, el asilo y los refugiados.

Sin embargo, esa multiplicación de tratados de derechos humanos no siempre ha ido acompañada de procedimientos e instancias judiciales expeditos que hayan permitido tutelar los derechos consagrados en tales instrumentos.

Esa limitación ha sido suplida, en parte, mediante la utilización de las instituciones existentes del derecho internacional que han permitido contribuir también a una mayor protección de los derechos humanos, especialmente cuando esos derechos han sido conculcados a nacionales de un Estado por otro Estado. Ello ha permitido una utilización de las instituciones de la protección diplomática y la asistencia consular y el empleo de recur-

**sos ante la Corte Internacional de Justicia -concebida sólo para la solución de controversias interestatales- a fin de que pueda actuar en asuntos que conciernen a la violación de derechos humanos por un Estado.<sup>3</sup>**

**Un especial afán del derecho internacional contemporáneo ha sido contribuir a impedir la impunidad de los responsables por crímenes de guerra y contra la humanidad, incluyendo el genocidio. A tal objetivo responden el establecimiento de los tribunales creados por el Consejo de Seguridad para juzgar a los responsables por crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y en Rwanda y especialmente la creación en 1998 de la Corte Penal Internacional,**

**La humanización del derecho internacional se ha planteado también a través de una reinterpretación de las normas del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que permiten al Consejo de Seguridad adoptar medidas, las que pueden llevar incluso a autorizar el empleo de la fuerza armada, con respecto a las amenazas contra la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión. A partir de situaciones ocurridas después de 1991, como las de Yugoslavia, Somalia, Liberia, Haití o Rwan-**

<sup>3</sup> Dentro de los casos que se han referido a derechos humanos, a la Corte Internacional de Justicia le ha correspondido conocer los relativos a los prisioneros de guerra de Pakistán (1973) entre Pakistán e India; el de la toma de rehenes en Teherán (1980) entre Estados Unidos e Irán; el de la aplicación de la Convención de Genocidio (1996) entre Bosnia-Herzegovina y Yugoslavia; el de Guinea con la República Democrática del Congo (1998) relativo a la protección diplomática a un nacional de Guinea; el de la República Democrática del Congo con Burundi, Rwanda y Uganda y contra Rwanda (2002) por actividades armadas llevadas a cabo en violación a las convenciones de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; el de la República Democrática del Congo contra Bélgica (2000), en el que la controversia versó sobre si la inmunidad diplomática del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo comprendía los crímenes contra la humanidad supuestamente cometidos, de acuerdo con la ley belga, por dicho Ministro; y el de la República Democrática del Congo con Rwanda (2006) sobre las actividades armadas llevadas a cabo en el territorio del Congo. De un modo especial cabe destacar, entre estos casos llevados a la Corte Internacional de Justicia, las demandas presentadas por Paraguay en 1998 (caso Breard), Alemania en 1999 (caso La Grand) y México en 2004 (caso Avena) en contra de los Estados Unidos de América al haber tribunales de ciertos Estados de la Unión condenado a la pena de muerte a nacionales de esos tres Estados sin haber cumplido el requisito de haberles informado del derecho a la asistencia consular que contempla el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

da, en las que se produjeron graves y masivas violaciones a los derechos humanos, el Consejo de Seguridad ha declarado que tales situaciones constituyen una amenaza a la paz y, en aplicación de los artículos 41 y 42 de la Carta, adoptó importantes medidas económicas, diplomáticas, políticas, humanitarias, judiciales e incluso llegó a establecer fuerzas multilaterales o autorizó a los Estados a emplear la fuerza a fin de permitir superar esas crisis humanitarias,

Dos nuevos conceptos surgidos a fines del siglo XX y comienzos del actual, que aún no se incorporan al derecho internacional convencional, pero que comienzan a tener una creciente importancia en las relaciones internacionales contemporáneas, son los de desarrollo humano y seguridad humana.

El concepto de desarrollo humano fue impulsado a mediados de la década de los años 90 por el Programa de Desarrollo de Naciones Unidas y ha significado un gran avance en la evolución de la noción de desarrollo, ya que lo ha humanizado, al modificar el excesivo énfasis puesto tradicionalmente sólo en el crecimiento económico para interesarse en la calidad de la vida de las personas, la que depende de una amplia serie de factores, tales como el respeto a los derechos humanos, la educación, la vivienda, la salud, la situación en que se encuentra la mujer, etc.

La seguridad humana, por su parte, se refiere a la protección a las personas respecto de los riesgos sobrevinientes a situaciones de violencia, conflictos armados, corrupción, crímenes organizados, etc., que les pueden impedir disfrutar de los frutos del desarrollo humano. En 1997 Canadá y Noruega imitaron a varios Estados de diversas regiones del mundo a formar una "red de seguridad humana" para promover estas iniciativas mancomunadamente.

En el año 2000 se crea, a instancias de Japón, la Comisión de Seguridad Humana, la cual se encuentra integrada por personalidades que actúan a título individual, sin formar parte del sistema de Naciones Unidas, aunque cuenta con el apoyo y mantiene vinculaciones con varias instituciones de esa organización. Dicha Comisión ha promovido y desarrollado este nuevo concepto al que ha caracterizado de la siguiente manera;



La seguridad humana significa proteger las libertades vitales. Significa proteger a las personas expuestas a amenazas y a ciertas situaciones, robusteciendo su fortaleza y aspiraciones. También significa crear sistemas que faciliten a las personas los elementos básicos de supervivencia, dignidad y medios de vida. La seguridad humana conecta diferentes tipos de libertades: libertad frente a las privaciones, libertad frente al miedo y libertad para actuar en nombre propio.

Los Jefes de Estado y de Gobierno de prácticamente todos los Estados de Naciones Unidas, reunidos en la Cumbre Mundial de 2005, dieron su respaldo a esta iniciativa, comprometiéndose a través de la Asamblea General a examinar y definir el concepto de seguridad humana.<sup>4</sup>

Por otra parte, cabe señalar que aquellos aspectos referentes al individuo y de los que el derecho internacional tradicionalmente venía ocupándose -nacionalidad, condición de los extranjeros, asilo y refugio y protección diplomática- si bien en lo esencial la consideración de estos temas no ha tenido modificaciones, a la vez, se ha adaptado a las nuevas condiciones que ofrece el derecho internacional contemporáneo y al interés de éste de otorgar a la protección de la persona humana una especial importancia. Estos temas serán estudiados a continuación.

## *Sección II*

### LA NACIONALIDAD

#### ***269. Concepto e importancia de la nacionalidad para el derecho internacional***

La nacionalidad es el vínculo jurídico y político que une a una persona con un Estado, generando derechos y deberes recíprocos.

<sup>4</sup> En el párrafo 143 del Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, los Jefes de Estado y de Gobierno expresan: "Subrayamos el derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza y la desesperación. Reconocemos que todas las personas, en particular las que son vulnerables, tienen derecho a vivir libres del temor y la miseria, a disponer de iguales oportunidades para disfrutar de todos los derechos y a desarrollar plenamente su potencial humano. Con este fin, nos comprometemos a examinar y definir el concepto de seguridad humana en la Asamblea General".

Como lo ha expresado la Corte Internacional de Justicia en el caso Nottebohm:

**...La nacionalidad es un vínculo jurídico cuya base es un hecho social de conexión, una solidaridad efectiva de existencia, intereses y sentimientos y a la vez una reciprocidad de derechos y deberes.<sup>5</sup>**

El estudio de la nacionalidad corresponde más que al derecho internacional, a otras disciplinas jurídicas, particularmente al derecho constitucional, al que le compete determinar los requisitos para que una persona adquiera la nacionalidad de un Estado o los casos en que ella se puede perder. Por ello ya en la jurisprudencia de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional en la opinión consultiva relativa a los decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos (1923) se estableció que ésa era una materia reservada a la jurisdicción doméstica de los Estados.\*

Del mismo modo la Convención de La Haya de 1930 sobre Conflictos de Leyes en Materia de Nacionalidad estableció en su artículo 1 que "Corresponde a cada Estado determinar por sus leyes quiénes son sus nacionales".

Sin embargo, el tema de la nacionalidad no es ajeno al derecho internacional, toda vez que determinar quiénes son nacionales de un Estado puede traer consecuencias de importancia para éste. Es la nacionalidad la que determina, por ejemplo, si un Estado puede ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales; es la nacionalidad la que establece, en algunos casos, la competencia de los tribunales del Estado para conocer de determinados delitos cometidos en otro Estado; en algunos Estados la nacionalidad es un factor que puede hacer procedente o no la extradición de una persona. A la vez, la nacionalidad genera ciertas obligaciones de los Estados respecto de sus nacionales, como la de otorgarles un pasaporte o documento de viaje para dirigirse a otro Estado o de admitirlo en su territorio en caso de que él no pueda permanecer en otro Estado.

También el derecho internacional ha establecido en lo que concierne a la nacionalidad algunos pocos principios que los

<sup>5</sup> ICJ Reports. 1955. Par. 23.

<sup>fi</sup> CPJL. Serie B. Ndm. 4. Pág. 24.

Estados, no obstante la amplia jurisdicción de que disponen en esta materia, deben respetar. Estos principios serán **estudiados** a continuación.

**270. *Toda persona tiene derecho a una nacionalidad, de la cual no puede ser privada arbitrariamente***

Tener una nacionalidad es el punto de partida para el ejercicio de otros derechos. Como lo dijera el ex Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Earl Warren: "Tener una nacionalidad es el derecho a tener derechos".<sup>7</sup>

El derecho a tener una nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de ella se encuentra consagrado en el actual derecho internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en su artículo 15:

1. **Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.**
2. **A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho de cambiar de nacionalidad.**

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 20 establece:

1. **Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.**
2. **Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.**
3. **A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.**

Del mismo modo, otros instrumentos internacionales reconocen este fundamental derecho.<sup>8</sup>

El derecho a tener una nacionalidad no significa que ésta no pueda cambiarse, siempre que ello responda a un acto voluntario o a una sanción que sea el resultado de conductas que

<sup>7</sup> Caso *Trop vs. Dulles*. 1958. Cit. en *Human Security Now*. Commission for Human Security. 2005. Pág. 31.

<sup>H</sup> Ver artículos XIX de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre; VIII y XIX de la Convención de Naciones Unidas de 1961 para reducir los casos de apatridas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966, sin embargo, no condene una disposición general sobre nacionalidad. Tan sólo su artículo 24 número 3 dispone que "todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

importan una verdadera desvinculación de la persona con su Estado, como sería prestar servicios a otro Estado con el cual el Estado del que se es nacional se encuentre en guerra. La pérdida de la nacionalidad como sanción sólo procedería, y muy excepcionalmente, respecto de quienes han adquirido la nacionalidad por naturalización en otro Estado. No debería, pues, proceder respecto a los nacionales de origen y, de hecho, así lo contemplan la mayoría de los Estados.

Sin embargo, el despojar de la nacionalidad como sanción política ha ocurrido en algunos Estados, como en Chile en los primeros años del gobierno militar constituido en 1973. El Decreto de Ley 175, de 3 de diciembre de 1973, dispuso que la Junta de Gobierno podía decretar la pérdida de la nacionalidad a los chilenos que atentaran "gravemente desde el extranjero contra los intereses esenciales del Estado...". En aplicación de esa norma la Junta de Gobierno despojó de su nacionalidad entre 1973 y 1977 a nueve chilenos, entre los que se encontraban ex Ministros de Estado del gobierno del Presidente Allende, ex parlamentarios, ex oficiales de las Fuerzas Armadas y dirigentes sindicales. Esta situación fue objeto de análisis con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que en un informe de 1977 señaló;

**La privación de la nacionalidad es en ocasiones un recurso de lucha política, pero produce siempre el efecto de dejar sin suelo y sin techo propios al ciudadano de un país, y de obligarlo a refugiarse en solar ajeno. Es decir, tiene proyecciones inevitables sobre jurisdicción ajena, y ningún Estado puede arrogarse poder para adoptar medidas de tal clase. De llegarse a generalizar la práctica de privar de su nacionalidad a los propios ciudadanos, por cualquier clase de razones o con cualquier clase de finalidades, se habría introducido en el mundo un novedoso mecanismo de producción de apátridas... La Comisión cree que esta pena, anacrónica, exótica e injustificable jurídicamente en cualquier parte del mundo, resulta mil veces más odiosa y vituperable en nuestra América, y debiera por lo mismo proscribirse para siempre de la práctica de todos los gobiernos.<sup>9</sup>**

<sup>9</sup> Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. OEA/SER.L/V/II,40, doc. 10. Págs. 78-79.

### 271. *La nacionalidad múltiple*

Una persona puede tener más de una nacionalidad cuando concurren simultáneamente factores constitutivos de la nacionalidad, como pueden serlo haber nacido en el territorio de un Estado (*jus solis*), y ser, a la vez, hijo de un padre o madre cuyo Estado le concede el derecho a transmitir su nacionalidad a sus descendientes (*Jus sanguinis*), ser cónyuge de un nacional de un Estado **que** establezca la nacionalidad del otro cónyuge por el solo hecho del matrimonio o haberse nacionalizado en un Estado que no exija la renuncia a la nacionalidad previa.

Durante el siglo XIX y buena parte del XX se sostenía como principio de derecho internacional que nadie podía tener simultáneamente más de una nacionalidad. Este criterio fue recogido, por ejemplo, por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Cambridge de 1895 e influyó en la doctrina y en las legislaciones del siglo pasado. Así, la Convención Europea de Estrasburgo de 1963 sobre reducción de casos de múltiple nacionalidad pretendió erradicar la nacionalidad múltiple respecto de nacionales de origen de un Estado. También en el derecho constitucional de los Estados latinoamericanos era común la norma según la cual la nacionalización de una persona en otro Estado importaba la pérdida de su nacionalidad de origen (así lo disponía, por ejemplo, el artículo 6 número 1 de la Constitución chilena de 1925).

Sin embargo, la práctica actual muestra otra tendencia. Nada obsta para que una persona pueda tener más de una nacionalidad. Así ocurre con quienes poseen los dos elementos constitutivos de la nacionalidad, es decir el *jus solis* y el *jus sanguinis*, como puede ser el caso del chileno nacido en Chile e hijo, por ejemplo, de españoles, italianos, franceses, alemanes o japoneses. Esta situación llevó a España a promover en la segunda parte del siglo XX un convenio de doble nacionalidad con Estados de América Latina, que suponía la mantención de ambas nacionalidades.<sup>10</sup> Lo mismo acontece con la mujer casada con un na-

<sup>10</sup> España celebró estos convenios de doble nacionalidad con Chile (1958), Perú y Paraguay (1959), Bolivia, Guatemala y Nicaragua (1961), Costa Rica y Ecuador (1964), Honduras (1966), República Dominicana (1968) y Argentina (1969).

cional de algunos países europeos, los cuales le extienden la nacionalidad del marido por el solo hecho del matrimonio.

La realidad de la existencia de nacionalidades múltiples ha significado aminorar los criterios más rígidos que prevalecían con anterioridad en cuanto a la nacionalidad única. En Europa, por ejemplo, se celebró en 1993 en el marco del Consejo de Europa un Protocolo de Enmienda a la Convención Europea de 1963, en el cual se permite ahora a una persona conservar su nacionalidad de origen cuando adquiere la del otro Estado parte en cuyo territorio ha nacido y reside o viene residiendo desde los 18 años, en los casos de matrimonio o de que sus padres sean nacionales de algunos de los Estados partes.

En Chile este nuevo criterio se ha manifestado en la reforma constitucional de 2005, en la que ya no se contempla como causal de pérdida de la nacionalidad chilena la nacionalización en un país extranjero. De acuerdo con el nuevo artículo 11, la nacionalidad chilena sólo se puede perder por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente y tal renuncia sólo puede producir efectos si la persona previamente se ha nacionalizado en país extranjero.

La aceptación de la nacionalidad múltiple obedece al interés de los Estados en querer continuar sus vínculos jurídicos, políticos y sobre todo afectivos con sus nacionales, aunque éstos residan en el extranjero. Para quien posee más de una nacionalidad le ofrece algunos beneficios como poder disponer de pasaporte de todos los Estados de los que sea nacional.

Es cierto que en algunos casos -no en la mayoría- la doble nacionalidad puede ofrecer algunos problemas y ser fuente de controversia. El criterio que parecería ser aplicable a esa circunstancia es el que hace predominar la nacionalidad activa o de hecho que tiene la persona, debiéndose para ello tomarse en consideración el conjunto de circunstancias que sean procedentes en la situación, como el domicilio o residencia actual, el lugar de trabajo o actividades, el país en el cual se ha cumplido el servicio militar, etc.

No son muchos los casos resueltos en esta materia por la jurisprudencia internacional. Uno de ellos es el relativo al barón Canevaro, subdito italiano por el *jus sanguinis* y peruano por el *jus solis*, el cual fue resuelto por un tribunal arbitral en 1912, el

que declaró la prevalencia de la nacionalidad peruana sobre la italiana, porque Canevaro había anteriormente manifestado su intención de inclinarse por dicha nacionalidad, como lo indicaban diversos hechos, como haber sido candidato en las elecciones legislativas peruanas.

Otro caso más reciente es el que se refiere a Víctor Pey. Pey, español de origen, llegó a Chile como refugiado después de la guerra civil española, donde adquirió la nacionalidad chilena y residió durante varias décadas. En los últimos meses del gobierno del Presidente Allende, Pey junto a otras personas adquirió el Diario "Clarín", el cual fue confiscado después por el régimen militar que accedió al poder en 1973. Al restablecerse la democracia y el estado de derecho, el gobierno de Chile pagó una indemnización a los herederos de Darío Saint Mane, que aducían que había sido el propietario de ese periódico. En esas circunstancias, Pey demandó al Estado de Chile ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI), del Banco Mundial. Entre otras consideraciones (el caso es más complejo) el gobierno de Chile adujo que Pey era chileno y que, por lo tanto, no podía acudir al CIADI, el cual sólo puede conocer de las diferencias suscitadas por inversionistas extranjeros.

### ***272. La nacionalidad supone un vínculo real y efectivo con un Estado***

Por mucha que sea la discrecionalidad que dispone el derecho constitucional de un Estado para determinar quiénes son sus nacionales, el derecho internacional exige que, al menos, exista un vínculo real y efectivo entre ese nacional y el Estado.

Tal vínculo puede ser el haber nacido en el territorio de un Estado, ser hijo de padre o madre que tengan una determinada nacionalidad, haber adquirido mediante el matrimonio la nacionalidad del cónyuge, haberse nacionalizado en un Estado después de haber residido en él durante un determinado tiempo o haber prestado servicios relevantes a un Estado que merezcan ser recompensados con el otorgamiento de la nacionalidad; pero a los efectos de que un Estado pueda hacer valer respecto de terceros ese vínculo, la nacionalidad debe ser real y efectiva.

Tales consideraciones fueron expresadas por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm* (1955), que ha de-

terminado el principio de la efectividad de la nacionalidad en esta materia. Friedrich Nottebohm, de nacionalidad alemana, se instaló en Guatemala en 1905, donde desarrolló actividades comerciales, bancarias y agrícolas. En 1939 viajó a Alemania y después, al poco tiempo de haber estallado la Segunda Guerra Mundial, pasó a residir en el Principado de Licchtenstein, donde vivía un hermano suyo y en el que solicitó su naturalización, la que obtuvo al cabo de pocas semanas. De acuerdo con la ley alemana de la época, Nottebohm, al haberse nacionalizado en otro Estado, perdió la nacionalidad alemana. En 1940 Nottebohm regresó a Guatemala, reincorporándose a sus actividades, registrando su cambio de nacionalidad en el Registro de Extranjeros y obteniendo un nuevo documento de identidad. Al año siguiente, Guatemala declaró la guerra a Alemania y en 1943 Nottebohm fue, como súbdito alemán, arrestado y entregado a las autoridades norteamericanas, que lo internaron durante más dos años en su condición de ciudadano de un país enemigo. En 1946 fue liberado, pero Guatemala denegó su entrada al país. En 1949 le fueron confiscados sus bienes en Guatemala en virtud de una ley que así lo autorizaba respecto de nacionales de países enemigos. En tales circunstancias, Nottebohm solicitó a Licchtenstein su protección diplomática, la que éste le concedió, iniciando en 1951 un proceso ante la Corte Internacional de Justicia contra Guatemala en el que solicitaba una reparación por los daños y perjuicios causados a un nacional. Como uno de los requisitos para ejercer la protección diplomática es que se trate de un nacional, la Corte para decidir tuvo que resolver si la nacionalidad otorgada por Licchtenstein a Nottebohm era real y efectiva.

La Corte reconoció que la nacionalidad era una cuestión interna del Estado, por lo que no objetó la concesión de la nacionalidad que Licchtenstein concedió a Nottebohm, pero como se trataba de un caso llamado a tener efectos para el derecho internacional, hizo notar "la ausencia de todo vínculo entre Nottebohm y Licchtenstein", por lo que declaró que esa nacionalidad no era oponible a Guatemala. En concepto de la Corte:

**la nacionalidad conferida por un Estado sólo otorga a ese Estado título para ejercer la protección (diplomática) frente a otro Estado, si**



ella, en términos jurídicos, corresponde a una vinculación del individuo con el Estado que le ha conferido."

### 273. *Apatridia*

Apátrida es la persona que no tiene nacionalidad. Salvo en lo que concierne a los derechos humanos, cuyos titulares son todos los seres humanos, el apátrida, al carecer de nacionalidad, no puede ejercer derechos inherentes a la condición de nacional de un Estado, como el derecho a transitar y residir en su patria o solicitar la protección diplomática de un Estado.

Diversas han sido las causas de la existencia de apátridas. En el pasado esa situación se debió principalmente al uso de la privación de la nacionalidad como sanción política, religiosa o étnica para excluir de la nacionalidad a determinadas personas o grupos. La Alemania nazi, por ejemplo, privó de la nacionalidad a los alemanes de origen judío que no residían en Alemania. También han sido causa de la apatridia los desmembramientos geográficos que se han producido en un Estado y que han traído como consecuencia que algunas personas pierdan su nacionalidad sin haber logrado adquirir la del Estado en que pasaron a residir. Otro factor que ha motivado esta situación se ha producido respecto de los hijos de inmigrantes o refugiados que han nacido en un Estado que carece del *jus solis* y que su única fuente de nacionalidad es el *jus sanguinis*.

Ha sido una preocupación del derecho internacional aminorar la condición de los apátridas. Ya en 1930 se adoptó un "Protocolo referente a un cierto caso de apatridia," de efectos muy limitados.<sup>12</sup> Posteriormente, bsgo los auspicios de las Naciones Unidas se celebran la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954, que entró en vigor en 1960, y la Convención para Reducir los Casos de Apátridas, de 1961, que entró en vigencia en 1975. Ambos instrumentos cuentan con un número relativamente reducido de Estados partes. De ahí que algunas

" ICJ Reports. 1955. Ver especialmente pars. 23 y 26.

<sup>12</sup> El Protocolo regulaba la situación de los nacidos en un Estado en donde la nacionalidad no se confiere por el mero hecho del nacimiento en un territorio respecto de una persona cuya madre posee la nacionalidad de ese Estado -aunque no su padre-, en cuyo caso esa persona tendrá la nacionalidad del Estado.

de las soluciones a este problema hayan proveniendo de interpretaciones o modificaciones de las legislaciones internas de los Estados interesados.

La Comisión de Derecho Internacional al estudiar el tema de la sucesión de Estados en materia de nacionalidad, sobre la base de su experiencia anterior en otras materias relativas a la sucesión de Estados en las que las convenciones que ella había propuesto no llegaron a contar con un número significativo de Estados partes, propuso, en vez de un proyecto de convención, un proyecto de artículos que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó mediante la resolución 55/153 sobre la Declaración sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación a la sucesión de Estados, de 30 de enero de 2001, en la que se preocupó de evitar que se produjeran situaciones de apátridas. El artículo 4 de la mencionada Declaración contempla que:

**...los Estados involucrados adoptarán todas las medidas apropiadas para evitar que las personas que en la fecha de la sucesión de Estados tenían la nacionalidad del Estado predecesor se conviertan en apátridas como consecuencia de dicha sucesión.**

### *Sección III*

## LA CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS

### **274. *Concepto y aspectos generales***

Extranjero es aquel que se encuentra en un Estado del cual no es nacional. No existe un instrumento internacional de carácter general y universal que regule la situación de los extranjeros. Hay sí unos tratados de derechos humanos que resultan aplicables a los extranjeros y existe una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se refiere a los derechos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven.<sup>11</sup> En cambio, en el sistema interamericano cabe citar la Convención sobre la Condición de los Extranjeros, adoptada en

<sup>11</sup> Resolución 40/144 adoptada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 1985.

La Habana en 1928, la que no obstante su antigüedad, conserva todavía su vigencia.

Exceptuando la situación de los diplomáticos, cónsules y de los funcionarios internacionales y, en alguna medida, la de los refugiados, los que se rigen por un estatuto especial proveniente del derecho internacional,<sup>14</sup> la condición de extranjeros se rige principalmente por el derecho interno de los respectivos Estados. En principio, pues, todo extranjero se encuentra sometido a la jurisdicción del Estado en que se encuentra y a sus leyes, cualquiera que sea su condición, ya sea turista, residente temporal, o permanente. Sin embargo, existen ciertas normas y principios básicos del derecho internacional que todo Estado debe respetar en relación a los extranjeros que se hallen en su territorio.

De acuerdo a los instrumentos internacionales citados y a los principios del derecho internacional, todo Estado está obligado a garantizar a los extranjeros un trato similar al que dispensan a sus nacionales o, en todo caso, este trato debe satisfacer las exigencias de un estándar mínimo internacional, como es el de respetar sus derechos humanos fundamentales, particularmente los que se refieren a su vida, seguridad, a no ser detenido arbitrariamente, a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes, a recurrir a los tribunales de justicia, a la libertad de expresión y de religión, a elegir cónyuge y casarse, etc.

A la vez, el derecho internacional permite a un Estado imponer ciertas restricciones o prohibiciones a un extranjero, como el poder ejercer ciertas profesiones o actividades, acceder a ciertos cargos públicos, adquirir bienes inmuebles en determinadas partes de su territorio o participar en actividades políticas.

### ***275. Admisión y permanencia de los extranjeros***

La admisión y permanencia de los extranjeros es un asunto de la competencia exclusiva del Estado territorial. En el estado actual de las relaciones internacionales no existe norma alguna de derecho internacional que establezca la obligación de un Esta-

<sup>M</sup> La situación de los diplomáticos y cónsules será estudiada más adelante en el capítulo correspondiente; la de los funcionarios internacionales fue examinada en el Capítulo IX; y la de los refugiados será considerada en la sección siguiente de este capítulo.

do de admitir a extranjeros; por el contrario, es ésta una de las pocas materias que hoy día se consideran como pertenecientes exclusivamente a la jurisdicción doméstica de los Estados.

La práctica de los Estados, por otra parte, muestra que la admisión de los extranjeros está sujeta a determinados requisitos establecidos por el Estado territorial, los que pueden variar de un Estado a otro. En general, esa práctica en lo que atañe a la admisión de extranjeros que desean ingresar como turistas o bajo una condición que no importe una residencia definitiva, es bastante liberal, siendo suficientes en la mayoría de los casos un pasaporte otorgado por el Estado del cual el extranjero es nacional con la correspondiente visa concedida por la autoridad consular del Estado al que se quiere ingresar. Incluso, si media un acuerdo entre esos Estados, es frecuente que se dispense a los turistas del visado en sus pasaportes. En la práctica de ciertos Estados incluso se han simplificado los requisitos para el ingreso de los turistas o no residentes, siendo suficiente en muchos casos sólo la exigencia de un documento oficial de identidad, como lo dispone la actual reglamentación chilena con los nacionales de países limítrofes y de otros Estados sudamericanos. En cambio, el ingreso de inmigrantes se encuentra sujeto a exigencias más rigurosas, como puede ser la necesidad de contar con un contrato de trabajo o de demostrar que se tiene una situación económica que permita al extranjero afrontar sus necesidades durante su permanencia. En todo caso, la admisión de un extranjero es una situación regulada por el derecho interno del correspondiente Estado.<sup>15</sup>

En cuanto a su permanencia, el artículo 2 de la Convención de La Habana de 1928 dispone que "Los extranjeros están sujetos, tanto

<sup>15</sup> En Chile, las normas sobre entrada, permanencia, salida y expulsión de extranjeros están contenidas en la Ley de Extranjería, que es el Decreto Ley N° 1.094, del año 1975, y sus modificaciones posteriores, conjuntamente con el Reglamento de Extranjería, aprobado y promulgado por el Decreto Supremo de Interior N° 597 y publicado en el Diario Oficial del 24 de noviembre de 1984. La legislación de extranjería mencionada contiene normas respecto del ingreso y entrada al país de extranjeros; sobre las diversas calidades que pueden tener los extranjeros cuando ingresan al país: turistas, residentes e inmigrantes, a su vez los residentes pueden ser residente oficial, residente sujeto a contrato, residente estudiante, residente temporario, residente asilado político y refugiado y residente tripulante; del egreso y del reingreso; de las infracciones, sanciones y recursos; de la expulsión y recurso de reclamación; las medidas de control y traslado, los rechazos y revocaciones.

como los nacionales, a la jurisdicción de las leyes locales, observando las limitaciones estipuladas en las convenciones y tratados".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha confirmado el alcance de esa norma en cuanto a los derechos que en ellas se establecen con respecto a toda persona sometida a la jurisdicción de los Estados Partes de la Convención, sean nacionales o extranjeros, sin perjuicio de que determinados derechos pueden ser objeto de restricciones específicas para los extranjeros, como lo son el ejercicio de los derechos políticos.

### **276. *La expulsión de extranjeros***

Perteneciendo las normas relativas a los extranjeros al dominio reservado de los Estados, éstos, en principio, pueden expulsar de su territorio a aquéllos.

No obstante esa facultad discrecional que el derecho internacional reconoce a los Estados en cuanto a la expulsión de extranjeros, dicho ordenamiento se ha preocupado, hasta donde ha sido posible, de evitar expulsiones arbitrarias o irracionales de extranjeros. El artículo 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala que:

**...el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.**

Por su parte, el artículo 22 número 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que

**El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte de la presente Convención sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.**

En la práctica, más que el derecho internacional, han sido normas de derecho interno las que se han preocupado de limitar esa facultad del Estado para expulsar arbitrariamente a extranjeros y, de hecho, en los sistemas jurídicos de muchos Estados se concede al Poder Judicial la facultad de poder revi-

sar aquellas expulsiones arbitrarias o irracionales de extranjeros, especialmente en los casos en que éstos se encuentran gozando de una residencia permanente.

En la actualidad, el tema de la expulsión de extranjeros se encuentra bajo la consideración de la Comisión de Derecho Internacional.

Lo que sí el derecho internacional ha proscrito, al menos dentro del ámbito interamericano, es la expulsión colectiva de extranjeros. El artículo 22 número 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

**Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.**

Tal disposición, que no se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue incorporada durante la Conferencia de San José de Costa Rica de 1969, que elaboró dicha Convención a raíz de los sucesos ocurridos ese mismo año entre El Salvador y Honduras, en los cuales el gobierno hondureño había procedido a una masiva deportación de salvadoreños de su territorio.

### ***277. La propiedad privada de los extranjeros. La nacionalización de bienes extranjeros***

Todo extranjero tiene derecho en un Estado al respeto de su propiedad privada, en condiciones iguales a las de los nacionales de éste. Sin embargo, los Estados pueden imponer a los extranjeros determinadas restricciones al ejercicio del derecho de propiedad de los extranjeros, como que posean inmuebles en determinadas zonas fronterizas o requieran una autorización del Estado territorial para adquirir un bien raíz, todo lo cual es compatible con el derecho internacional.

En esta materia, el asunto que se ha presentado como el más importante y controvertido es el relativo a la nacionalización de bienes extranjeros. La nacionalización, tal como la ha definido el Instituto de Derecho Internacional, consiste en "la transferencia al Estado por una medida legislativa y en interés público, de bienes o derechos privados de una cierta categoría, para su explotación o control por el Estado o una nueva destinación que le sería dada por él".<sup>16</sup>

<sup>16</sup> *Anuario del Instituto de Derecho Internacional. Tomo 44. Vol. II.*

Como consecuencia de las profundas transformaciones económico-sociales que ocurrieron después de la Segunda Guerra Mundial, no pocos Estados procedieron a nacionalizar empresas extranjeras a fin de ejercer sobre ellas una soberanía permanente.

Es esta noción la que distingue la nacionalización de la expropiación. En esta última, el Estado adquiere un determinado bien de uso, generalmente inmueble, para ser destinado a un objeto diverso de aquel que lo destinaba su propietario, como, por ejemplo, un bien raíz que el Estado expropia para construir un camino o un aeropuerto. En cambio, el objeto de la nacionalización recae sobre un conjunto de bienes productivos en los que el Estado sustituye a la anterior empresa extranjera en la propiedad y administración de esos bienes, pero continuando dándoles el mismo destino productivo que les daba antes la empresa.

A falta de un instrumento convencional vinculante sobre la materia, han sido especialmente resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en las décadas de los años 60 y 70 las que se han preocupado de regular esta materia. Son varias esas resoluciones, pero posiblemente las que, por el consenso que se produjo en su negociación y por la abrumadora mayoría con que fueron adoptadas, mejor reflejan el derecho internacional en esta materia son la 1803 (XVII) de 1962, relativa a la Soberanía Permanente de los Recursos Naturales, y la 3281 (XXIX) de 1974, que contiene la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

De acuerdo a estas resoluciones, se reconoce "el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales" (párrafo 1 de la resolución 1803 (XVII) y el derecho de todo Estado a "Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros" (artículo 2 párrafo 2 letra c de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados).

En la práctica, los Estados no han objetado en sí el derecho de otro Estado a nacionalizar bienes pertenecientes a nacionales o empresas de esos Estados.

Sin embargo, el derecho de un Estado a nacionalizar bienes extranjeros para que pueda tener validez internacional se encuentra sujeto al cumplimiento de ciertas exigencias. De acuerdo a las citadas resoluciones, la nacionalización, entre otros

requisitos, debe fundarse en razones o motivos de utilidad pública o de seguridad y, sobre todo, debe pagarse por ella una indemnización.

Si bien el derecho internacional contempla el pago al dueño de la "indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía" (resolución 1803 (XVII), o el pago de "una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes" (Carta de Deberes y Derechos Económicos de los Estados), lo cierto es que no se ha podido llegar a un acuerdo generalmente vinculante en cuanto a precisar cuál debe ser el monto y las modalidades que debe comprender la indemnización.

Ajuicio de los Estados Unidos y otros Estados exportadores de capital, la indemnización debe ser "pronta, adecuada y efectiva"; sin embargo, ese criterio no logró ser incorporado a ninguna de las dos resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas citadas precedentemente ni a ningún otro instrumento internacional. En concepto de algunos Estados y autores, el monto de la indemnización estaría determinado por la posibilidad de pago del Estado que ha recuperado sus recursos naturales o, como lo ha propuesto Jiménez de Aréchaga, aplicando el criterio del principio del enriquecimiento injusto,<sup>17</sup> de acuerdo al cual la falta de compensación sería un enriquecimiento injusto del Estado que ha nacionalizado sin indemnizar; pero, a la vez, ese criterio también podría ser susceptible de aceptarse respecto de los propietarios extranjeros que pueden haber obtenido un enriquecimiento injusto cuando han podido disfrutar de una posición económica privilegiada que les ha permitido obtener utilidades excesivas. Por ello, añade Jiménez de Aréchaga, "si es justo al fijar la compensación preguntarse qué es lo que el inversor ha traído al país, es igualmente justo preguntarse qué es lo que ha sacado".<sup>18</sup>

<sup>17</sup> E. Jiménez de Aréchaga. "Fundamentos del deber de compensar las nacionalizaciones de propiedades extranjeras", en *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional de 1962 y Derecho Internacional Público*. Tomo IV. Montevideo. 1991. Págs. 77-78.

E. Jiménez de Aréchaga. *Derecho Internacional Público*. Ob. cit. Pág. 78.



Este criterio fue recogido, en parte, en la nacionalización del cobre que se llevó a efecto en Chile durante el gobierno del Presidente Allende y que fuera aprobada mediante una reforma constitucional por la unanimidad del Congreso Nacional. La reforma a la Constitución dispuso que las empresas nacionalizadas serían indemnizadas conforme al valor declarado en su contabilidad y después de una serie de deducciones, la más importante de las cuales era la de las rentabilidades excesivas que tales empresas habían obtenido con anterioridad. Sin embargo, al llevarse a la práctica esa disposición, ella fue interpretada en el sentido que el decreto del Presidente de la República deduciendo de la indemnización las rentabilidades excesivas -que, en los hechos, significaba que las empresas afectadas no recibirían ninguna indemnización- no era susceptible de ningún recurso de apelación o revisión por un órgano judicial chileno, lo que en la práctica descartó la jurisdicción de los tribunales chilenos para pronunciarse sobre la indemnización, permitiendo a las empresas afectadas aducir que era inútil discutir ante los tribunales chilenos la indemnización y poder de ese modo entablar acciones ante tribunales de varios países europeos que habían celebrado contratos para adquirir cobre chileno. Posteriormente, el gobierno del General Pinochet llegó a un acuerdo con las empresas norteamericanas afectadas para el pago de una indemnización.

En Bolivia, el gobierno del Presidente Morales, mediante Decreto Supremo de 1º de mayo de 2006, estableció la nacionalización de los recursos naturales hidrocarbúricos disponiendo que a partir de la fecha del decreto supremo "las empresas petroleras que actualmente realizan actividades de producción de gas y petróleo en el territorio nacional están obligadas a entregar en propiedad a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), toda la producción de hidrocarburos", empresa estatal que asumirá la comercialización de los hidrocarburos y definirá las condiciones, volúmenes y precios tanto para el mercado interno como para la exportación e industrialización. El decreto supremo establece un período de transición de 180 días en el que las compañías productoras deberán regularizar sus actividades mediante contratos con el Estado. Al término del plazo establecido en el decreto, "las compañías que no hayan firmado

contratos no podrán seguir operando en el país". Durante ese período de transición el valor de la producción se distribuirá en un 82% para el Estado por concepto de regalías, impuestos y participación de YPF y de un 18% para las empresas, lo que cubre los costos de operación, amortización de inversiones y utilidades. Es interesante observar que ninguna de las empresas afectadas ni los Estados a las que pertenecen objetaron el derecho de Bolivia a nacionalizar sus hidrocarburos. Las discrepancias que se han producido dicen relación con las modalidades con que se llevó a cabo la nacionalización y con la indemnización, todo lo cual ha sido y continúa siendo objeto de negociaciones.

En la práctica contemporánea, la indemnización generalmente ha sido determinada a través de mecanismos flexibles que han variado de un Estado a otro; pero que casi siempre han supuesto un pago a las empresas afectadas, aunque éste se haya demorado a veces un largo tiempo. En algunos casos, la determinación ha sido establecida "conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales", que es la fórmula que emplea el artículo 2, párrafo 2, letra c de la Carta de Derechos o Deberes Económicos del Estado, o de acuerdo a negociaciones llevadas a cabo entre el Estado que ha nacionalizado y las empresas objeto de la nacionalización; en otras ocasiones, la compensación se ha efectuado mediante acuerdos globales de compensación -los llamados *lump sum agreements*- o bien mediante el sometimiento a un arbitraje entre el Estado que ha nacionalizado y aquel a que pertenecía la empresa afectada. Esa práctica es significativa en cuanto a que si bien en la gran mayoría de las veces se ha convenido o aceptado una compensación, ésta no siempre ha sido "pronta, adecuada y efectiva" y en la determinación de su monto se han tomado en consideración diversos factores.

Por otra parte, si bien las nacionalizaciones se han fundamentado jurídicamente en el principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos y riquezas naturales, principio que conserva hasta ahora toda su vigencia, es necesario también tomar en cuenta en la actualidad otros principios e intereses que están en juego en esta materia, particularmente el estímulo a las inversiones extranjeras y, por ende, la necesidad de conferir-

les a éstas las necesarias garantías y seguridades jurídicas. Estos principios quedaron plasmados en la Declaración de la Cumbre Mundial 2005, en la cual los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de Naciones Unidas manifestaron que

**Resolvemos alentar el aumento de la inversión directa, incluida la inversión extranjera directa, en los países en desarrollo por los países en transición para apoyar sus actividades de desarrollo e incrementar los beneficios que puedan obtener de esas inversiones. A ese respecto: a) Seguiremos apoyando los esfuerzos de los países en desarrollo y los países de economía en transición por crear un entorno nacional propicio para atraer inversiones mediante, entre otras cosas, el establecimiento de un clima transparente, estable y previsible para las inversiones, donde se hagan cumplir debidamente los contratos y se respeten los derechos de propiedad e impere la ley, y la aplicación de marcos de política y normativos que favorezcan la creación de empresas.<sup>19</sup>**

#### *Sección IV*

### EL ASILO Y LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS

#### **278. *Conceptos y aspectos generales***

En la práctica frecuentemente los términos asilado y refugiado se usan indistintamente, a pesar de corresponder a conceptos diferentes, aunque ambos constituyen dos aspectos de una misma realidad.

El asilo puede ser territorial o diplomático. El primero consiste en el amparo que un Estado concede a un extranjero en su territorio contra su devolución o extradición a su país de origen. Por su parte, el asilo diplomático es la protección que un Estado otorga temporalmente en su embajada o en ciertos lugares sometidos a su jurisdicción a una persona a la que considera está siendo objeto de una persecución por motivos políticos. Aunque hay algunos aspectos comunes entre el asilo territorial

<sup>19</sup> Resolución 60/1. Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de septiembre de 2005. Par. 25.

y el diplomático, se trata de dos instituciones diferentes que deben estudiarse separadamente.

Si bien el asilo tiene una larga trayectoria histórica que se remonta a los tiempos antiguos de Grecia y Roma, su desarrollo como institución jurídica surge en América Latina especialmente de las Conferencias Panamericanas de La Habana y Montevideo de 1928 y 1933, en las que se adoptaron las primeras convenciones sobre la materia. La inestabilidad política que durante un largo período caracterizó a buena parte de América Latina, los frecuentes golpes de Estado y la convicción de muchos dirigentes políticos que veían el riesgo de una eventual persecución política en contra de ellos, hicieron que se desarrollaran en la región latinoamericana las instituciones del asilo territorial y diplomático.

La protección de los refugiados, en cambio, tiene un origen europeo y se remonta hacia fines de la Primera Guerra Mundial, cuando se producen los primeros esfuerzos para proteger a los refugiados rusos y armenios después de la revolución soviética de 1917. A estos refugiados siguieron en las décadas de los años 20 y 30 un gran número de personas desplazadas como resultado de las mutaciones territoriales originadas por la Primera Guerra Mundial y por situaciones como las persecuciones del régimen nazi en Alemania y la guerra civil española.

Ello significó la creación por la Sociedad de Naciones de una institución especializada para proteger a los refugiados, así como la conclusión de los primeros acuerdos internacionales para otorgar a esas personas un estatuto especial que comprendía el otorgamiento de pasaportes -los llamados pasaportes Nansen- para los refugiados que se habían establecido regularmente en otro Estado diferente al suyo.

Al término de la Segunda Guerra Mundial el problema de los desplazados y refugiados en Europa se convierte en una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional, lo que motivó el establecimiento en 1950 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la adopción en 1951 de la Convención Relativa a los Refugiados, la que fue perfeccionada por el Protocolo de 1967. A fines de 2006, 142 Estados eran partes de ambos instrumentos.

### 279. *El asilo territorial*

El asilo territorial, esto es, el que un Estado concede en su territorio a una persona perseguida por motivos políticos o acusada de cometer delitos políticos o comunes conexos con los políticos, tiene para la generalidad de los países de América Latina una base convencional. Dicha institución se encuentra consagrada en la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial<sup>30</sup> y en el artículo 22 número 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>21</sup> el cual dispone:

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado o los convenios internacionales.

A nivel universal no ha sido posible aún concluir una convención relativa al asilo territorial. Una conferencia convocada por Naciones Unidas en 1977 no pudo llegar a un acuerdo al respecto, principalmente por las discrepancias que se produjeron en cuanto a las categorías de personas que podrían beneficiarse del asilo. Con todo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo **14** dispone que "En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo". Por su parte, la resolución 3212 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas contiene la Declaración sobre Asilo Territorial. En dicha Declaración se deja constancia que "el otorgamiento de un Estado de asilo... es un acto pacífico y humanitario y..., como tal, no puede considerarse inamistoso por ningún otro Estado".

Sobre la base de estos instrumentos, tanto regionales americanos como universales, puede señalarse que el derecho de toda persona es el de buscar asilo, pero no el de obtener ese dere-

<sup>30</sup> Son Partes de esa Convención los siguientes Estados latinoamericanos; Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

<sup>31</sup> De los Estados 110 latinoamericanos ni Estados Unidos ni Canadá han ratificado el Pacto de San José de Costa Rica de 1969. En cambio, sí lo han hecho Barbados, Dominica, Grenada y Jamaica. Sí son Partes de ese instrumento la totalidad de los Estados latinoamericanos de Sudamérica, Centroamérica, el Caribe (Haití y República Dominicana), así como México.

cho, el cual está subordinado a la voluntad del Estado que lo concede. En cuanto a su procedencia, aunque no existe en los distintos instrumentos un idéntico lenguaje, no hay dudas de que sólo pueden beneficiarse del asilo quienes son perseguidos por motivos o delitos políticos. En todo caso son las autoridades del Estado que concede el asilo, ya sean éstas administrativas, políticas o judiciales, las llamadas a otorgarlo (artículos 1 de la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954 y 22.7 del Pacto de San José de Costa Rica de 1969). La inclusión por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de que pueden obtener este beneficio los perseguidos por "delitos comunes conexos con los políticos" ha añadido una eventual dificultad de hecho a las autoridades llamadas a pronunciarse sobre la procedencia del asilo, las que deberán ponderar si predomina en el delito imputado el elemento político o el común.

En todo caso, como la concesión del asilo está subordinada a los "convenios internacionales", si alguno de estos convenios establece, como acontece con las Convenciones de Tokio de 1963, La Haya de 1970 y Montreal de 1971 sobre la seguridad de la aviación civil y el apoderamiento ilícito de aeronaves, que determinadas conductas constituyen delitos comunes no susceptibles de ser considerados delitos políticos, prevalecerán tales calificaciones, no haciendo posible el otorgamiento del asilo.

El principal efecto de la concesión de asilo territorial consiste en la obligación del Estado asilante de no devolver al asilado al país que lo reclama.

### **280. *Condición de los refugiados***

La condición de refugiado, de acuerdo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 1967, es la que se otorga a cualquier persona que se encuentre fuera del país de su nacionalidad o si carece de nacionalidad fuera del país en el cual tenía su residencia habitual por tener o haber tenido temores fundados de ser víctima de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, y no pueda o debido a ese temor no quiera acogerse a la protección del gobierno del país de su nacionalidad o si carece de nacionalidad no quiera regresar al país donde antes tenía su residencia habitual. Tal concepto, como puede

apreciarse, contiene tanto elementos objetivos como subjetivos para describir al refugiado.

Inicialmente la Convención de 1951 contenía una doble limitación en cuanto a que ella se aplicaba a "acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 en Europa"; pero esa doble limitación en el tiempo y la geografía fue suprimida por el Protocolo de 1967. En la actualidad el ámbito geográfico de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) se ha ido extendiendo y hoy día sus más importantes actividades son llevadas a cabo en África, Asia y América Latina. También el concepto de refugiado se ha ido ampliando con respecto a la definición contenida en la Convención de 1951 y diversas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas le han conferido al ACNUR un mandato para afrontar nuevas situaciones que afectan a personas desplazadas como consecuencia de desastres y la violencia creada por el hombre, como han sido las agresiones, ocupaciones extranjeras, guerras civiles y las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.

La condición de refugiado la otorga el Estado parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados a la persona que se halla en su territorio, cuando ésta solicite esa condición y reúna los requisitos establecidos por el referido instrumento. Junto a ello y con un carácter supletorio el ACNUR tiene como función primordial proporcionar protección internacional a los refugiados que se encuentren bajo su mandato. En el ejercicio de esta función el ACNUR procura regularizar la condición migratoria de los refugiados, protegerlos contra su detención arbitraria y expulsión, asistirlos en sus derechos y facilitar su repatriación voluntaria o, de no ser posible, procurar la reunificación familiar en el país de refugio.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados establece respecto de éstos diversos deberes y derechos. En general, todo refugiado tiene respecto del país donde se encuentra los deberes que entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas que se adopten para el mantenimiento del orden público.

Por su parte, el Estado donde se encuentre el refugiado debe proporcionarle a éste al menos el mismo tratamiento que

otorga a sus nacionales en relación con la libertad de religión y la educación religiosa de sus hijos; el derecho de autor en obras literarias, artísticas y científicas; el acceso a la educación elemental; la legislación laboral y de seguridad social y con respecto de las cargas fiscales. Asimismo, el refugiado tiene al menos el mismo tratamiento que se concede a los extranjeros en lo que concierne a la adquisición de bienes muebles e inmuebles, arrendamiento y otros contratos referentes a bienes; derecho a dedicarse a la agricultura, la industria, la artesanía y el comercio; ejercicio de profesiones liberales; vivienda; acceso a la educación distinta a la elemental; derecho a escoger el lugar de su residencia y de moverse libremente dentro del territorio del Estado.

En lo que concierne a la transferencia de haberes, los Estados partes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados deben permitir a los refugiados, de conformidad con sus leyes y reglamentos, transferir a otro país en el cual hayan sido admitidos con fines de reasentamiento los haberes que hayan llevado consigo al Estado.

La Convención de 1951 establece en su artículo 32 el derecho de los refugiados a no ser expulsados cuando se hallen legalmente en el territorio del Estado. Sin embargo, ese derecho no es absoluto y un Estado puede proceder a su expulsión "por razones de seguridad nacional u orden público". Aun así, la expulsión deberá efectuarse "en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales rigentes", debiendo permitirse al refugiado presentar pruebas expurgatorias, formular recursos de apelación y hacerse representar ante la autoridad competente.

### **281. *El principio de no devolución***

El principal efecto que tiene el otorgamiento de asilo o de la condición de refugiado es la no devolución *-non rejaidement-* del asilado o refugiado al país donde su vida o libertad personal se encuentre amenazada-

Este fundamental principio se encuentra expresamente establecido tanto en instrumentos del sistema interamericano como en la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados.



El artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa:

**En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal esté en riesgo de violación por causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.**

Por su parte, el artículo 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados dispone:

**Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorio donde su vida o su libertad peligren por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.**

El principio de *non refoulement* es hoy día comúnmente aceptado, aunque no tiene un carácter absoluto, puesto que la propia Convención sobre el Estatuto de los Refugiados contempla algunas excepciones en cuanto a que posibilita que dicho principio no se aplique "por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra" el refugiado.

Por otra parte, dicho principio ha sido desconocido y violado en América Latina, especialmente por los países del Cono Sur en las décadas de los años 70 y parte del 80, cuando fue frecuente que entre esos Estados se entregaran sin mayores formalidades perseguidos políticos por vías policiales o administrativas, a través de los mecanismos de cooperación que se establecieron en esa época entre los organismos de seguridad de esos Estados.

Por la gravedad que llegaron a tener tales prácticas, que importaban un desconocimiento de tan fundamental principio, la Declaración de Cartagena de Indias de 1984, promovida por el ACNUR y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptó como parte de esa Declaración la siguiente conclusión:

**5. Ratificar la importancia y significación del principio de la no devolución (incluyendo la posibilidad del rechazo en las fronteras) como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*.**

*Sección V***EL ASILO DIPLOMÁTICO****282. Aspectos generales**

La institución del asilo diplomático, conocida también como asilo político, no es propia del derecho internacional general. Ella ha sido desarrollada por una práctica latinoamericana y por convenciones concluidas dentro del marco del sistema interamericano únicamente por Estados de América Latina. Estos instrumentos son: la Convención sobre Asilo adoptada en La Habana en 1928,<sup>22</sup> la Convención sobre Asilo Político adoptada en Montevideo en 1933<sup>23</sup> y la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas de 1954.<sup>24</sup> También existen otras convenciones sobre la materia concluidas por un número más reducido de Estados.<sup>25</sup>

No obstante ese carácter regional del asilo diplomático, ha habido casos en que Estados no latinoamericanos han aceptado la procedencia del asilo diplomático fundados en razones humanitarias y sobre la base del principio reconocido por el derecho internacional de la inviolabilidad de las sedes diplomáticas. Entre estos casos cabe recordar los asilos otorgados durante la guerra civil española (1936-1939) en embajadas latinoamericanas y europeas en Madrid, tanto durante el gobierno Republicano como después de la caída de éste. Un caso muy significativo al respecto tuvo lugar en la embajada de los Estados Unidos en Budapest cuando se otorgó asilo en 1956 al Car-

<sup>22</sup> Son partes de la Convención sobre Asilo de 1928: Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú.

<sup>23</sup> Son partes de la Convención de Montevideo de 1933: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana.

<sup>24</sup> Son partes de la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas de 1954: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>25</sup> Es el caso del Tratado de Derecho Penal Internacional, suscrito en Montevideo en 1889, en vigor entre Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, aunque el Perú posteriormente se retiró; y el Tratado sobre Asilo y Refugio Político suscrito también en Montevideo en 1939, del cual sólo son partes, Paraguay y Uruguay.

denal Midszenty, perseguido por las autoridades húngaras, y en Chile, después del pronunciamiento militar del 11 de septiembre de 1973, cuando algunas embajadas europeas y la Nunciatura de la Santa Sede recibieron como asilados a numerosos chilenos.

De acuerdo a las Convenciones de La Habana de 1928, Montevideo de 1933 y Caracas de 1954 el asilo debe otorgarse en legaciones, navios de guerra y campamentos o aeronaves militares. La Convención de Caracas de 1954 ha ampliado los criterios para definir los lugares donde se otorga el asilo, expresando que se entiende por legación "toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de éstos exceda de la capacidad normal de los edificios". El asilo, pues, no procede en los consulados.

Al igual que el asilo territorial, no existe un derecho de asilo; lo que está reconocido por los instrumentos internacionales correspondientes es el derecho a buscar asilo por la persona que considere que es objeto de persecución. Su otorgamiento corresponde al Estado al cual se solicita el asilo. Este no está obligado a otorgarlo o a declarar por qué lo niega.

El asilo diplomático sólo procede por persecuciones o delitos políticos, por lo que no es lícito concederlo a personas que al tiempo de solicitarlo se encuentren inculpadas o procesadas ante tribunales ordinarios competentes por delitos comunes o estén condenadas por tales delitos.

Es interesante destacar que todas las convenciones sobre asilo diplomático establecen que el asilo se concede independientemente de la nacionalidad del asilado; en otros términos, un Estado puede conceder asilo diplomático a una persona que no sea nacional de ninguno de los Estados que reconocen el asilo diplomático. El artículo 20 de la Convención de Caracas de 1954 ha precisado al respecto que "toda persona, sea cual fuere su nacionalidad, puede estar bajo la protección del asilo".

Siendo el asilo diplomático una institución cuyos fundamentos son de orden humanitario, ella no está sujeta a reciprocidad. Así lo consigna expresamente el artículo 20 de la Convención de Caracas de 1954.

283. *Aplicaciones del asilo diplomático. Los casos Haya de la Torre y Cámpora*

En América Latina, en general, la institución del asilo diplomático ha sido respetada y acatada por el Estado territorial. En Chile, por ejemplo, donde después de los sucesos del 11 de septiembre de 1973, centenares de personas buscaron asilo en numerosas embajadas, el gobierno militar no impugnó el otorgamiento de esos asilos y, aunque con cierta demora en algunos **casos**, terminó autorizando la salida del país de los asilados, a los que otorgó el correspondiente salvoconducto.

Los casos en que el Estado territorial se ha negado a conceder el salvoconducto para que el asilado pueda salir de la Embajada han sido muy pocos y excepcionales. Los dos más importantes de estos casos afectaron a connotados dirigentes políticos -al fundador del APRA del Perú, Víctor Raúl Haya de la Torre, y al ex Presidente de Argentina, Héctor Cámpora-, lo que transformó el asilo durante varios años en una verdadera prisión.

El primero de esos casos se refirió al destacado político peruano Víctor Raúl Haya de la Torre, fundador y principal dirigente del partido Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA), quien fue objeto de persecución por el gobierno del General Manuel Odría, que había accedido al poder después de derrocar al Presidente constitucional José Luis Bustamante y Rivero. El gobierno de Odría acusó al líder aprista de haber organizado y participado en un estallido revolucionario frustrado en El Callao. En tales circunstancias, Haya de la Torre buscó y obtuvo a comienzos de 1949 asilo en la embajada de Colombia en Lima. El gobierno peruano se negó a otorgarle salvoconducto para que éste pudiera salir de la embajada colombiana, aduciendo que se trataba de "un criminal de delito común y no de un refugiado político para acogerse al asilo", y que debería ser entregado al Perú para su juzgamiento.

Colombia se negó a entregar a Haya de la Torre sosteniendo que sólo a ese Estado le correspondía calificar si el delito era político o común y cómo ese Estado lo consideraba político, Perú se encontraba legalmente obligado a permitir la salida del político asilado.

Tales discrepancias motivaron que el caso fuese sometido a la Corte Internacional de Justicia, la que dictó tres sentencias,

una el 20 de noviembre de 1950, una segunda siete días más tarde y finalmente el 13 de junio de 1951, una tercera interpretativa de la primera.

La Corte resolvió que la calificación unilateral que había efectuado Colombia en la que se sostenía que el delito imputado a Haya de la Torre era de naturaleza política no podía tener efectos obligatorios para Perú y que, por lo mismo, el Perú no se encontraba obligado a otorgar un salvoconducto al asilado para que pudiera salir del país, puesto que las normas que así lo establecían en la Convención de Montevideo de 1933 no eran aplicables al Perú, que no las había ratificado. Tampoco la Corte aceptó la argumentación de Colombia que el asilo diplomático estaba también regulado por normas consuetudinarias. Si bien la Corte aceptó la existencia de costumbres regionales, negó que hubiese una costumbre regional sobre el derecho a una calificación unilateral del delito para el Estado asilante.<sup>2fi</sup> Perú, entonces, pidió a Colombia la entrega del asilado, a la cual éste se negó y pidió una interpretación del fallo, la cual fue negada en razón de no haberse cuestionado la entrega del asilado. La controversia fue llevada nuevamente ante la Corte, la que declaró que Colombia debía poner fin al asilo, pero no tenía obligación de entregar al asilado.<sup>27</sup>

El fallo de la Corte Internacional de Justicia ha sido objeto de arduas críticas por parte de juristas latinoamericanos que lo han estudiado, los cuales han puesto de manifiesto las contradicciones en que la Corte incurrió. Por de pronto, tres de los jueces latinoamericanos que en esa época integraban la Corte Internacional de Justicia -los jueces Alvarez, Azevedo, y Caicedo Castilla- dejaron constancia de sus discrepancias en sus votos disidentes.

Finalmente, Haya de la Torre, después de permanecer más de cinco años en la embajada de Colombia en Lima, fue autorizado a salir de ella mediante un acuerdo al que Colombia y Perú llegaron el 22 de marzo de 1954.

Otro caso de una prolongada permanencia en una Embajada de un asilado es el que afectó al ex Presidente de la Argenti-

<sup>27</sup> ICJ Reporte. 1950. Véase especialmente pars. 266 y siguientes.

ICJ Reporte. 1951. Véase especialmente pars. 71 y siguientes.

na Héctor Cámpora. A los pocos días del golpe de Estado de 24 de marzo de 1976, el ex Presidente Héctor J. Cámpora, junto con su hijo Héctor Pedro Cámpora se asilaron en la embajada de México en Buenos Aires. Pocos días más tarde se asiló también en la misma embajada el dirigente peronista Juan Manuel Abal Medina.

El gobierno argentino se negó a otorgar los correspondientes salvoconductos aduciendo que se trataba de "prófugos de la justicia". Estos casos fueron denunciados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no se pronunció sobre el asilo diplomático, por no ser éste un derecho establecido ni en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de que Argentina en esa época no había ratificado ninguna de las tres Convenciones Interamericanas relativas al asilo diplomático. Sin embargo, la Comisión consideró "que la reclusión prolongada de personas en un local sujeto a la inmunidad diplomática constituye también una violación de la libertad del asilado y se transforma en una penalidad excesiva".<sup>28</sup>

Al ex Presidente Cámpora, después de permanecer más de tres años y medio en la Embajada de México en Buenos Aires, le fue otorgado por el gobierno argentino, en consideración a la grave enfermedad que padecía, un salvoconducto que le permitió salir del país el 27 de noviembre de 1979. Sin embargo, su hijo y Abal Medina permanecieron por un tiempo más en la embajada mexicana.

Argentina ratificó en 1993 la Convención de Caracas de 1954 sobre el Asilo Diplomático.

#### **284. Principales reglas que rigen el asilo diplomático**

Las críticas que suscitaron las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Haya de la Torre motivaron a la X Conferencia Interamericana, reunida en Caracas

<sup>28</sup> Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina. OEA/SER.L/V.11.49 de 11 de abril de 1980. Pág. 190.

en 1954, a adoptar sobre la base de un proyecto preparado por el Comité Jurídico Interamericano, una nueva Convención que pudiera perfeccionar las anteriores de 1928 y 1933 y aclarar aquellos aspectos ambiguos que se contenían en esos instrumentos.

Además de las normas y principios que se han expuesto precedentemente, la Convención de Caracas vino a consagrar con una mejor técnica jurídica y mayor claridad, las principales reglas sobre las que descansa la institución del asilo diplomático.

Estas reglas principales pueden resumirse en las siguientes:

- a) El asilo sólo puede concederse en caso de urgencia;
- b) El asilo sólo procede respecto de personas perseguidas por motivos o delitos políticos, correspondiendo la calificación de la naturaleza del delito al Estado asilante, y
- c) Una vez efectuada esa calificación por el Estado asilante, el Estado territorial está obligado a respetarla debiendo otorgar el correspondiente salvoconducto que permita la salida del asilado a otro Estado.

En primer término, la Convención de Caracas de 1954 establece que el asilo sólo puede concederse en caso de urgencia, norma que ya se encontraba en las anteriores convenciones; pero en el artículo 6 de la Convención de Caracas se precisa la urgencia, entre otras situaciones como "...aquellas en las que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autoridades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política", concepto éste más amplio y preciso de urgencia que el que había señalado la Corte Internacional de Justicia en el caso de Haya de la Torre, en el cual la Corte había entendido como urgencia sólo aquellos casos en que es necesario proteger al político perseguido de la "acción violenta y desordenada de elementos irresponsables de la población". En su artículo 7, la Convención de 1954 ha dispuesto que corresponde al Estado asilante apreciar si se trata de un caso de urgencia.

Otra regla fundamental consiste en que el asilo diplomático sólo es procedente en caso de que quien lo solicita sea perseguido por motivos de orden político. Se excluye así del asilo a quienes se encuentran procesados o inculcados por delitos comunes ante tribu-

nales ordinarios o estén condenados por dichos delitos y también a los desertores, aunque en estos casos, dispone el artículo 3 de la Convención de Caracas, se otorgará el asilo si "...los hechos que motivan la solicitud revisten claramente un carácter político". El artículo 4 de la referida convención ha agregado la regla básica en esta materia: "Corresponde al Estado asilante la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución".

Corolario de la anterior regla y al igual que aquella verdadera clave para entender la institución del asilo diplomático -lo que no aconteció con la Corte Internacional de Justicia en el caso Haya de la Torre- es que la decisión que adopte el Estado asilante en cuanto a la calificación de la naturaleza de la persecución o del delito imputado al asilado es vinculante para el Estado territorial. Este, en consecuencia, está obligado a dar las garantías necesarias para que el asilado pueda salir del país, otorgando el correspondiente salvoconducto. Del mismo modo, si es el Estado territorial el que exige que el asilado sea retirado del país, deberá, conforme al artículo 11 de la Convención de Caracas, otorgarle al asilado las garantías necesarias y el correspondiente salvoconducto para que pueda salir del país. El costo del traslado corresponde al Estado asilante, no existiendo una obligación de radicar al asilado en el territorio del Estado asilante, pudiendo ser el destino final el de otro Estado determinado por el Estado asilante (artículos 16 y 17 de la Convención de 1954).

A la fecha, son partes de la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático 14 Estados latinoamericanos, los que han sido señalados en la nota de pie de página N° 24 de este Capítulo. A ellos habría que agregar que Colombia, Cuba, Honduras y Nicaragua ratificaron las Convenciones de La Habana de 1928 y Montevideo de 1933 y que Chile ratificó esta última. Aunque se trata de instrumentos con un menor grado de perfección técnica en comparación con la Convención de Caracas de 1954, dichas convenciones contienen también los elementos esenciales de la institución del asilo diplomático. De hecho, sin contar a los países del CARICOM, que accedieron a la OEA con posterioridad y que carecen de una tradición en materia de asilo diplomático, todos los Estados de América Latina, con la sola excepción de Bolivia, son partes al menos de una de las tres convenciones señaladas precedentemente. Aun así, nada ha habido en la práctica de Bolivia, que firmó esas tres Convenciones,





que pudiera ser indicativo de una oposición a la institución del asilo diplomático. Por ello, a modo de conclusión, puede afirmarse que en la actualidad para los Estados latinoamericanos, el asilo diplomático es una institución vigente, con fundamentos tanto en el derecho convencional como en el consuetudinario.

### *Sección VI*

## LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

### **285. Aspectos generales**

El tema de la protección diplomática por mucho tiempo estuvo asociado a la responsabilidad internacional del Estado, toda vez que se la consideraba la forma más idónea de hacer efectiva aquélla, lo que explica que buena parte de los tratadistas del siglo XX estudiaron la protección diplomática dentro de la responsabilidad internacional de Estado.<sup>29</sup> Del mismo modo, los primeros relatores especiales sobre la responsabilidad internacional del Estado de la Comisión de Derecho Internacional incluyeron el tema de la protección diplomática dentro de sus informes.

La evolución experimentada por el derecho internacional en las últimas décadas motivó en 1996 a la Comisión de Derecho Internacional a incluir en su agenda el tema de la protección diplomática, como tema diferente al de la responsabilidad internacional del Estado, a fin de codificar y desarrollar progresivamente las correspondientes normas. Para tal efecto designó sucesivamente relatores especiales a los juristas Mohamed Bennouna, de Marruecos, y luego al sudafricano John Dugard, quien en 2006 presentó el Séptimo Informe sobre la Protección Diplomática, el cual fue aprobado por la (X)I en 2006 como proyecto de artículos.<sup>30</sup>

Por ejemplo, F. García Amador. *Introducción al Estudio del Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid. 1959. Págs. 330-348; C. Rousseau. *Derecho Internacional Público* (trad.). Barcelona. 1966. Págs. 358-369; C. Sepúlveda. *Derecho Internacional México*. 1979. Págs. 242-252; E. Jiménez de Aréchaga en el Capítulo IX sobre la Responsabilidad Internacional del Estado del *Manual de Derecho Internacional Público*, editado por M. Sorensen (tnid.) México. 1973. Págs. 541-542 y *Derecho Internacional Público*. Tomo IV. Montevideo. 1991. Págs. 66-75.

<sup>m</sup> Comisión de Derecho Internacional (CDI) Docto. A/CN.4/567 de 7 de marzo de 2006.

A falta de un texto convencional sobre la materia, el Informe de la CDI representa, en el estado actual del derecho internacional, el criterio más cierto sobre la protección diplomática, aunque todavía subsisten algunos asuntos en los que no puede afirmarse que exista un generalizado consenso.

La protección diplomática no es sino un corolario de la obligación que le impone el derecho internacional a un Estado de proteger, dentro de los límites permitidos por ese ordenamiento, a un nacional cuando éste sufre un perjuicio en el extranjero, obligación que entre otros instrumentos se encuentra establecida en la Convención de Viena de 1961 sobre las Relaciones Diplomáticas (art. 3, letra b). No obstante, como se verá después, la protección diplomática tiene para el Estado que la ejerce un carácter discrecional.

Bajo el derecho internacional clásico, en el cual el individuo carecía de capacidad procesal para efectuar directamente reclamaciones internacionales, la protección diplomática constituía el medio idóneo que podía utilizarse cuando los derechos personales o patrimoniales de un individuo no eran respetados en otro Estado.

La importancia concedida por el derecho internacional contemporáneo a los derechos humanos significó que la institución de la protección diplomática dejó de ser el único medio de que se podría disponer para interponer una reclamación internacional cuando los derechos humanos de una persona eran conculcados por un Estado del que esa persona no era nacional. Ahora es posible que el propio individuo pueda entablar directamente reclamaciones internacionales tratándose de violaciones a sus derechos humanos cometidas en el exterior.

Lo expresado no significa que la protección diplomática haya perdido vigencia tratándose de los derechos humanos, ya que es posible y frecuente que los individuos recurran al Estado del que son nacionales para que éste, sobre la base de esa solicitud o *motu proprio*, entable una reclamación internacional cuando los derechos de esas personas han sido desconocidos en otro Estado. En ese sentido, la protección diplomática, junto con sus funciones tradicionales, ha pasado a ser también un instrumento mediante el cual el Estado interviene en la protección de los derechos humanos. De ese modo, la protección

diplomática y la de los derechos humanos, aunque diferentes, son complementarias.<sup>31</sup>

No obstante que la existencia de tratados de derechos humanos permiten al individuo recurrir a instancias internacionales y que la multiplicación de tratados bilaterales y multilaterales en materia de inversión extranjera permite procedimientos expeditos para solucionar controversias en materia de inversiones, esto no supone una pérdida de vigencia de la protección diplomática. Lo cierto es que ella aún conserva su importante función en el derecho internacional contemporáneo. Como lo ha expresado el relator especial de la CDI John Dugard: "Hasta que la persona adquiera derechos procesales amplios al amparo del derecho internacional, abandonar la protección diplomática significaría un retroceso de los derechos humanos."<sup>32</sup>

### ***286. Concepto, naturaleza y características de la protección diplomática***

En el Séptimo Informe de la CDI sobre la protección diplomática se define a ésta de la siguiente manera:

**La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática o a otro medio de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.**<sup>33</sup>

La protección diplomática ha sido siempre considerada como un derecho del Estado. El individuo afectado por un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado debe endosar al Estado del cual es nacional su reclamación para que pueda hacer valer sus derechos ante el Estado autor del hecho ilícito. Como lo señaló la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de las concesiones Mavrommatis en Palestina (1924) entre Grecia y el Reino Unido:

**Al asumir la causa de uno de sus subditos y al poner en marcha, en su nombre, una acción diplomática o una acción internacional, un**

<sup>31</sup> Véase M. Pinto "De la protection diplomatique et la protection des droits d'el homme", R.G.D. I.P. Vol. 102. 2002. Pág. 503.

<sup>32</sup> CDI. Docto. A/CN4.506. 7 de marzo de 2000. Pág. 10.

CDI. Docto. A/CN4/567 (2006). Artículo primero.

Estado hace valer, en realidad su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar las normas del derecho internacional en la persona de sus subditos,<sup>14</sup>

Todo Estado tiene el derecho a ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales, aunque se trata de un derecho discrecional, toda vez que, salvo el caso de que una disposición del derecho interno del Estado lo exija, éste no está obligado a ejercer siempre tal protección. El derecho de ejercer la protección diplomática tiene como contrapartida la obligación de los demás Estados de aceptar las reclamaciones del Estado que ejerce la protección diplomática, sin que puedan considerarla como un acto de injerencia ilícita en los asuntos internos de ese Estado.

La protección diplomática la ejerce un Estado mediante una acción diplomática u otro medio de solución pacífica. En ese sentido, el Estado goza de un amplio margen para escoger el medio que le parezca más idóneo. La acción diplomática puede incluir la protesta, la solicitud de información y las negociaciones orientadas a solucionar el asunto. También la protección diplomática puede ejercerse mediante la utilización de un medio de solución pacífica, como pueden ser la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial.

### **287. Requisitos**

La protección diplomática está sujeta a diversos requisitos que han sido desarrollados por el derecho internacional consuetudinario y recogidos en el proyecto de la CDI.

En primer lugar, para que proceda la protección diplomática, es necesario que haya habido una violación del derecho internacional imputable al Estado autor del hecho al que se considera internacionalmente ilícito. Este hecho debe también haber causado un perjuicio o daño al nacional, ya sea en su persona o sus bienes.

La persona afectada por ese daño debe ser nacional del Estado que ejerce la protección diplomática, aunque, como se es-

<sup>M</sup> CPJI Serie A, Número 2. Pág. 12. 1924.

tudiará luego, existen casos excepcionales en que no se requiere el requisito de la nacionalidad.

Por último, dado el carácter subsidiario que revisten las acciones internacionales, se requiere que previamente se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna del Estado en el que se ha cometido el hecho ilícito.

### **288. *El requisito de la nacionalidad de las personas naturales***

Para que proceda la protección diplomática es menester la existencia de un vínculo jurídico y político entre la persona perjudicada y el Estado que asume su protección. Tal vínculo, por lo general, es el de la nacionalidad, aunque también se admite hoy día, como lo ha recogido el proyecto de la CDI, que un Estado pueda ejercer la protección diplomática respecto de una persona que tenga la condición de apátrida o refugiado cuando esa persona en el momento del perjuicio y en la presentación de la reclamación tenga la residencia legal y habitual en ese Estado.

Como se señaló anteriormente,<sup>35</sup> la nacionalidad, sea que ésta provenga por el *jus solis* o *jus sanguinis*, por la naturalización u otro medio que sea aceptado por el derecho internacional, debe ser real y efectiva. También ella debe ser continua en el sentido que la persona protegida por el Estado debe ser nacional de éste tanto al momento del perjuicio como a la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

El aspecto más controvertido de la regla de la continuidad de la nacionalidad es la relativa al *dies ab quem*, esto es, la fecha en la cual la persona que ha sufrido el perjuicio deba ser todavía nacional. La CDI en su proyecto ha propuesto que esa fecha sea la de la presentación oficial de la reclamación, lo cual parece contar con un mayor respaldo en la doctrina; sin embargo, en un laudo arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se contiene como *dies ab quom* el de la fecha de la decisión del asunto.<sup>36</sup> Este criterio, según se sostiene en el Informe de la CDI, ha sido objeto de arduas críticas al no corresponder a la práctica internacional.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Ver en este Capítulo, la Sección II. N° 272.

<sup>36</sup> Caso The Loewen Group Inc. contra Estados Unidos (2003). *Internacional Legal Material* Vol. 42. Núm. 2 (julio de 2003). Pág. 81. Par. 235.

<sup>37</sup> Véase CDI. Docto. A/CN.4/567 (2006). Págs. 16-22.

En caso de doble nacionalidad, el proyecto de la CDI señala que un Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática frente a un Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

**289. *El requisito de la nacionalidad en las personas jurídicas y en los accionistas de una sociedad***

La Comisión de Derecho Internacional, siguiendo un criterio bien establecido por el derecho internacional consuetudinario, admite que la protección diplomática pueda también ejercerse respecto de las personas jurídicas, como las sociedades comerciales, siempre que éstas tengan la nacionalidad del Estado que ejerce la protección con arreglo a "la legislación en la que se ha fundado la sociedad y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social o la sede de su administración o con la cual tiene un vínculo análogo".

En esta materia cabe recordar una importante sentencia de la Corte Internacional de Justicia, la recaída en el caso de la Barcelona Traction, Light and Power (1970), la que sentó importantes precedentes al respecto hasta el punto que hoy día dicha sentencia puede ser considerada en esta materia como expresiva del derecho internacional en rigor.

La Barcelona Traction, Light and Power era una sociedad constituida en Canadá, con sede en Toronto, y con un considerable número de accionistas de nacionalidad belga y a la que le correspondió desarrollar un importante complejo hidroeléctrico en Cataluña, España. En 1948 los tribunales españoles declararon la quiebra de esa sociedad a petición de varios acreedores. En tales circunstancias, el gobierno de Bélgica, considerando que los órganos administrativos y judiciales españoles habían cometido varios hechos internacionalmente ilícitos durante el periodo de la tramitación de la quiebra, presentaron una demanda contra España ante la Corte Internacional de Justicia en ejercicio de la protección diplomática de los accionistas belgas de la Barcelona Traction, Light and Power. La Corte no aceptó la pretensión de Bélgica en virtud de que el derecho a ejercer la pro-

tección diplomática de una sociedad debe corresponder al Estado en el cual se ha constituido la sociedad y en el que tiene su sede.<sup>38</sup>

La Corte también sostuvo que no era en ese caso procedente la protección diplomática de los accionistas de una sociedad, distintos a la sociedad. Ajuicio de la Corte:

La protección diplomática de los accionistas como tales abre la puerta a reclamaciones diplomáticas concurrentes y puede crear una atmósfera de confusión e inseguridad jurídica en las relaciones económicas internacionales.<sup>TM</sup>

En el proyecto de la CDI se reconoce expresamente el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad cuando ésta tenga su nacionalidad en el momento del perjuicio y de la fecha de la presentación oficial de la reclamación e incluso si, como resultado del perjuicio, la sociedad ha dejado de existir.

El proyecto asimismo, siguiendo los criterios de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Barcelona Traction, Light and Power, establece que el Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tiene derecho a ejercer la protección diplomática a favor de sus accionistas, a menos que la sociedad tenga al momento del perjuicio la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por dicho perjuicio se invoca y la constitución de la sociedad sea exigida por éste como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado.

### ***290. El requisito del previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna***

La regla de que el extranjero que ha sido objeto de un perjuicio debe haber agotado previamente los recursos internos para solicitar la protección diplomática y judicial del Estado del cual es nacional, constituye una "regla bien establecida de derecho internacional", tal como lo ha expresado la Corte Internacional de Justicia. La misma Corte ha fundamentado ese requisito señalando "que el Estado donde ocurrió la violación debe tener

<sup>38</sup> ICJ Reports. 1970. Par. 29.

<sup>14</sup> ICJ Reports. 1970. Par. 49.

la oportunidad de repararla por sus propios medios, dentro del marco de su sistema jurídico interno".<sup>40</sup>

La protección diplomática, al igual que la protección internacional de los derechos humanos, tiene un carácter subsidiario. Sólo procede si no se ha obtenido una solución satisfactoria al perjuicio causado por la infracción de una norma de derecho internacional a través de los procedimientos y mecanismos internos. Como lo ha expresado Jiménez de Aréchaga, "el extranjero sería un individuo privilegiado para quien no existirían ni el derecho interno ni los tribunales locales, y quien interpondría de inmediato la influencia política del Estado de su nacionalidad al surgir la más leve dificultad con otro gobierno. Una prematura intervención diplomática podría constituir una afrenta a la independencia del Estado local y a la competencia de sus leyes y tribunales respecto de las personas sometidas a su autoridad".<sup>41</sup>

El previo agotamiento de los recursos internos es necesario entenderlo en su acepción amplia. En ese sentido la reclamación no sólo comprende el acceso a los tribunales ordinarios, sino también ante los órganos administrativos que estén en condiciones de reparar de un modo efectivo el perjuicio causado al extranjero.

La necesidad de agotar previamente los recursos internos no es una regla absoluta. Por supuesto, ella no es procedente cuando no existen en un Estado recursos susceptibles de ser agotados o cuando los recursos internos no ofrecen una posibilidad razonable de obtener a través de ellos una reparación eficaz.

En el proyecto de la CDI se dispone que "un Estado no podrá formular una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales... antes de que la persona lesionada haya agotado todos los recursos internos...". El proyecto añade que por "recursos internos" se entienden los recursos legales que pueda interponer una persona lesionada ante los tribunales u otros órganos, sean éstos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado al que se le atribuye la responsabilidad del perjuicio.

Caso Interhandel. Objeciones Preliminares. ICJ Reports. ÍÍIM. Par. 27.

<sup>41</sup> E. Jiménez de Aréchaga. *Den'cho Internacional Público*. Tomo IV. Montevideo. 1991. Pág. 71.



Al igual que lo había sostenido con anterioridad la doctrina y se había establecido en los tratados de derechos humanos, el proyecto de la CDI considera que la regla del previo agotamiento de los recursos internos no tiene un carácter absoluto y tal regla no es procedente cuando los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad de obtener una reparación efectiva; cuando en la tramitación de un recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca; no exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca; o se haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos.

**291. *¿Es la conducta correcta del lesionado un requisito para interponer la protección diplomática?***

A los requisitos señalados para que proceda la protección diplomática -violación del derecho internacional imputable al Estado autor del hecho ilícito; nacionalidad del Estado que asume la reclamación por la persona perjudicada; y agotamiento de los recursos internos- algunos autores, como Charles Rousseau, añaden la necesidad de una conducta correcta de la persona que ha sufrido el perjuicio,<sup>42</sup> es decir, "manos limpias" por parte del lesionado. Aunque Rousseau señala que esta exigencia constituye "un principio constante en la doctrina y la jurisprudencia,"<sup>43</sup> en realidad la "teoría de las manos limpias" tiene escasos precedentes jurisprudenciales, los que, en todo caso, son muy antiguos y en la actualidad este supuesto requisito no es compartido por la mayoría de la doctrina contemporánea.

La Comisión de Derecho Internacional, al codificar y desarrollar progresivamente la protección diplomática, dejó constancia de que existe escaso apoyo para incluir "la doctrina de las manos limpias en el marco de la protección diplomática".<sup>44</sup>

Lo dicho no significa que la conducta incorrecta de la persona a la que se le ha infligido el perjuicio no tenga incidencia en este tema. Siendo discrecional el ejercicio de la protección diplomática, es frecuente que un Estado no asuma la protección di-

<sup>42</sup> C. Rousseau. *Derecho Internacional Público* (trad.). Barcelona. 1966. Pág. 366.

<sup>43</sup> *Ibid.* Pág. 366.

<sup>44</sup> CDI Docto. A/CN. 4/538 (2006). Pág. 2.

plomática de un nacional que ha sufrido un perjuicio, como una detención prolongada o una confiscación administrativa de sus bienes al imputársele un delito como tráfico ilícito de drogas, siendo en esos casos más frecuente que, en vez de la protección diplomática, se le otorgue a ese nacional una asistencia consular. Pero, en ese caso, se trata de una decisión más política que jurídica del Estado que asume la protección. En cambio, respecto al Estado al que se atribuye haber causado el hecho internacionalmente ilícito -en el ejemplo citado, la detención del extranjero y la confiscación de sus bienes-, su actitud puede deberse más que al rechazo a la invocación a la teoría de la conducta incorrecta del extranjero, a la existencia de una disposición de su derecho interno que lo autoriza a adoptar esas medidas.

### **292. *La renuncia anticipada a la protección diplomática. La Cláusula Calvo***

Si un particular puede renunciar anticipadamente a la protección diplomática constituye un tema que ha sido extensamente debatido. En la segunda mitad del siglo XIX y en las primeras décadas del XX era frecuente que inversionistas europeos y norteamericanos en América Latina cometieran abusos y se amparasen en la protección diplomática de sus Estados. Como reacción a ese comportamiento, surgió la llamada "Cláusula Calvo", por el jurista argentino que la propuso, según la cual el inversionista extranjero debe celebrar con el Estado receptor un contrato mediante el cual conviene que las dudas y controversias que se susciten en la interpretación y aplicación del contrato deberán ser resueltas únicamente por los tribunales competentes del Estado, de conformidad con su derecho, y no podrán dar lugar a ninguna protección diplomática o reclamación internacional.

La Cláusula Calvo ha sido recogida por varias legislaciones e incluso en la Constitución Política de algunos Estados de América Latina. Así, la Constitución mexicana de 1917, en su artículo 27 señala que los extranjeros no podrán adquirir tierras o aguas o concesiones minerales o hidroeléctricas 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.

A su vez, el artículo VII del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948 (Pacto de Bogotá) dispone:

Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo.

En la doctrina y en la práctica internacionales se ha discutido el valor que tiene esa renuncia anticipada a la protección diplomática. Ajuicio de una parte de la doctrina, tal renuncia carecería de valor, toda vez que el derecho a ejercer esa protección corresponde al Estado que la ejerce y no al individuo; pero a esa objeción se puede responder que lo que el extranjero renuncia no es a la protección de que dispone el Estado de su nacionalidad, sino a su facultad de poder presentar al gobierno del Estado del cual es nacional la reclamación para que éste ejerza la protección diplomática en su favor.

La jurisprudencia internacional, sobre todo en disputas que se han suscitado entre Estados Unidos y México y que han sido resueltas por tribunales arbitrales, ha reconocido pleno valor al contrato mediante el cual se ha renunciado a la protección diplomática, aunque algunos fallos han formulado una distinción entre los aspectos derivados del contrato y los surgidos del derecho internacional general. En los primeros, se ha considerado plenamente válida la renuncia a la protección diplomática; pero en lo que se refiere a otros hechos ilícitos cometidos por el Estado contratante, la renuncia anticipada a la protección diplomática carecería de valor.<sup>45</sup>

El asunto ha perdido en la actualidad la importancia que tuvo hace algunas décadas. La tendencia hoy día, más que ejercer un control sobre las inversiones extranjeras, es estimularlas y concederles las necesarias seguridades jurídicas. A su vez, esa tendencia se manifiesta en la actualidad en la preferencia, tanto de los Estados de los inversionistas como de los receptores de inversión extranjera, por someter las controversias que sur-

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, los fallos de los tribunales arbitrales recaídos en los asuntos *North America Dredging Co. of Texas* (1926); *The Mexican Union Railway Co.* (1930), e *Internacional Fisheries Co.* (1931).

jan, más que a los tribunales del Estado donde se ha efectuado la inversión, a procedimientos arbitrales convenidos conjuntamente, como es el caso de la Convención sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrita en Washington en 1965, que establece el CIADI y cuyo artículo 27.1 dispone que

Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a esta Convención, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

### **293. *Protección diplomática y asistencia consular***

No debe confundirse la protección diplomática con la asistencia consular, aunque dada la amplitud de las acciones que un Estado puede adoptar para el ejercicio de la primera, podría también incluir, en algunas situaciones, actos propios de la asistencia consular. Asimismo, la falta de cumplimiento por el Estado receptor de las normas internacionales relativas a la asistencia consular puede dar origen a una protección diplomática y judicial, como ocurrió en tres casos sometidos ante la Corte Internacional de Justicia.

En todo caso, la protección diplomática y la asistencia consular son instituciones de naturaleza diferente. La primera, como lo ha señalado en su Informe la Comisión de Derecho Internacional,<sup>4b</sup> es una intervención entre Estados realizada por funcionarios diplomáticos o representantes del gobierno adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores que ejerce la protección, cuando un nacional se ve perjudicado por un acto internacionalmente ilícito cometido por otro Estado y ha agotado los recursos internos. En la protección diplomática lo que se trata es de reparar un hecho ilícito y ella puede revestir muchas formas, que van desde la protesta hasta la solución judicial de la controversia.

La asistencia consular consiste en la ayuda que se proporciona a los nacionales que se encuentran en dificultades en un Es-

<sup>4b</sup> CDI Docto. A/CS. 4.567 (2006). Par. 20. Pág. 11.

tado extranjero. Tal asistencia es otorgada por los cónsules, ordinariamente de carrera, aunque también puede ser proveída por los cónsules honorarios. Ni en uno ni en otro caso los cónsules tienen representación política y deben observar estrictamente en el cumplimiento de sus funciones la legislación interna del Estado ante el cual se encuentran acreditados. La asistencia consular es fundamentalmente preventiva, en el sentido de que ella tiene por objeto prevenir que se cometa un hecho internacionalmente ilícito. A través de la asistencia se brinda al nacional asesoramiento jurídico a fin de que pueda disfrutar de un juicio justo e imparcial, si se trata de una acusación penal, o de defender sus intereses personales o patrimoniales.

No obstante las diferencias anotadas, es posible que pueda haber una yuxtaposición entre la protección diplomática y asistencia consular, como quedó en evidencia en tres casos sometidos a la Corte Internacional de Justicia por falta de cumplimiento de Estados Unidos del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, disposición que establece el derecho de una persona detenida a comunicarse con los funcionarios consulares de su país y solicitarle asistencia consular, así como la obligación de las autoridades competentes del Estado receptor de informar sin retraso alguno a la competente oficina consular del Estado nacional que éste se encuentra arrestado, detenido o puesto en prisión, informándole de los derechos que le correspondan.

#### **294. *Los casos Breará, La Grand y Avena***

Estos tres casos son relativamente similares, toda vez que la demanda interpuesta en ellos ante la Corte Internacional de Justicia en contra de Estados Unidos estuvo basada en una violación al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Tal demanda fue posible también en razón del Protocolo Facultativo a la Convención sobre Relaciones Consulares, en el que se establece la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en lo que respecta a la aplicación o interpretación de la mencionada convención, el cual había sido ratificado por Estados Unidos y los otros Estados involucrados. Sin embargo, el resultado fue diferente en cada uno de esos casos.

El primer caso presentado a la Corte Internacional de Justicia al respecto fue por Paraguay. En 1992 el paraguayo Angel Francisco Breard fue arrestado y juzgado en el Estado de Virginia de los Estados Unidos. En 1993 fue condenado a la pena de muerte. Sólo en 1996 el Gobierno del Paraguay tuvo conocimiento de que Breard tenía la nacionalidad paraguaya y que ni a él ni a ningún consulado paraguayo las autoridades de Virginia le habían notificado los derechos que contempla el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Después de infructuosas gestiones ante los tribunales de Virginia y las cortes federales, el gobierno del Paraguay sometió el 3 de abril de 1998 el caso ante la Corte Internacional de Justicia, y como se había fijado para el 14 de abril de ese año la fecha de la ejecución de Breard, solicitó con carácter de urgencia las medidas provisionales que permitieran aplazar la ejecución mientras la Corte no decidiera el fondo del asunto, solicitud que la Corte Internacional de Justicia, por la unanimidad de sus jueces, accedió el 9 de abril, notificando de ella al gobierno de los Estados Unidos. Sin embargo, Breard fue ejecutado el mismo día 9 de abril, a pesar de que la Secretaria de Estado Madeleine Albright intervino ante el Gobernador de Virginia para que éste dejara sin efecto la ejecución. Posteriormente, el gobierno del Presidente Clinton presentó formalmente sus excusas al gobierno del Paraguay por no haber podido cumplir con las obligaciones que le imponía la Convención de Viena y se comprometió a adoptar las medidas necesarias para prevenir que en el futuro no se repitieran tales situaciones, lo que motivó al gobierno del Paraguay a retirar la demanda que había presentado contra los Estados Unidos.<sup>47</sup>

El caso de los hermanos alemanes Karl y Walter La Grand es, en muchos aspectos, similar al anterior. Ellos fueron arrestados en 1982 en el Estado de Arizona bajo la acusación de haber participado en el asalto con robo a un banco en el cual fue asesinado uno de sus empleados y herido gravemente otro. Sometidos a proceso fueron condenados a muerte por tribunales del Estado de Arizona, sin que a ellos ni a ninguna oficina consular

" ICJ Reporte. 1998. Véase para un resumen de este caso S. Rosenne. *The World Court. What it is and how it works*. Leiden. 2003. Págs. 220-221.

alemana se les notificara de los derechos que les concede el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Tan sólo en 1992 los hermanos La Grand tuvieron conocimiento, por una tercera persona, de esos derechos y así se lo hicieron saber al Consulado de Alemania; pero a esa fecha, el proceso había finalizado y los La Grand habían sido ya condenados a muerte. También en este caso las acciones judiciales emprendidas por el Gobierno de Alemania, tanto ante los tribunales estatales de Arizona como ante los federales, resultaron infructuosos. El 2 de marzo de 1999, una semana después que Karl La Grand había sido ejecutado y un día antes de la fecha prevista para la ejecución de su hermano Walter, la República Federal de Alemania demandó a Estados Unidos sobre la base del incumplimiento del artículo 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares y solicitó medidas provisionales para suspender la ejecución, a las que la Corte, actuando *motu proprio*, así lo dispuso el mismo día 3 de marzo de 1999. Sin embargo, el Gobernador de Arizona, una vez que la Corte Suprema de Estados Unidos también el 3 de marzo había rechazado la apelación para suspender la ejecución de Walter La Grand, ordenó que ésta se llevase a cabo el 4 de mayo.

A pesar de ello, el gobierno de Alemania prosiguió su demanda en contra de Estados Unidos y la Corte en sentencia de 27 de junio de 2001 declaró que los Estados Unidos habían violado los derechos que a Karl y Walter La Grand les había conferido el artículo 36 de la Convención de Viena; que Estados Unidos había violado las medidas provisionales acordadas por la Corte en virtud del artículo 41 de su Estatuto; y que Estados Unidos debía dar seguridades a Alemania de que no se volvería a repetir esa conducta por parte de las autoridades judiciales estadounidenses, tanto estatales como federales, especialmente en casos en los que se pueda aplicar la pena de muerte. Este caso también es importante desde el punto de vista de la protección diplomática, por cuanto en él se reconoce que el derecho a la asistencia consular que confiere la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares puede hacerse valer por medio de la protección diplomática.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Kji Reports. 12001 Véase especialmente págs. 492 a 494. Pars. 75-77. Véase también sobre este caso S. Rossene, Ob. cit. Págs. 221-222.

El caso Avena, de los tres sometidos a la Corte Internacional de Justicia por violación de los Estados Unidos al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, es el que ha producido resultados más efectivos.

El Gobierno de México, después de múltiples esfuerzos ante autoridades de los Estados Unidos para el debido cumplimiento del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, instauró ante la Corte Internacional de Justicia el 9 de enero de 2003 una demanda contra Estados Unidos aduciendo la violación del derecho de asistencia consular de 52 mexicanos que habían sido condenados a muerte en 9 Estados de la Unión, siendo la mayoría de ellos en los Estados de California y Texas. El primero en la lista presentada por México fue Carlos Avena, de lo cual deriva el nombre de este caso.

La Corte Internacional de Justicia en sentencia de 31 de marzo de 2004, por 14 votos a favor y uno en contra<sup>w</sup> reafirmó la vigencia y plena obligatoriedad del derecho de toda persona detenida a ser informada sin dilación sobre su derecho a la asistencia consular y determinó que hubo una violación por parte de Estados Unidos de América a sus obligaciones internacionales respecto de tales derechos, en los casos de los mexicanos condenados a muerte. Asimismo dispuso que los Estados Unidos, por los medios idóneos y de acuerdo a su legislación interna, deberían llevar a cabo una revisión y reconsideración por la vía jurisdiccional tanto del veredicto de culpabilidad como de la imposición de la pena, tomando plenamente en cuenta el peso que tuvo la falta de notificación consular en la decisión de los correspondientes tribunales estatales.

Ajuicio del gobierno de México, este fallo puede ser considerado como la consolidación de un importante principio de derecho internacional que ratifica el derecho de los Estados a proteger a sus nacionales que se encuentran en otro país.<sup>M></sup>

Por su parte, el Departamento de Estado de los Estados Unidos anunció que estudiaría la sentencia. El gobernador de Texas declaró que no la acataría, porque la Corte Internacional de

<sup>w</sup> El único voto en contra fue del juez venezolano Parra-Aranguren.

Comunicado de Prensa de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México de 13 de abril de 2004.



Justicia no tenía jurisdicción sobre ese Estado. Un año después de la sentencia, el Presidente George W. Bush emitió una orden ejecutiva en la que anunció que Estados Unidos daría cumplimiento al fallo, ordenando a los órganos judiciales estatales que la acataran, aunque, a la vez, su gobierno dispuso la denuncia por parte de Estados Unidos del Protocolo Facultativo a la Convención sobre Relaciones Consulares. Hasta la fecha ninguno de los mexicanos condenados a muerte que figuraban en la demanda ante la Corte Internacional de Justicia ha sido ejecutado, lo que confirma la eficacia que tuvo esta iniciativa del Gobierno de México.<sup>51</sup>

<sup>M</sup> Sobre el caso Avena véase ICJ Reports. 2004; R. Méndez Silva. "Caso Avena y Otros y la Controversia entre México y Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia", en *Jornadas de Derecho Internacional 2004*. Santiago, Chile. Organización de los Estados Americanos, Washington, 2005. Págs. 233-25P. J. M. Gómez Robledo, "El Caso Avena y Otros Nacionales ante la Corte Internacional de Justicia." *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, México, 2005. Págs. 175-220.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Sección I*

ASPECTOS GENERALES

**295. *¿Qué son los derechos humanos?***

Parecería existir un consenso en cuanto a que ciertos atributos son inherentes a todo ser humano y que, precisamente por ello, deben ser reconocidos como tales en instrumentos jurídicos internos e internacionales, a fin de asegurar su respeto y garantizar su ejercicio.

Sin embargo, tal consenso no se manifiesta cuando se trata de encontrar su fundamento. Para los *jus naturalistas*, como Jacques Maritain, el establecimiento de "la existencia de derechos naturales inherentes a todo ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, ... no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino reconocer y sancionar como universalmente valederos...".<sup>1</sup> En cambio, para otras corrientes de pensamiento, los derechos humanos se establecen en un determinado contexto histórico de acuerdo a las realidades políticas, económicas o sociales imperantes en la época en que ellos quedan consagrados.

La discrepancia existente entre esas dos posiciones no dene, sin embargo, mayor importancia en la práctica. Si un derecho huma-

<sup>1</sup> J. Maritain. *Los derechos del hombre y la ley natural*. (Trad.) Buenos Aires. 1943. Pág. 114.

no en una época determinada es incorporado a la Constitución Política de un Estado o a un instrumento internacional, es precisamente porque en uno y otro caso existe un consenso de que ese derecho humano corresponde a un atributo o prerrogativa que toda persona debe gozar y que, por lo mismo, debe ser reconocido e incorporado a la Constitución o a un instrumento internacional a fin de garantizar su respeto. Cabe al respecto recordar que en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual no se produjeron mayores discrepancias en cuanto a su contenido, participaron personas que provenían de diferentes culturas e ideologías. También es significativo que el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señale que "Estos derechos derivan (se desprenden del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de la dignidad inherente a la persona humana" y que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también en su preámbulo, exprese que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...".

Tales atributos para que sean efectivos y exigibles, desde el punto de vista del derecho internacional, deben ser reconocidos en un instrumento vinculante. Por lo general, ese instrumento será un tratado que al ser adoptado por el correspondiente Estado pasa a formar parte de su ordenamiento jurídico interno; pero también puede constar en una resolución de una organización internacional, la que pasa a ser obligatoria al convertirse en una norma de derecho internacional consuetudinario, como acontece con la mayoría de las normas contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con algunas otras resoluciones sobre derechos humanos adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Sobre la base de esas consideraciones y desde una perspectiva del derecho internacional, los derechos humanos pueden ser definidos como atributos inherentes a toda persona humana que al ser reconocidos e incorporados a un instrumento internacional vinculante, establecen para los correspondientes Estados la obligación de respetarlos y garantizar su ejercicio y permiten a las personas destinatarias de esos derechos invocarlos frente al Estado en que se hallen.

## **296** *¿Por qué una protección internacional a los derechos humanos?*

La razón que, en definitiva, explica la existencia de órganos internacionales de protección de los derechos humanos -ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- obedece a la "necesidad de encontrar una instancia a la que pueda recurrirse cuando los derechos humanos han sido violados por agentes u órganos estatales

Junto a esa consideración, debe agregarse que la protección internacional de los derechos humanos obedece también a la necesidad de lograr que tales derechos puedan ser garantizados mediante instrumentos de la mayor jerarquía posible que hagan más difícil tanto su transgresión como su derogación. Si los derechos humanos hubiesen sido garantizados tan sólo por las legislaciones internas, éstos habrían sido susceptibles de ser derogados o modificados por otras disposiciones internas, como tantas veces ocurrió en el pasado en diversos países.

Hasta la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional, salvo respecto de situaciones muy específicas, como el combate a la esclavitud o su preocupación por otorgar a los extranjeros un estándar mínimo de justicia en el Estado en el que se encontraban, o de promover, desde la fundación de la OIT en 1919, los derechos sociales, no se preocupó de la protección de los derechos humanos. Estos, en general, eran considerados un asunto de la jurisdicción interna del Estado en que se encontraban.

Las dolorosas experiencias sufridas antes y durante la Segunda Guerra Mundial, en las que se atentó contra fundamentales derechos de la persona humana por el solo hecho de pertenecer a una raza o profesar una ideología, motivó a la comunidad internacional al término de la guerra "a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres," como se señaló en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>1</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina. Docto. OEA/SER.L/Y./II.49 de 11 de abril de 1980. Pág. 29.

Históricamente, la primera vez en que los derechos humanos quedaron individualizados e incorporados en un texto internacional, fue en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en abril de 1948, y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de ese mismo año. Estas declaraciones, sin embargo, al no constituir un tratado, no tuvieron inicialmente un valor jurídico obligatorio para los Estados, aunque posteriormente, con el transcurso de los años, llegaron a ser obligatorias como expresión del derecho internacional consuetudinario.

El siguiente paso que se dio en este proceso histórico por ir confiriendo cada vez un mayor valor a las normas de derechos humanos, fue que dichos derechos quedasen consagrados en tratados internacionales, los que pasaron a ser exigibles internacionalmente y, al incorporarse a los respectivos ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados partes, obligatorios internamente.

Dentro de los primeros tratados que se adoptan en materia de derechos humanos, además de los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario, cabe recordaren el plano universal los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, uno de Derechos Civiles y Políticos y otro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el plano regional es necesario citar la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969. Con posterioridad, tanto en el plano universal como regional, se fueron adoptando numerosos tratados que tuvieron por objeto proteger determinados derechos humanos de la persona o de grupos de personas que se encontraban en situaciones más vulnerables, como las mujeres, los niños, los discapacitados, los indígenas y los trabajadores migrantes; o prevenir y castigar graves conductas contra las personas, como es el caso de los tratados sobre el genocidio, la discriminación racial, la tortura y la desaparición forzada de personas. Asimismo, esos tratados y resoluciones fueron creando órganos e instituciones que permitieran proteger de un modo efectivo los derechos humanos.

A la vez, tal como se estudió en el Capítulo Quinto, modernas Constituciones de Europa y América Latina fueron incorpo-

rando a ellas disposiciones según las cuales los tratados de derechos humanos pasaron a formar parte automáticamente de los respectivos ordenamientos jurídicos internos y, en algunos casos, con un valor igual o superior al de la Constitución.

Junto a estos procesos, las organizaciones internacionales comienzan a otorgarle al tema de los derechos humanos una fundamental prioridad. Las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos cometidas en buena parte de América Latina en las décadas de los años 70 y 80, llevan en esos años y en la siguiente década a hacer del tema de los derechos humanos el más importante de la OEA. Del mismo modo, en Naciones Unidas en las últimas décadas del siglo XX, los derechos humanos pasan a convertirse en uno de sus asuntos prioritarios. Ello explica que resoluciones de la Asamblea General, como la 48/141 de 1994, en la que se estableció el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, haya expresado que "la promoción y la protección de los derechos humanos es una de las prioridades de la comunidad internacional" y que el jurista y filósofo argentino Carlos Santiago Niño, uno de los pensadores más lúcidos que ha tenido América Latina, haya señalado que la decisión política de tener derechos humanos universales es "el mayor invento del siglo XX".<sup>3</sup>

### ***297. Las diversas categorías de derechos humanos. Su universalidad, indivisibilidad e interdependencia***

Se suele clasificar a los derechos humanos en dos categorías: los derechos civiles y políticos, por una parte, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otra. Ambas categorías de derechos quedaron plasmadas, en forma separada, en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos adoptados en 1966. Uno sobre derechos civiles y políticos y el otro sobre derechos económicos sociales y culturales.

Los primeros tienen como antecedente los derechos que fueron incorporados a las primeras declaraciones sobre derechos humanos que surgieron a fines del siglo XVIII, como fue la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América

<sup>3</sup> Cit. por M. Pinto. *El Derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*. Buenos Aires. 2004. Pág. 92.

de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia de 1789, así como de las Constituciones Políticas de la mayoría de los Estados de Europa y América Latina del siglo XIX. Los derechos económicos, sociales y culturales, en cambio, fueron incorporados a la normativa constitucional sólo en el siglo XX, siendo la Constitución de México la primera en hacerlo en 1917. A ella siguieron la Constitución de la Unión Soviética, de 1918, y de Alemania, de la República de Weimar, de 1919. Hoy la gran mayoría de las Constituciones contemplan ambas categorías de derechos.

La existencia de dos instrumentos separados y distintos no puede dar lugar a posiciones excluyentes en cuanto al valor y jerarquía que deben tener cada una de esas categorías de derechos humanos. En la medida en que la comunidad internacional ha ido avanzando en el fortalecimiento de la protección internacional de los derechos humanos se ha ido haciendo cada vez más evidente la estrecha relación existente entre la vigencia de los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales, toda vez que ambas categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su fundamento en la dignidad de la persona humana, lo cual exige una tutela y promoción permanente con el objeto de asegurar su plena vigencia.

Lo expresado no significa que no existan diferencias entre esas dos categorías de derechos, al igual que de los medios que existen para la protección de unos u otros.

Los derechos civiles y políticos, en general, se caracterizan porque su exigibilidad por la persona humana es inmediata y para su realización es necesaria una conducta de abstención del Estado. La obligación del Estado respecto de este tipo de derechos es esencialmente la de no violarlos ni lesionarlos mediante la acción de un órgano o agente estatal.

En cambio, en los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene esencialmente la obligación de emprender una conducta activa que permita el goce de estos derechos. La obligación del Estado consiste, entonces, en poder dedicar de un modo progresivo y dentro de sus posibilidades financieras los recursos que permitan la satisfacción de tales derechos. Con todo, resulta importante destacar que como derechos humanos,

que lo son, los derechos económicos, sociales y culturales son atributos necesarios de la persona humana y no metas deseables de desarrollo.

A estas categorías -o generaciones de derechos humanos- se suele agregar una tercera generación de derechos, cuyo fundamento, en vez de la libertad o la igualdad que serían para los de primera y segunda generación, sería la solidaridad. Se trata de una proposición que todavía es de *lege ferenda*, aunque algunos de esos "derechos de tercera generación" han sido reconocidos en resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas o incorporados a tratados como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Entre estos derechos se encontrarían los derechos a la paz, al desarrollo, a disponer de sus recursos y riquezas naturales, a la protección del medio ambiente, aunque éste último hoy día podría ser considerado un derecho económico-social que ha adquirido vigencia interna e internacional.

A pesar de las diferencias que existen entre esas categorías de derechos humanos y de los distintos sistemas existentes para su protección internacional, hoy día nadie discute que todos los derechos humanos son atributos del ser humano y que todos ellos son universales, indivisibles e interdependientes entre sí.

La universalidad, indivisibilidad, e interdependencia de todos los derechos humanos han sido reconocidas en varios instrumentos internacionales y reiteradas por la Declaración de Jefes de Estado y de Gobierno de la Cumbre Mundial de 2005, en la que éstos expresaron:

Reiteramos que todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y que deben tratarse de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y con la misma atención.<sup>4</sup>

### ***298. Protección universal y protección regional de los derechos humanos***

La protección internacional de los derechos humanos puede ser objeto de una regulación tanto a nivel universal como por cada

<sup>4</sup> Resolución 60/1 (2005) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Par. 121.



uno de los distintos sistemas regionales existentes. La primera será estudiada más adelante, cuando en la sección siguiente de este mismo capítulo se estudie la protección de los derechos humanos por Naciones Unidas.

Existen tres sistemas regionales que de un modo especial se han preocupado de la protección y promoción de los derechos humanos: el europeo, el interamericano y el africano.<sup>5</sup> Además de esos tres sistemas debe tenerse presente que también coexisten con ellos normas y principios de otras organizaciones regionales que se han preocupado de la protección de los derechos humanos, como es el caso de la Unión Europea, la Organización sobre Seguridad y Cooperación Europea, la Liga Árabe y el Consejo Islámico, los cuales también se han involucrado en asuntos concernientes a los derechos humanos, pero sin llegar a constituir un sistema de protección como los que caracterizan a los tres sistemas regionales señalados.

La coexistencia de un sistema universal con otro regional en materia de derechos humanos no ofrece mayores dificultades, contrariamente con lo que acontece en otras áreas, donde la duplicación de esfuerzos puede llegar a constituir una fuente de problemas. En derechos humanos, más bien, esa duplicación de esfuerzos puede resultar beneficiosa desde el punto de vista de la protección de los derechos. En todo caso, si no fuese posible lograr una coordinación entre el sistema universal y el regional, lo que será siempre deseable, y hubiese necesidad de optar por uno de los dos sistemas, la preferencia en materia de derechos humanos deberá siempre otorgarse a las soluciones regionales. Es significativo al respecto que un gran jurista latinoamericano, Eduardo Jiménez de Aréchaga, que en materias como la solución pacífica de controversias o la seguridad colectiva siempre optó por la preferencia a las soluciones de orden universal, en materia de derechos humanos haya expresado "la preferencia en materia de derechos humanos debe ser para el regionalismo. No sólo por constituir un sistema mucho más perfeccionado, sino sobre todo porque en el plano regional el pro-

Por la importancia que para América Latina reviste el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, éste será estudiado más adelante en dos secciones de este capítulo.

blema se simplifica. En el plano mundial las oposiciones son casi insolubles: diversos niveles de civilización, diversos estilos de vida y diversas filosofías disputan entre sí y el común denominador sólo se logra en una evasiva generalizada. En el plano regional, en cambio el común denominador existe y la unidad jurídica también".<sup>1B</sup>

### *El sistema europeo*

El sistema europeo ha sido constituido y funciona dentro del marco del Consejo de Europa (y no de la Unión Europea). El instrumento básico de este sistema es la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptada en Roma en 1950 y que entró en vigor en 1953. Dicha Convención reconoce los principales derechos civiles y políticos, así como algunos de orden económico, social o cultural, como la libre sindicalización y la libertad de educación. Otros derechos han sido reconocidos posteriormente a través de Protocolos Adicionales a la Convención de 1950. También debe señalarse que los más importantes derechos sociales fueron establecidos por la Carta Social Europea de 1961, cuyo sistema de control escapa al establecido en la Convención de Roma de 1950.

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales originalmente estableció dos órganos para el control de los derechos humanos establecidos en ella: La Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, cada una de las cuales estaba integrada por un número de comisionados y jueces igual al número de Estados miembros del Consejo Europa, elegidos por el Comité de Ministros. Las demandas ante la Corte necesariamente debían ser introducidas por medio de la Comisión o por un Estado.

El sistema europeo de protección de los derechos humanos fue objeto de una fundamental transformación por medio del Protocolo número 11, adoptado el 11 de mayo de 1994 y que entrara en vigor el 1 de noviembre de 1998. Mediante ese

" E. Jiménez de Aréchaga. "El Derecho y la Justicia, Resguardos de la Libertad," *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica. Enero-junio 1985. Vol. I. Pág. 33.

Protocolo se suprimió la Comisión Europea de Derechos Humanos, pasando la Corte a ser el único órgano de protección. La otra fundamental reforma fue la de permitir el acceso directo de los individuos ante la Corte, sin necesidad de hacerlo a través de la Comisión, cuando se cumplieran determinados requisitos, como haber previamente agotado los recursos de la jurisdicción interna.

Como dicha modificación produjo un notable aumento de las demandas y, a la vez, la composición del Consejo de Europa se había incrementado notablemente como consecuencia de la incorporación de Estados de Europa del Este, de la ex Unión Soviética y la ex Yugoslavia, a fin de hacer más expeditos los procedimientos ante la Corte, éstos también fueron modificados y en la actualidad la Corte Europea funciona en su sede de Estrasburgo con una sala de tres jueces para decidir la admisibilidad de una demanda o en salas de siete o diecisiete magistrados y sólo muy excepcionalmente en pleno.

#### *El sistema africano*

El sistema africano de derechos humanos ha sido establecido en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (African Charter on Human and People's Rights), adoptada por los Estados partes de la Unión Africana en 1982 y que se encuentra en vigor desde 1986.

La Carta Africana reconoce a favor de las personas los principales derechos civiles y políticos, así como derechos económicos y sociales tales como el derecho al trabajo, a la salud física y mental, a la educación y a la protección de la familia; pero además de esos derechos individuales, yendo más allá de los que establecen los otros instrumentos regionales de derechos humanos, la Carta Africana ha reconocido derechos a favor de los pueblos, entre los cuales se incluyen su derecho a la existencia y autodeterminación; el derecho a poder disponer de sus riquezas y recursos naturales; el derecho al desarrollo; el derecho a la paz y seguridad internacionales y el derecho a un medio ambiente satisfactorio.

La Carta Africana de 1982 estableció una Comisión Africana de Derechos Humanos compuesta por once personalidades africanas de la más alta reputación, elegidas por la Asamblea de

Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, como el órgano encargado de velar por el respeto a los derechos humanos y de los pueblos.

Posteriormente, a la Comisión fue agregada la Corte Africana de Derechos Humanos mediante un Protocolo Adicional, el cual fue adoptado en 1998 y entró en vigor en 2004. La Corte está compuesta por once juristas africanos de reconocida integridad moral y experiencia en el campo de los derechos humanos.

La Corte Africana de Derechos Humanos puede conocer de las demandas que le presente la Comisión, el Estado parte que ha cometido el caso ante la Comisión o contra el cual se ha sometido el caso o el Estado cuyo nacional ha sido víctima de una violación o por una organización intergubernamental africana.

La Corte dispone de un amplio margen de posibilidades, que incluyen, además de decidir el asunto, reenviarlo a la Comisión o propiciar una solución amistosa del asunto. A la fecha, de los 53 Estados que forman la Unión Africana, cerca de la mitad de ellos han ratificado el Protocolo en el que fue creada la Corte Africana.

### ***299. ¿Cómo se protegen los derechos humanos en el plano internacional?***

La eficacia de un sistema de protección de derechos humanos depende en importante medida tanto de la existencia de órganos que puedan promover la defensa de tales derechos como de mecanismos de control, vigilancia y supervisión que se hayan establecido para asegurar la vigencia de los derechos protegidos.

A partir de 1948, año en que se adoptan las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos, tanto Naciones Unidas como la OEA fueron otorgando competencia en materia de derechos humanos a los órganos que se habían establecido y a los que se fueron estableciendo con posterioridad.

A esos órganos se les fueron confirmando atribuciones para proteger los derechos humanos de una persona cuando éstos fuesen violados por la acción u omisión del Estado; para velar por la situación general de los derechos humanos en un Estado; y para proteger específicamente determinados derechos humanos.

Un examen de las normas establecidas tanto a nivel universal como regional en cuanto a los órganos de protección, así

como de la práctica que se ha seguido, denota la existencia de una diversidad de formas y modalidades para promover y proteger los derechos humanos. Sin pretender exponer una enumeración exhaustiva de todas las posibilidades existentes que ofrecen los sistemas de protección de derechos humanos, puede señalarse que las modalidades más importantes actualmente existentes para promover la observancia de los derechos humanos y subsanar las situaciones que pueden presentarse respecto de ellos, son las siguientes:

- a) la adopción de tratados y otros instrumentos internacionales destinados a proteger los derechos humanos;
- b) los buenos oficios y la mediación;
- c) las observaciones *in loco*;
- d) los informes sobre la situación de los derechos humanos en un Estado o con respecto de un determinado derecho o situación;
- e) la discusión por un órgano político de una organización internacional y la adopción de una consiguiente resolución;
- f) los informes periódicos que deben presentar los Estados;
- g) los mecanismos de denuncia individuales;
- h) las actuaciones en situaciones de emergencia;
- i) las opiniones consultivas, y
- j) las soluciones judiciales.

Además de esos medios, propiamente de protección de derechos humanos, es necesario también tener presente que en situaciones que afectan gravemente a los derechos humanos, el Consejo de Seguridad puede llegar a actuar si esa situación es considerada una amenaza a la paz; y que cuando las violaciones graves a los derechos humanos son cometidas por individuos bajo la forma de crímenes contra la humanidad, ellos pueden ser objeto de la competencia de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, ambas situaciones trascienden el estudio de los derechos humanos. La primera fue estudiada en el Capítulo Décimo, a propósito de la seguridad colectiva en las Naciones Unidas, y la segunda se incluirá en el capítulo siguiente, al tratar de la Corte Penal Internacional.

La modalidad escogida para proteger los derechos humanos dependerá, en primer lugar, de la naturaleza del asunto y de la

vinculación del Estado al que se le imputa la violación con un determinado instrumento o sistema de protección de los derechos humanos. Desde luego, también la preferencia por un procedimiento no excluye necesariamente que se pueda recurrir también a otros. Es posible, asimismo, dependiendo del asunto, que simultáneamente se puedan emplear dos o más de esos procedimientos.

La primera de esas modalidades consiste en la elaboración de instrumentos internacionales -tratados y resoluciones declarativas de Conferencias o Asambleas Generales de la ONU y la OEA- relativos a la protección o promoción de los derechos humanos. No hay dudas de que tales convenciones y declaraciones han contribuido significativamente a proteger fundamentales derechos humanos.

La interposición de los buenos oficios e incluso el ofrecimiento de actuar como mediador en una situación que afecta los derechos humanos, constituye la más elemental forma en que se puede ejercer la protección de los derechos humanos por una organización internacional o uno de sus órganos, como es el caso de las gestiones que pueden emprender el Secretario General o el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Secretario General de la OEA o el Presidente o Secretario Ejecutivo de la Comisión Internacional de Derechos Humanos, tratándose de situaciones como obtener la libertad de un detenido o prisionero, impedir que un nacional de un Estado sea expulsado administrativamente de su país o tratar de obtener la conmutación de la pena de muerte a una persona. Por su naturaleza estas gestiones son informales y generalmente confidenciales. Durante los años 70, en los cuales tuvo lugar la práctica de las desapariciones forzadas de personas en varios Estados de América Latina, este tipo de gestiones realizadas por el Presidente o el Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dieron como resultado en decenas de casos poder ubicar el paradero del detenido y evitar así su desaparición.

Las observaciones *in loco*, los informes que las siguen y su discusión por el correspondiente organismo internacional son tres modalidades de protección de los derechos humanos que, por lo general, aunque no necesariamente, están vinculadas entre

sí y que usualmente se desarrollan en forma consecucional. Sin embargo, se trata de tres modalidades diferentes que deben de considerarse separadamente.

Las observaciones *in loco* tienen por objeto investigar y verificar hechos (*fact-finding*) en el país en el que han ocurrido. Asimismo, constituyen una oportunidad para dialogar con las autoridades a fin de prevenir y corregir situaciones que afectan la vigencia de los derechos humanos. En Naciones Unidas estas observaciones usualmente son llevadas a cabo por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos o sus representantes, así como por los relatores especiales o grupos de trabajo designados en el pasado por la Comisión y ahora por el Consejo de Derechos Humanos. En el sistema interamericano, las observaciones *in loco* llevadas a cabo por la CIDH en numerosos países han constituido una de las actividades más importantes efectuadas por ésta.

Por lo general, los resultados de una observación *in loco* se consignan en un informe, aunque éste también puede redactarse sin que sea necesario que previamente se haya realizado la observación. Los informes pueden referirse a la situación general de los derechos humanos en un determinado Estado o a una situación particular relativa a la vigencia de los derechos humanos. En Naciones Unidas, estos informes hasta junio de 2006 eran redactados directamente por la Comisión de Derechos Humanos, por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos o por un Relator Especial designado por el Secretario General o la Comisión de Derechos Humanos. En los primeros cinco años del siglo XXI estos informes se han referido a la situación de los derechos humanos en Afganistán, Burundi, Camboya, Cuba, Haití, Irak, Liberia, Myanmar, República Democrática del Congo, Somalia, Sudán, Territorios Palestinos ocupados por Israel y Timor Leste. También en Naciones Unidas esos informes han versado sobre graves situaciones relativas a los derechos humanos, los que, por lo general, han sido redactados por un redactor especial. Entre otros asuntos, estos informes especiales se han referido a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión; los mercenarios; el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia; la violencia contra la mu-

jer; las desapariciones forzadas o involuntarias; los derechos de los pueblos indígenas; y el derecho al desarrollo. En el sistema interamericano la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado informes sobre la situación general de los derechos humanos en la mayoría de los Estados Miembros de la OEA, algunos de los cuales han tenido un gran impacto. También ella ha elaborado informes especiales sobre la vigencia de determinados derechos.

Los informes, por lo general, aunque no siempre, son enviados a un órgano político de una organización internacional para su discusión y la adopción de una resolución. En Naciones Unidas ese órgano era, en primer término, la Comisión de Derechos Humanos y ahora esa labor puede ser continuada por el Consejo de Derechos Humanos. Después los informes que son considerados por la Tercera Comisión de la Asamblea General, pasan al plenario de ésta, donde, por lo general, se adopta una resolución en la que se recomienda al correspondiente Estado la adopción de una serie de medidas que permitan el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. En la OEA, los informes de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos de un Estado, ordinariamente son considerados por la Asamblea General, aunque algunos de ellos han sido enviados a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, como aconteció con el Informe de los Derechos Humanos en Nicaragua bajo Somoza. La discusión de esos informes y la adopción de la consiguiente resolución constituye una oportunidad para que la comunidad internacional o regional exprese su juicio sobre cómo en un Estado se están cumpliendo los derechos humanos internacionalmente reconocidos y se formulen las recomendaciones que permitan a ese Estado corregir las prácticas y abusos cometidos. En ese sentido tales resoluciones pueden ser consideradas un eficaz medio de protección de los derechos humanos, aunque debe reconocerse que es frecuente que las decisiones de algunos Estados son determinadas por consideraciones políticas.

Esos informes no deben ser confundidos con los informes periódicos que los Estados deben presentar respecto de las medidas adoptadas para dar mayor efectividad a los derechos objeto de protección. Esta obligación se encuentra establecida en



varios tratados celebrados en el ámbito de las Naciones Unidas. Así, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 40) como en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 16) se dispone que los Estados partes de éstos se comprometen a presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado y los programas realizados con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos...". Y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, su artículo 19.1 establece que los Estados partes del Protocolo deben presentar "informes periódicos respecto de las medidas progresivas que se hayan adoptado para asegurar el debido respeto a los derechos consagrados en el mismo Protocolo". De ese modo, estos informes periódicos contribuyen a disminuir la brecha que podría producirse entre la obligación a la que se ha comprometido un Estado con lo que efectivamente está realizando.

El mecanismo de denuncias individuales constituye una de las medidas más efectivas para proteger los derechos humanos. A través de ese mecanismo se persigue solucionar la situación de una o más personas afectadas por una violación de sus derechos humanos. Una vez cumplidos ciertos requisitos -el más importante de los cuales es el previo agotamiento de los recursos internos-, el mecanismo de denuncia individual da origen a un procedimiento contradictorio entre la persona que considera que sus derechos han sido violados y el Estado al cual esa persona atribuye la violación. Ese procedimiento puede incluir la búsqueda de una solución amistosa del asunto basada en el respeto de los derechos humanos y puede finalizar con recomendaciones al Estado que permitan superar la violación o, en los sistemas regionales, el asunto puede ser remitido a un tribunal internacional de derechos humanos. En Naciones Unidas, los mecanismos de denuncia requieren que el Estado haya reconocido la competencia del órgano encargado de conocer la denuncia, como el Comité de Derechos Humanos establecido por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o los diferentes otros Comités establecidos por la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, de 1965; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979; la Convención con-

tra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006. En lo que concierne a los sistemas regionales, debe recordarse que en Europa el sistema de denuncias existió hasta 1998, cuando mediante el Protocolo número 11, la Comisión Europea de Derechos Humanos dejó de existir y la Corte Europea pasó a constituir la única instancia para proteger los derechos humanos. Este sistema de denuncia individual existe en Africa, al igual que en el sistema interamericano, el cual por su importancia será estudiado más extensamente con posterioridad.

Otra de las modalidades que puede revestir la protección internacional de los derechos humanos tiene lugar cuando se ponen en ejecución mecanismos para afrontar situaciones de emergencia que permitan evitar que se produzcan daños irreparables a las personas. En Naciones Unidas esas funciones están incluidas dentro de las facultades que tiene el Alto Comisionado de Derechos Humanos, pero también las han ejercitado relatores especiales que han tenido a cargo la situación de los derechos humanos en un determinado Estado. En el sistema interamericano, tanto la Comisión como la Corte pueden en casos de extrema gravedad y urgencia solicitar que se adopten medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas, sin perjuicio de que también en la práctica de la Comisión, cuando han ocurrido esas situaciones, el Presidente o el Secretario Ejecutivo de la Comisión en forma inmediata ha solicitado informaciones al respectivo gobierno, lo que, en algunos casos, ha sido suficiente para evitar que se haya consumado una posible violación a un derecho humano.

Las opiniones consultivas adoptadas por un órgano judicial pueden también ser incluidas como una de las modalidades existentes para proteger los derechos humanos. Esas opiniones son emitidas por un tribunal de derecho con el objeto de interpretar o asegurar la aplicación de un tratado concerniente a la protección de los derechos humanos. Estas opiniones pueden ser importantes, especialmente cuando algún Estado invoca un tratado, contrariando su sentido y alcance para dejar de cumplir una obligación internacional. En Naciones Unidas, las opinio-

nes consultivas no han sido establecidas sólo en función de tratados de derechos humanos; ellas tienen un alcance más general al haber sido establecidas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la que puede emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica a solicitud de uno de los órganos principales de la ONU, incluyendo asuntos de derechos humanos, como ocurrió con sus opiniones consultivas sobre las reservas a la Convención sobre Genocidio (1951) y sobre las Inmunidades de los Relatores Especiales de la Comisión de Derechos Humanos (1999). La competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia sirvió de modelo para que los sistemas regionales de protección de los derechos humanos adoptasen el procedimiento consultivo como uno de los medios de protección de los derechos humanos. El Protocolo 2 de la Convención Europea, adoptado en 1963 y vigente desde 1970, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y el Protocolo Adicional a la Carta Africana, de 1998, en vigencia desde 2004, han conferido a las Cortes Europea, Americana y Africana esa función consultiva respecto de la aplicación e interpretación de las Convenciones Europea, Americana y Africana de Derechos Humanos, respectivamente.

Con todo, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la modalidad más efectiva para la protección de los derechos humanos está constituida por el conocimiento por un tribunal de derecho del asunto en que se imputa la violación de un derecho humano a un Estado. En Naciones Unidas, hasta ahora, no ha sido posible la constitución de un tribunal de derechos humanos a escala universal. En los sistemas regionales se han establecido CorLes de Derechos Humanos en Europa, América y África. En el sistema europeo, desde noviembre de 1998, el individuo puede, bajo ciertos requisitos, acudir directamente a la Corte Europea. En los sistemas interamericano y africano, en cambio, sólo los Estados y las respectivas Comisiones, asumiendo la protección de las víctimas, pueden acceder a la Corte Interamericana o Africana. En todas estas situaciones, la jurisdicción de la correspondiente Corte es voluntaria y debe ser, por lo tanto, aceptada expresamente por los Estados partes.

Las diversas formas y modalidades que ofrece actualmente el derecho internacional para la protección de los derechos hu-

manos y que someramente se han expuesto precedentemente, confirman la importancia que este tema tiene en el derecho internacional contemporáneo.

## *Sección II*

### LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR NACIONES UNIDAS

#### **300. *La Carta de las Naciones Unidas***

Aunque la Carta de San Francisco no trató la protección de los derechos humanos con la precisión y desarrollo que hoy día posiblemente se exigiría, tanto el preámbulo como diversas disposiciones de la Carta no dejan dudas de que el respeto a los derechos humanos a partir de ese instrumento constituye una verdadera obligación para los Estados miembros.

En el preámbulo de la Carta se reafirma "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas". A su vez, entre los propósitos de la Organización, que se contienen en el artículo primero, se establece el de "Realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

Por su parte, diversas disposiciones de la Carta, particularmente sus artículos 13 b), 55, 56, 68, y 76 c) contienen disposiciones relativas a los derechos humanos, las que pueden ser consideradas verdaderas obligaciones para los Estados, como lo ha reconocido en varias ocasiones la Corte Internacional de Justicia.<sup>7</sup>

Las disposiciones de la Carta han sido la base para el importante desarrollo que han llegado a tener los derechos humanos en Naciones Unidas. Por de pronto, los derechos humanos, al haber sido incluidos en la Carta, han dejado de ser un asunto

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, la opinión consultiva sobre Namibia, ICJ Reports. 1971. Par. 131, y el Caso de los Rehenes en Teherán. ICJ Reports. 1980. Par. 91.

exclusivamente de la jurisdicción interna de los Estados, como eran considerados antes de 1945.

### 301. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*

En 1946 se crea en Naciones Unidas la Comisión de Derechos Humanos, una de cuyas primeras labores fue redactar un Proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual fue aprobado el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 217 (III).

La Declaración Universal de Derechos Humanos condene normas referentes a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales. En su artículo I° se establece que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

Entre los derechos civiles y políticos se incluyen el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad; la prohibición de esclavitud y servidumbre; la prohibición de la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes; la presunción de inocencia; el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado; la igual protección ante la ley y una igual protección contra toda discriminación; el derecho al debido proceso; el derecho a la libertad de pensamiento, de expresión, de conciencia y religión; la libertad de asociación y reunión; el derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio del Estado.

La Declaración también reconoce los derechos de propiedad, a tener una nacionalidad y a buscar y gozar del asilo, lo que es importante de destacar, toda vez que esos derechos no se incorporaron después al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque sí a convenciones regionales, como el Pacto de San José de Costa Rica, de 1969.

La Declaración Universal reconoce también expresamente los principales derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la seguridad social, al trabajo, al descanso, a la educación y, en general, a tener un nivel de vida adecuado que permita a toda persona asegurar su salud, el bienestar, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Cuando fue adoptada la Declaración Universal de **Derechos Humanos**, ella fue considerada meramente como el "ideal co-

mún al que todos los pueblos y naciones deben esforzarse" por alcanzar, sin que jurídicamente los derechos que en ella quedaron consagrados fueran considerados necesariamente como obligatorios para los Estados. Sin embargo, ese criterio gradualmente fue cambiando y en la práctica de los Estados la mayoría de los derechos humanos reconocidos en la Declaración fueron alcanzando fuerza obligatoria al llegar a ser considerados expresivos del derecho internacional consuetudinario.

### **302. *Los pactos internacionales de derechos humanos***

Desde el momento mismo en que fue adoptada la Declaración Universal de Derechos Humanos hubo una generalizada conciencia de que era necesario complementar y perfeccionar sus disposiciones con normas convencionales que revistieran un carácter obligatorio.

Tras varios años de discusiones y negociaciones en la Comisión de Derechos Humanos y posteriormente en la Tercera Comisión de la Asamblea General, el 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General, mediante la Resolución 2200 (XXI), adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales entraron en vigor en 1976.<sup>8</sup>

Los dos pactos comienzan en su respectivo artículo primero con normas idénticas sobre el derecho de libre determinación, en el que se reconoce que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de ese derecho establece libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural". Para el logro de esos fines, "todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional...".

Los principales derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refieren al derecho a la vida; a la prohibición de la tortura y penas o tratos, crueles, inhumanos o degradantes; a la prohibición de la esclavitud, a la servidumbre y

<sup>8</sup> En diciembre de 2006, 156 Estados eran parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 153 Estados eran parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

los trabajos forzados; al derecho a la libertad y a la seguridad personales; a la proscripción de la prisión por deudas; al derecho de circular libremente y elegir la residencia; a la proscripción arbitraria de la expulsión de extranjeros; al derecho al debido proceso; a la irretroactividad de la ley penal; al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; al derecho a la privacidad; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de opinión y de expresión; al derecho a reunión y a la libertad de asociación; al derecho de contraer matrimonio; a los derechos del niño; a los derechos políticos; a la igualdad ante la ley; al respeto a los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene dos Protocolos. El primero, el Protocolo Facultativo, fue adoptado también en 1966 y prevé procedimientos para hacer extensivos a los individuos el derecho de petición a través de denuncias.<sup>9</sup> El segundo Protocolo Facultativo, adoptado en 1989, tiene por objeto abolir la pena de muerte respecto de los Estados que lo adopten.<sup>10</sup>

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales procura promover y proteger tres tipos de derechos: a) el derecho al trabajo en condiciones justas y favorables a los trabajadores; b) el derecho a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado y a los niveles más altos de bienestar físico y mental posibles de lograr, y c) el derecho a la educación y al disfrute de los beneficios de la libertad cultural y del progreso científico. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales establece que esos derechos deben disfrutarse sin ningún tipo de discriminación,

### 303. *Otras convenciones sobre derechos humanos celebradas dentro del ámbito de Naciones Unidas*

Además de los pactos internacionales de derechos humanos de 1966, bajo los auspicios de Naciones Unidas se han celebrado diversas convenciones e instrumentos relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En diciembre de 2006, 105 Estados eran partes del mencionado Protocolo Facultativo.

<sup>10</sup> En diciembre de 2006, 37 Estados eran partes del segundo Protocolo Adicional.

Antes de los pactos internacionales de 1966, en 1948 se adoptó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la que constituye una reacción a las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial; en 1951 se adopta, tal como se estudió anteriormente, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la cual en 1967 es complementada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados a fin de garantizar su aplicación universal y en 1965 se adopta la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la que constituye el primer instrumento convencional en la lucha contra todo tipo de discriminación.

Con posterioridad a la adopción de los Pactos Internacionales de 1966 se han adoptado numerosas convenciones referentes a los derechos humanos. Algunas de ellas han tenido por objeto evitar un determinado tipo de discriminación, como la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 1973, la Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes, de 1985, así como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979.

Otras convenciones han tenido por objeto proteger específicamente los derechos de determinado grupo de personas que se encuentran en una situación más vulnerable. Además de la citada Convención relativa a la Mujer, pueden citarse a ese respecto la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, de 1990, y la Convención Internacional Amplia e Integral para Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad, de 2003. También puede incluirse en este grupo, aunque no fue auspiciada por Naciones Unidas, sino por un organismo especializado de ésta, el Convenio N° 189 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptada en 1989.

Asimismo, algunas de estas convenciones han tenido por objeto prevenir y sancionar determinadas conductas que afectan gravemente a fundamentales derechos humanos. Además de la Convención sobre el Genocidio, cabe citar a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, de 1984. También cabe señalar que en el



año 2007 fue abierta a la firma en París la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Junto a estas convenciones, la Asamblea General ha adoptado decenas de resoluciones declarativas de derechos en una amplia gama de asuntos relativos a la protección y promoción de los derechos humanos. Algunas de estas resoluciones con el transcurso del tiempo se han transformado en tratados internacionales; otras han servido, a falta de un instrumento convencional, para llenar lagunas o vacíos jurídicos. El hecho de que estas resoluciones declarativas de derecho hayan sido aprobadas por lo general por consenso, les confiere un gran valor como prueba de la existencia de un derecho internacional consuetudinario.<sup>11</sup>

#### **304. *Los órganos de protección***

Todos los órganos principales de Naciones Unidas tienen injerencia en la protección y promoción de los derechos humanos. La Asamblea General desde su inicio ha venido considerando asuntos de derechos humanos, sean éstos generales o referidos a un determinado Estado, adoptando al respecto las correspondientes resoluciones. La Asamblea General también puede crear órganos encargados de promover y proteger los derechos humanos, como lo hizo en 2006 con el establecimiento del Consejo de Derechos Humanos.

Por su parte, el Consejo de Seguridad, al que la Carta le confió la responsabilidad de determinar la existencia de toda ame-

<sup>11</sup> Entre las más importantes de estas resoluciones, además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cabe citar el Conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de 1957; la Declaración sobre Asilo Territorial, de 1967; la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, de 1981; la Declaración sobre Derechos Humanos de los individuos que no son Nacionales del país en que viven, de 1985; los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, de 1985; la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986; el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, de 1988; la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, de 1992; la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1992, y la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos, de 1998.

naza a la paz, puede llegar a considerar que las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos constituyen una amenaza a la paz, como efectivamente lo ha hecho en varias situaciones a partir de la década de los años 90, adoptando las medidas que se contemplan en el Capítulo MI de la Carta.

El Consejo Económico y Social, al que la Carta de las Naciones Unidas confió la función de poder formular recomendaciones con el objeto de promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, si bien en la actualidad continúa ejerciendo tales atribuciones, especialmente en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, algunas de sus atribuciones han pasado a la Asamblea General o a la Secretaría General.

En la actualidad, el Consejo de Administración Fiduciaria ha dejado de funcionar al no haber territorios sometidos a fideicomiso, pero cabe recordar el importante papel que a éste le ocupó cumplir en el pasado en la promoción del bienestar y el respeto de los derechos humanos de los habitantes de territorios que no eran autónomos. Ya se estudió el papel que está teniendo la Corte Internacional de Justicia en casos referentes a derechos humanos.<sup>1\*</sup> Por último, cabe señalar la indispensable función que tiene la Secretaría General en cuanto a proporcionar apoyo administrativo y logístico a todas las instituciones de Naciones Unidas que actúan en el campo de los derechos humanos y a la existencia, en la Secretaría General, de órganos como la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos que, como se estudiará más adelante, tiene una importante responsabilidad en la protección y promoción de los derechos humanos.

En cuanto a los órganos dependientes o subordinados a uno principal, con funciones específicas en materia de derechos humanos, cabe hacer una distinción fundamental en cuanto a que si esos órganos tienen jurisdicción respecto de todos los Estados miembros de Naciones Unidas o esos órganos, por estar establecidos en un tratado, ejercen sus funciones respecto únicamente de los Estados partes de ese tratado.

Ver nota 3, pág. 466 del Capítulo XII.

Entre los primeros cabe mencionar al Consejo de Derechos Humanos, que sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos y al Alto Comisionado de Derechos Humanos, los que serán estudiados a continuación. En ambos casos, el instrumento que define los derechos que a esos dos órganos les corresponde proteger es la Declaración Universal de Derechos Humanos, que es el instrumento aplicable a todos los Estados miembros de Naciones Unidas.

En cambio, los órganos que han sido creados por un tratado específico que les ha confiado la función de proteger los derechos a los que se refiere el tratado, sólo tienen jurisdicción respecto de los Estados partes de ese tratado y el instrumento al que le corresponde ejercer su control y vigilancia es precisamente ese tratado, sin perjuicio de utilizar otros tratados de un modo complementario o con el fin de facilitar la interpretación del tratado correspondiente, como es el caso del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales establecidos por cada uno de los pactos internacionales de Derechos Humanos de 1966.

El Comité de Derechos Humanos está integrado por 18 miembros y le corresponde examinar los informes presentados periódicamente por los Estados sobre las medidas que hayan adoptado para aplicar las disposiciones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En el caso de los Estados que sean partes en el Protocolo Facultativo de dicho Pacto, el Comité también examina las comunicaciones presentadas por particulares que afirman haber sido víctimas de violaciones de algunos de los derechos humanos establecidos en el referido Pacto. El Comité examina las comunicaciones de los particulares en sesiones privadas, utilizando las fuentes disponibles. Sus sesiones tienen un carácter confidencial. Sin embargo, las conclusiones del Comité de Derechos Humanos se publican y se incluyen en el Informe Anual que éste presenta a la Asamblea General.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está integrado también por 18 expertos. A este Comité le corresponde estudiar los informes periódicos que deben presentar los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como examinar junto con

representantes de los Estados interesados tales informes. Dicho Comité al examinar tales informes puede señalar las deficiencias que observe y formular las recomendaciones que considere adecuadas a los Estados partes tomando como base el examen de esos informes.

Otros comités especiales, establecidos por los correspondientes tratados, son el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; el Comité contra la Tortura; el Comité de los Derechos del Niño, y el Comité contra la Desaparición Forzada. En general, el método y las modalidades que emplean esos comités para proteger los derechos humanos que les han sido confiados es similar. A ellos les corresponde supervisar la aplicación de la respectiva Convención; examinar los informes periódicos que deben presentar los Estados partes, y, cuando los Estados han aceptado el procedimiento facultativo que algunas de las convenciones han establecido por medio de protocolos facultativos, examinar las peticiones o denuncias que los individuos puedan presentar por violaciones a la correspondiente convención.

### **305. *El Consejo de Derechos Humanos***

El Consejo de Derechos Humanos fue establecido por la Resolución 60/251 de 3 de abril de 2006 de la Asamblea General después de un extenso debate que se produjo dentro del contexto del proceso de reforma de Naciones Unidas y del lugar que deberían ocupar los derechos humanos en la Organización.

El Consejo sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos, que había sido creada en 1946 y que durante 60 años había realizado una fructífera, aunque en algunos casos, controvertida, labor. De ahí que en la parte considerativa de la Resolución 60/251 se reconozca la labor realizada por la Comisión de Derechos Humanos "y la necesidad de preservar sus logros y seguir avanzando sobre la base de éstos y de remediar sus deficiencias". Por ello también al nuevo Consejo la Asamblea General le solicita "garantizar la universalidad, objetividad y no selectividad en el examen de las cuestiones de derechos humanos y de eliminar la aplicación de un doble rasero y la politización", que eran las acusaciones que con más frecuencia se esgrimían en contra de la Comisión.

El nuevo Consejo de Derechos Humanos ha sido concebido como un órgano subsidiario de la Asamblea General, en vez de un órgano dependiente del Consejo Económico y Social, como lo era la Comisión. Está integrado por 47 Estados miembros (es decir, 6 menos que la antigua Comisión) elegidos de forma directa e individual en votación secreta por la mayoría de los miembros de Naciones Unidas y considerando una distribución geográfica equitativa (a América Latina y el Caribe les corresponden 8 puestos). Cada Estado miembro dura en sus funciones un periodo de tres años y no puede optar a la reelección inmediatamente después de dos periodos consecutivos.

El Consejo tiene su sede en Ginebra y debe reunirse periódicamente a lo largo del año debiendo celebrar como mínimo tres periodos de sesiones por año.

A] igual que la antigua Comisión, la principal responsabilidad del Consejo es promover el respeto universal por todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas. Sus funciones son similares a las que tenía la Comisión. En ese sentido corresponde al Consejo promover la educación y el aprendizaje de los derechos humanos; servir de foro para el diálogo sobre cuestiones temáticas relativas a los derechos humanos; formular recomendaciones a la Asamblea General para seguir desarrollando el derecho internacional de los derechos humanos; promover el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos contraídas por los Estados; contribuir a prevenir las violaciones de los derechos humanos y responder con prontitud a las situaciones de emergencia en materia de derechos humanos; cooperar estrechamente en la esfera de los derechos humanos con los gobiernos, las organizaciones regionales, las instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil, y, en general, formular las recomendaciones que sean apropiadas para la promoción y protección de los derechos humanos.

Posiblemente la diferencia más importante entre el actual Consejo y la antigua Comisión esté en el énfasis que la Resolución 60/251 puso en que la labor del Consejo estuviese guiada ahora por los principios de la universalidad e imparcialidad, objetividad, no selectividad y diálogo constructivo y cooperativo para impulsar la protección de los derechos humanos.

Obedeciendo a ese criterio, el Consejo debe realizar un examen periódico universal, basado en informaciones objetivas y fidedignas sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos que permitan garantizar la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados. Para tal efecto, se establece un mecanismo cooperativo basado en el diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate, debiendo dicho mecanismo ser complementario y no duplicar la labor de los órganos creados en virtud de tratados.

El Consejo deberá determinar las modalidades de tal mecanismo de examen periódico y universal. También corresponderá a dicho Consejo examinar, perfeccionar y racionalizar todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades de la Comisión de Derechos Humanos a fin de mantener un sistema de procedimientos especiales, asesoramiento especializado y un procedimiento de denuncia.

Se trata de una tarea que a la fecha recién está comenzando a realizar el Consejo, por lo que resulta prematura cualquier evaluación. Todo indica que el Consejo asumirá buena parte, aunque no todos, los procedimientos que utilizaba la Comisión en materia de informes y denuncias. Es significativo que una de las primeras decisiones adoptadas por el Consejo, el 6 de julio de 2006, haya sido solicitar al relator especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados por Israel -cuyo mandato era anterior a la creación del Consejo- que realizara con carácter urgente una investigación de los hechos que estaban ocurriendo en esos territorios e informase al respecto al Consejo.

### **306. *El Alto Comisionado para los Derechos Humanos***

El cargo de Alto Comisionado para los Derechos Humanos fue creado mediante la Resolución 48/141 de 7 de enero de 1994 de la Asamblea General, tras varios años de lucha en Naciones Unidas por su establecimiento, en que a varios países de América Latina les correspondió un papel protagónico, lo que contribuyó a que el primer Alto Comisionado para los Derechos Humanos fuese el diplomático ecuatoriano José Avala Lasso, que participó activamente en la adopción de la Resolución 48/141.

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos, que debe ser "una persona de intachable reputación moral e integridad personal, con experiencia... en la esfera de los derechos humanos y conocimiento general y la comprensión de las diversas culturas. es nombrado para un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelecto por otro periodo adicional de cuatro años, por el Secretario General con la aprobación de la Asamblea General.

La mencionada Resolución 48/141 y otras posteriores han asignado al Alto Comisionado numerosas funciones, entre las cuales cabe mencionar las de promover y proteger el disfrute efectivo de todos los derechos humanos de todas las personas; desempeñar las tareas que le asignen los órganos competentes de Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos y formular recomendaciones con miras a mejorar la promoción y protección de todos los derechos humanos; promover la cooperación internacional y prestar asistencia técnica en el campo de los derechos humanos; y entablar un diálogo con los gobiernos con miras a asegurar el respeto de los derechos humanos. También corresponde al Alto Comisionado la tarea de responderá las violaciones graves a los derechos humanos y de adoptar las medidas para impedir tales violaciones.

Con posterioridad a la Resolución 48/141, el Centro de Derechos Humanos y otras dependencias de la Secretaría en materia de derechos humanos pasaron a formar parte de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la que en la actualidad tiene a su cargo la coordinación de las actividades de derechos humanos de Naciones Unidas y desempeña las funciones de Secretaría del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos creados en virtud de tratados. Asimismo, presta servicios de asesoramiento y asistencia técnica a los Estados que los soliciten y, cuando proceda, a organizaciones regionales de derechos humanos, con miras a apoyar medidas y programas en la esfera de los derechos humanos. Desde 2004, las funciones de Alta Comisionada para los Derechos Humanos son desempeñadas por la canadiense Louise Arbour.

### ***307. Evaluación de la labor de Naciones Unidas en materia de derechos humanos***

**La labor cumplida en el campo legislativo y normativo pareciera ser la más importante de las realizadas por Naciones Unidas**

en materia de derechos humanos. No hay duda de que las numerosas convenciones concernientes a los derechos humanos adoptadas en el marco de Naciones Unidas han significado una profunda transformación del derecho internacional contemporáneo e incluso del derecho interno de los Estados, que han debido muchas veces modificar sus normas para adecuarlas a los requerimientos del derecho internacional de los derechos humanos que ha surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX. Por otra parte, las convenciones e incluso las resoluciones declarativas adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas han significado un fortalecimiento de los derechos que actualmente gozan, por ejemplo, las mujeres, los niños, los presos y detenidos y las personas con discapacidad. A la vez, tales instrumentos han contribuido a eliminar o disminuir violaciones a los derechos humanos tan graves como el genocidio, la discriminación racial, la tortura o las desapariciones forzadas de personas.

Las Naciones Unidas también han contribuido de un modo importante a crear una conciencia en el valor universal e imperativo que tienen los derechos humanos para todos los Estados. Basta con comparar la situación que existía al comienzo de Naciones Unidas con la que predomina en el siglo XXI. Un elocuente ejemplo de ello es que hoy día nadie discute que los derechos humanos deben ser objeto de una regulación internacional y, por ende, no pertenecen exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados. No fue así en los primeros años de funcionamiento de la Comisión de Derechos Humanos. Chile, por ejemplo, que había interrumpido sus relaciones diplomáticas con la Unión Soviética a fines de la década de los años 40, presentó ante la referida Comisión una denuncia porque el gobierno soviético no dejaba salir de su territorio a la nuera rusa del que había sido el Embajador de Chile en Moscú. La Unión Soviética adujo en ese caso que se trataba de un asunto interno en que la Comisión de Derechos Humanos carecía de jurisdicción. El mismo argumento han presentado ante la Comisión o la Asamblea General diversos otros Estados cuando esos órganos han tratado asuntos de derechos humanos concernientes a sus países. En el siglo XXI, empero, gracias en gran parte a la labor concientizadora que les ha correspondido desempeñar a



las Naciones Unidas, ningún Estado ha llegado ahora a sostener, como hace algunas décadas, que el maltrato a sus nacionales es un asunto que sólo concierne a ese Estado y en que no le corresponde intervenir a la comunidad internacional.

Más compleja de evaluar es la labor que les ha correspondido desempeñar a los órganos políticos de Naciones Unidas como foro para discutir la situación de los derechos humanos en un determinado Estado y aprobar resoluciones condenatorias a los Estados por sus conductas en materia de derechos humanos. No hay dudas de que tales discusiones y resoluciones adoptadas por la antigua Comisión de Derechos Humanos y por la Asamblea General han contribuido con sus críticas a mejorar muchas veces la situación de los derechos humanos en determinados Estados e incluso han podido ser, en algunos casos, un factor que ha coadyuvado a sustituir un régimen despótico por otro democrático; pero, a la vez, no puede dejar de mencionarse que también han imperado en la práctica criterios selectivos, exentos de objetividad, en la selección de los Estados objeto de la consideración por esos órganos y que, a veces, las decisiones se han tomado sobre la base principalmente de consideraciones políticas. Esta situación fue analizada cuando se emprendió a partir de 2004 un debate sobre la reforma de Naciones Unidas y significó la sustitución de la Comisión por el Consejo de Derechos Humanos en 2006.

Una meritoria labor que le ha correspondido realizar a Naciones Unidas, especialmente después del término de la guerra fría, ha sido la de poder intervenir con un grado mayor de eficacia en crisis humanitarias y en situaciones de emergencia que estaban afectando gravemente la observancia de los derechos humanos. Debe destacarse al respecto el papel cumplido en ese sentido por los últimos Secretarios Generales: Pérez de Cuellar, Boutros-Ghali y Annan, así como el papel cada vez más activo que está teniendo el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, todos los cuales, cuando se han producido esas crisis o situaciones, han llamado la atención sobre ellas y adoptado las medidas a su alcance para remediarlas.

Un campo, sin embargo, en el que Naciones Unidas no ha sido todavía suficientemente eficaz, si se compara con los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, ha sido

el relativo a los mecanismos de denuncias individuales por violaciones de derechos humanos. Por de pronto, en Naciones Unidas, contrariamente a los sistemas europeo, interamericano y africano de derechos humanos, no existe un tribunal de derechos humanos con jurisdicción para dirimir las controversias que se susciten entre un individuo y el Estado al que se le imputa ser el autor de una violación. También el empleo de los mecanismos de denuncias individuales en Naciones Unidas está sujeto a la existencia de un Protocolo Facultativo en el que el Estado debe reconocer expresamente la competencia del órgano encargado por el correspondiente tratado de ejercer un control sobre los derechos protegidos en el tratado. En la práctica esa limitación ha significado que sólo respecto de una fracción de los Estados partes del tratado es posible utilizar el mecanismo de denuncias individuales. En el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que ha sido, hasta diciembre de 2006, ratificado por 156 Estados, sólo 105 de ellos lo han hecho respecto de su Protocolo Facultativo, que es el que permite las denuncias individuales. Más preocupante aún es la situación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la que son partes 183 Estados, pero que tan sólo 79 de ellos han ratificado su correspondiente Protocolo Facultativo. Aun si un Estado ha ratificado el correspondiente Protocolo Facultativo, aceptando la competencia del respectivo Comité para examinar una petición que contiene una denuncia individual, los poderes de que se disponen no son del todo efectivos. Por lo general, esos Comités se limitan a elaborar un informe en el que se deja constancia de la violación de un derecho humano, el cual se envía a la Asamblea General y al correspondiente Estado. Si el Estado no cumple ese informe, no se dispone de medios para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos.

A pesar de esas limitaciones, una de las características positivas que ofrece Naciones Unidas en materia de derechos humanos es su flexibilidad y capacidad de evolución para ir adaptándose a los nuevos requerimientos que surjan, lo que ha permitido gradualmente ir perfeccionando los mecanismos de protección de los derechos humanos. En tal sentido, es posible que en un futuro, entre otros aspectos que permitan continuar

fortaleciendo la protección universal de los derechos humanos, se pueda llegar a establecer en Naciones Unidas un tribunal de derechos humanos y se puedan reforzar los mecanismos de protección respecto de los individuos que consideren que sus derechos han sido violados por un Estado.

### *Sección III*

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL SISTEMA INTERAMERICANO

### **308. *Antecedentes históricos***

Si bien existen precedentes anteriores de la preocupación del sistema interamericano por proteger determinados derechos de las personas, es con la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, cuando comienza a desarrollarse lo que pasaría a constituir el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En esa oportunidad, además de haberse adoptado la Carta de la OEA, en la que se consagra como uno de los deberes fundamentales de los Estados Americanos el de respetar los derechos de la persona humana, se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Aunque la mencionada Declaración no puede hoy día exhibirse como modelo de técnica jurídica, tiene el mérito, además de haber antecedido en varios meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos, de haber consignado por vez primera en un instrumento internacional los principales derechos de la persona, los que, como señala dicho instrumento, deberán ser fortalecidos "cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo cada vez más propicias".

La misma Conferencia de Bogotá de 1948 decidió también la creación de un tribunal para que garantizara el cumplimiento de los derechos contemplados en la referida Declaración, para lo cual solicitó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de estatuto del tribunal que se crearía. El Comité, sin embargo, no cumplió con el encargo que se le había encomendado, aduciendo en un Informe de 1949, que "la falta de

derecho positivo sobre la materia constituye un grave obstáculo para la elaboración de ese Estatuto," estimando más aconsejable que se elaborara previamente una Convención sobre la materia.<sup>13</sup> El tema, incluyendo la posibilidad de elaborar una Convención, fue repetidamente postergado en los años siguientes tanto por el Comité Jurídico Interamericano, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, el Consejo de la OEA y por la Décima Conferencia Interamericana, que se reunió en 1954.

En 1959 se celebró en Santiago de Chile la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, la que fue convocada motivada por las tensiones existentes en el Caribe, especialmente en la República Dominicana; pero, en vez de adoptar decisiones respecto a Estados de esa región -como lo harían las siguientes Reuniones de Consulta-, en la Reunión de Santiago se optó por aprobar resoluciones respecto a la vigencia de la democracia representativa y los derechos humanos, sin referencias específicas a un Estado. Sin pretenderlo, esas resoluciones tendrían una gran relevancia en el posterior desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos.

En efecto, la resolución VIII de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por una parte, encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, que debería reunirse en Santiago al término de la Reunión de Consulta, que elaborase un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, incluyendo la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos. Asimismo, decidió en esa oportunidad la creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual sería organizada por el Consejo de la OEA.

El Consejo Interamericano de Jurisconsultos cumplió ese mismo año 1959 el encargo que se le había confiado adoptando un proyecto de Convención que contenía 88 artículos, en el cual se definían los derechos civiles y políticos que debían ser objeto de protección y se establecían dos órganos encargados de la protección de tales derechos: una Comisión y una Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal proyecto de Conven-

<sup>13</sup> Comilé Jurídico Interamericano. Informe sobre la Resolución XXXI de la Conferencia de Bogotá, en Recomendaciones e Informes. Documentos oficiales. 1949-1953. Pág. 105.

ción fue remitido a los Estados de la OEA y al Consejo de la OEA y, más tarde, cuando se había constituido, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, el Consejo de la OEA en cumplimiento del mandato que le había conferido la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, en 1960 procedió a elaborar el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a elegir a sus siete miembros, los cuales a su vez eligieron a su primer presidente, distinción que recayó en el estadista y escritor venezolano Rómulo Gallegos.

En 1965, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria amplió los poderes de la Comisión, que se contenían en su Estatuto, facultando a la Comisión para recibir denuncias individuales en las que se alegan violaciones a los derechos humanos cometidas por Estados americanos. En 1967, la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, que se había reunido para reformar la Carta de la OEA, incorporó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como uno de los órganos principales de la OEA.

También en 1967, Argentina y Brasil, aduciendo que el año anterior se habían adoptado en Naciones Unidas los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, plantearon en el Consejo de la OEA que ya no se justificaba una Convención regional americana sobre derechos humanos; pero esa proposición fue rechazada abrumadoramente por el Consejo de la OEA, el cual convocó a la celebración de una Conferencia Especializada para adoptar una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Chile y Uruguay presentaron proyectos al respecto y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que había recibido el proyecto de Convención elaborado en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, sobre la base de esos tres proyectos, procedió a elaborar un nuevo proyecto, el cual fue enviado a la Conferencia Especializada de la OEA convocada para adoptar la Convención sobre Derechos Humanos.

### **309. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los derechos protegidos***

La Conferencia Especializada de la OEA, reunida en San José de Costa Rica, sobre la base del proyecto presentado por la Co-

misión Interamericana de Derechos Humanos, adoptó el 22 de noviembre de 1969 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como el Pacto de San José de Costa Rica, el cual hasta ahora continúa siendo el instrumento fundamental del sistema interamericano en materia de derechos humanos. En la actualidad son Estados partes de la mencionada Convención 24 de los 34 Estados que forman parte de la OEA.<sup>14</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consta fundamentalmente de dos partes. En la primera se definen los derechos civiles y políticos objeto de protección, y en la segunda se establecen los medios para la protección de tales derechos. En la primera parte la Convención Americana siguió de cerca el modelo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; en cambio, la segunda parte está influenciada por el sistema de protección contenido en la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.

Los derechos civiles y políticos que contempla el Pacto de San José de Costa Rica son los que se refieren al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); el derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad personal (art. 5); la prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 6); el derecho a la libertad personal (art. 7); el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 8 y 25); el principio de la legalidad y retroactividad (art. 9); el derecho a indemnización por error judicial (art. 10); la protección de la honra y dignidad (art. 11); la libertad de conciencia y religión (art. 12); la libertad de pensamiento y expresión (art. 13); el derecho de rectificación o respuesta (art. 14); el derecho de reunión (art. 15); la libertad de asociación (art. 16); la protección a la familia (art. 17); el derecho al nombre (art. 18); los derechos del niño (art. 19); el derecho a la nacionalidad (art. 20); el derecho a la propiedad privada (art. 21); el derecho de circulación y residencia (art. 22); los derechos políticos (art. 23), y la igualdad ante la ley (art. 24).

<sup>14</sup> Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago, que en 1991 había adherido a la Convención, en 199K presentó su declaración de denuncia.

Como se expresó, gran parte de los derechos consagrados en la Convención Americana ya se encontraban incorporados al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; sin embargo, éste, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla como derecho de "todos los pueblos," el derecho de libre determinación, el cual no se encuentra incluido en el Pacto de San José de Costa Rica. Igualmente, el instrumento de Naciones Unidas contiene una disposición asegurando la igualdad de género, según la cual los Estados se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos, la que tampoco se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A su vez, la Convención Americana establece ciertos derechos que no figuran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es el caso del derecho a indemnización por error judicial, el derecho de rectificación o respuesta, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a la propiedad privada.

Algunos de los derechos reconocidos en la Convención Americana son susceptibles de suspenderse en caso de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, pero tan sólo por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación. En ese caso, el Estado que haga uso del derecho de supervisión deberá informarlo a los demás Estados partes de la Convención por conducto del Secretario General de la OEA, señalando los derechos cuya aplicación ha suspendido y los motivos de la suspensión. Sin embargo, ciertos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la prohibición de la esclavitud, a la libertad de conciencia y religión, a la nacionalidad y a los derechos políticos, así como las garantías judiciales indispensables para la protección de esos derechos, no pueden ser suspendidos.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Para un estudio de los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, véase C. Medina, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*. San José de Costa Rica, 2003.

La Convención Americana no incorporó a su régimen de protección los derechos económicos, sociales y culturales. Ese vacío lo solucionará casi dos décadas después el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador en 1988. La Convención de 1969 se limitó en su artículo 26 a incluir una disposición conceptualmente confusa en la que se señala que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, que se contienen en la Carta de la OEA.

### **310. *Otras convenciones interamericanas de derechos humanos***

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, ciertamente, es el más importante instrumento del sistema interamericano en materia de derechos humanos. Pero no es el único. La propia Carta de la OEA de 1948 contiene varias disposiciones referentes a derechos humanos<sup>16</sup> y antes y después de ella, como se estudió en el Capítulo XII, en conferencias interamericanas se adoptaron convenciones relativas al asilo, tanto territorial como diplomático.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido complementada por dos Protocolos Adicionales. El primero de ellos, el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue adoptado en 1988 en San Salvador y actualmente vincula a 14 Estados.<sup>17</sup> Dicho Protocolo establece los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección -derecho al trabajo; derecho a gozar de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo; derechos sindicales; derecho a la seguridad social; derecho a la salud; derecho a un medio ambiente sano; derecho a la alimentación; derecho a la educación; derecho a los beneficios de la cultura; derecho de la constitución y protección de la familia; derechos

<sup>16</sup> Véase especialmente el cuarto párrafo del Preámbulo y los artículos 3 1), IV y 45 a).

<sup>17</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.



de la niñez, de los ancianos y de los minusválidos- por los medios de protección y mecanismos establecidos en el Protocolo. Respecto del derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección, que contempla la letra a) del artículo 8 del Protocolo, y del derecho a la educación que establece el artículo 13, cuando fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado, se establece el mismo sistema de protección de los derechos civiles y políticos a través del procedimiento ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que será estudiada en la sección siguiente.

Un segundo Protocolo Adicional fue adoptado en Asunción en 1990, el cual se refiere a la abolición de la pena de muerte, del cual son parte actualmente 8 Estados.<sup>18</sup>

También por iniciativa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se adoptó en 1985 la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>19</sup> y en 1994 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.<sup>20</sup>

Además de esos instrumentos, cabe citar, por incidir en asuntos de derechos humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará en 1994, y de la que son partes la gran mayoría de los Estados americanos,<sup>21</sup> y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de 1999, de la que son parte 15 Estados.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

<sup>19</sup> Son partes de esta Convención: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

Son partes de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>21</sup> En efecto, 32 de los 34 Estados de la OEA han ratificado o se han adherido a este instrumento, conocido también como la Convención de Belém do Pará. Tan sólo Canadá y Estados Unidos de América no lo han hecho.

<sup>22</sup> Son Estados partes de esta Convención: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

### ***311. Los órganos de protección***

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como órganos competentes para proteger los derechos establecidos en ella, dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero, en realidad, prácticamente todos los órganos principales que contempla la Carta de la OEA tienen injerencia en la protección de los derechos humanos. Desde luego, la Asamblea General, a la cual le corresponde considerar los informes anuales y especiales tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores puede considerar situaciones que inciden en la vigencia de los derechos humanos. Por su parte, el Consejo Permanente de la OEA desempeña también importantes funciones en lo que respecta a los derechos humanos. Además de corresponderle presentar observaciones a los informes que rinda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el hecho al Consejo Permanente, cuando no se encuentra reunida la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, le ha correspondido conocer de situaciones que afectan los derechos humanos. Al Comité Jurídico Interamericano le ha correspondido asimismo participar en la preparación de proyectos de convención sobre derechos humanos. Por último, la Secretaría General proporciona el apoyo técnico y administrativo en materia de derechos humanos a los competentes órganos, sin perjuicio de las iniciativas que el Secretario General puede adoptar en la mediación o solución de situaciones que afectan a los derechos humanos.

Con todo, el órgano al cual tanto la Carta de la OEA como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos han conferido la más amplia competencia en esta materia es la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, la cual, como se vera a continuación, dispone de diversos y variados medios para cumplir su mandato de proteger y promover la observancia de los derechos humanos.

### **312. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**

Esta Comisión es también uno de los órganos principales de la OEA y como tal su organización ha sido estudiada con anterioridad en el Capítulo XI.<sup>23</sup>

Corresponde en esta oportunidad referirse a las funciones de la CIDH. En la sección siguiente se estudiarán su competencia y procedimiento en lo que respecta a los casos que se someten a su consideración por denuncias individuales en las que se alegan violaciones a los derechos humanos cometidas por un Estado americano.

La función principal de la CIDH, de acuerdo al artículo 106 de la Carta y 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos.

Esta amplia función general ha sido desarrollada por el artículo 41 de la Convención Americana, el cual confirmando los vastos poderes que dispone la Comisión para promover y proteger los derechos humanos en el continente americano, ha conferido a la CIDH diversas atribuciones, entre las que cabe citar la de estimular la conciencia de los derechos humanos de los pueblos de América; formular recomendaciones a los gobiernos para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos; preparar estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; solicitar informes a los gobiernos sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; asesorar a los gobiernos que lo soliciten, y remitir un informe anual a la Asamblea General de la OEA.

Todas estas funciones la CIDH las ejerce con respecto a todos los Estados miembros de la OEA, independientemente que hayan ratificado o no la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estas funciones las ha cumplido la Comisión a través de diferentes actividades, algunas de las cuales encuentran su fundamento en la Convención Americana o en el Estatuto de la CIDH; otras obedecen a decisiones emprendidas por la propia Comisión, interpretando o desarrollando progresivamente las amplias funciones generales que le han sido conferidas.

<sup>M</sup> Ver Capítulo XI, Sección rV. N° 254.

Entre esas actividades, las más importantes han sido las observaciones *in loco* practicadas en numerosos Estados de la OEA,<sup>24</sup> así como los informes respecto de determinados Estados.<sup>25</sup>

En sus más de 45 años de existencia la Comisión ha elaborado numerosos informes sobre la situación de los derechos humanos en determinados Estados<sup>26</sup> o con respecto de situaciones específicas de derechos humanos en ciertos países.<sup>27</sup>

Una labor importante desarrollada por la Comisión ha sido la relacionada con la promoción de los derechos humanos, para lo cual ha realizado diversas publicaciones e incluso afiches y ha organizado cursos y seminarios que permitan la difusión de los derechos humanos.

A la CIDH le ha correspondido asesorar a gobiernos a petición de éstos, como aconteció cuando en Argentina la Comisión Nacional de Desaparecidos, que presidía el escritor Ernesto Sábató y cuyos miembros habían sido designados por el Presidente de la República, invitó al Secretario Ejecutivo de la Comisión y al funcionario de la Secretaría a cargo de los asuntos de Argentina para que transmitieran las experiencias de la Comisión en la investigación de los desaparecidos en Argentina o cuando el gobierno sandinista de Nicaragua en 1988 solicitó a la CIDH que revisara las sentencias en las que se había condenado a largas condenas a ex miembros de la Guardia Nacional y pudiera recomendar un indulto si, ajuicio de la Comisión, éste procedía.

<sup>24</sup> El concepto y la importancia de estas observaciones *in loco* han sido estudiados en el Capítulo XIII, Sección I. N<sup>o</sup> 299.

<sup>M</sup> Véase, E. Vargas Carreño, "Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos e Informes sobre Situaciones de Derechos Humanos", en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. San José de Costa Rica. 2001.

<sup>%</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile (4), Colombia (5), Cuba (7), Ecuador, El Salvador (2), Guatemala (5), Haití (5), México, Nicaragua (2), Panamá (2), Paraguay (2), Perú (2), República Dominicana (2), Suriname y Uruguay. Esos informes han sido remitidos a la Asamblea General de la OEA u otro órgano de ésta.

<sup>'7</sup> Por ejemplo, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Misquito (1983); Informe sobre la situación de los derechos humanos de las llamadas "Comunidades de la Población en Resistencia" en Guatemala (1994), e Informe sobre los hechos ocurridos en las localidades de Amayupampa, Lallagua y Capacirca, Departamento de Potosí, Bolivia (1997).

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha participado en mediaciones de conflicto que se han producido al interior de un Estado, como ocurrió en 1980 con la toma de la Embajada de la República Dominicana en Bogotá por militantes del M-19 y donde la intervención de la CIDH, solicitada por el gobierno colombiano, resultó fundamental para lograr la liberación de los diplomáticos rehenes y la solución del asunto.<sup>28</sup>

La Comisión, a través de los Informes Anuales que presenta a la Asamblea General de la OEA, suele también proponer a los Estados miembros la adopción de medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos. Son muchas las recomendaciones que en ese sentido se han ido incluyendo en los distintos informes anuales. Entre esas medidas la CIDH ha propuesto la adopción de la gran mayoría de las convenciones sobre derechos humanos del sistema interamericano.

Cabe también señalar que en los últimos años la CIDH ha establecido relatores especiales para determinados temas, como ha acontecido con la libertad de expresión y la situación de los pueblos indígenas.

Por último, en lo que atañe a las funciones que la CIDH ejerce respecto de todos los Estados miembros de la OEA, no puede dejar de señalarse el importante papel que a ella le correspondió desempeñar especialmente durante los años 70 y 80, cuando los derechos humanos se violaron masiva y gravemente en algunos Estados de América Latina, para intervenir en situaciones que afectaban a personas, realizando gestiones, tanto a través de procedimientos formales contemplados para la tramitación de casos individuales, como informales, que permitieron en no pocos casos solucionar situaciones concretas, como determinar el paradero de un desaparecido, liberar a un prisionero, impedir una ejecución o la prolongación de prácticas de torturas.

Han sido precisamente estas actividades emprendidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la

<sup>28</sup> Véase G. O. de Nascimento e Silva, "O papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sequestro de Diplomatas em Bogotá", v D. Uribe Vargas, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la toma de la embajada dominicana en Bogotá", ambas en *Derechos Humanos en las Américas*. Washington. 1984.

influencia que ellas han tenido en los Estados miembros y en los órganos de la OEA, las que han contribuido a convertir la función de proteger y promover los derechos humanos en posiblemente la tarea más importante de la OEA.

Junto a esas funciones comunes a todos los Estados miembros de la OEA, el Estatuto de la CIDH confiere a la Comisión competencia respecto de las peticiones o comunicaciones en las que se denuncian violaciones de derechos humanos, distinguiendo si éstas están dirigidas en contra de un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o no. Por su especial importancia estas denuncias serán tratadas posteriormente, en la Sección IV de este Capítulo.

### **313. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos***

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se rige por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, cuyo Capítulo Mil en sus artículos 52 a 69 regula su organización, competencia, funciones y procedimiento; por su Estatuto, el que fue adoptado por la Resolución 448 del IX periodo ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia en 1979, y por su Reglamento, adoptado por la propia Corte, habiendo ésta aprobado sucesivamente cuatro Reglamentos, el último de los cuales entró en vigencia el 1º de junio de 2001 y fue parcialmente reformado el 4 de diciembre de 2003.

De acuerdo al artículo 1º del Estatuto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte se compone de 7 jueces nacionales de Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del cual sean nacionales o del Estado que los postule como candidatos.

Los jueces de la Corte son electos para un mandato de 6 años, pudiendo ser reelectos sólo una vez. También, siguiendo el modelo de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana contempla la existencia de jueces ad hoc para el caso

de que entre los jueces llamados a conocer del asunto no hubiese un juez de la nacionalidad del Estado parte. La Corte designa a su Secretario, quien debe poseer los conocimientos jurídicos requeridos para el cargo, conocer los idiomas de trabajo de la Corte y tener la experiencia necesaria para el desempeño de sus funciones.

La Corte, por decisión de los Estados partes en la Convención, tiene su sede en San José de Costa Rica, habiendo celebrado con el Gobierno de Costa Rica en 1979 un Acuerdo de Sede mediante el cual se estipulan las inmunidades y privilegios de la Corte, sus jueces y su personal, así como de las personas que comparezcan ante ella. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte puede funcionar en otro Estado.

La Corte fundamentalmente ejerce dos funciones: la contenciosa o jurisdiccional y la consultiva. En lo que respecta a la primera, sólo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados partes de la Convención pueden someter un caso a la decisión de la Corte, siempre que previamente se hayan agotado los procedimientos previstos ante la Comisión.

También en los casos contenciosos se requiere para llevar un caso ante la Corte contra un Estado que éste haya reconocido la competencia de dicho órgano mediante una declaración especial, la que puede ser hecha incondicionalmente o bajo condiciones de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos.

En cuanto a la función consultiva de la Corte, el artículo 64.1 de la Convención establece que los Estados Miembros de la OEA y los órganos principales de ésta mencionados en el artículo X de la Carta de la OEA podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Asimismo, conforme al artículo 64.2 de la Convención, la Corte, a solicitud de un Estado Miembro, puede emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Hasta octubre de 2006 la Corte había evacuado, a petición de varios Estados o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 19 opiniones consultivas, algunas de las cuales han

tenido un positivo efecto en el fortalecimiento de los derechos humanos.

#### *Sección IV*

### EL PROCEDIMIENTO DE LAS DENUNCIAS ANTE LA COMISIÓN Y LAS DEMANDAS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

#### 314. *Diversidad de instrumentos aplicables a las denuncias*

El procedimiento al que debe ajustarse la CIDH en el examen de las peticiones o comunicaciones que un Estado o un individuo le presente no es el mismo para todos los Estados y Miembros de la OEA. Existe un procedimiento aplicable a los 24 Estados que son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyos lineamientos generales se encuentran establecidos precisamente en la referida Convención y otro que la Comisión debe aplicar, con fundamento en su Estatuto, para los otros 10 Estados -Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos de América, Guyana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía y Trinidad y Tobago- que no han ratificado o no se han adherido a la mencionada Convención o habiéndolo hecho han procedido a denunciarla, respecto de los cuales la Comisión también ejerce su jurisdicción. A esos Estados habría que añadir Cuba, cuya especial situación dentro de la OEA fue estudiada en el Capítulo XI y sobre el cual la CIDH ha entendido tener jurisdicción.

De particular interés son las opiniones consultivas N° 1, Otros tratados objeto de la función consultiva, de 1982; N° 2, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de N° 3, Restricciones a la pena de muerte, de 1983; N° 4, La colegiatura obligatoria de periodistas, de 1985; N° 8, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, de 1987; N° 9, Garantías judiciales en estado de emergencia, de 1987; N° 14, Responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1994; N° 16, El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso, de 1999, y N° 18, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de 2003.



Tal distinción tuvo en el pasado una gran importancia, porque le permitió a la Comisión actuar en la tramitación de numerosas denuncias respecto de Estados que en esa época no habían ratificado la Convención Americana, pero a los cuales se les imputaban graves violaciones de derechos humanos; sin embargo, en la actualidad, tal distinción carece de importancia práctica, toda vez que hoy día la mayoría de las denuncias se presentan respecto de Estados partes de la Convención Americana.

En relación a los Estados que no son partes de la Convención, cabe recordar con respecto a los principales de esos Estados que la Comisión ha recibido escasas denuncias, que se refieren a Canadá: que respecto a Cuba no ha aceptado la jurisdicción de la Comisión y hasta ahora se ha negado a contestar las denuncias que ésta le remite; y en el caso de los Estados Unidos: si bien participa en las actividades de la Comisión, por lo general no ha acatado sus resoluciones y recomendaciones, al menos en aquellos casos más relevantes.<sup>30</sup>

De hecho, sin embargo, no existen diferencias sustanciales en el procedimiento en una y otra situación, salvo que en lo que atañe a los Estados que no son partes de la Convención, el asunto no puede concluir con su remisión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La mayor diferencia no radica, pues, en el procedimiento, sino en la aplicación del derecho sustantivo. Mientras que respecto a los Estados partes de la Convención Americana, la Comisión debe aplicar las normas relativas a los derechos que se contemplan en dicha Convención, en el caso de los Estados que no son partes, el derecho sustantivo es aquel que se encuentra establecido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

En esta oportunidad, el estudio del procedimiento se limitará al aplicable a los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las fuentes principales en lo que atañe al procedimiento seguido ante la Comisión están constituidas por la Convención

Por ejemplo, cuando la Comisión adoptó una resolución relativa a la pena de muerte a los menores de edad, Estados Unidos no la cumplió. CIDH. Caso 9647. Informe 3/87, Resolución de 27 de marzo de 1987. Véase Informe Anual de la CIDH. 1986-1987. Par. 55.

Americana sobre Derechos Humanos y el Reglamento de la Comisión. La CIDH ha adoptado en el transcurso de los años varios reglamentos. El actual fue aprobado en su periodo de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000 y modificado en sus periodos de sesiones celebrados del 7 al 25 de octubre de 2002 y del 6 al 24 de octubre de 2003. El Estatuto de la Comisión de 1979 no contiene disposiciones que propiamente se refieran al procedimiento.<sup>31</sup>

### 315. *Competencia de la CIDH*

La competencia de la Comisión para conocer los casos que se le someten a su consideración, comprende básicamente: la determinación de las personas que intervienen en el procedimiento (competencia *ratione personae*); la materia objeto de la denuncia (competencia *ratione materiae*); el lugar en que han ocurrido los hechos objeto de la denuncia (competencia *ratione loci*); y el tiempo en que se comete la supuesta violación a los derechos humanos (competencia *ratione temporae*).

#### La competencia *ratione personae*

El estudio de este tipo de competencia de la Comisión se puede efectuar intentando dar respuesta a tres interrogantes: ¿quiénes pueden presentar una denuncia ante la Comisión?; ¿contra quiénes se pueden presentar denuncias?; y ¿qué se entiende por víctima?

En lo que respecta a la primera interrogante, existen tres modalidades diferentes para iniciar una demanda ante la Comisión. En primer lugar, de acuerdo al artículo 44 de la Convención, "Cualquier persona o grupo de personas o entidad no

<sup>31</sup> Para un estudio del procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos véase especialmente A. Aguilar, "Procedimiento que debe aplicar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el examen de las peticiones o comunicaciones individuales sobre presuntas violaciones de derechos humanos", en *Derechos Humanos en las Américas*. Washington 1984. Págs. 199-216; M. Pinto, *La Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires. 1993; y H. Fernández Ledesma. *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*. San José de Costa Rica. 1996. El presente texto, sin embargo, utiliza como principal fuente el actual Reglamento de la CIDH, que es posterior a esas publicaciones.

gubernamental legalmente reconocida en uno o más miembros de la organización puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte". Los amplios términos en que se encuentra redactada esa disposición permiten que cualquier persona o grupo de personas pueda presentar una denuncia, e incluso si se trata de una entidad no gubernamental que no estuviese legalmente reconocida, permitirían a esa entidad en su condición de "grupo de personas" iniciar una denuncia, aunque no estuviese legalmente reconocida. Así lo ha entendido en la práctica la Comisión.

Debe entenderse que la citada disposición de la Convención es única en la práctica internacional. Los otros instrumentos de derechos humanos que contemplan denuncias individuales exigen que el peticionario sea víctima o actúe en representación de la víctima. En el sistema interamericano esta amplitud ha resultado conveniente sobre todo en épocas en que la instancia internacional resultaba muchas veces la única a la que se podía acceder cuando en un gobierno dictatorial no era posible acceder a otros medios; pero no hay duda de que este sistema en la actualidad puede ofrecer algunas dificultades, especialmente en cuanto a la participación de quien no es la víctima en el ejercicio de un desistimiento o en la solución amistosa del asunto. Respecto a esto último, el actual Reglamento ha superado en parte esa dificultad al prescribir en su artículo 41.5 que la Comisión antes de aprobar su informe sobre una solución amistosa "verificará si la víctima de la presente violación o, en su caso, sus derechohabientes, han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa".

También un Estado, conforme al artículo 45 de la Convención, puede iniciar una petición o denuncia contra otro Estado, siempre que previamente haya reconocido la competencia de la Comisión para recibir y examinar estas comunicaciones interestatales. Hasta ahora sólo ha habido un caso de denuncia interestatal, la presentada en mayo de 2006 por Nicaragua contra Costa Rica por maltratos en ese país a dos nicaragüenses, que resultaron muertos.

Por último, el Reglamento de la Comisión en su artículo 25 faculta a la propia CIDH para iniciar *motu proprio* la tramitación

de una petición que contenga los requisitos para tal fin. En los anteriores reglamentos también se reconocía esa facultad, señalándose que la Comisión podía tomar en consideración cualquier información disponible que le pareciera idónea en la que se encontraran los elementos necesarios para iniciar la tramitación de un caso. Hasta ahora, la Comisión ha hecho uso de esa facultad en escasas ocasiones.

En cuanto al denunciado, éste debe ser un Estado parte de la Convención (o un Estado Miembro de la OEA si se aplica el procedimiento respecto a los Estados que no son partes de la Convención) al que se le imputa un acto u omisión realizado por un órgano o agente estatal. Así lo ha declarado en reiteradas ocasiones la Comisión. En un caso de desaparición forzada de personas en Honduras, por ejemplo, la CIDH declaró que eran de "responsabilidad del Gobierno de Honduras los actos que por acción u omisión hayan conducido a la desaparición de personas...".<sup>32</sup> También la Comisión se ha declarado incompetente para recibir y examinar denuncias en que una violación a un derecho humano se imputa a órganos no estatales, como grupos subversivos o terroristas. Ajuicio de la Comisión, si se reconociese su competencia para recibir y tramitar tal tipo de denuncia, se estaría implícitamente elevando el estatus internacional de esos grupos y apoyando su propaganda. "

Un último problema que plantea la competencia *ratione personae* de la CIDH dice relación con el concepto de víctima, la cual necesariamente debe ser una persona física o, como lo señala el párrafo 2 del artículo I° de la Convención, "todo ser humano." En la práctica de la Comisión se han descartado las denuncias en que la víctima haya sido una persona jurídica, como ocurrió, por ejemplo, con la expropiación del Banco de Lima del Perú durante la primera administración del Presidente Alan García.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Resolución 4/87 de 28 de marzo de 1987 recaída en el Caso 7864. Informe anual de la CIDH. 1986-1987. Pág. 79.

<sup>33</sup> CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina. 1980. Pág. 29.

<sup>34</sup> CIDH. Caso 10169. Informe Anual de la CIDH. 1990-1991. Págs. 454 y siguientes.

Competencia *ratione materiae*

En cuanto a la materia de la competencia de la Comisión, es necesario que se impute la violación de un derecho que se encuentre reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, si se trata de un Estado de la OEA que no es parte de la Convención).

El actual Reglamento de la CIDH en su artículo 23 ha ampliado esa competencia *ratione materiae* al disponer, además de la presunta violación de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Protocolo de San Salvador; el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento".

Si bien no hay dudas que la Comisión, bajo otras disposiciones, tiene competencia para vigilar el cumplimiento de los mencionados instrumentos, es dudoso que todas sus disposiciones se apliquen al sistema de denuncia y por ende, tales instrumentos puedan ser objeto de la competencia material de la Comisión. Por de pronto, el Protocolo de San Salvador ha excluido expresamente de la competencia de la Comisión y de la Corte la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el Protocolo, con la sola excepción del derecho a la educación y el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección.

Competencia *ratione loci*

Aunque no hay en la Convención ni en el Reglamento de la CIDH una norma expresa al respecto, la competencia *ratione loci* de la CIDH resulta del hecho de que la víctima se encuentra,

cuando se produce la violación, sujeta a la jurisdicción del Estado contra el cual se presenta la denuncia, ordinariamente por haber ocurrido el hecho dentro del territorio del Estado. Esta competencia es, por lo tanto, consecuencia del principio de derecho internacional según el cual el Estado debe responder por los hechos acaecidos bajo su jurisdicción y de la obligación que tiene todo Estado de respetar y garantizar los derechos humanos respecto a las personas sometidas a su jurisdicción.

#### Competencia *ratione temporis*

Para determinar la competencia de la CIDH resulta relevante también el elemento temporal, toda vez que la competencia de la Comisión se extiende sólo respecto a los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación al Estado al cual se le imputa la violación de uno de los derechos protegidos por dicha Convención.

Sin embargo, tal como la Comisión y la Corte han entendido esa limitación *ratione temporis*, ella no se aplicaría cuando lo que se denuncia sea la continuación de una violación de derechos humanos que, aunque se haya iniciado antes de que la Convención entrara en vigor para el Estado denunciado, subsista con posterioridad a su entrada en vigor. Si bien tal criterio parece ser evidente cuando la continuación de la violación resulta imputable al Estado, como sucedería por la prolongación de una detención arbitraria, existen situaciones más complejas y controvertidas, como las que se presentan cuando el propio Estado al que se le imputa la violación ha realizado con posterioridad los esfuerzos a su alcance para reparar o solucionar la situación dentro del marco de su ordenamiento jurídico interno.

Un caso en que esta situación se presentó fue la del profesor y dirigente sindical chileno Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado extrajudicialmente en su país el 17 de septiembre de 1973, habiéndose aplicado a los presuntos responsables de la ejecución la amnistía prevista en el Decreto Ley N° 2.191 de 1978.

El caso fue sometido a la consideración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en septiembre de 1998. La Comisión en marzo de 2005 adoptó su informe de fondo con

diversas recomendaciones al Gobierno de Chile y, ante la falta de informaciones sobre la implementación de las recomendaciones de dicho informe, la Comisión el 11 de julio de 2005 presentó una demanda contra el Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Gobierno de Chile sostuvo como principal excepción preliminar precisamente la incompetencia *mtiom temporis* de la Corte, aduciendo además que cuando se produjeron los hechos Chile no era parte de la referida Convención que en el reconocimiento de la competencia de la Corte que Chile había efectuado al momento del depósito del instrumento de ratificación de la Convención el 21 de agosto de 1990 había señalado que tal reconocimiento se refiere a "hechos posteriores a la fecha del depósito del instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990", por lo que habiendo ocurrido el asesinato del señor Almonacid en septiembre de 1973, la Corte carecía de competencia.

La Corte Interamericana en su sentencia de 26 de septiembre de 2006 reconoció que la declaración realizada por Chile constituía una limitación temporal a su competencia y de que este tipo de declaraciones se encuentran previstas en la propia Convención; pero observó que en este caso tal declaración no era aplicable, puesto que el caso no versaba sobre el homicidio del señor Almonacid ni sobre su detención, sino respecto a una serie de hechos que "tuvieron principio de ejecución con posterioridad al reconocimiento de la competencia de la Corte". Estos hechos, ajuicio de la Corte, básicamente se referían a tres aspectos: i) el otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar en perjuicio de la jurisdicción civil; ii) la vigencia del Decreto Ley 2.191 de 1978 de amnistía con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y iii) la aplicación del referido Decreto Ley por parte de las autoridades judiciales militares.<sup>^</sup> A su vez, la Corte no aceptó las alegaciones de la Comisión de "omisiones de investigación, procesamiento y sanción de los responsables del homicidio del señor Luis Almonacid".<sup>1,6</sup>

<sup>K</sup> Corte IDH. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Par. 46.

<sup>36</sup> *Ibíd.* Pars. 46 y 49.

### **316. *La fase inicial del procedimiento ante la CIDH***

Conforme al artículo 26 del Reglamento de la CIDH, una vez recibida una denuncia, corresponde a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión la responsabilidad de su estudio y tramitación inicial. Si la denuncia no reúne los requisitos exigidos por la Convención o el Reglamento, la Secretaría Ejecutiva puede solicitar al peticionario o a su representante que los complete.

El artículo 28 del actual Reglamento señala los requisitos que deberá contener la denuncia, los que fundamentalmente son la individualización de la persona del denunciante o, en el caso que el peticionario sea una entidad no gubernamental, el nombre de su representante legal; una relación del hecho o situación denunciada, con indicación del lugar y las fechas de las violaciones alegadas; de ser posible el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada; la indicación del Estado que el peticionario considera responsable por acción u omisión de la violación de algunos de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; si se ha cumplido el plazo previsto en el artículo 32 del Reglamento, esto es, si la petición se presenta dentro de los seis meses contados a partir de la fecha en que la víctima fue notificada de la decisión que agotó los recursos internos; y la indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional.

La Comisión, actuando inicialmente por intermedio de la Secretaría Ejecutiva, recibirá y procesará en su tramitación inicial las peticiones que le sean presentadas. En primer lugar, deberá dar entrada a la petición, registrarla, y hacer constar en ella la fecha de recepción, acusando recibo al peticionario. Si la petición no reúne los requisitos exigidos por el Reglamento, podrá solicitar al peticionario o a su representante que los complete.

En caso de que la petición exponga hechos distintos, o se refiera a más de una persona o a presuntas violaciones sin conexión en el tiempo y en el espacio, podrá ser desglosada y tramitada en expedientes separados, a condición de que reúna todos los requisitos exigidos por el Reglamento. Si dos o más peticiones versan sobre hechos similares, involucrando a la mis-



ma persona, o revelando el mismo patrón de conducta, estas peticiones podrán acumularse y tramitarse en un mismo expediente.

La Secretaría Ejecutiva de la CIDH transmitirá las partes pertinentes de la petición al correspondiente Estado. La identidad del peticionario no será revelada, salvo con su autorización expresa. La solicitud de información al Estado no prejuzgará sobre la decisión de admisibilidad que adopte la Comisión.

El Estado deberá presentar su respuesta dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha de transmisión. La Secretaría Ejecutiva evaluará solicitudes de prórroga de dicho plazo que estén debidamente fundadas y siempre que éstas no excedan los tres meses contados a partir de la fecha del envío de la primera solicitud de información al Estado. En caso de gravedad o urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentre en peligro real o inminente, la Comisión solicitará al Estado su más pronta respuesta, a cuyo efecto utilizará los medios que considere más expeditos.

La primera comunicación de la Comisión al gobierno dando a conocer una denuncia en la que se imputa a ese gobierno una violación de un derecho reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede resultar crucial, especialmente cuando un gobierno ante el temor de una adversa reacción internacional, en conocimiento de la denuncia, muchas veces adopta medidas o realiza gestiones para solucionar o esclarecer la situación denunciada.

### ***317. La fase de admisibilidad***

La admisibilidad de una denuncia consiste en la declaración que efectúa la Comisión señalando que una petición o comunicación dirigida a ella reúne los requisitos para que pueda ser considerada.

La Convención no señala la oportunidad en que la Comisión deba adoptar su pronunciamiento declarando admisible una denuncia. Ha habido al respecto una evolución en la práctica de la CIDH. En un comienzo, la mayoría de las veces, en vista de que era frecuente una vinculación entre el fondo del asunto y la admisibilidad de la denuncia, la Comisión postergaba la decisión sobre la admisibilidad de la denuncia para cuan-

do decidiera el fondo del asunto; pero en la actualidad, el artículo 37.1 del Reglamento dispone que "una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión se pronunciará sobre la admisibilidad del asunto", aunque también en el párrafo 3 de ese artículo deja abierta la posibilidad de que en circunstancias excepcionales pueda postergarse el tratamiento de la admisibilidad hasta la decisión del fondo del asunto.

Los informes sobre admisibilidad son públicos y la Comisión los deberá incluir en su Informe Anual a la Asamblea General. Tales informes no prejuzgan sobre el fondo del asunto.

También con ocasión de la adopción del informe de admisibilidad, la petición será registrada como caso -con lo cual hay una conveniente modificación a la práctica anterior, en la que bastaba la denuncia para abrir el caso- iniciándose con ello el procedimiento de fondo.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad, éstos, de acuerdo a la Convención y al Reglamento, incluyen los de forma y fondo. Entre los primeros se encuentran los requisitos a que se refiere el artículo 28 del Reglamento. También puede ser considerado como este tipo de requisito el que la denuncia se presente dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado del recurso mediante el cual se agotó la jurisdicción interna.

En cuanto a los requisitos de fondo es necesario referirse particularmente a dos: a que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna (art. 46 a) de la Convención); y que el asunto objeto de la denuncia no haya sido presentado o no se encuentre pendiente ante otro organismo internacional (art. 46 c) y 47 d) de la Convención). Estos requisitos también han sido desarrollados por el Reglamento de la Comisión.

Como se expresó con anterioridad, al estudiarse la protección diplomática, la regla de que previamente deben agotarse los recursos internos para efectuar una reclamación internacional es una regla bien establecida del derecho internacional." En el caso de la protección internacional de los derechos humanos la aplicación de esta regla confirma el carácter subsidiario que tiene tal protección.

" Véase Capítulo XII, Sección VI. N° 290.

Con todo, no se trata de una regla absoluta y como lo expresan los artículos 46.2 de la Convención y 31.2 del Reglamento no es necesario agotar los recursos de la jurisdicción interna cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

En cuanto a la exigencia de que el asunto no haya sido resuelto o no se encuentre pendiente ante otro procedimiento internacional, se trata de una limitación carente hoy día de aplicación práctica, toda vez que ha quedado demostrada la mayor efectividad de los órganos del sistema interamericano con respecto a otros en lo que dice relación a peticiones respecto de los derechos protegidos por la Convención Americana. En el pasado, cuando algunos Estados no habían ratificado la Convención Americana, esa limitación pudo haber tenido importancia y ella se aplicó respecto de las denuncias presentadas ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto de Estados que sí eran parte del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como ocurrió respecto de las peticiones contra Uruguay.

A mayor abundamiento, el artículo 33.2 del Reglamento dispone que la Comisión no se inhibirá de considerar una petición si:

a. el procedimiento seguido ante el otro organismo se limita a un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión y no haya decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión o no conduzca a su arreglo efectivo;

b. el peticionario ante la Comisión es la víctima de la presunta violación o su familiar y el peticionario ante el otro organismo es una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros.

En caso de que falten algunos de los requisitos de forma o fondo señalados, la Comisión conforme al artículo 47 de la Con-

vención deberá declarar inadmisibile la petición. También deberá hacerlo si ella no expone hechos que caractericen la violación de un derecho humano garantizado por la Convención o si la denuncia resulta de la exposición del peticionario o del Estado manifiestamente infundada o improcedente.

### **318. *La fase contradictoria***

Si la petición o denuncia es declarada admisible, la Comisión procede a examinar el mérito o fondo del asunto, materia que se encuentra regida por los artículos 48 y 49 de la Convención, los cuales han sido desarrollados por los artículos 38 a 41 del Reglamento. Después que quede abierto el caso, la Comisión fijará un plazo de dos meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo. Las partes pertinentes de dichas observaciones serán transmitidas al Estado en cuestión a fin de que presente sus observaciones dentro del plazo de dos meses. También la Comisión puede fijar un plazo para que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa previsto en la Convención.

A través de los escritos que vayan presentando el peticionario y el Estado, así como de las alegaciones que las partes expongan en las audiencias que éstas soliciten a la Comisión o ésta disponga, se va desarrollando la fase contradictoria. Si en ella la Comisión verifica que no existen o subsisten los motivos de la denuncia, mandará a archivar el expediente. En el transcurso de esta fase puede declarar la inadmisibilidad o improcedencia de la denuncia, sobre la base de una información o prueba sobreviniente.

En cuanto a los medios de prueba, estos, *mutatis mutandis*, son similares a los que existen en los sistemas procesales de los países latinoamericanos: testigos, documentos, informaciones proporcionadas por el Estado, las que pueden llegar a equivaler a la confesión, etc. A estos medios de prueba, la Convención ha agregado las investigaciones *in loco* que pueda realizar la Comisión, para lo cual el Estado deberá proporcionar todas las facilidades necesarias.

Desde el primer Reglamento hasta el actual, se ha agregado como medio de prueba una presunción que en la práctica no ha sido controvertida por los Estados. Según el artículo 39, "se

presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión... siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria".

Durante esta fase e incluso antes de que se declare la admisibilidad de la denuncia en caso de gravedad y urgencia la Comisión puede, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas, las que no prejuzgan sobre el fondo de la cuestión.

Estas medidas cautelares que la Comisión puede solicitar han sido establecidas en el Reglamento, sin base en la Convención, y ellas no deben ser confundidas con las medidas provisionales a las que se refiere el artículo 63.2 de la Convención que la Corte pueda adoptar en casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. Si el asunto aún no se encuentra sometido a la Corte, en ese caso la Comisión puede solicitar tales medidas provisionales a la Corte, pero es a ésta a la que le corresponde decidir al respecto.

También en cualquier etapa del examen de una petición o denuncia la Comisión por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de las partes, se debe poner a disposición de las partes interesadas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la Convención.

El procedimiento de solución amistosa sólo puede iniciarse y continuar cuando exista un consentimiento de las partes. Si bien corresponde a la Comisión promover y facilitar la negociación de una solución amistosa, son únicamente las partes las que pueden decidir su procedencia. No todos los asuntos son susceptibles de una solución amistosa. Así, no cabe aplicar este procedimiento cuando la situación que ha originado la denuncia ha sido ya resuelta, o cuando el Estado se ha negado a cooperar o a aportar información.

Si se llega a una solución amistosa, tal como lo indican los artículos 49 de la Convención y 41.5 del Reglamento, la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario

y a los Estados partes de la Convención y publicado. El Informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda.

Si no se llega a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición, con lo cual, estará en condiciones de decidir sobre el fondo del asunto.

### 319. *La fase de decisión*

La decisión del fondo del asunto por la Comisión está regulada por los artículos 50 y 51 de la Convención, disposiciones que fueron redactadas sobre la base de las normas contenidas en la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950, pero sin las adecuadas adaptaciones a las instituciones del sistema interamericano. Ello ha significado no pocas dificultades de interpretación, las que han venido siendo superadas, en parte, por la práctica de la Comisión y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>38</sup>

De acuerdo a los referidos artículos de la Convención y de la práctica seguida por la Comisión, tal como ésta se refleja en el actual Reglamento, la fase de decisión tiene lugar una vez que se constata que no procede una solución amistosa. En ese caso, la Comisión después de deliberar sobre el asunto redacta un informe exponiendo los hechos y sus conclusiones. Si se establece que no hubo violación en un caso determinado, así lo deberá manifestar en el informe, el cual será transmitido a las partes y publicado en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA.

Si, por el contrario, el informe establece una o más violaciones a la Convención, en ese caso la Comisión preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En ese caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado parte deberá in-

" Véanse especialmente las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de julio de 1987 recaídas en los casos Velásquez Rodríguez (Par. 63), Fairén Garbi (Par. 63) y Godínez Cruz (Par. 66), excepciones preliminares. Corte IDH Serie C, núms. 1, 2, 3; así como la opinión consultiva núm. 13 de 16 de julio de 1993, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

formar sobre las medidas adoptadas para cumplir sus recomendaciones. El Estado no estará facultado para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto.

Si el Estado dentro del plazo que fijó la Comisión cumple las recomendaciones de ésta, ajuicio de la mayoría de sus miembros, en ese caso, aunque ni la Convención ni el Reglamento de la CIDH hayan sido suficientemente explícitos al respecto, la Comisión deberá publicar un segundo informe dejando constancia del cumplimiento de las recomendaciones e igualmente debería incluirlo en el Informe Anual de la CIDH a la Asamblea General de la OEA.

Pero si el asunto no llega a solucionarse, se abren dos alternativas: que el caso sea sometido a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea por iniciativa de la Comisión o del propio Estado; o que dentro del plazo de tres meses a partir de la transmisión del informe preliminar, la Comisión emita por mayoría absoluta de votos un informe definitivo que contenga la opinión de la Comisión, sus conclusiones finales y recomendaciones. Dicho informe es transmitido a los Estados partes y normalmente, previa decisión de la Comisión, publicado en el Informe Anual de la CIDH a la Asamblea General de la OEA, sin perjuicio de que la Comisión pueda tomar las medidas de seguimiento del caso que considere oportunas.

### ***320. Remisión del caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos***

Si la Comisión considera que el Estado no ha cumplido las recomendaciones del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, y se han agotado todos los procedimientos ante la Comisión, ésta someterá el caso a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siempre que el Estado haya reconocido su jurisdicción obligatoria de conformidad con el artículo 62 de la Convención.<sup>39</sup>

Hasta ahora han reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

Ha habido al respecto una interesante evolución de la práctica de la Comisión en cuanto a la remisión de un caso a la Corte. Inicialmente, considerando que de acuerdo a la Convención el envío de un caso a la Corte es facultativo, la Comisión se limitó a enviar sólo casos de graves violaciones a los derechos humanos, como los referentes al derecho a la vida. Gradualmente fue aumentando el número de casos enviados, particularmente después de 1999, y en la actualidad el Reglamento de la Comisión dispone en su artículo 44 una cierta automaticidad en cuanto al envío del caso a la Corte si el Estado no ha cumplido las recomendaciones del primer informe. En ese caso la remisión resulta obligatoria para la Comisión, salvo que por decisión fundada de la mayoría de los miembros de la Comisión se disponga no enviar el caso.

Aun así, el número 2 del artículo 44 del Reglamento de la Comisión señala en cuanto al sometimiento del caso a la Corte que la Comisión deberá considerar fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada, entre otros elementos, en la posición del peticionario; la naturaleza y gravedad de la violación; la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; el eventual efecto de las decisiones en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y la calidad de la prueba disponible.

### ***321. Las partes en el procedimiento contencioso ante la Corte***

De acuerdo al artículo 61 de la Convención, sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

Hasta ahora, salvo un caso muy particular,<sup>40</sup> los Estados no han sometido ningún caso ante la Corte y todos ellos han tenido su origen en demandas introducidas por la Comisión en la que los Estados han sido los demandados.

La Convención no precisa de un modo explícito el papel que le corresponde desempeñar a la Comisión ante la Corte. Ini-

<sup>w</sup> Se trató del caso de Viviana Gallardo, en el que Costa Rica solicitó a la Corte en julio de 1981 investigar una posible violación de derechos humanos ocurrida en ese Estado. La Corte no admitió el caso y lo remitió a la Comisión para que observara el procedimiento establecido en la Convención. La Comisión, a su vez, declaró inadmisibile el caso.





cialmente su función fue entendida como la de actuar como representante o agente de la víctima o el peticionario y, a la vez, ejercer como derecho propio una función equivalente a la del Ministerio Público, es decir, velar durante el proceso ante la Corte por el interés general y la efectiva protección de los derechos humanos garantizados por la Convención. Sin embargo, en la medida que los reglamentos tanto de la Comisión como de la Corte fueron reconociendo un *locus standi in iudicio* a las víctimas o los peticionarios para actuar por sí mismos ante la Corte y sostener directamente ante ella sus pretensiones y derechos, la primera de esas funciones de la Comisión se fue desvaneciendo.

Hoy día, la función fundamental que le corresponde a la Comisión es la de poder introducir el caso ante la Corte, para lo cual, hasta ahora, mantiene el monopolio. Sin perjuicio de ello, durante el proceso la Comisión puede también hacer las alegaciones y aportar las pruebas que sean necesarias para que en el caso se cumplan los derechos humanos garantizados por la Convención.

Al adoptarse en 1969 la Convención, la concepción predominante en esa época era que los individuos, como regla general, no tenían acceso a los procedimientos jurisdiccionales internacionales y ello quedó reflejado en la falta de referencia a la participación de las víctimas ante la Corte, para las cuales entonces sus derechos sólo se podían hacer valer ante la Comisión, la que si los aceptaba, asumía su representación ante la Corte.

Este criterio fue gradualmente cambiando a través de sucesivas reformas a los reglamentos de la Comisión y de la Corte. En el Reglamento adoptado en 1980 por la CIDH, como paliativo a las normas de la Comisión que no reconocían el acceso directo de las víctimas a la Corte, se facultó a los delegados de la Comisión para "hacerse asistir por cualquiera persona de su elección". Fue con fundamento en esa disposición que la Comisión en los primeros casos sometidos a la Corte designó a representantes de las víctimas como asesores de la Delegación que la Comisión acreditó ante la Corte.

Con posterioridad, en el Reglamento que la Corte aprobó en 1996 se confirió una participación autónoma a la víctima o sus familiares en lo que respecta a las reparaciones.

En el año 2000 la Corte aprobó un nuevo Reglamento, cuyo antecedente inmediato es la resolución 1701, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su Trigésimo Periodo Ordinario de Sesiones celebrado en junio de 2000, en el cual se recomienda a la Comisión y a la Corte reformar sus reglamentos con diversos propósitos, entre ellos para que la Corte pudiera "permitir la participación directa de la víctima, en calidad de parte, en los procedimientos seguidos, a partir del momento que el caso es sometido a su competencia...".

Sobre la base de dicha resolución del órgano máximo de la OEA, la Corte procedió ese mismo año a modificar su Reglamento y en su artículo 23.1 dispuso que "...las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, debidamente acreditados, podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso". Con ello, como lo señala un juez de la Corte, "la víctima ha pasado a tener una actuación muy semejante a la que se le asigna a las partes tradicionales: Comisión y Estado".<sup>41</sup>

### **322. *El procedimiento ante la Corte***

El procedimiento contencioso ante la Corte consta de una fase escrita y otra verbal. Sin perjuicio de ello, la Corte en cualquier estado del procedimiento, de acuerdo a los artículos 63.2 de la Convención y 25 del Reglamento de la Corte, en caso de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario evitar daños irreparables a las personas, puede, de oficio o a instancia de parte, ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se trata de asuntos aún no sometidos al conocimiento de la Corte, ésta puede actuar a solicitud de la Comisión.

La fase escrita del procedimiento ante la Corte comienza con la interposición de una demanda, la que se presenta ante la Secretaría de la Corte. De hecho, hasta ahora, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido la única que ha actuado como demandante.

La demanda deberá contener, de acuerdo al artículo 33 del Reglamento de la Corte, las pretensiones; las partes del caso; la expo-

<sup>41</sup> S. García Ramírez. *La jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y Justicia Penal*. México. 2003. Pág. 546.

sición de los hechos; las resoluciones de la Comisión de apertura de procedimiento y admisibilidad de la denuncia; las pruebas ofrecidas; los fundamentos de derecho y conclusiones pertinentes. También deberá individualizar al demandante original o a las presuntas víctimas y sus familiares o a sus representantes acreditados, así como indicar el nombre del agente o de los delegados.

El Reglamento de la Corte no es demasiado exigente en cuanto a la forma en que debe ser presentada la demanda, así como otros escritos, pudiendo ésta presentarse personalmente, vía courier, facsimilar, télex, correo o cualquier otro medio generalmente utilizado, incluyendo los medios electrónicos, pero en ese caso los documentos originales, así como las pruebas deberán ser remitidos dentro del plazo de 7 días.

La demanda se notifica al presidente y a los jueces de la Corte; al Estado demandado; a la Comisión, si no es la demandante; al denunciante original, si se conoce, y a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados.

Notificada la demanda a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes, éstos disponen de un plazo improrrogable de dos meses para presentar autónomamente a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas.

El demandado, esto es, en la práctica, el Estado, dispone de un plazo improrrogable de cuatro meses después de la notificación de la demanda para contestarla. El Reglamento en su artículo 38 exige que esa contestación cumpla los mismos requisitos requeridos para la presentación de la demanda.

Resulta importante destacar que en cuanto a las pruebas promovidas por las partes, la única etapa procesal que existe para que ellas sean admitidas es en los escritos de demanda y de contestación a la demanda, aunque excepcionalmente la Corte pueda admitir una prueba con posterioridad en caso de fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes.

Si el demandado opone excepciones preliminares, éstas sólo pueden presentarse en el escrito de contestación de la demanda. En todo caso, la presentación de excepciones preliminares no suspende el procedimiento en cuanto al fondo.

Contestada la demanda y antes de la apertura del procedimiento oral, el presidente, a solicitud de las partes, puede acordar la presentación de otros escritos y documentos.

La fase oral del procedimiento se desarrolla en audiencias que son dirigidas por el presidente de la Corte. En dichas audiencias participan, en igualdad procesal, la Comisión y el Estado, ordinariamente en sus calidades de demandante y demandado, respectivamente, y los representantes de las víctimas. Cada uno de los jueces puede interrogar a toda persona que comparezca ante la Corte.

El objeto de estas audiencias es básicamente escuchar y examinar a los testigos y peritos que presenten las partes, así como recibir las argumentaciones orales de las partes en las que fundamentan sus derechos y pretensiones.

### 323. *La sentencia de la Corte*

De acuerdo al artículo 66.1 de la Convención, el fallo de la Corte debe ser motivado, lo cual como lo indica el artículo 56 del Reglamento implica que además de los elementos usuales de una sentencia —individualización de los jueces que participaron en el fallo, identificación de las partes y sus representantes, relación de los actos de procedimiento— el fallo debe incluir necesariamente la determinación de los hechos, las conclusiones de las alegaciones de las partes, los fundamentos de derecho y la decisión del caso.

Usualmente la Corte designa a un juez relator, quien prepara un proyecto de sentencia, el cual es sometido a la consideración de los jueces para su deliberación, la que se efectúa en privado.

De acuerdo al artículo 63 de la Convención, si la Corte decide que ha habido violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, ésta dispondrá que se garantice al lesionado en el gozo de un derecho o libertad conculcados. Asimismo, la Corte dispondrá, si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de las medidas o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Las sentencias deberán ser firmadas por todos los jueces que participaron en su adopción y por el secretario de la Corte. A ella los jueces tienen derecho a agregar votos razonados, disidentes o concurrentes. La sentencia concluirá con una orden de comunicación y ejecución firmada por el presidente y el se-

cretario y con posterioridad deberá ser notificada a las partes. También, como lo dispone el artículo 69 de la Convención, el fallo deberá transmitirse a todos los Estados partes de la Convención.

Además de la decisión sobre el fondo del asunto, estableciendo la violación de un derecho protegido por la Convención, la sentencia también puede pronunciarse sobre las excepciones preliminares que ha opuesto el demandado y sobre las reparaciones o indemnizaciones que corresponda pagar a las víctimas. Estas tres materias pueden constar en un solo instrumento o pronunciarse separadamente. En este último caso, ordinariamente la sentencia sobre excepciones preliminares antecede a la sentencia de fondo, y la de reparaciones es dictada con posterioridad.

También la sentencia, por lo general, incluye una decisión sobre las costas, materia que si bien no fue regulada por la Convención, ha sido desarrollada por la práctica de la Corte, encontrándose ahora incorporada al Reglamento, el cual permite que la Corte se pronuncie sobre el pago de costas en beneficio de las víctimas y del Estado,

El fallo de la Corte, al tenor de lo dispuesto en el artículo 67 de la Convención, es definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

El único recurso, pues, en contra de una sentencia de la Corte es el recurso de interpretación, el cual puede promoverse en relación con las sentencias de fondo o de reparaciones que sean presentadas dentro del plazo señalado en la Convención y en las que, como dispone el artículo 59 del Reglamento de la Corte, se deberán indicar con precisión las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida.

El recurso de interpretación no suspende la ejecución de la sentencia.

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de cumplimiento obligatorio. Como lo dispone el artículo 68 de la Convención, los Estados partes de ella se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean parte. En general, los Estados, salvo contadas excep-

ciones en las que han pagado un alto costo político, stienen cumplir las sentencias de la Corte.

En lo que respecta a la parte del fallo que dispone indemnización compensatoria, el artículo 68 de la Convención indica que esa parte del fallo se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. Se trata, como puede apreciarse, de una norma llamada a facilitar el cumplimiento de la sentencia que no debería ofrecer mayores inconvenientes en países donde prevalece un estado de derecho y en los cuales el derecho internacional es de cumplimiento obligatorio al formar parte del ordenamiento jurídico del Estado.

Desde la primera sentencia de fondo pronunciada el 29 de julio de 1988, recaída en el caso Velásquez Rodríguez sobre desaparición forzada, la Corte, sin contar las sentencias sobre excepciones preliminares, de reparaciones o relativas a los recursos de interpretación, ha pronunciado más de sesenta sentencias de fondo, las que se han referido a un considerable número de Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>4n</sup>

### **324. *Evaluación del sistema interamericano de derechos humanos en lo que atañe a denuncias y demandas individuales. Proposición de su reforma***

No hay dudas de que, tal como se señaló en la Sección anterior, la labor realizada por el sistema interamericano en materia de derechos humanos ha sido una de las más relevantes de las cumplidas por la OEA. Esta aseveración general es, desde luego, aplicable, con las precisiones que se señalarán a continuación, al

<sup>2</sup> De esas sentencias, cuatro de ellas corresponden a asuntos fallados en contra del Estado de Chile: las sentencias de 5 de febrero de 2001, Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros); de 22 de noviembre de 2005, (Jaso Palamara Iribarne); de 19 de septiembre de 2006, Caso Claude Reyes y otros; de 26 de septiembre de 2006, caso Almonacid Arellano y otros. Uts tres primeras sentencias se referían principalmente a asuntos relacionados con la libertad de pensamiento y de expresión. La última sentencia, aunque originada por un asunto relativo al derecho a la vida, la Corte consideró que la violación imputable al Estado de Chile era de los artículos 8 y 25 de la Convención, que versan sobre las Garantías Judiciales y la Protección Judicial, respectivamente.

sistema procesal que se ha establecido y se ha venido desarrollando para proteger los derechos humanos de los individuos cuando éstos han sido violados por la acción u omisión de un Estado.

En la evaluación de este sistema de protección resulta fundamental tomar en consideración el contexto histórico que ha existido cuando dicho sistema ha sido aplicado. Aunque establecido en 1948 e institucionalmente desarrollado con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1959 y la adopción en 1969 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos comenzó a operar de un modo efectivo en la década de los años setenta, cuando se produjeron graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos en buena parte de América Latina. Como acertadamente lo ha observado Mónica Pinto, "los años setenta presentan una realidad inédita que desafía toda estructura vigente. La Comisión afronta un elevadísimo número de denuncias que, en general, comprometen a gobiernos *de facto* que protagonizan y ejecutan políticas de masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos. La prescindencia del derecho y la perversidad de los modos de violación son los rasgos de una realidad que ninguna norma jurídica había previsto, ni siquiera las que aguardaban su turno para entrar en vigor".<sup>13</sup>

Frente a esta realidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin una base institucional de carácter convencional (el Pacto de San José de Costa Rica entraría en vigor en 1978 y tardaría todavía varios años más para entrar en vigor respecto de la mayoría de los Estados acusados de cometer graves violaciones), la Comisión utiliza los recursos y medios disponibles para afrontar esa situación. Las miles de denuncias que recibe las transmite poniéndolas en conocimiento de los gobiernos acusados, realiza con éstos gestiones, algunas de ellas muy activas que en algunos casos permitirán solucionar la situación denunciada; practica observaciones *in loco*, redacta informes sobre

<sup>13</sup> M. Pinto. *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires. 1993. Pág. 181.

la situación de los derechos humanos respecto a los países donde ocurren esas violaciones, los cuales pone en conocimiento de las correspondientes opiniones públicas y de los órganos políticos de la OEA, en especial de su Asamblea General, que de ese modo se convierte en el principal foro político para debatir la situación de los derechos humanos en los países acusados de su violación.

Para la CIDH, pues, durante esos años, el sistema de denuncias fue uno de los medios, ni siquiera el principal, de que se valió para proteger los derechos humanos. Como ha agregado Mónica Pinto, "la decisión y la autonomía de criterio de los miembros de la Comisión y de su Secretaría que supieron comprender que la presentación de una petición, además de importar el ejercicio de un recurso jurídico, era un llamado a gritos a la imposición de límites a la prepotencia del poder, al horror, a la perversión institucionalizada".<sup>44</sup>

Ello explica también que la Comisión inicialmente en esos años optara por no "judicializar" las denuncias recibidas, postergando la remisión de casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, prefiriendo privilegiar en sus relaciones con ella las solicitudes de opinión consultiva, que en esa época produjeron un positivo efecto en la consolidación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el instrumento fundamental en materia de derechos humanos en las Américas.

Los primeros casos que envía la Comisión a la Corte se producen en 1986. A partir de los últimos años de la década de los ochenta y durante la de los noventa, cuando se ha restablecido la democracia en la enorme mayoría de los Estados latinoamericanos, la Comisión gradualmente va incentivando la utilización de la competencia contenciosa de la Corte y las solicitudes de medidas provisionales. Un factor que conspiró para restarle fluidez a las relaciones entre ambos órganos de protección fue la falta de criterios que se debían tener en consideración para la remisión de un caso a la Corte al amparo de la ambigüedad y contradicción de las correspondientes disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>H</sup> Ibid. Pág. 182.



Ya en el siglo XXI, especialmente a partir del año 2000, cuando la Asamblea General de la OEA promueve la modificación de los reglamentos de la Comisión y la Corte para perfeccionar el sistema interamericano de derechos humanos, se producen importantes modificaciones en lo que respecta a la tramitación de las denuncias ante la Comisión y las demandas ante la Corte.

En lo que respecta a la Comisión, entre los más convenientes cambios con respecto a lo que era la práctica anterior, cabe señalar los siguientes: a) la Comisión, como regla general, debe previamente pronunciarse sobre la admisibilidad de la denuncia; b) durante la tramitación de la denuncia, la Comisión debe esforzarse por procurar una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos, y c) si la Comisión decide que el Estado que ha violado una disposición de la Convención no ha cumplido las recomendaciones que ella ha formulado, en ese caso automáticamente deberá remitir el caso a la Corte, a menos que la mayoría de los miembros de la Comisión dispongan lo contrario.

Por su parte, el Reglamento de la Corte, aprobado en noviembre de 2000 y que entrara en vigencia en junio de 2001, permite a las víctimas, sus familiares y representantes poder participar autónomamente ante la Corte y hacer valer directamente ante ella sus pretensiones, argumentos y pruebas, sin necesidad de hacerlo a través de la Comisión. La única limitación que tienen las víctimas es que ellas no pueden presentar por sí mismas denuncias ante la Corte.

Ese fundamental cambio afectó el papel que la Comisión venía teniendo ante la Corte. Salvo que la Comisión todavía conserva el monopolio para presentar demandas ante la Corte, en los hechos, procesalmente las funciones que tienen la Comisión y las víctimas son prácticamente iguales en cuanto a la procedencia y oportunidad para sostener sus argumentaciones y presentar sus pruebas durante el proceso ante la Corte.

A pesar de sus notables logros y del afán que han tenido sus órganos para ir constantemente perfeccionando el sistema por medio de modificaciones reglamentarias, el sistema interamericano de derechos humanos en lo que se refiere a denuncias individuales adolece todavía de ciertas limitaciones e inconvenientes que podrían corregirse a través de algunas

modificaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el hecho, el sistema actual es repetitivo. Existen dos procedimientos, uno seguido en Washington ante la Comisión y otro en San José de Costa Rica ante la Corte. Usualmente las fases de cada uno de esos procedimientos han sido relativamente similares en lo que respecta a las alegaciones escritas, las audiencias orales y la presentación de pruebas, sin que se adviertan ventajas de esa repetición.

El sistema es también excesivamente lento. Una apreciación general de los casos resueltos por la Corte demuestra que el promedio que dura un caso desde que se presenta la denuncia a la Comisión hasta que la Corte dicta sentencia es entre 7 y 8 años,<sup>17</sup> lo que no es compatible con un sistema eficiente de protección de derechos humanos.

Como consecuencia de ese repetitivo y lento procedimiento, que implica numerosas comparecencias en Washington y en San José, el procedimiento es excesivamente caro. Aunque no haya estudios definitivos, algunos cálculos que se han formulado indican que tanto los peticionarios como los gobiernos deben asumir un cuantioso gasto de varios miles de dólares. En lo que concierne a los peticionarios, esa suma normalmente no la tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual ha significado que organizaciones no gubernamentales, que se han constituido para litigar ante la Comisión y la Corte, asuman la representación de las víctimas pasando a desempeñar un papel protagónico dentro del sistema.

Desde luego, las reformas al Pacto de San José deben realizarse tomando en cuenta en consideración los recursos de los que se pueda disponer y, sobre todo, tal reforma ha de ser el resultado de una etapa de reflexión con una amplia participa-

<sup>17</sup> Cabe al respecto citar dos ejemplos de casos resueltos en 2006. En uno, el caso de Claude Reyes, la denuncia fue presentada ante la CIDH el 17 de diciembre de 1998 y la sentencia fue pronunciada por la Corte el 19 de septiembre de 2006; en otro caso, el de Almonacid Arellano, la denuncia fue presentada a la Comisión el 15 de septiembre de 1998 y la sentencia fue emitida por la Corte el 26 de septiembre de 2006. Antes hay varios otros ejemplos de denuncias que tardaron aun más tiempo para que se resolvieran, no obstante los esfuerzos realizados en los últimos años por la Comisión y la Corte para evitar demoras.

ción de todos los interesados y en la que deba privilegiarse el consenso de los Estados para alcanzar un acuerdo.

Sobre esas bases una proposición de reforma podría ser la de mantener ambos órganos de protección y no suprimir, como en Europa, a uno de ellos.

La Corte a la que deberían tener acceso directo las víctimas podría ampliarse a nueve u once jueces y todos ellos ser de dedicación exclusiva, funcionando en salas cuya labor principal sería la de pronunciarse expeditamente sobre la admisibilidad de las denuncias presentadas.

La decisión sobre el mérito o el fondo del caso correspondería al plenario. El caso podría ser presentado ante el plenario de la Corte por un juez relator designado por la sala a la que ha correspondido pronunciarse sobre la admisibilidad del caso, si ésta ha sido admitida.

En cuanto a la Comisión, cuya labor más importante y meritoria históricamente no ha correspondido a la tramitación de denuncias individuales, debería continuar en su sede de Washington, integrada por siete personalidades, quienes no necesariamente deberían requerir, como los jueces, dedicación exclusiva, toda vez que resulta más conveniente que esos comisionados puedan ser personalidades con experiencia política y diplomática comprometidos en la defensa de los derechos humanos, que pueden estar ejerciendo otras funciones en sus respectivos países. El énfasis en las tareas que deberá corresponderle a la Comisión debería estar puesto en aquellas que mejor le puedan permitir cumplir el mandato que le ha conferido la Carta de la OEA de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la organización en esa materia. De ese modo deberían corresponderle a la Comisión tareas como las de elaborar informes sobre países o sobre ciertas situaciones especiales, para las que pueda realizar observaciones *in loco*; codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional de los derechos humanos en América a través de proyectos de convenciones o de resoluciones sobre derechos humanos; actuar con rapidez en situaciones de emergencia que afectan la vigencia de los derechos humanos; proponer la adopción de medidas que permitan dar mayor vigencia a esos derechos; asesorar a gobiernos que así lo so-

licitan en asuntos de derechos humanos; promover la observancia de tales derechos en los distintos Estados, etc.

El cumplimiento de esas funciones no debería impedir actuar a la Comisión en casos individuales. Desde luego, debería conservar sus actuales funciones con respecto a los Estados que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aun respecto a la Corte la Comisión debería tener la facultad de presentar demandas si dentro de determinado plazo no lo hacen las víctimas. Además de solicitudes de opiniones consultivas, también en casos generales que afecten a un conjunto de personas la Comisión podría asumir su representación en el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte.

Se trata, por supuesto, de ideas todavía muy generales que llegado el momento habría que evaluar y perfeccionar. Lo importante es que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que ha sido uno de los mayores logros de la OEA, pueda ir superando las limitaciones e inconvenientes que ofrece y de esa manera ir cumpliendo sus funciones en forma cada vez más expedita y eficiente, de modo que permita resguardar mejor los intereses de aquellos para los cuales precisamente fue creado el sistema: las víctimas de violaciones de derechos humanos.

### *Sección V*

## EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

### 325. *Aspectos generales*

El derecho internacional humanitario es aquel que regula, desde el punto de vista de la protección de las personas, los conflictos armados de carácter internacional y, en algunos casos, los conflictos armados internos. Está constituido fundamentalmente, aunque no, de un modo exclusivo, por los cuatro Convenios adoptados en Ginebra el 12 de agosto de 1949 y los dos Protocolos Adicionales a ellos suscritos en Ginebra el 8 de junio de 1977.

Ni los Convenios de Ginebra mencionados ni otros instrumentos internacionales convencionales definen lo que son los conflictos armados. En la actualidad, una de las definiciones a

la que más se recurre para precisar lo que son los conflictos armados es la que utilizó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, según la cual:

...existe conflicto armado cuando **se** recurre a la fuerza armada **en**tre Estados o a actos violentos armados y prolongados entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro del Estado...<sup>46</sup>

La codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional humanitario ha sido posible gracias a los esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja, al que nos hemos referido en el Capítulo VIII.<sup>47</sup> En 1949, cuando la Comisión de Derecho Internacional determinó cuáles serían los temas objeto de codificación no incluyó los aspectos referentes a la regulación de la guerra, entre otras consideraciones, porque no quiso dar la impresión de que se pretendía establecer normas respecto de una actividad que el derecho internacional prohibía. Este vacío fue llenado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el cual consideró necesario que, independientemente de que se tratara de una actividad ilícita, los conflictos armados existían y resultaba fundamental proteger los derechos humanos de quienes participaban en esos conflictos, así como de la población civil que los sufrían. El Gobierno de Suiza, recogiendo la iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja, convocó ese mismo año 1949 a una conferencia internacional de la que resultaron cuatro Convenios que pasaron a constituir lo que se ha denominado el derecho internacional humanitario. Hoy día, esos convenios posiblemente sean los instrumentos internacionales que cuentan con el mayor número de ratificantes y adherentes.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 forman así la base del derecho internacional humanitario. Pero también pueden considerarse parte de él algunas convenciones anteriores, como la Convención de La Haya de 1907 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y otras convenciones adoptadas también en La Haya en 1907 con ocasión

<sup>46</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso N° IT-94-1-A72, Prosecutor vs. Dusko Tadic. 1994-1995. Par. 70.

<sup>17</sup> Ver Capítulo MU, Sección IV. N° 175.

de la Segunda Conferencia de la Paz. Asimismo, pueden considerarse formando parte del actual derecho internacional humanitario, instrumentos como la Convención de la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, adoptada en La Haya en 1954, y la Convención de 1997 sobre la Prohibición de Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonales y sobre su Destrucción.

La efectividad del derecho internacional humanitario quedó fortalecida con la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, al haber este importante instrumento -que se estudiará en el Capítulo siguiente- incorporado como uno de los crímenes objeto de la competencia de la Corte, los crímenes de guerra, uno de los cuales, de acuerdo a su artículo 8.2, está constituido precisamente por las "infracciones graves de los Convenios de guerra de Ginebra, de 12 de agosto de 1949".

### **326. *Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949***

Los cuatro Convenios de Ginebra adoptados en 1949 y que entraron en vigencia en 1950 son:

1. El Convenio sobre Mejoramiento de la Condición de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña;
2. El Convenio sobre Mejoramiento de la Condición de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas Navales;
3. El Convenio sobre el Trato a los Prisioneros de Guerra, y
4. El Convenio sobre Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra.

Resulta importante señalar que los referidos convenios se aplican a cualquier conflicto armado que afecte a un Estado parte, aunque no se haya reconocido un estado de guerra e incluso, como se verá luego, se aplican a los conflictos armados que no revisten un carácter internacional.

Los tres primeros artículos de los cuatro Convenios son comunes a todos ellos. Las otras disposiciones se refieren a asuntos propios del objeto de cada uno de ellos.

Un resumen de las normas más fundamentales del derecho internacional humanitario contenidas en los mencionados Convenios y en sus Protocolos Adicionales es el siguiente:

- Las personas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral. Estas personas serán, en toda circunstancia, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.

- Se prohíbe matar o herir a un adversario que se rinde o que está fuera de combate.

- La Parte en conflicto en cuyo poder estén, recogerá y prestará asistencia a los heridos y a los enfermos. También se protegerá al personal sanitario, los establecimientos y los medios de transporte y el material sanitarios.

- Debe respetarse el emblema de la Cruz Roja (y de la Media Luna Roja).

- Los combatientes capturados y las personas civiles que estén en poder de la parte adversa tienen derecho a que se respeten su vida, su dignidad, sus derechos personales y sus convicciones. Tienen también derecho a intercambiar noticias con sus respectivos familiares.

- Toda persona tiene derecho a beneficiarse de las garantías judiciales fundamentales.

- No se someterá a nadie a tortura física o mental ni a castigos corporales o a tratos crueles o degradantes.

- Se prohíbe el uso de armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.

- Las partes en conflicto harán distinción en todo tiempo entre población civil y combatientes, protegiendo a la población y los bienes civiles. No deben ser objeto de ataques las personas civiles. Tampoco pueden ser objeto de ataques los objetivos civiles. Los ataques se dirigirán contra los objetivos militares.<sup>4H</sup>

### **327. *Los conflictos armados internos. El artículo 3 común***

El artículo 3, idéntico en los cuatro Convenios de 1949, se refiere a los conflictos armados sin carácter internacional. Tal dis-

<sup>4</sup> Para efectuar este resumen se han seguido de cerca las publicaciones oficiales del Comité Internacional de la Cruz Roja, en especial la publicación Normas Fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales, Ginebra. 1983.

posición resultaba novedosa en 1949, cuando en esa época el derecho internacional era casi exclusivamente interestatal.

Según esas disposiciones, en caso de conflicto armado sin carácter internacional, los Estados, por lo menos, se encuentran obligados a que "las personas que no participan directamente en las hostilidades; incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que huyen quedando fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia tratadas con humanidad sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier criterio análogo". Asimismo dicho artículo 3 prohíbe: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratamientos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratamientos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo, ante un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados".

También el artículo 3 común aplicable a los conflictos internos autoriza al Comité Internacional de la Cruz Roja a ofrecer sus servicios a las partes en conflicto. Si bien las normas de los artículos 3 de los Convenios de Ginebra son mínimas, ellas resultan de gran utilidad, toda vez que de no existir dichas normas no podrían aplicarse a las personas durante los conflictos armados internos. El problema, sin embargo, es que los convenios no definieron lo que es un conflicto armado sin un carácter internacional. El problema aparentemente resulta fácil de solucionar en las situaciones extremas. Es evidente que las normas son aplicables cuando se trata de una guerra civil declarada, así como también pueden excluirse de su aplicación cuando se trata de meros disturbios y tensiones internas, como motines o actos aislados y esporádicos de violencia. Es en situaciones intermedias cuando se presentan dificultades. Si bien el artículo 3 sabiamente deja a salvo que la aplicación de sus disposiciones "no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico sobre las Partes contendientes", en la práctica algunos Estados han pretendido en



caso que el conflicto ha adquirido ciertas proporciones, aplicar únicamente las disposiciones de su derecho interno, lo cual, desde luego, importa desconocer las normas de los Convenios de Ginebra.

Las normas relativas a los conflictos armados sin carácter internacional contenidas en el artículo 3 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 han sido complementadas por el Protocolo II de 1977, el que se estudiará a continuación.

### ***328. Los Protocolos Adicionales de 1977***

La evolución experimentada tanto por el derecho internacional como por el desarrollo de las relaciones internacionales con posterioridad a 1949 motivó al Comité Internacional de la Cruz Roja a impulsar dos Protocolos Adicionales que pudieran actualizar y complementar los Convenios de 1949. Para tal efecto, el gobierno de Suiza, recogiendo nuevamente la iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja, convocó en 1974 a una Conferencia de Plenipotenciarios, la que se efectuó tres años más tarde, el 8 de junio de 1977 y en la que se adoptaron los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. El primero de ellos se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el segundo, a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Entre las razones que motivaron la incorporación al derecho internacional humanitario de nuevas normas cabe recordar la conveniencia de conferirles a los movimientos de liberación nacional que luchaban contra el colonialismo un estatus semejante al de los Estados; proteger más adecuadamente a la población civil y regular los efectos de ciertas armas sobre la población civil.

El Protocolo I, destinado a ser aplicado a los conflictos internacionales, tal como se le define en el artículo 2 común de los Convenios de 1949, fue adicionado con una disposición relativa a "los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas", con lo cual a los movimientos de liberación nacional pasó a reconocérseles un estatus especial, propio de un sujeto de derecho internacional.

Este Protocolo se encarga de precisar el carácter de combatiente, haciéndolo extensivo a las personas que llevan armas abiertamente, ya sea en el combate mismo o durante el tiempo en que se produce el despliegue militar previo al combate. El Protocolo excluye como combatientes a los espías y a los mercenarios. Una consecuencia que se desprende de la condición de combatiente es que si caen presos, debe tratárseles como prisioneros de guerra, sujetos a todas las garantías que establece el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949.

Un aspecto importante del Protocolo I es la prohibición que contiene en su artículo 35.2 sobre el empleo de aquellas armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. Se trata de una norma fundamental del actual derecho internacional humanitario, la cual ha sido complementada y desarrollada posteriormente por otros instrumentos convencionales, entre los que cabe citar especialmente a la Convención de París de 1993 sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción y Almacenamiento y Empleo de Armas Químicas y su Destrucción; el Protocolo de 1995 a una Convención de 1980 prohibiendo el uso de armas láser que producen ceguera; y la Convención de Ottawa de 1997 sobre la Prohibición de Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonales y su Destrucción.

El Protocolo Adicional **II** a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, es bastante menos extenso que el anterior (el Protocolo I comprende 102 artículos, mientras el II, 28 artículos) y buena parte de los objetivos que se tuvieron presente para su adopción perdieron su sentido desde que el Protocolo I consideró como conflicto internacional a los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas. Aun así, el Protocolo **II** resulta aplicable a otras situaciones de conflictos armados internos. El Protocolo II no llegó tampoco a definir lo que era un conflicto armado sin carácter internacional; pero expresamente descartó de su aplicación a las situaciones de tensiones internas y de disturbios, tales como motines, los actos esporádicos aislados de violencia y otros actos análogos.

El objetivo del Protocolo II fue desarrollar, complementar y garantizar de una manera más efectiva las normas contenidas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, sin modificar sus condiciones de aplicación. Para tal efecto, el Protocolo II desarrolla en varias de sus disposiciones garantías más efectivas para asegurar el goce de los derechos humanos a los combatientes de conflictos armados sin un carácter internacional.

Por último, cabe destacar la norma contenida en el artículo 1.2 del Protocolo I y en el preámbulo del Protocolo II, según la cual "en los casos no previstos en los protocolos o en otros acuerdos internacionales las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos de los principios de humanidad y de los dictámenes de la conciencia pública". Con esa disposición, que ya existía en las Convenciones de la Haya de 1864 y 1907, conocida como la Cláusula Martens, se pretende que todas las situaciones susceptibles de ser comprendidas por el derecho internacional humanitario puedan quedar siempre reguladas.

LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL  
DEL INDIVIDUO

*Sección I*

ASPECTOS GENERALES

**329. *La subjetividad internacional penal del individuo***

En el actual derecho internacional la subjetividad del individuo se manifiesta también a través de los delitos o crímenes definidos por el derecho internacional que éste comete, lo cual le genera una responsabilidad penal internacional.

Como lo ha expresado el Tribunal Militar de Nuremberg en su sentencia de 30 de septiembre de 1946:

Desde hace un tiempo se ha reconocido que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos, al igual que a los Estados... Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional.

La responsabilidad penal internacional del individuo surge, pues, al cometer éste delitos definidos por el derecho internacional. Tales delitos pueden realizarse a título personal, sin vinculación alguna del individuo con un Estado, como sucede en delitos como la piratería o el tráfico de esclavos; o pueden ser igualmente crímenes del individuo si éste los comete como representante de un Estado o contando con su aquiescencia, como sucede en el genocidio, la tortura o la desaparición forzada de personas.

En este último caso la responsabilidad penal del individuo que actúa en nombre del Estado debe entenderse sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad que le incumba al Estado.

En cuanto a si existe una responsabilidad propiamente penal del Estado, es una cuestión debatida, desde hace varios años, en el derecho internacional por la doctrina,<sup>1</sup> aunque la tendencia preponderante en la actualidad es que la responsabilidad penal internacional sólo incumbe a los individuos.

El Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg confirió facultad al Tribunal para juzgar la criminalidad de grupos u organizaciones estatales. La sentencia declaró criminales a tres de esas organizaciones y no criminales a otras tres acusadas. En el caso del Tribunal de Tokio para el Lejano Oriente, aunque se confirió la misma facultad que al de Nuremberg, no se formuló acusación respecto de ninguna organización estatal y, por lo tanto, no hubo condenas a ese respecto.

En sus más de 50 años en que la Comisión de Derecho Internacional trató el tema de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, este tema fue arduamente debatido y algunos de sus relatores especiales incluyeron en sus respectivos proyectos de informes un artículo respecto a los crímenes cometidos por los Estados.<sup>2</sup>

Sin embargo, tales proposiciones, en definitiva, no prosperaron y la Comisión de Derecho Internacional, sobre la base del proyecto de informe de su último relator especial sobre el tema, profesor Crawford, recogiendo la opinión mayoritaria de los Estados y de los propios miembros de la Comisión, no incluyó una disposición que se refiriera a crímenes cometidos por Estados en el proyecto de artículos que adoptara el año 2001 sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

En el estado actual del derecho internacional la responsabilidad penal por crímenes internacionales, pues, correspondería sólo a los individuos, sin perjuicio de otro tipo de responsabili-

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, A. Cassese and M. Spinedi (eds.). *International Crimes of States*. Berlín. 1989.

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo, los informes presentados por los relatores especiales: Ago en 1976 (doc. A/CN.4/291); Riphagen en 1983 (doc. A/CN.4/366), y Arangio-Ruizen 1995 (A/CN.4/469).

dades que puedan corresponder a los Estados, como pueden serlo las civiles, políticas, morales o económicas.

Este criterio de que los únicos responsables penales por crímenes y delitos internacionales son los individuos, y no los Estados, se encuentra reflejado en la actual práctica internacional, en la que los tratados que se refieren al tema, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sólo contemplan la responsabilidad penal internacional del individuo. También, al parecer, no existe hasta ahora ninguna jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia que haya atribuido una responsabilidad penal a un Estado. Así en un fallo de 2007, la Corte Internacional de Justicia no recogió las acusaciones de Bosnia-Herzegovina de que Serbia y Montenegro había cometido el crimen de genocidio en contra de una parte de su población de origen no serbio, sin perjuicio de reconocer las responsabilidades de los individuos serbios que habían cometido genocidio, materia esa de la que es competente el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el primer caso que le correspondió conocer, el que se refería a una desaparición forzada de una persona ocurrida en Honduras, adujo:

La protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.<sup>3</sup>

Más adelante, al estudiar la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, se volverá sobre este asunto. Por ahora, puede señalarse que en el estado actual del derecho internacional sólo los individuos tienen responsabilidad penal internacional.

<sup>3</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. 1988. Serie C. Núm. 4. Par. 134.

### 330. *Evolución histórica de la responsabilidad penal internacional del individuo*

El tema de la responsabilidad penal internacional del individuo surge con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, aunque existen algunos antecedentes anteriores a ella, como el enjuiciamiento, al término de la Primera Guerra Mundial, por un tribunal internacional del Kaiser Guillermo II, en virtud del Tratado de Versalles de 1919, y la aceptación generalizada de que ciertos delitos, como la piratería y la trata de esclavos, conferían competencia para su enjuiciamiento a cualquier Estado que capturase a los responsables de esos delitos.

Pero es con el acuerdo firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 por Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética para el Enjuiciamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje, que se inicia en el moderno derecho internacional la responsabilidad penal de los individuos, diferente a la responsabilidad que pudiera corresponderles a los Estados. Mediante dicho acuerdo se establece el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, al cual se le confirió jurisdicción para juzgar a quienes en Alemania habían cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

El Tribunal Militar de Nuremberg dictó sentencia el 30 de septiembre de 1946 condenando a la pena de muerte o a la de presidio por un largo periodo a los principales jefes y dirigentes nazis a quienes se determinó que les cabía responsabilidad en la ejecución de tales crímenes.

Como el juicio y la sentencia de Nuremberg pudieran haber sido considerados una aplicación *ex post facto* de normas de derecho internacional y violatorias del principio *nulla crimen sine lege*, la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, a nombre de la comunidad internacional, declaró por unanimidad como principios de derecho internacional los reconocidos por el Estatuto de Londres de 1945 y por la sentencia del Tribunal de Nuremberg de 1946, a las que confirmó su carácter de principios de derecho internacional.

Posteriormente, en 1947, la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 177 (II), solicitó a la Comisión

de Derecho Internacional que formulara los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto de Londres y la sentencia del Tribunal de Nuremberg y que preparara un proyecto de código de los delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, tarea que la Comisión cumplió en 1954. Entre otros principios, el proyecto de código de la CDI confirma que toda persona que cometa un crimen de derecho internacional es responsable por el mismo y está sujeta a sanción; el hecho de haber actuado una persona como Jefe de Estado o como autoridad de un Estado, no lo exime de responsabilidad internacional; tampoco exime de responsabilidad el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de un gobierno o de un superior jerárquico; y que toda persona acusada de un crimen internacional tiene derecho a un juicio imparcial.

Al discutirse por la Asamblea General en 1954 el Proyecto de Código de la CDI y en vista de la conexión que había entre ese código y la definición de la agresión, en la que no se había logrado un acuerdo, la Asamblea General aplazó la consideración de ese asunto hasta que se produjera un acuerdo respecto de la definición de la agresión. La labor de la CDI en cuanto a la adopción de un código sólo pudo ser continuada después de más de un cuarto de siglo.

Junto a este proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, a partir de 1948 la comunidad internacional comienza a adoptar convenciones internacionales que se refieren a crímenes o delitos internacionales. En 1948 se adopta la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; en 1949 se adoptan los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, estudiadas en el capítulo anterior, que si bien su objeto no fue tipificar delitos internacionales, su transgresión sirve de fundamento a los crímenes de guerra; en 1968 se adopta la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad; en las Convenciones de Tokio de 1963, de La Haya de 1970 y de Montreal de 1971 se configuran los delitos sobre apoderamiento ilícito de aeronaves y hechos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; en 1979 se adopta la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes; en 1984 se adopta la Convención contra la Tortura y otros Tratos o



Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y en 2006 se adopta la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

Los crímenes y delitos configurados por esos instrumentos determinan los que actualmente constituyen los principales delitos de carácter internacional.

En 1981, la Asamblea General de Naciones Unidas vuelve a solicitarle a la Comisión de Derecho Internacional que prosiga con la preparación de un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y prepare un Proyecto de Estatuto de un Tribunal Internacional Penal, tarea que la CDI completa en 1994 con la adopción de un Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional y en 1996 con la adopción de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, lo que motiva a la Asamblea General a convocar a una conferencia con el fin de establecer el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual, en definitiva, es adoptado en Roma en 1998 y del que en la actualidad son partes más de un centenar de Estados.

Pocos años antes de la adopción del referido Estatuto, el Consejo de Seguridad había establecido tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda.

En esta evolución histórica de lo que ha sido la responsabilidad penal del individuo no puede dejar de mencionarse las acciones unilaterales que en los últimos años del siglo XX jueces de algunos Estados, particularmente de España, han emprendido sobre la base de una interpretación de su propia legislación interna para extender su jurisdicción y juzgar y castigar crímenes de lesa humanidad cometidos en otros Estados.

Los antecedentes expuestos han significado una profunda transformación del derecho internacional penal, la que, aunque sea de un modo somero, se estudiará en el presente capítulo.

### **331. *ius puniendi internacional***

En el derecho interno corresponde al Estado ejercer el monopolio para determinar cuáles conductas deben ser consideradas delictivas e imponer las correspondientes penas. En el ámbito internacional *ese ius puniendi* lo ejerce la comunidad internacional -universal o regional, según el caso-, la cual puede declarar punibles para el derecho internacional determinados hechos o conductas cometidas por un individuo.

Por lo general, el *jus puniendi* internacional se ejerce a través de tratados o convenciones internacionales que tipifican determinados delitos o crímenes internacionales y establecen la jurisdicción para el juzgamiento y castigo de ellos. Esa jurisdicción, como se estudiará más adelante, puede ser ejercida por el correspondiente Estado, por lo general aquel en cuyo territorio se cometió el delito, o por un tribunal internacional. Si se trata de tribunales nacionales, la pena del delito la impone el Estado que ha investigado y juzgado el delito, de acuerdo a su propia legislación; si es un tribunal internacional al que le corresponde el enjuiciamiento del delito, la pena, por lo general, corresponde aplicarla a ese tribunal.

No siempre la comunidad internacional se vale de medios convencionales para ejercer el *jus puniendi*. También éste puede ejercerse cuando la comunidad internacional constata por un medio apropiado la existencia de una costumbre internacional que considera delictiva una determinada conducta, como sucedió con la piratería o el tráfico de esclavos.

También el *jus puniendi* internacional puede ser conferido mediante el acuerdo de una Conferencia Internacional o por una resolución de un órgano internacional con competencia para establecer delitos internacionales y crear los órganos para juzgarlos y establecer las correspondientes penas. Es lo que ha acontecido con el Acuerdo de Londres de 1945, que estableció el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg para el enjuiciamiento y castigo de los responsables por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como con las resoluciones del Consejo de Seguridad de 1993 y 1994, en las que se crearon tribunales para juzgar a los responsables de los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en la ex Yugoslavia y en Rwanda.

Por último, el *jus puniendi* puede ser delegado por la comunidad internacional a los propios Estados para que sean éstos los que tipifiquen en su legislación interna determinados delitos. En este caso la comunidad internacional mediante el *jus puniendi* determina en un tratado qué conductas deben ser consideradas ilícitas, pero en vez de ser ella la que defina y caracterice como delito internacional esas conductas en un tratado, encomienda esa función a los propios Estados partes del tratado.

### **332. *Tratados que delegan en los Estados la tipificación de ciertos delitos***

Los tratados que tipifican ciertas conductas de individuos considerándolas delitos internacionales serán estudiados en la sección siguiente; pero además de esos tratados de aplicación directa es cada vez más frecuente encontrar en la práctica internacional tratados que disponen que sean los propios Estados partes los que asuman la función de caracterizar y tipificar una conducta que la comunidad internacional considera ilícita.

Estos tratados, pues, no establecen directamente una responsabilidad internacional del individuo que comete el delito objeto del tratado. Si bien éstos forman parte del derecho internacional y su falta de cumplimiento por un Estado puede generar una responsabilidad internacional de éste, los delitos que se establecen en el tratado, los que necesariamente requieren de un acto regido por el derecho interno del Estado para que queden perfeccionados, se rigen por el respectivo derecho interno del Estado, sin perjuicio de que ciertos efectos de esos delitos, como la procedencia o no de la extradición o de la concesión de asilo, queden también regulados por el derecho internacional.

La fórmula que usualmente emplean esos tratados es la de que "los Estados partes deberán adoptar las medidas necesarias para tipificar como delitos en sus legislaciones internas..." y a continuación se describe la conducta. Son varios los tratados en el moderno derecho internacional en los que la tipificación de los delitos ha sido reenviada al correspondiente derecho interno de los Estados partes del tratado. Es el caso, entre otros, de la Convención Interamericana de 1971 para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando éstos tengan Trascendencia Internacional; la Convención de Naciones Unidas de 1977 sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos; la Convención de Naciones Unidas de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, así como de la Convención Interamericana de 1996 y de Naciones Unidas de 2003 contra la Corrupción, las que para castigar ciertas conductas **constitutivas** de corrupción han dispuesto que los Estados partes deberán adop-

tar las medidas necesarias para tipificar como delitos esas conductas en sus legislaciones internas.

Del mismo modo, la Convención de Palermo de 2000 contra la Delincuencia Organizada Transnacional utiliza la fórmula de "cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente..." para disponer que los Estados en sus legislaciones internas deberán tipificar como delitos el blanqueo del producto del delito; la corrupción y la obstrucción de justicia. Asimismo, la Convención de Palermo estableció tres Protocolos en cada uno de los cuales se dispone igualmente que cada Estado adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños; el Tráfico Ilícito de Migrantes, y la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego y Municiones.

## Sección II

### LOS DELITOS Y CRIMENES INTERNACIONALES

#### 333. *Consideraciones generales*

No existe en el derecho internacional una distinción muy precisa de lo que debe entenderse por delitos y por crímenes. En parte ello se debe a la acepción más genérica que tiene el término "crimen" en inglés, que comprende tanto a lo que usualmente se entiende en español por delitos como por crímenes. Así, respecto del genocidio, la Convención de 1948 se denomina en español Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, mientras que en inglés es Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Sin embargo, en español, en la práctica, la expresión crímenes se utiliza para denominar a las acciones ilícitas más graves, como ocurre con los crímenes de guerra o los crímenes de lesa humanidad.

Ya se mencionó anteriormente que la fuente que define a un delito o crimen internacional es, por regla general, un tratado; pero también esa fuente puede ser una costumbre internacional o la resolución de una organización internacional.

También, según el ámbito de su aplicación y del instrumento que los han establecido, los delitos pueden ser universales o regionales. Asimismo, cabe recordar que algunos delitos o crímenes pueden ser cometidos a título personal por individuos sin vinculación alguna con un Estado, y otros, como la tortura o la desaparición forzada de personas, para que caigan dentro del ámbito de aplicación del derecho internacional penal requieren necesariamente que el individuo que los cometa actúe en nombre del Estado o, al menos, cuente con la aquiescencia de éste, con lo cual éstos pasan a ser al mismo tiempo delitos de un individuo y violaciones a los derechos humanos de un Estado.

Los principales delitos y crímenes en la actualidad y que serán estudiados en esta sección son los siguientes, siguiendo un orden más o menos cronológico: la piratería; la esclavitud y el tráfico de esclavos; el genocidio; el apoderamiento ilícito de aeronaves; la toma de rehenes; la tortura y la desaparición forzada de personas. Por supuesto, no se trata de una lista exhaustiva de los delitos y crímenes. Hay, por ejemplo, algunos como el crimen del *apartheid*, definido en la Convención de 1973, que no se incluyen al haberse terminado esa horrenda práctica que tuvo lugar en Sudáfrica.

En esta sección también se intentará precisar lo que son los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, los que corresponden a un conjunto de acciones consideradas delictivas y criminales.

Es necesario también tener presente que el Estatuto de la Corte Penal Internacional -que se estudiará en la Sección V de este capítulo- a los efectos de establecer la competencia de la Corte definió cuatro tipos de crímenes: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión. Sin perjuicio de referirse a esos crímenes al estudiar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, debe señalarse que en algunos de esos crímenes la definición que emplea el Estatuto de Roma es la misma que la que utiliza la respectiva Convención, como sucede con el genocidio; pero tratándose de otros delitos, como acontece con la tortura, las descripciones del hecho punible son diferentes en uno y otro instrumento convencional.

Por último, aunque no exista todavía una convención general y universal sobre el terrorismo, la que hasta ahora no ha sido

posible de lograr, habiéndose en el actual derecho internacional abordado el tema del terrorismo en forma sólo parcial o a través de instrumentos regionales, la importancia que ha adquirido este asunto en el actual derecho internacional hace inevitable su consideración en esta sección.

### 334. *La piratería*

La piratería posiblemente sea el primer delito internacional reconocido como tal por el derecho internacional consuetudinario, lo que explica que varias legislaciones internas, como el Código Orgánico de Tribunales de Chile en su artículo 6º, hayan establecido para ese delito una jurisdicción universal.

Con posterioridad, la piratería fue incorporada al derecho internacional convencional al quedar establecido ese delito en la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Alta Mar y después en la Convención de Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar, cuyo artículo 101 la define en los siguientes términos:

**Constituye piratería cualquiera de los siguientes actos:**

- a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de deprecación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:
 
  - i. Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;**
  - ii. Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;****
- b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;**
- c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o el apartado b) o facilitarlos intencionalmente.**

Para que la piratería constituya un delito internacional resulta esencial que ella se practique en la alta mar. Los actos de piratería cometidos dentro del mar territorial de un Estado son delitos internos sometidos enteramente a la jurisdicción del Estado territorial y, por ende, no se encuentren regulados por el derecho internacional.



El actual derecho internacional, junto con reafirmar el carácter delictual que tienen la esclavitud y la trata de esclavos, ha contemplado otras formas más modernas y tan perversas como las tradicionales de esclavitud. El Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, por ejemplo, considera en su artículo 7.2 c) como esclavitud "el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños", concepto que también se contiene en el Protocolo II de la Convención de Palermo de 2000 contra la Delincuencia Organizada Transnacional,

### 336. *El genocidio*

Aunque históricamente el genocidio es de larga data, es tan sólo después de la Segunda Guerra Mundial que la comunidad internacional reacciona respecto a este grave crimen. Incluso la expresión "genocidio" fue acuñada sólo en 1944, cuando el escritor Rafael Lemkin en su obra sobre las *Potencias del Eje en la Europa ocupada*, propone el término sobre la base de juntar el prefijo griego *genos*, que se refiere a la raza o tribu, con el sufijo latino *cidium*, que significa matar. El genocidio pasó así a describir la matanza de una raza o una tribu.

El Estatuto de Londres de 1945 y la sentencia del Tribunal Militar de Xuremberg de 1946 establecieron el carácter de crimen internacional del genocidio, lo cual fue confirmado por la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la que declaró que el genocidio es "un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas".

En 1948 se adopta la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, cuyo artículo 2 dispone que

...Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.



Con términos idénticos el Estatuto de Roma de 1998, que estableció la Corte Penal Internacional, confirmó en su artículo 17 la misma noción de genocidio.

A la luz de esas disposiciones, para que el genocidio quede configurado como crimen internacional se requiere que exista una intención, es decir un estado mental de querer eliminar total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, y que tal destrucción se refiera al grupo, "como tal".

Las conductas constitutivas de genocidio no se limitan únicamente, como podría desprenderse del origen etimológico del término, a la matanza de los miembros del grupo étnico, racial o religioso. También comprende otras situaciones que no son directamente una matanza, pero que igualmente llevan a un mismo resultado: el exterminio total o parcial del grupo, como acontece con situaciones como el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción; las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo {aunque comúnmente se entiende que ello no comprende las políticas de un Estado de control de natalidad que no revisten un carácter racial discriminatorio), y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Ha habido también una tendencia en los últimos años para ampliar la noción de genocidio e interpretarla extensivamente en el sentido de incluir también el intento de destruir a los grupos de orden político; pero esa interpretación no ha prevalecido y el Estatuto de Roma de 1998 confirmó, cincuenta años después, el concepto de genocidio contenido en la Convención de 1948, limitando así su aplicación a la destrucción de los grupos étnicos, raciales o religiosos, sin perjuicio de que la destrucción de grupos políticos pueda constituir otro tipo de crimen internacional.

### ***337. El apoderamiento ilícito de aeronaves y los delitos contra la seguridad de la aviación civil***

Ya se estudió anteriormente que la piratería aérea estaba sujeta a las mismas normas que la piratería marítima. El carácter delictual de ambas ha sido reafirmado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, la cual en lo que respecta a la piratería aérea tiene importancia en cuanto a

que esa conducta delictual, para que pueda caer dentro del ámbito del derecho internacional, debe producirse en espacios que no se encuentren sujetos a la jurisdicción de un Estado.

Años antes de la mencionada convención, especialmente a partir de la década de los años 60, en la que se produjeron frecuentes secuestros de aeronaves civiles que afectaron seriamente la seguridad de la aviación, las Naciones Unidas propiciaron la celebración de instrumentos que pudieran prevenir y reprimir esas situaciones. En 1963 se firma en Tokio la Convención sobre Infracciones y otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves, y en 1970 se adopta en La Haya la Convención sobre Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves. Sin embargo, esos instrumentos contenían algunas limitaciones y vacíos jurídicos, los que fueron en gran parte solucionados con la Convención de Montreal de 1971 sobre la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, cuyo artículo primero describe las conductas contra la seguridad de la aviación civil que deben ser consideradas como delito. De acuerdo a dicha disposición:

1. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente;
  - a) realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave;
  - b) destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;
  - c) coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;
  - d) destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos por su naturaleza constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo;
  - e) comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo.

La Convención de Montreal de 1971 ha sido complementada por un Protocolo Adicional, adoptado también en Montreal en 1988, en el que se tipifican como delitos determinados actos de violencia cometidos en aeropuertos en contra de las perso-

ñas que presten servicios a la aviación civil internacional; que destruyan o causen graves daños a las instalaciones del aeropuerto; o a las aeronaves que estén en servicio o situadas en el aeropuerto.

### 338. *La toma de rehenes*

La toma de rehenes ha sido también considerada un delito por la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes adoptada en Nueva York en 1979. De acuerdo al artículo 1 de dicho instrumento:

Toda persona que se apodere de otra o la detenga y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención.

### 339. *La tortura*

Aun antes de que la tortura fuese considerada un crimen internacional de los individuos que la cometen, uno de los aspectos del moderno derecho internacional en que tempranamente se produjo un consenso fue en la proscripción de la tortura. Todos los principales instrumentos de derechos humanos contienen una disposición en la que expresamente prohíben la tortura<sup>4</sup> y diversas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas han formulado declaraciones sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura;<sup>5</sup> pero los destinatarios de todos esos instrumentos eran los Estados, los que podían comprometer su responsabilidad internacional si cometían o toleraban la práctica de torturas.

Hacia fines de la década de los años 70 comienza a considerarse que la tortura, además de constituir una violación grave a

<sup>4</sup> Véanse los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 3 de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales; 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos\* y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>5</sup> Véanse, por ejemplo, las Declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 3059 (XXVIII); 3218 (XXIX) y 3452 (XXX).

los derechos humanos por un Estado, debía constituir un crimen internacional del individuo que la cometa. Así lo propuso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1978<sup>6</sup>, y una Corte Federal de Apelaciones del Estado de Nueva York, aplicando el derecho internacional consuetudinario en un caso de responsabilidad civil, concluyó que los torturadores eran *hostis humanis generis*, enemigos de toda la humanidad.<sup>7</sup>

Pero es tan sólo en 1984 con la adopción en Naciones Unidas de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas, o Degradantes, que la tortura pasa a constituirse en un crimen internacional. El artículo 1 de esa Convención la define en los siguientes términos:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

El carácter delictual de la tortura queda consagrado en otras disposiciones de la mencionada Convención, particularmente en sus artículos 4 a 9.

Un año más tarde, en 1985, dentro del marco de la OEA se adopta la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la que, en general, es similar a la anterior. En ella después de definirse en el artículo 2 a la tortura como "todo acto

<sup>6</sup> La proposición de la CIDH fue recogida por la Asamblea General de la OEA, la que en 1978, en su VIII periodo ordinario de sesiones, mediante la Resolución AG/368 (VIII-0/78), resolvió solicitar al Comité Jurídico Interamericano en coordinación con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que preparase un proyecto de convención definiendo a la tortura como un crimen internacional.

<sup>7</sup> Caso *Filártiga vs Peña-Irala*. Dicho caso se estudia también en la Sección siguiente de este capítulo.

realizado intencionalmente por el cual se infrinjan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin", el artículo 3 establece como responsables del delito de tortura:

- a) Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b) Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

A pesar de que la proposición de adoptar un instrumento convencional para castigar a quienes cometieran tortura fue formulada en la OEA antes que en Naciones Unidas, la Convención Interamericana fue adoptada un año más tarde en la de la organización universal y no vino a añadir ningún nuevo elemento para fortalecer la represión a la tortura. Por el contrario, cuando se discutía en la Asamblea General, que se encontraba reunida en 1985 en Cartagena de Indias, el proyecto propuesto para su aprobación definitiva, el Representante de México-país que ha tenido una invariable política de defensa del derecho de asilo- propuso, sin que nadie lo objetara, un nuevo artículo, que en definitiva pasó a ser el 15, según el cual, "nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo, cuando proceda...", con lo cual deja a salvo la posibilidad de calificar a la tortura como un delito político y no común, que es el único que autoriza a conceder el asilo, lo que desvirtúa el objeto y fin de dicha convención.

Además de esos dos instrumentos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional -que incluye a la tortura como un crimen de lesa humanidad- la define en su artículo 7.2 e) señalando que "por tortura se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control". En este caso, la tortura debe también reunir las condiciones generales establecidas por el Estatuto para ser considerada un crimen de lesa humanidad, esto es, la tortura para que caiga dentro de la competencia de la Corte, no puede constituir un delito aislado y ella

debe formar parte de una represión o ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil.

### **340. *La desaparición forzada de personas***

En la década de los años 70 comenzó a desarrollarse en algunos países del Cono Sur de América Latina una de las violaciones más perversas y crueles a los derechos humanos, la que se extendió luego a otros países. A los disidentes que eran considerados un riesgo para la seguridad del régimen, en vez de someterlos a un juicio con todas las garantías inherentes a éste, simplemente se procedió a eliminarlos físicamente, sin dejar rastro alguno de ellos.

Como lo dijera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en uno de sus informes:

La desaparición parece ser un método empleado para evitar la aplicación de las disposiciones legales establecidas en defensa de la libertad individual, la integridad física, de la dignidad y la vida misma del hombre. Con este procedimiento se hacen en la práctica nugatorias las normas legales dictadas para evitar las detenciones ilegales y la utilización de apremios físicos y psíquicos contra los detenidos.<sup>8</sup>

En vista de la extrema gravedad que llegó a revestir esta práctica, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos propuso la adopción de una Convención que considerase a las desapariciones forzadas de personas un crimen internacional, proposición que tras varios años de discusiones en el Consejo Permanente de la OEA, fue finalmente adoptada en 1994 por la Asamblea General celebrada en Belem do Pará.

El artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas la define en los siguientes términos:

...se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de las personas, con lo cual

<sup>8</sup> CIDH Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile. 1985. OEA/SER.L./V/1166. Doc. 17 de 27 de septiembre de 1985. Pág. 76.

**se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.**

El carácter de una grave violación a los derechos humanos por parte de los Estados que cometen la desaparición forzada y de crimen internacional por parte de los individuos que la ejecutan, se manifiesta en diversas disposiciones de la referida convención.

Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a los efectos de la competencia de la Corte, considera a la desaparición forzada de personas un crimen de lesa humanidad y, por ende, sujeto a la competencia de la Corte cuando "se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque".

El artículo 7.2 f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional define a la desaparición forzada de personas como:

**...la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.**

En el año 2006, durante el 61° periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, se adopta la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la que fue abierta a la firma en París a comienzos de 2007, y en cuyo artículo 2 se contiene la siguiente definición:

**A los efectos de la presente Convención, se entenderá por desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquiera otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.**

El carácter de crimen internacional de la desaparición forzada queda establecido también en diversas otras disposiciones de la referida Convención de Naciones Unidas.

### 341. *Los crímenes de lesa humanidad*

Los crímenes de lesa humanidad, denominados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg crímenes contra la humanidad, fueron caracterizados por el artículo 6 de dicho estatuto como "el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes y durante la guerra, o la persecución fundada en motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen de la competencia del Tribunal..

La Comisión de Derecho Internacional, por encargo de la Asamblea General de Naciones Unidas, en dos diferentes ocasiones preparó proyectos de códigos sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en los cuales se incluían los crímenes contra la humanidad junto con otros crímenes. En 1996 la CDI adoptó el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad.<sup>9</sup> Como crímenes contra la humanidad, el proyecto de la CDI incluyó los siguientes: El asesinato, el exterminio, la tortura; la esclavitud; la persecución por motivos políticos, raciales o étnicos; la discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos (figura que vino a reemplazar al crimen del apartheid); la deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario; los actos inhumanos que menoscaban gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves; la desaparición forzada de personas, y la violación o prostitución forzada u otras formas de abuso sexual. A último momento, sin que previamente se discutiera en el Comité de Redacción, fue agregada como "crimen contra la humanidad" la detención arbitraria.

La gran mayoría de estos crímenes se encontraban ya establecidos en anteriores convenciones adoptadas dentro del marco de las Naciones Unidas y de manera muy especial dentro del Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Sin embargo, dos críme-

<sup>9</sup> Véase, E. Vargas Carreño, "El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional", en *Liber Amicorum*. Héctor Fix Zamudio. San José, Costa Rica. 1998. Vol. II. Pág. 1523.



nes —la desaparición forzada de personas y los crímenes sexuales— fueron incorporados sobre la base de precedentes relativamente recientes.

La incorporación de la desaparición forzada de personas como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad se fundamenta en la gravedad y crueldad de esta práctica, que a nivel del sistema interamericano ya había sido castigada por la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. Por su parte, los graves crímenes sexuales, como la violación o la prostitución forzada, están basados en los estatutos de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda, toda vez que con anterioridad no había existido la preocupación de la comunidad internacional para castigar dentro del marco del derecho internacional tan aberrantes conductas.

Para que estas graves acciones fuesen consideradas un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, según el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, era necesario, sin embargo, que la comisión del crimen fuese "sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política".

El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de 1996 en lo que respecta a los crímenes contra la humanidad sirvió de base para la adopción del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que se refiere a los crímenes de lesa humanidad. De acuerdo a dicha disposición:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;**
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- e) Tortura;
- f) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- g) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, reli-

g) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física;

- h) Desaparición forzada de personas;
- i) El crimen de apartheid;
- j) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

El párrafo 2 del mencionado artículo 7 se encarga de definir la mayoría de las conductas consideradas precedentemente como delictivas. Algunas de éstas habían sido ya definidas con anterioridad en tratados específicos, como ha sido el caso de la esclavitud, la tortura, la desaparición forzada de personas o del crimen del apartheid. Asimismo también la mayoría de esos crímenes han sido tipificados como delitos en prácticamente todas las legislaciones internas.

### **342. Los crímenes de guerra**

Los crímenes de guerra fueron caracterizados por el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg como violaciones a las leyes de iniciación o ejecución de una guerra de agresión e incluían, de acuerdo al referido estatuto, los asesinatos, malos tratamientos y deportaciones de la población civil de territorios ocupados o que se encuentran en ellos; los asesinatos y malos tratamientos a los prisioneros de guerra; la ejecución de rehenes; el despojo de la propiedad pública y privada; y las injustificables destrucciones de ciudades, pueblos y aldeas.

Con posterioridad, el concepto de crímenes de guerra quedó vinculado especialmente a las violaciones al derecho internacional humanitario, tal como éste había sido recogido por los Convenios de Ginebra de 1949. Así quedó establecido en el artículo 20 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad adoptado por la CDI en 1996.

El Estatuto de Roma de 1998 sobre la Corte Penal Internacional en su artículo 8 tipifica como crímenes de guerra cuatro tipos de situaciones que, en total, comprenden 48 casos de crímenes de guerra, siempre que ellos "se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes".

Estos cuatro tipos de situaciones constitutivas de crímenes de guerra se refieren, en primer lugar, a las infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y abarcan ocho actos contra las personas o bienes protegidos por los referidos convenios, entre los que cabe destacar matar intencionalmente; someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicios en la fuerza de una potencia enemiga y tomar rehenes.

Un segundo tipo de situaciones constitutivas de crímenes de guerra la forman las otras violaciones graves a las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional. Este tipo de situaciones comprende 26 casos constitutivos de crímenes de guerra, algunos de los cuales tienen también su antecedente en los Convenios de Ginebra de 1949 o sus protocolos adicionales, pero también otros resultan de la posterior evolución del derecho internacional humanitario, como, por ejemplo, de situaciones que habían sido incorporadas por el Consejo de Seguridad a los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia o Rwanda. Entre estos casos, a los que se refiere la letra b) del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cabe recordar el dirigir intencionalmente ataques contra la población civil, en cuanto tal, o contra civiles que no participan directamente en las hostilidades o contra objetos civiles, es decir, contra objetos que no son objetivos militares; atacar y bombardear por cualquier medio ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme de enemigo o el de las Naciones Unidas; el uso de venenos, gases asfixiantes, tóxicos o similares; cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada o embarazo forzado, y reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarles para participar activamente en las hostilidades.

Un tercer tipo de actos constitutivos de crímenes de guerra se refiere a los conflictos armados que no sean de carácter internacional y que constituyen violaciones graves del artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Al respec-

to el artículo 8 del Estatuto de Roma de 1998 en su letra c) cita cuatro casos de actos cometidos contra personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa.

Por último, un cuarto tipo de situaciones constitutivas de crímenes de guerra son las otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido del derecho internacional. Al respecto, la letra e) del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional menciona 12 casos, entre ellos dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; o contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para usar los emblemas de los Convenios de Ginebra; o contra personal, instalaciones, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; o contra edificios dedicados al culto religioso; la educación, las artes, las ciencias, los hospitales y otros lugares en que se agrupen enfermos y heridos, a condición que no sean objetivos militares.

El artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en sus letras d) y f) contiene una salvaguardia según la cual en los conflictos armados que no son de índole internacional, las disposiciones referentes a crímenes de guerra no se aplican a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Las disposiciones relativas a crímenes de guerra se aplican de esa manera a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

### 343. *El terrorismo*

Pocas dudas caben que el terrorismo constituye una de las conductas más perniciosas y graves que confrontan actualmente los Estados y la comunidad internacional. Precisamente por ello ha mere-

cido severas condenas por los correspondientes órganos de Naciones Unidas y las diferentes organizaciones regionales, así como por numerosas declaraciones de Jefes de Estado y de Gobierno.<sup>10</sup>

Sin embargo, hasta diciembre de 2006, no se había podido llegar a un acuerdo para que una Convención de carácter general tipificara como delito internacional al terrorismo, no obstante los muchos años que se lleva negociando una definición de terrorismo que pueda ser aceptable para todos. Si bien los actos de terrorismo, por lo general, están cubiertos por otras figuras delictivas establecidas por los correspondientes derechos internos y, en algunos casos, por el derecho internacional, sin esa definición no se podría configurar al terrorismo como un crimen internacional. Ello no significa que el derecho internacional no tenga una respuesta para encarar el terrorismo y considerarlo una conducta delictual. Pero tal respuesta, hasta ahora, ha sido de orden regional o parcial, lo que ha permitido tipificar el terrorismo como delito tan sólo en determinadas regiones o para ciertas y específicas conductas.

Hasta el final de la década de los sesenta y comienzos de la del setenta no existía una preocupación del derecho internacional por el tema de terrorismo. En general, éste era un tema confiado a la jurisdicción doméstica de los Estados. La consideración del terrorismo estaba cubierta por otras figuras o tipos penales comprendidos dentro de los correspondientes códigos penales de los distintos Estados.

Para los efectos de la extradición o el otorgamiento del asilo —únicos efectos internacionales que en esa época podría originar el terrorismo—, el Estado llamado a conceder la extradición u otorgar el asilo disponía de una absoluta libertad para calificar, sobre la base de consideraciones tanto objetivas como subjetivas, si las acciones que se imputaban al terrorista constituían un delito común que obligaba a conceder la extradición y no

<sup>10</sup> Los Jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre Mundial de 2005 manifestaron: "Condenamos enérgicamente el terrorismo en todas sus formas y manifestación, independientemente de quien lo cometa y de dónde y con qué propósitos, puesto que constituye una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales". Resolución 60/1. Documento Final de la Cumbre Mundial adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de septiembre de 2005. Par. 81.

otorgar el asilo; o si se trataba de un delito político, en cuyo caso no era procedente la extradición y sí procedía el asilo. La única excepción a este criterio en esa época consistía en la llamada cláusula belga, que se solía incluir en los tratados de extradición, según la cual el magnicidio, es decir, el asesinato a Jefes de Estado no podía ser considerado un delito político.

Esta situación comenzó a cambiar con el surgimiento de ciertos graves actos que exigían modificar los criterios que se venían siguiendo en la materia. El primer hecho que impulsó ese cambio se debió a los atentados contra la seguridad en la aviación civil, especialmente a raíz de los secuestros de aeronaves que comenzaron a producirse en la década de los sesenta. Surgen así las primeras convenciones internacionales que tipifican internacionalmente como acto de terrorismo ciertas conductas.

En nuestro continente surgió también uno de los primeros convenios, el cual fue originado por los secuestros de diplomáticos, especialmente embajadores, que tuvieron lugar a fines de la década del sesenta y comienzos del setenta. En esos años, ciertos grupos subversivos comenzaron a secuestrar diplomáticos y a solicitar para liberarlos que se dejase en libertad a presos pertenecientes a la misma organización que practicó el secuestro.

En esas circunstancias, Brasil y otros Estados convocaron a una Conferencia Extraordinaria de la OEA para adoptar medidas contra el terrorismo, la que tuvo lugar en Washington en 1970. Dicha conferencia dispuso encomendar al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de convención relativo al terrorismo. El Comité adoptó un proyecto demasiado amplio, que fue criticado por aquellos Estados que preferían limitar el objeto de la convención al secuestro y extorsión posterior de los diplomáticos. Fue así como en enero de 1971 se adoptó en Washington la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando éstos tengan Trascendencia Internacional.

En el marco de Naciones Unidas, hasta la fecha, se han concluido trece convenciones universales que tipifican y reprimen determinadas conductas terroristas. Estas convenciones son las siguientes: el Convenio sobre Infracciones y ciertos otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, adoptado en Tokio en 1963; el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito

de Aeronaves, firmado en La Haya en 1970; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Aviación Civil, firmado en Montreal en 1971; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos Contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 1979; la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, firmada en Viena en 1980; el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional, complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil Internacional, firmado en Montreal en 1988; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, ambos hechos en Roma en 1988; el Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, firmado en Montreal en 1991; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, de 1997; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999, y el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, de 2005.

A esos instrumentos convencionales, cabe añadir que el Consejo de Seguridad ha adoptado también importantes resoluciones destinadas a combatir el terrorismo, entre las que cabe destacar la 1373 (2001), en la cual el Consejo impuso a todos los Estados obligaciones uniformes en la lucha contra el terrorismo, y la Resolución 1566 (2004), que incluye diversas medidas para fortalecer el papel de las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo, todas las cuales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, son obligatorias para los Estados, es decir, tienen un valor similar al de un tratado.

Además de las Convenciones universales citadas precedentemente, existen siete convenciones regionales de carácter general contra el terrorismo: la del Consejo de Europa de 1977; la de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional de 1987; la de la Liga de Estados Árabes de 1998; la de la Comunidad de Estados Independientes (de la ex Unión Soviética)

tica) de 1999; la de la Organización de la Conferencia Islámica de 1999; la de la Unión Africana de 1999, y la de la Organización de Estados Americanos de 2002.

A la falta de una convención universal de carácter general, los Estados se han sentido inclinados a adoptar instrumentos regionales para prevenir y sancionar el terrorismo. Además, la pertenencia a una región, por lo general, supone que los Estados que pertenecen a ella comparten valores similares de orden político, ideológico o cultural, por lo que el combate al terrorismo se inserta también en la ruptura que aquél provoca en esos valores comunes.

El primer tratado regional en esta materia es la Convención Europea para la Represión del Terrorismo de 1977. Dicha convención no define el terrorismo, limitándose a señalar en su artículo 1º que ciertos delitos, que preexistían en las respectivas legislaciones internas, no pueden ser considerados delitos políticos o delitos conexos con un delito político. Entre ellos, la mencionada convención incluye los delitos que impliquen un ataque en contra de la vida, la integridad física o la libertad de personas internacionalmente protegidas, incluyendo los agentes diplomáticos; el secuestro, la toma de rehenes o una grave e ilegal detención; y el uso de una bomba, granada, cohete, arma de fuego automática o carta o paquete bomba, si su uso pone en peligro a las personas.

La Convención Interamericana de 2002 no logró tampoco definir terrorismo. Siguiendo el método de la Convención de 1999 sobre el Financiamiento del Terrorismo, en su artículo 2º dispone que para los propósitos de la convención se entienden por delito terrorista aquellos que han sido establecidos en diez de los instrumentos de Naciones Unidas que se han señalado con anterioridad. La Convención Interamericana no incluye como delitos los establecidos en la Convención de Tokio de 1963 relativa a las Infracciones y Ciertos Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves, y el Convenio de Montreal de 1991 sobre Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección. Tampoco dicha convención se refiere a la Convención de 2005 sobre terrorismo nuclear, que es posterior, ni al único instrumento interamericano sobre la materia, que es la Convención de 1971, a la que se ha hecho referencia anteriormente.



En general, el principal objeto de todas estas convenciones, tanto universales como regionales, es que mediante esos instrumentos se tipifica una determinada conducta, la que pasa a constituir un delito específico de carácter punible. En otros casos, cuando se trata de delitos preexistentes que se encuentran establecidos como tales en las correspondientes leyes penales internas de los Estados, al calificárseles de actos terroristas, esos delitos deben en adelante ser siempre considerados delitos comunes, privándoseles a los Estados de la posibilidad de calificar esas acciones como delitos políticos o delitos comunes conexos con un delito político.

En una u otra situación el efecto de las acciones terroristas es que ellas constituyen siempre un delito común y nunca uno de naturaleza política que pudiera hacer procedente el asilo o el otorgamiento de la condición de refugiado y, más importante aún, la extradición es procedente.

Igualmente, por lo general, las convenciones sobre terrorismo establecen que los Estados partes de ellas deberán adoptar las medidas necesarias para tipificar en sus legislaciones penales internas los actos definidos en las correspondientes convenciones como terroristas y que deberán sancionar esos delitos con penas que tengan en cuenta su gravedad.

Casi todos los tratados sobre terrorismo prevén una cooperación administrativa o judicial entre los Estados partes, tanto para la prevención como para la represión de los delitos configurados en estos tratados. En este sentido, dichos instrumentos suelen incluir disposiciones relativas a la extradición, la cooperación y asistencia judicial o respecto del traslado de las personas detenidas o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado parte y cuya presencia se solicite por otro Estado para los fines de prestar testimonio o de obtención de pruebas.

La mayoría de las convenciones en vigor, tanto las de Naciones Unidas como las regionales, incluyen normas que tienden a asegurar que se juzgue y sancione a los responsables de acciones terroristas. Tales convenciones otorgan, generalmente, jurisdicción al Estado en cuyo territorio se encuentra el acusado de cometer un acto de terrorismo para que éste pueda ser juzgado por ese Estado o, de no hacerlo, se le impone la obligación de extraditarlo al Estado que lo solicite, en aplicación del principio *aut dedere aut judicare*.

Como se ha expresado, no existe hasta ahora una convención general sobre terrorismo de carácter universal, no obstante haberse realizado intensos esfuerzos en ese sentido, sin que éstos, al menos hasta comienzo de 2007, hayan prosperado.

Dos son las principales objeciones que han impedido lograr un acuerdo para definir el terrorismo y tipificarlo como crimen internacional. La primera es el argumento que sostienen no pocos Estados que en la definición de terrorismo se debe incluir el caso de que un Estado utilice sus fuerzas armadas en contra de civiles no combatientes, lo que es resistido por otros Estados. La segunda objeción, formulada también por un conjunto significativo de Estados, es que un pueblo bajo ocupación extranjera tiene derecho a resistirse y que una definición de terrorismo no debería derogar ese derecho.

Aunque las condiciones existentes hoy día, sobre todo después del término del colonialismo, han restado validez a parte de esos argumentos, otras situaciones, como las que todavía prevalecen en el Medio Oriente, en el que Israel acusa a grupos como Hamas, en el poder actualmente en Palestina, o Hezbollah, que ocupa parte del Sur del Líbano, de ser terroristas, así como las reacciones desproporcionadas de Israel en el uso de la fuerza en contra de poblaciones civiles palestinas y libanesas, ciertamente no han ayudado a crear un consenso en cuanto a este difícil problema.

Lo importante es que en esta fundamental materia pueda seguir avanzándose sobre la base de que nada puede justificar ciertas acciones como el asesinato de civiles inocentes. En ese sentido, la definición de terrorismo propuesta por el grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio nombrado por el Secretario General de Naciones Unidas contiene valiosos elementos que bien podrían tenerse en cuenta al momento de adoptar una definición o descripción de lo que es el terrorismo. Según dicho grupo, por terrorismo debe entenderse: "cualquier acto, además de los ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un combatiente cuando el propósito de dicho acto por su naturaleza o

contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo".<sup>11</sup>

### *Sección III*

## LA JURISDICCIÓN PENAL DE LOS ESTADOS

### 344. *El principio de la territorialidad*

Existe un amplio consenso en el actual derecho internacional que la regla general en materia de jurisdicción penal es la de la territorialidad, es decir, la de la competencia de los tribunales del Estado en cuyo territorio se cometió el delito.

Esta regla de la territorialidad de la ley penal es reconocida por prácticamente todas las legislaciones de los Estados; es asumida unánimemente por la doctrina, aun de los partidarios de una jurisdicción universal amplia para ciertos crímenes, como Remiro Bretons, para quien, "el *locus delicti* es una base de jurisdicción indiscutible, la primera de ellas, la preferente y recomendable: los delitos pueden y deben ser juzgados allí donde se cometen, más aún cuando los responsables y las víctimas son nacionales y residentes en el territorio. En ese sentido el *locus delicti* es la conexión más natural de jurisdicción penal...".<sup>12</sup>

Del mismo modo, la regla de la territorialidad se encuentra incorporada a instrumentos internacionales de carácter general, como la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la que señala:

Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes.

<sup>11</sup> Docto, de Naciones Unidas A/59/565 de 2 de diciembre de 2004. Par. 164 letra d). Pág. 54.

A. Remiro Bretons. *El Caso Pinochet. Los límites de la Impunidad*. Madrid. 1999. Pág. 47.

### 345, *La jurisdicción universal*

La regla de la territorialidad no es absoluta y el derecho internacional admite que hay situaciones en que puede existir una aplicación extraterritorial de la ley penal, esto es de que puede haber una jurisdicción universal para el juzgamiento y castigo de determinados delitos en virtud de la cual los tribunales de un Estado pueden ser competentes para conocer de delitos que no se han cometido en el territorio de ese Estado.

La jurisdicción universal consiste, pues, en que un Estado puede ejercer su jurisdicción sea cual fuere el lugar donde se cometió el delito; o más específicamente por jurisdicción universal se entiende los medios jurídico-procesales que el derecho internacional ofrece a un Estado a fin de que éste pueda establecer su jurisdicción y enjuiciar y hacer efectiva la responsabilidad penal de una persona acusada de haber cometido un crimen castigado por el derecho internacional, independientemente del lugar en que se cometió dicho crimen.

Siendo la jurisdicción universal una excepción al principio general de la territorialidad de la ley penal, es necesario analizar restrictivamente los requisitos necesarios para que ella proceda.

En primer lugar, para que sea procedente la jurisdicción universal se requiere que la competencia que dispone un Estado para establecer su jurisdicción y enjuiciar a una persona deba provenir de un medio idóneo del derecho internacional. Este generalmente será un tratado, aunque la costumbre internacional también puede conferir a un Estado tal jurisdicción en el caso de que se reúnan los dos elementos propios de toda costumbre internacional, **es** decir, el elemento material constituido por la observancia por parte de los Estados de prácticas en el mismo sentido, de manera continua y generalizada; y el elemento subjetivo o de la *opinio juris*, consistente en que los Estados están convencidos de que al ejercer su jurisdicción fuera de su territorio se encuentran realizando un acto permitido por el derecho internacional y de que tal proceder es aceptado por los demás Estados.

En lo que atañe a la costumbre como fuente para establecer la jurisdicción universal de un delito, debe señalarse que esa costumbre no debería contradecir un tratado que expresamente

haya establecido la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se cometió el delito, como acontece, por ejemplo, con la Convención sobre el Genocidio de 1948, cuyo artículo VI dispone que las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un tribunal del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o por una corte penal internacional. Precisamente, en razón del otorgamiento de jurisdicción al Estado territorial, la Comisión de Derecho Internacional, reconociendo que dada la naturaleza y gravedad del delito de genocidio se justificaría la existencia de una jurisdicción universal sobre bases consuetudinarias, recomienda que se limite tal jurisdicción sólo respecto de aquellos Estados que no son parte de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.<sup>13</sup>

La jurisdicción universal supone también que el crimen se encuentre definido por el derecho internacional, esto es, que la conducta considerada penalmente ilícita es determinada no por el derecho interno de un Estado, sino por el propio derecho internacional, ya sea mediante un tratado o una costumbre internacional. En el actual derecho internacional del siglo XXI, después del acelerado proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional experimentado en las últimas décadas, de la notable multiplicación de los tratados multilaterales y del afán de la comunidad internacional para prohibir y castigar convencionalmente ciertas conductas ilícitas, es difícil en la actualidad encontrar delitos internacionales cuya fuente radique hoy día exclusivamente en el derecho internacional consuetudinario. A estas consideraciones es necesario agregar el consenso existente que la tipificación de todo crimen internacional, en resguardo del principio *nulla crimen sine Uge*, deba ser formulada del modo más preciso posible.

En cambio, mientras la costumbre constituyó la fuente principal del derecho internacional, algunos delitos internacionales encontraron su fundamento precisamente en el derecho internacional consuetudinario. El ejemplo típico al respecto lo cons-

<sup>13</sup> Comentario de la Comisión de Derecho Internacional al art. 8 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 4Hº periodo de sesiones. 1996. Pág. 49.

tituyo la piratería, a la que la jurisprudencia internacional tempranamente le reconoció jurisdicción universal,<sup>14</sup> al igual que la doctrina.<sup>15</sup> Sin embargo, hoy en día prácticamente todos esos delitos con fundamento en el derecho consuetudinario se han convertido en delitos con una base convencional, como ha acontecido con la piratería, cuya criminalidad ha sido establecida en la Convención de Ginebra de la Alta Mar de 1958 y después en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay, de 1982.<sup>16</sup>

La mayor importancia que hoy día ofrece el derecho internacional consuetudinario en cuanto a la caracterización de un delito internacional consiste en que un tratado que ha definido un delito puede llegar a ser aplicable a un tercer Estado que no es parte de dicho tratado en virtud de una norma consuetudinaria en el caso de que efectivamente concurren los elementos propios de una costumbre internacional. Empero, de no existir esos elementos -el elemento material y el subjetivo de la *opinio juris*- no podría un Estado pretender una persecución a una persona sobre la base de que el delito es de aquellos que ofrecen una jurisdicción universal.

#### 346. *Modalidades de la jurisdicción universal*

La jurisdicción universal que un Estado ejerce respecto de determinados delitos puede revestir dos modalidades diferentes, según si su ámbito de aplicación comprende el juzgamiento de los delitos cometidos en el extranjero sin limitaciones o condiciones; o si tal jurisdicción faculta a un Estado para juzgar y castigar un delito cometido en el extranjero sólo si se cumplen determinados requisitos. En ese sentido, la jurisdicción universal puede ser absoluta o relativa.

La jurisdicción universal absoluta se presenta respecto de aquellos delitos que autorizan a cualquier Estado a su persecu-

<sup>14</sup> Véase Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso Lotus entre Francia y Turquía. Sentencia de 9 de septiembre de 1927. CPJI. Serie A. Núm. 10.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, Oppenheim-Lauterpacht. *International Law*. 8th edition. London. 1955. Págs. 277-278.

<sup>16</sup> Ver artículos 14 a 21 de la Convención de Ginebra de la Alta Mar de 1958 y artículos 100 a 107 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

ción, enjuiciamiento y castigo, cualquiera que haya sido el lugar en que se cometió el delito o la nacionalidad de la víctima o el ofensor. Este tipo de jurisdicción se aplicaba cuando esta materia se regía por el derecho internacional consuetudinario respecto de delitos como la piratería o el tráfico de esclavos e incluso, en el caso de la piratería, esa jurisdicción universal fue mantenida en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. También el Código Orgánico de Tribunales de Chile, en su artículo 6° N° 7, contempla la piratería como un delito sometido a la jurisdicción chilena, aunque se haya cometido fuera del territorio de la República.

La jurisdicción universal relativa, en cambio, sólo faculta a un Estado para la persecución, enjuiciamiento y castigo de una persona presuntamente responsable de un delito si concurren determinados requisitos, los que, de acuerdo a la mayoría de las convenciones vigentes en esta materia, son: a) que el delito se haya cometido en el territorio del Estado; b) que el presunto responsable se encuentre en el territorio del Estado y no proceda la extradición; c) que el presunto autor del delito sea nacional del Estado, o d) que la víctima sea nacional del Estado.

Entre otras convenciones estos criterios para que el correspondiente Estado pueda establecer su jurisdicción han sido adoptados por la Convención contra la Toma de Rehenes de 1979 (art. 5); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1984 (art. 5), y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 (art. 4).

### **347. *La regla aut dedere aut judicare***

La principal expresión o corolario que tiene el principio de la jurisdicción universal consiste en la regla *aut dedere aut judicare* (entregar o juzgar), conocida también como *aut dedere aut puniré* (entregar o sancionar) y como *aut judicare aut extraditare* (juzgar o extraditar). En virtud de esta regla, el Estado en cuyo territorio se halla la persona que presuntamente hubiera cometido un crimen de carácter internacional está obligado a juzgarlo o a conceder la extradición al Estado que tenga jurisdicción para juzgarlo y así lo solicite.

La regla *aut dedere autjudicare* se encuentra sólidamente fundamentada en la doctrina,<sup>17</sup> ha sido incorporada a numerosas convenciones de vocación universal, entre las que cabe mencionar a la Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de La Haya, de 1970 (artículo 7); la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 1971 (artículo 7); la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 1979 (artículo 8); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984 (artículos 5 y 7); la Convención de Roma para la Supresión de Actos Delictivos contra la Seguridad de la Aviación Marítima de 1988 (artículo 10), y la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, de 1989 (artículo 12). Entre los instrumentos regionales que tienen incorporada la regla *aut dedere autjudicare* se encuentra la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa, cuando éstos tengan trascendencia internacional, de 1971 (artículo 5) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de Belem do Pará, de 1994 (artículos 4 y 6).

En 2005 la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir en su programa de trabajo el tema "La obligación de extraditar o juzgar" (*aut dedere autjudicare*), designando relator especial al jurista polaco Zdzislaw Galicki.

Con anterioridad la Comisión de Derecho Internacional había expresado que el propósito del principio *aut dedere autjudicare* "es asegurar que las personas responsables de crímenes especialmente graves sean sometidas a la justicia, permitiendo el enjuiciamiento y castigo efectivo de esas personas por lajurisdicción competente".<sup>18</sup>

El objeto, pues, de esta regla es evitar la impunidad de quien resulte responsable de cometer un grave crimen de carácter internacional, confiriéndosele al Estado donde se encuentra el presunto delincuentejurisdicción para juzgarlo o extraditarlo a otro Estado.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, C. Bassioni y E. M. Wise. *Aut dedere autjudicare*. The duty to extradite or prosecute in international law. Dordrecht. 1995.

<sup>18</sup> Informe de la CDI. 48º periodo de sesiones. 1996. Pág. 55.



De ese modo, la obligación de juzgar o de conceder la extradición se impone al Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto delincuente. Dicho Estado puede elegir entre esas formas de actuar, cada una de la cuales tiene por objeto lograr el enjuiciamiento del acusado. En general, las convenciones citadas anteriormente confirman el carácter opcional que tiene el Estado donde se halla el detenido, sin que éste pueda prescindir de una de las dos opciones.

**348. *¿Puede ejercerse una jurisdicción universal sin una base convencional respecto de crímenes de lesa humanidad?* .**

Un tema debatido por el actual derecho internacional, no resuelto definitivamente por éste, en el que no existe aún una jurisprudencia internacional<sup>19</sup> y en el que la doctrina se encuentra dividida, es el del ejercicio de funciones jurisdiccionales por jueces de un Estado respecto de crímenes de lesa humanidad cometidos en otro Estado, sin que medie entre esos Estados un tratado vinculante y sin que entre ellos existan nexos como los de la nacionalidad de la víctima o del ofensor. En otros términos, se trata de determinar si el actual derecho internacional permite el ejercicio de una jurisdicción universal absoluta respecto de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

El tema es importante, ya que el ejercicio en esos términos de esas funciones jurisdiccionales podría contribuir a poner término a la impunidad de los responsables de graves crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; pero, a la vez, tales decisiones, cuando son aplicadas selectivamente, pueden sentar precedentes que signifiquen atentar contra arraigados principios de derecho internacional, como los de igualdad soberana de los Estados y la no intervención. El asunto, pues, no es fácil y debe ser estudiado cuidadosamente y sobre todo teniendo presente la necesidad de buscar una solución que sea compatible con el derecho internacional.

Un caso en el que este asunto fue discutido y pudo haberse resuelto por la Corte Internacional de Justicia fue de Yerodia Ndombasi entre la República Democrática del Congo y Bélgica; pero, como se estudiará más adelante, la Corte optó por no resolverlo.

Aparentemente, el primer caso al respecto ocurrió en los Estados Unidos de América, en el Estado de Nueva York, cuando el Dr. Joel Filártiga -un activo opositor al Presidente Stroessner del Paraguay- y Dolly Filártiga, padre y hermana de Joelito Filártiga, entablaron una demanda civil por indemnización de perjuicios en contra de Américo Norberto Peña-Irala -quien se encontraba transitoriamente en Nueva York- y que años antes, en 1976, como Inspector General de la Policía de Asunción, había participado en el secuestro y la posterior tortura del joven Joelito Filártiga, que le causó la muerte. Un juez de distrito de Nueva York de primera instancia rechazó la demanda por carecer de jurisdicción; pero la Corte Federal de Apelaciones revocó esa decisión sosteniendo que

La tortura deliberada perpetrada por una autoridad oficial constituye una violación a las normas universalmente aceptadas del derecho internacional de los derechos humanos, independientemente de la nacionalidad de las partes. Por lo tanto, dondequiera que se encuentre un presunto torturador... la sección 1350 otorga una jurisdicción federal.

Aunque se trató de una demanda civil, el fallo también añadió consideraciones propias de la responsabilidad penal internacional, al disponer que

Consideraciones humanitarias y prácticas han llevado a las naciones del mundo a reconocer que el respeto por los derechos humanos fundamentales es de su interés individual y colectivo. Entre los derechos universalmente proclamados por todas las naciones se encuentra el derecho de estar libre de la tortura física. Ciertamente, para los propósitos de la responsabilidad civil, el torturador ha llegado a ser -al igual que el pirata o el traficante de esclavos de antes- *hostis hummú generis*, es decir, un enemigo de toda la humanidad.

Con posterioridad al fallo de la Corte de Apelaciones de Nueva York, el juez de distrito concedió una indemnización a los demandantes de 10 millones de dólares, la que, sin embargo, nunca pudo llegar a cobrarse.<sup>20</sup>

El interés de este caso, anterior a la Convención contra la Tortura de 1984, es que se fundamenta en consideraciones de derecho internacional.

El caso Filártiga vs Peña-Irala puede verse en Nigel Rodley. *The Treatment of Prisoners Under International Law*. Oxford. 1987. Págs. 104-107.

Posiblemente, haya sido España el Estado donde más se han ejercitado estas acciones extraterritoriales, especialmente con respecto a hechos acaecidos durante las dictaduras militares que rigieron en Argentina durante los años 1976-1982; en Chile bajo el gobierno del general Pinochet entre 1973 y 1990 y en Guatemala por los crímenes ocurridos entre 1978 y 1986.

En Argentina, hasta la fecha, se han expedido por jueces españoles decenas de órdenes de arresto en contra de militares responsables de crímenes cometidos durante ese periodo y han sido detenidos en España los ex capitanes de la Armada argentina Adolfo Scilingo, que ya fue condenado, y Ricardo Cavallo, así como los ex policías Juan Carlos Fotea y Ricardo Taddei. Todos ellos fueron detenidos y arrestados en territorio español, salvo Cavallo, que fue extraditado desde México.

En Chile, el juez Baltasar Garzón expidió órdenes internacionales de captura en contra del general Pinochet y de cerca de 30 altos funcionarios de su gobierno y oficiales de las Fuerzas Armadas.<sup>21</sup> Por su parte, el juez español Santiago Pedraz ha librado órdenes internacionales de búsqueda y captura en contra de ocho ex altos funcionarios guatemaltecos, entre ellos el ex Presidente Efraín Ríos Montt.

Las acciones extraterritoriales emprendidas por jueces españoles se han fundamentado en una ley de 1985 que faculta a los jueces para asumir jurisdicción fuera del territorio de España tratándose de delitos de genocidio y terrorismo. Hasta diciembre de 2006, los jueces españoles consideraban que podían ejercer una jurisdicción universal tratándose de esos delitos, independientemente de la jurisdicción del país en que éstos se habían cometido. Ese criterio, sin embargo, fue modificado por una resolución de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 2006, recaída en el caso Cavallo, en la que dispuso su entrega a Argentina, si éste lo reclamaba dentro de 40 días, lo que efectivamente ese Estado hizo pocos días después. A juicio de la Audiencia Nacional de España, debe tener preferencia la jurisdicción del Estado donde se cometió el delito, "cuando, como aquí ocurre, la justicia argentina actúa de manera efectiva"<sup>22</sup>

Por la especial relevancia que en esta materia presenta el caso Pinochet, éste será estudiado más adelante en forma separada.

<sup>21</sup> El País de Madrid. Reforma de Ciudad de México. 21 de diciembre de 2006.

En general, los países europeos han ejercido una jurisdicción penal de carácter universal cuando ha habido un vínculo de nacionalidad con la víctima. Sin embargo, Bélgica reconoció por una ley de 1993, modificada y ampliada posteriormente en 1999, una jurisdicción universal absoluta por crímenes de guerra o de lesa humanidad cometidos en otro Estado. En virtud de esa ley un juez belga emitió una orden internacional de captura, bajo la acusación de haber cometido crímenes de lesa humanidad, en contra de Abdoulaye Yerodia Ndombasi, que se desempeñaba como Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo (ex Zaire) y que en el pasado había sido colonia de Bélgica.

En vista de esa orden de captura internacional en contra de su Ministro de Relaciones Exteriores, la República Democrática del Congo demandó el año 2000 a Bélgica ante la Corte Internacional de Justicia, esgrimiendo como principales argumentos que la pretensión de Bélgica de ejercer jurisdicción respecto de delitos que no habían ocurrido en su territorio era contraria al principio de la igualdad soberana de los Estados; y que su solicitud de una orden internacional de captura en contra de un Ministro de Relaciones Exteriores violaba la inmunidad de jurisdicción que éstos disponen de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, aunque Yerodia Ndombasi durante el juicio dejó esas funciones para ocupar otras en su gobierno. En el transcurso del juicio la República Democrática del Congo no insistió en su argumentación de que la jurisdicción universal de Bélgica era contraria al derecho internacional.

En vista de lo anterior, la Corte Internacional de Justicia, en febrero de 2002, se limitó a considerar el asunto de la inmunidad de jurisdicción y por trece votos contra tres sostuvo que la orden de arresto y detención decretada por un juez belga constituía una violación a las obligaciones que el derecho internacional consuetudinario imponía a Bélgica en relación a la República Democrática del Congo.<sup>1,1</sup> La Corte no llegó a pronunciarse sobre la conformidad de la legislación belga con el derecho internacional en cuanto a su jurisdicción universal por crímenes de

<sup>1</sup> ICJ Reports. 2002. Un comentario de este caso puede verse en S. Rosenne. Ob. cit. Págs. 230-231.

guerra y contra la humanidad. A juicio de Shabtai Rosenne, este asunto "continuará siendo objeto de controversias en los próximos años hasta que surja una oportunidad para clarificar cuál es el ámbito de la jurisdicción universal", y que en vista "del rápido desarrollo que ha tenido el derecho internacional penal, probablemente la actitud de la Corte había sido sabia... V<sup>4</sup>

### 349. *El caso Pinochet*

De todos los casos citados precedentemente, ciertamente el más emblemático ha sido el caso Pinochet, en el que si bien no se llegó, en definitiva, a resolver judicialmente, los Estados que tuvieron un papel más protagónico -Chile, España y el Reino Unido— a través de sus correspondientes autoridades políticas y órganos judiciales sostuvieron diferentes posiciones que revisten un gran interés doctrinario en relación a este tema.

Augusto Pinochet, quien gobernó Chile entre 1973 y 1990 y bajo cuyo gobierno se cometieron graves violaciones a los derechos humanos, llegó a Londres en septiembre de 1998, investido de pasaporte diplomático en su condición de senador. En conocimiento de que se encontraba en el Reino Unido, el juez español de uno de los juzgados de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, dictó el 16 de octubre de ese año un auto de prisión provisional con una "requisitoria internacional" en la que solicitaba a las competentes autoridades británicas su detención preventiva por presuntos delitos de genocidio y terrorismo cometidos en Chile, a los efectos de su posterior extradición y juzgamiento en España.

Según el juez Garzón, esos delitos de genocidio y terrorismo fueron "desarrollados a través de múltiples asesinatos, conspiraciones para el asesinato, secuestros, torturas y desapariciones desarrolladas dentro del marco de la actividad represiva violenta que inició con la toma del poder en Chile mediante el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 y que concluyó con el abandono del mismo en 1990".

La fuente legal invocada por el juez Garzón en ese caso fue el artículo 23, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España de 1985, el que otorga competencia a la jurisdicción

S. Rosenne. Ob. cit. Pág. 231.

española para conocer de hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio de España, susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como "algunos de los siguientes delitos: a) genocidio; b) terrorismo; .... g) y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, debe ser perseguido en España".

A su vez, la Sala Penal de la Audiencia Nacional de Madrid, en sentencia de 5 de noviembre de 1998, confirmó la atribución de la jurisdicción de España por los delitos de genocidio y terrorismo imputados a Pinochet. En cuanto al delito de tortura, la Sala Penal de la Audiencia Nacional expresó: "Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro derecho, delito de persecución universal por la vía del artículo 23, apartado cuatro, letra g, de la Ley Orgánica del Poder Judicial...". También el juez Garzón, en un auto de procesamiento posterior, expresó las dificultades que podría tener procesar a Pinochet por tortura en razón de la irretroactividad de la ley penal que contempla la Constitución española, por lo que "los hechos integrantes de las torturas, necesariamente, deben ser investigados a partir de su tipificación como delito en julio de 1978, como uno de los instrumentos a través de los cuales se ha ejecutado el delito de genocidio que aquí se investiga".

Por su parte, el Gobierno de Chile sostuvo que al fundamentar el juez instructor español y la Audiencia Nacional su jurisdicción en la legislación española, y no en un instrumento convencional vinculante entre Chile y España, para imputar a Pinochet los delitos de genocidio y terrorismo, se había prescindido del derecho internacional. En notas dirigidas tanto al Reino de España como al Gobierno de Su Majestad Británica, el Gobierno de Chile sostuvo que no existía ningún tratado vigente entre Chile y España que en relación al genocidio o el terrorismo permitiera a un tribunal español ejercer su jurisdicción respecto a situaciones acaecidas en Chile. Por el contrario, el artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio de 1948 (de la que son partes Chile y España), expresamente confería competencia al tribunal del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o a una Corte Penal Internacional; y de que no existía ningún tratado vinculante en-

tre Chile y España en materia de terrorismo, cuyo alcance aún no ha sido definido por ningún instrumento internacional de carácter general y universal.

A la vez, el Gobierno de Chile dejó constancia que su preocupación en ese caso estaba fundada únicamente en la necesidad de defender ciertos principios básicos de derecho internacional, cuya transgresión afecta a la convivencia internacional. Así lo informó el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile al Secretario General de las Naciones Unidas en una nota, en la que entre otras consideraciones adujo:

Ajuicio del Gobierno de Chile, la tendencia hacia la universalización de la justicia y los derechos humanos, que debemos promover y fortalecer, no puede llevarse adelante en detrimento de la soberanía de los Estados y su igualdad jurídica. De vulnerarse esos principios con acciones unilaterales, la universalidad de la jurisdicción penal se convertiría en un factor de anarquía internacional que permitiría a los Estados más poderosos arrogarse la facultad de ser, selectivamente, justicieros de los más débiles."<sup>51</sup>

En razón de que en esa época Augusto Pinochet gozaba de fuero parlamentario por su condición de senador, Chile no solicitó su extradición para ser juzgado en Chile por varios delitos que se le imputaban, lo cual hubiese requerido de un previo juicio de desafuero.

En lo que respecta al Reino Unido, la ya aludida solicitud del juez Garzón de 16 de octubre de 1988 de que se procediera a la detención preventiva de Pinochet fue acogida por el competente juez de Londres, quien ese mismo día despachó una orden de arresto en contra de él. Como resultado de ello, Pinochet permaneció en Londres, bajo diversas formas de arresto y de privación de libertad de movimiento, por cerca de un año y medio.

El proceso seguido ante los tribunales británicos fue extenso y complejo."<sup>52</sup> En un comienzo, la defensa de Pinochet (el Go-

Nota de 22 de diciembre de 1998 dirigida por el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, José Miguel Insulza, al Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan.

<sup>51</sup> Resulta muy difícil en un texto como éste resumir todos los asuntos que se suscitaron ante los tribunales británicos en relación a este caso, por lo que vendrán tan sólo los que se consideran principales.

bierno de Chile inicialmente no actuó ante los tribunales británicos)<sup>27</sup> puso un especial énfasis en la inmunidad de jurisdicción que Pinochet gozaba como Jefe de Estado, toda vez que los delitos que se le imputaban los había cometido cuando tenía esa condición. Una Alta Corte (High Court), presidida por Lord Bingham of Cornhill, "Lord Chief of Justice" en Inglaterra y Gales, acogió el 28 de octubre de 1998 el recurso de amparo que había presentado la defensa de Pinochet y, entre otras consideraciones e interpretando la ley del Reino Unido de inmunidad de los Estados de 1978, concluyó que "el solicitante tiene el derecho de inmunidad frente a procesos penales y civiles en los tribunales ingleses, como ex soberano".

La decisión de esa Alta Corte fue sometida en dos oportunidades a la apelación para un nuevo examen por Comités de Apelaciones de la Cámara de los Lores, toda vez que en la primera la sentencia del Comité de Apelaciones fue anulada.<sup>28</sup> Resulta de particular interés analizar la segunda de esas decisiones, pronunciada el 24 de marzo de 1999 por el Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores, compuesto en esa ocasión por siete magistrados, presididos por Lord Browne-Wilkinson. Esa decisión es particularmente importante, porque su principal fundamento proviene de la aplicación a este caso de

El Gobierno de Chile tan sólo compareció en la última parte del proceso seguido en contra de Pinochet, con ocasión de la segunda apelación ante el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores. En esa ocasión, el Representante del Gobierno de Chile expresó: "La República interviene para afirmar su propio interés y derecho a que este asunto se ventile en Chile. El propósito de la intervención no es defender las acciones del senador Pinochet mientras fue Jefe de Estado. Tampoco es el de impedir que sea investigado o juzgado por cualquier crimen que presuntamente haya cometido cuando ocupó dicho cargo, siempre que la investigación y juicio tengan lugar ante los únicos tribunales competentes, los de Chile".

<sup>M</sup> El 25 de noviembre de 1998, el Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores, por tres votos a favor y dos en contra, había revocado la anterior sentencia de la Alta Corte de Londres y decidido que Pinochet no gozaba de la inmunidad que esa Corte le había otorgado. Días más tarde la defensa de Pinochet solicitó la anulación de ese fallo por la falta de imparcialidad de uno de sus miembros, Lord Hoffmann, quien tenía vínculos con Amnistía Internacional, organización que había sido autorizada para hacer presentaciones orales y escritas en el juicio. Otro comité de cinco miembros de la Cámara de los Lores acogió por unanimidad esa presentación el 17 de diciembre de 1998, designándose un nuevo tribunal.



**la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, de 1984, de la que eran parte Chile, España y el Reino Unido.<sup>29</sup>**

**En su decisión, el Presidente del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores, Lord Browne-Wilkinson, señaló:**

La Convención contra la Tortura se celebró no con el fin de crear un crimen internacional que no existía con anterioridad, sino para establecer un sistema internacional dentro del cual el delincuente -el torturador- no puede encontrar un refugio seguro.

**Como Chile ratificó la Convención el 30 de octubre de 1988 y el Reino Unido el 8 de diciembre de 1988, la tortura se convirtió a partir de esas fechas en una conducta delictual y, consecuentemente, Pinochet perdió su inmunidad de jurisdicción en el Reino Unido.<sup>30</sup> Lord Browne-Wilkinson concluyó que, a su juicio,**

Si el senador Pinochet, como ha sido alegado, organizó y autorizó torturas después del 8 de diciembre de 1988, él no estaba actuando en ninguna capacidad que le diera derecho *ratione materiae* a una inmunidad, porque tales acciones eran contrarias al derecho internacional. Chile había convenido en que dicha conducta era ilegal y, junto

<sup>W</sup> En el sistema británico no existe un fallo de mayoría; una decisión colectiva como ésta, está conformada por opiniones o decisiones individuales de cada uno de los magistrados. Es la coincidencia de la mayoría de esas decisiones individuales la que es tomada en consideración por el juez a cargo del proceso de extradición o por el Secretario del Interior para proceder a autorizar la extradición.

<sup>M</sup> No hubo coincidencia entre los siete magistrados que formaron el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores de la fecha a partir de la cual Pinochet perdió su inmunidad. Para Lord Hutton, cuando en el Reino Unido entró en vigor, el 29 de septiembre de 1988, la Criminal Justice Act. Para Lord Philips of Worth Matravers y Lord Hope of Craighead, sería el 30 de octubre de 1988, fecha en la cual la Convención contra la Tortura entró en vigor para Chile, aunque el segundo también aceptaría como fecha la entrada en vigor de la Convención para el Reino Unido. Para Lord Browne-Wilkinson y Lord Saville of Newdigate, fue el 8 de diciembre de 1988, fecha en que la Convención entró en vigor para el Reino Unido. En cambio, para Lord Millete, Pinochet con los crímenes cometidos nunca habría gozado de inmunidad de jurisdicción, ya que la tortura habría sido un crimen aun antes de 1984. Lord Goff of Cheveley, por su parte, no se plantea el problema de la fecha, puesto que en su interpretación de la Convención sobre la Tortura ésta no habría derogado la inmunidad de jurisdicción por los actos cometido por un Jefe de Estado. Ver House of Lords. Judgment. Regina vs Barde and the Commissioner of Pólice for the Metrópolis. Ex Parte Pinochet An Appeal from Divisional Court of the Queen's Bench División). March 24, 1999.

a otros Estados partes de la Convención contra la Tortura, había establecido que esos Estados deberían tener jurisdicción para juzgar a los funcionarios (tal como éstos se encuentran definidos en la Convención) que han torturado, incluso si las torturas fueron cometidas en Chile.

El Ministro o Secretario del Interior (Home Secretary), que según el sistema británico debe en materia de extradición conceder su autorización para proceder (Authority to Proceed), tal como lo había hecho anteriormente, después de la primera decisión del Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores, junto con señalar que se reunían los requisitos establecidos por la Convención Europea de Extradición para que procediera la extradición de Pinochet a España, en esa segunda autorización y, de acuerdo a la decisión de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999, autorizó la extradición por los delitos de tortura y conspiración para torturar cometidos por Pinochet después del 8 de diciembre de 1988.

Resulta interesante notar que en la primera autorización para proceder el Secretario Jack Straw había denegado la petición del juez Garzón para extraditar a Pinochet por los crímenes de genocidio y terrorismo y había manifestado que ("hile no había solicitado la extradición de Pinochet, por lo que éste no podía ser devuelto a su país.

Posteriormente, el 2 de marzo de 2000, el Secretario Straw anunció a la Cámara de los Comunes que había levantado los cargos de la petición de extradición de Augusto Pinochet formulada por España, en razón de que éste no se encontraba en condiciones de atender un juicio debido al estado de su salud, tal como lo habían certificado calificados especialistas. Agregó que no se esperaban significativos mejoramientos en su condición, de acuerdo a los informes médicos recibidos. Informó, asimismo, que ese mismo día Pinochet había regresado a Chile. Después de fundamentar extensamente su decisión, el Secretario Straw concluyó señalando que el "impacto de este caso se ha hecho sentir en todo el mundo. El ha establecido, fuera de toda duda, el principio de que quienes han cometido abusos de derechos humanos en un país no podrán asumir que se encuentran seguros en cualquier otro lugar. Ese será el legado perdurable de este caso".

350. *Algunas consideraciones a modo de conclusión*

Efectivamente, el caso Pinochet ha dejado muchos legados y sentado precedentes en varios aspectos. Nadie puede negar, por ejemplo, que la situación de la justicia en Chile en materia de investigación de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridos bajo el gobierno de Pinochet han experimentado importantes avances que, es posible, no se hubiesen producido o hubiesen tardado más tiempo, de no mediar las acciones iniciadas en 1998 por el juez Garzón-

Este caso provocó una ardua controversia; pero habiendo transcurrido varios años y fallecido Pinochet conviene ahora extraer algunas conclusiones desde el punto de vista del derecho internacional en cuanto a lo sustantivo de este tema.

La primera de esas conclusiones, como lo observaba el Secretario Straw, es de que toda persona acusada de haber cometido un crimen de lesa humanidad debe ser juzgada. En ese sentido en el derecho internacional del siglo XXI verdaderamente resulta inaceptable la impunidad de quienes han cometido crímenes de lesa humanidad, cualesquiera que sean las funciones que éstos hayan ejercido.

Una segunda conclusión debería ser que, en principio, deben ser los tribunales del Estado en cuyo territorio se cometió el delito los que deberían primeramente asumir jurisdicción para investigar y castigar los crímenes de lesa humanidad. Ese principio de la territorialidad de la ley penal, generalmente admitido en la práctica de los Estados, fue reconocido por la justicia británica, aunque de un modo incidental,<sup>11</sup> y por el propio Secretario Straw en su primera autorización para proceder, quien

<sup>11</sup> En sus decisiones de 24 de marzo de 1999, el Presidente del Comité de Apelación, Lord Browne-Wilkinson, expresó: "Puede pensarse que el juicio al senador Pinochet en España por delitos todos los cuales están relacionados con el Estado de Chile y la mayoría de ellos ocurrieron en Chile no ha sido calculado para que se cumpla la mejor justicia". Por su parte, Lord Hutton, si bien expresó que no se trataba de un asunto que deberían considerar los Lores, manifestó su comprensión por la posición adoptada por el gobierno democrático de Chile en el sentido de querer defender la soberanía de Chile y que cualquiera investigación y juicio deberá tener lugar en Chile. En términos más explícitos aún, Lord Hope de Craighead señaló... "el único país en el que el senador Pinochet puede ser juzgado por el espectro completo de los delitos que han sido alegados por las autoridades judiciales españolas en su contra, es Chile".

adujo que Pinochet no podía ser devuelto a Chile porque no se había solicitado su extradición. Incluso en España, quienes justificaron las acciones emprendidas por el juez Garzón y la Audiencia Nacional, reconocieron la prioridad que habría tenido Chile para juzgar a Pinochet.<sup>3</sup> - Por ello, es de lamentar que en Chile no se hubiesen dado las condiciones para haber solicitado al Reino Unido la extradición de Pinochet.

Una tercera conclusión es que la jurisdicción de otro Estado, en vez de la del Estado en que se cometió el crimen, debería proceder sólo cuando esta última no esté dispuesta a llevar a cabo la investigación y el enjuiciamiento del acusado de un crimen de lesa humanidad, solución esta que se encuentra en la actualidad en el artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En gran parte las normas que tipificaban los delitos imputados a Pinochet por el juez instructor y la Audiencia Nacional en España tenían su fundamento en un artículo de la ley Orgánica del Poder Judicial de España que había sido adoptado, como es natural, para la situación española. El intento tanto del juez como de la Audiencia Nacional -la que llevó incluso a sostener que a ella le correspondía sólo aplicar el derecho español- de hacer valer en este caso las figuras de los delitos previstos en esa ley, el genocidio y el terrorismo- lo llevó a apartarse del texto de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, vigente entre Chile y España y de las normas del derecho internacional en cuanto a la tipificación del terrorismo, para adecuarlas forzosamente a la situación de Pinochet.

Por último, una positiva experiencia que ha dejado este caso han sido los esfuerzos de la justicia británica -especialmente las decisiones de los siete magistrados que formaron el segundo Comité de Apelación de la Cámara de los Lores- por adecuar, a los efectos de su extradición a España, la conducta de Pinochet

Así, el catedrático de Derecho Internacional Antonio Remiro Brotons, después de señalar que el *locus delicti* "es una base de jurisdicción indiscutible... y que es la conexión más natural de jurisdicción penal, agrega que la jurisdicción de los tribunales chilenos para conocer de crímenes internacionales particularmente graves cometidos en su territorio, amén de derecho dimanante de la soberanía territorial de Chile, es una obligación internacional de la República". *El caso Pinochet*. Ob. cit. pág. 47,

a un instrumento internacional, como es la Convención contra la Tortura, otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes, que vinculaba a Chile, España y el Reino Unido. Aunque cada una de esas decisiones fue diferente, y en algunos aspectos contradictorias, resultan todas ellas admirables por su gran rigor jurídico, que permitieron después al Secretario del Interior en su "autorización para proceder" y al juez encargado del proceso de extradición adoptar soluciones apropiadas, aunque éstas después no pudieron llegar a cumplirse.

Tal vez sea ésta también una de las principales contribuciones del caso Pinochet en cuanto a la armonización de la lucha contra la impunidad por crímenes contra la humanidad con otros arraigados principios jurídicos, como son la igualdad soberana de los Estados y la no intervención. Desde luego, no puede haber vulneración a esos principios aun si un juez extranjero decide sobre situaciones que han acaecido en el territorio de otro Estado, si para ello se fundamenta en un tratado o una norma de derecho internacional que lo autoriza, como ocurrió en este caso con la aplicación de la Convención contra la Tortura que efectuó la justicia británica.

En ese sentido, la lucha contra la impunidad por crímenes de lesa humanidad debe darse en el futuro, más que recurriendo a controvertidas acciones unilaterales fundamentadas únicamente en el derecho interno, en la aplicación de tratados internacionales que sancionen tales crímenes, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que castiga posiblemente al más grave y cruel de todos los crímenes de lesa humanidad y del que, hasta ahora, no son parte ningún Estado europeo, no obstante que su artículo XVIII permite la adhesión "de cualquier Estado".

Como lo expresara la Corte Internacional de Justicia en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua, "cuando los derechos humanos están protegidos por convenciones internacionales, dicha protección adquiere la forma de tales arreglos para asegurar el respecto de los derechos humanos". Es, pues, a través de las instituciones convenidas y los tratados vigentes -y no de acciones unilaterales que no siem-

<sup>11</sup> ICJ Reports. 1986. Par. 267.

pre se sustentan en el derecho internacional- como pueden y deben defenderse los derechos humanos y castigar a quienes los violan cometiendo crímenes de lesa humanidad.

Por último, parece conveniente y hasta necesario que la Comisión de Derecho Internacional -que tiene en su actual agenda los temas de la regla *aut dedere aut judicere* la inmunidad penal de los Jefes de Estado- y la Asamblea General de Naciones Unidas, que año tras año debe examinar los informes de la CDI, den preferencia en sus labores a este fundamental asunto y puedan así contribuir a esclarecer en que casos un Estado puede unilateralmente ejercer su jurisdicción respecto de crímenes de lesa humanidad que no han sido cometidos en su territorio.

#### *Sección IV*

### LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

#### 351. *Antecedentes históricos y generales*

El primer precedente en cuanto a un tribunal penal internacional se produjo al término de la Primera Guerra Mundial. En el armisticio de 2 de noviembre de 1918 los gobiernos de Estados Unidos de América, Francia, Gran Bretaña e Italia acordaron hacer efectivas la responsabilidad penal que pudiera incumbirle al Kaiser de Alemania Guillermo II de Hohenzollern y sus colaboradores civiles y militares. Para tal efecto, el artículo 227 del Tratado de Paz de Versalles dispuso:

**Las potencias aliadas y asociadas someten a pública acusación a Guillermo II de Hohenzollern, ex Emperador de Alemania, por ofensas supuestas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados.**

El mismo Tratado de Versalles, a continuación, estableció la constitución de un tribunal especial para juzgar al acusado, compuesto por cinco jueces nombrados por Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón.

Sin embargo, el Gobierno de los Países Bajos, en donde se había refugiado el Kaiser Guillermo II después del armisticio, denegó formalmente la petición de extradición solicitada por el Tribunal, con lo cual esta primera experiencia para aplicar una justicia penal internacional quedó frustrada.

Al término de la Segunda Guerra Mundial tal como se ha señalado anteriormente, los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, adoptan en Londres el 8 de agosto de 1945 el Estatuto para el funcionamiento del Tribunal Militar de Nuremberg.

Avanzado el proceso de Nuremberg, las potencias aliadas, recogiendo una proposición del general en jefe norteamericano de la zona de ocupación en Japón, decidieron el 19 de enero de 1946 crear en Tokio otro tribunal para juzgar y castigar a los responsables por los crímenes cometidos por autoridades militares japonesas durante la Segunda Guerra Mundial.

Posteriormente, como consecuencia de las graves violaciones a los derechos humanos, que incluían los crímenes de genocidio, de guerra y lesa humanidad, el Consejo de Seguridad, en uso de las facultades que le confiere el artículo VII de la Carta de Naciones Unidas, decidió crear en 1993 y 1994 tribunales internacionales penales para juzgar y castigar a los responsables de haber cometido genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en los territorios de la ex Yugoslavia y de Rwanda, respectivamente.

Estos cuatro tribunales penales internacionales -los de Nuremberg, Tokio y los constituidos para los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y Rwanda- constituyen una importante experiencia del moderno derecho internacional que merece estudiarse, como se hará en esta sección. Pero el más importante tribunal en esta materia en la actualidad es la Corte Penal Internacional, creada por el Estatuto de Roma en 1998, la que será objeto de un análisis en la sección siguiente.

A estos tribunales multinacionales, como los de Nuremberg y Tokio, e internacionales, como la Corte Penal Internacional y los constituidos para la ex Yugoslavia y Rwanda, cabe agregar los tribunales "semiinternacionales" para juzgar los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos en Sierra Leona y de genocidio perpetrados en Camboya.

En el primer caso, dicho tribunal fue creado mediante un acuerdo adoptado en 2002 entre el gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas representada por su Secretario General, previa aprobación del Consejo de Seguridad, para juzgar dichos crímenes a partir del 30 de noviembre de 1996. Los jueces de este tribunal son nombrados de común acuerdo por el gobierno de Sierra Leona y

el Secretario General de Naciones Unidas, mientras que el fiscal y el secretario son designados por el Secretario General de Naciones Unidas. Por su parte, en 2003, se constituyó un Tribunal Especial en Camboya para juzgar a los dirigentes del Jmer Rojo responsables del genocidio ocurrido en los años setenta. Dicho tribunal fue el resultado de un acuerdo entre el gobierno camboyano y el Secretario General de Naciones Unidas, previo acuerdo del Consejo de Seguridad. El tribunal está compuesto por jueces y fiscales nacionales e internacionales, estando estos últimos en minoría, pero con capacidad para vetar sus decisiones.

Se ha propuesto también la constitución de un tribunal de características similares a las de los dos anteriores para juzgar a los responsables por el asesinato del Primer Ministro de El Líbano Rafic al-Hariri, cometido en el año 2005, pero esa iniciativa, hasta comienzos de 2007, no había prosperado.

### **352. *El Tribunal Militar de Nuremberg***

De acuerdo al Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, adoptado en Londres el 8 de agosto de 1945 y que regula su organización y funcionamiento, dicho tribunal se estableció para el justo y pronto enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra del Eje. El tribunal fue constituido por cuatro miembros, cada uno de los cuales con un suplente, nombrados cada uno por los gobiernos de Estados Unidos de América, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión Soviética. Además cada gobierno nombró un fiscal. El tribunal debía tomar sus decisiones por mayoría de votos; la competencia del tribunal fue para juzgar y castigar personas que, actuando en interés de los países del Eje como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido algunos de los crímenes señalados en el mismo Estatuto. Los actos sujetos a la jurisdicción del tribunal y por los cuales existía una responsabilidad individual fueron por: a) crímenes contra la paz: preparación, planificación, violación de tratados internacionales, acuerdo o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes; b) crímenes de guerra, y c) crímenes contra la humanidad, los que se han expuesto anteriormente.<sup>34</sup>

<sup>M</sup> Véase, en este capítulo, la sección II. N<sup>os</sup> 341 y 342.



El Estatuto del Tribunal consideró responsables de todos los actos realizados por una persona para cometer los referidos crímenes a los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración de un plan común o de una conspiración. La posición oficial de los acusados, sea como Jefe de Estado o como funcionario en dependencias gubernamentales, no fue considerada como eximente de responsabilidad ni como atenuante de la misma. El actuar del acusado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no lo liberó de su responsabilidad, pero el tribunal fue autorizado para considerarla como atenuante de la misma.

La sentencia fue dictada el 1 de octubre de 1946 y en ella se condenó a la pena de muerte a doce de los acusados; a cadena perpetua a tres, dos fueron condenados a 20 años de prisión, uno a 15 años de presidio y otro a 10 años. Finalmente, se absolvió a tres de los acusados por no haberse probado ninguno de los cargos formulados en la acusación.

### 353. *El Tribunal Militar para el Lejano Oriente*

El Tribunal Militar de Tokio para el Lejano Oriente fue creado el 19 de enero de 1946. Su fundamento y estructura, en lo procesal y en lo orgánico, fue esencialmente la misma del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg.

Asimismo, la competencia del tribunal fue similar a la del Tribunal Militar de Nuremberg y los delitos fueron agrupados, al igual que en aquél, en tres tipos: a) crímenes contra la paz; b) crímenes de guerra, y c) crímenes contra la humanidad.

Sin embargo, el Tribunal de Tokio se apartó del modelo de Nuremberg, en lo que respecta a la integración del tribunal. En lugar de cuatro jueces de las potencias vencedoras, se nombró a once, pertenecientes a Australia, Canadá, China, Estados Unidos, Filipinas, Francia, Gran Bretaña, India, Nueva Zelanda, Países Bajos y la Unión Soviética.

La sede del tribunal fue Tokio y sus facultades se extendieron a juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente, los que como individuos o pertenecientes a asociaciones se encontraban bajo la acusación de haber cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Sin embargo, sólo fueron condenados individuos y no organizaciones.

La sentencia fue dictada el 12 de noviembre de 1948, la que condenó a muerte a siete personas y a presidio perpetuo a dieciocho. Al contrario de Nuremberg, ninguno de los acusados fue absuelto.

### **354. *El Tribunal Internacional para el juzgamiento de los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia***

La grave situación que se produjo en Yugoslavia a partir de su desmembramiento y que, entre otros efectos, dio origen a graves y masivas violaciones de derechos humanos, como asesinatos, depuración étnica, torturas, violaciones, saqueo y destrucción de bienes civiles, culturales y religiosos, motivó al Consejo de Seguridad a adoptar la resolución 808, de 22 de febrero de 1993, en la cual, considerando que la situación en la ex Yugoslavia constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, decidió "la creación de un tribunal internacional para enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones al derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia, cometidas a partir de 1991". El 25 de mayo de 1993, el Consejo aprobó la resolución 827 en la cual, actuando de acuerdo al Capítulo VII de la Carta, aprobó el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, con sede en La Haya.

El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia fue el primero establecido por Naciones Unidas. Un tribunal internacional de estas características, en circunstancias normales, debió haber sido creado mediante un tratado internacional; sin embargo, en este caso, considerando la situación bélica imperante en la ex Yugoslavia, que constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, se privilegió la rapidez para constituir el tribunal], el cual fue establecido por decisión del Consejo de Seguridad de acuerdo a los poderes que a éste le otorga el Capítulo VII de la Carta. El tribunal pasó a ser un órgano subsidiario de la Organización, de los previstos en el artículo 29 de la misma Carta. El tribunal desde un comienzo fue considerado un órgano transitorio, careciendo de permanencia.

En cuanto al procedimiento, el Estatuto del Tribunal incorpora la garantía del debido proceso, respetándose el principio de la igualdad procesal del fiscal con el acusado, los que se encuentran en idéntica situación. El acusado tiene derecho a ser defendido por un asesor, a ser juzgado en audiencia pública y a presentar pruebas de descargo, entre otros derechos.

El tribunal consta de tres órganos. Un órgano judicial, compuesto por cuatro salas, tres de primera instancia, cada una de ellas integrada por tres jueces, y una sala de apelaciones, compuesta por cinco magistrados. Los magistrados deben ser personas de gran estatura moral, integridad y reunir las condiciones necesarias para ejercer las más altas funciones judiciales en los respectivos países. También el tribunal está compuesto por un órgano acusatorio, constituido por un fiscal, cuya función es investigar los casos, preparar acusaciones y acusar a los responsables. Por último, forma parte del tribunal, como órgano administrativo, una secretaría, la que presta servicios a los otros dos órganos y se encarga de la información pública y las relaciones externas del tribunal.

En cuanto a la competencia *ratione materiae*, el tribunal está encargado de juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario, según éste ha sido definido tanto por el derecho internacional convencional como consuetudinario. En el ámbito del derecho internacional convencional, el tribunal debe aplicar: los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; el IV Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de guerra terrestre y su reglamento anexo de 1907; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, y el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945.

En los artículos 2 a 5 del Estatuto se reconoce la índole consuetudinaria de las normas incorporadas en los instrumentos antes señalados, las cuales están constituidas por las violaciones graves a los Convenios de Ginebra (artículo 2); las violaciones a las leyes o usos de guerra (artículo 3); el genocidio (artículo 4), y los crímenes de lesa humanidad (artículo 5).

La competencia de este tribunal no incluye los crímenes contra la paz, a diferencia de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, lo que se explica porque la inclusión de esos crímenes implicaba investigar las causas del conflicto que afectó a la ex Yugoslavia.

En lo que respecta a la competencia *ratione personae*, el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia establece el principio de la responsabilidad personal, incluso si se actúa en nombre o por cuenta del Estado, excluyendo expresamente a organizaciones o agrupaciones. La competencia personal del tribunal comprende a los autores directos de los actos y a las personas que participan o hayan participado en la planificación, preparación o ejecución de estos actos criminales.

En relación a la competencia *ratione loci* el Estatuto del Tribunal precisa que éste conocerá de aquellos casos cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, es decir, el constituido por los actuales Estados de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia, incluyéndose su superficie terrestre, espacio aéreo y aguas territoriales.

En cuanto a la competencia *ratione temporis*, la jurisdicción del tribunal se extiende a los actos perpetrados a partir del primero de enero de 1991. Esta fecha no se vincula a ningún hecho en particular, sino que se trata de determinar una fecha objetiva.

Debido a que gran número de los acusados podían encontrarse en países que estaban dispuestos a juzgarlos, el Estatuto consagró el *principio non bis in idem*, según el cual una persona que haya sido juzgada por el tribunal no será juzgada posteriormente por un tribunal nacional. Asimismo, una persona que hubiese sido juzgada por un tribunal nacional no podrá ser juzgada nuevamente por el tribunal internacional. Sin embargo, esta norma está sujeta a dos excepciones: la primera, que una persona haya sido juzgada por un tribunal nacional por la comisión de un delito ordinario de acuerdo a su legislación, pero que a la vez constituya un delito internacional que se encuentre sujeto a la competencia del tribunal internacional. La segunda excepción se da en el caso de que la vista de la causa por el tribunal nacional no haya sido imparcial ni independiente o que la causa haya sido tramitada sin la diligencia necesaria.

El Tribunal para la ex Yugoslavia funciona de conformidad con el sistema acusatorio. El fiscal investiga y decide si, atendido el mérito de los antecedentes recabados, formula acusación o no, cuya procedencia es examinada por un magistrado de la sala de primera instancia. La acusación adquiere carácter público luego de que formulada por el fiscal es confirmada por el magistrado, pudiendo el tribunal dictar orden de arresto, allanamiento o remisión del acusado.

La orden de arresto se envía al Estado en que resida el acusado o donde se le vio por última vez. Si el acusado no se presenta o no es entregado por el Estado, la acusación es estudiada por una de las salas de primera instancia, debiendo presentarse en audiencia pública la acusación y las pruebas. Si la sala reconfirma la acusación, se emite orden de arresto internacional, a través de la INTERPOL.

Una vez detenido el acusado, es trasladado a La Haya, sede del tribunal, y se le hace comparecer ante una sala de primera instancia, procediéndose a formular los cargos. El fiscal da a conocer a la defensa las pruebas que posea, luego la defensa hace lo propio. El juicio se desarrolla entre el fiscal y la defensa, pudiendo los particulares y organizaciones presentar exposiciones en calidad de *amiricus rviae*.

Rendida la prueba y hechas las alegaciones pertinentes, la sala se pronuncia sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Si es encontrado culpable, se inicia una nueva etapa para determinar su condena. Una vez establecida la pena, las partes tienen 30 días para recurrir de la sentencia, por errores de hecho o de derecho. La sala de apelaciones se pronuncia en un procedimiento similar al de primera instancia.

Si finalmente el acusado es condenado a ir a prisión, la pena se cumplirá en alguno de los países que hayan manifestado al Consejo de Seguridad su voluntad de aceptar a las personas condenadas.

El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia no está facultado para imponer la pena de muerte. El artículo 24 del Estatuto trata la determinación de las penas, previendo la capacidad de las salas de primera instancia del tribunal para imponer sanciones privativas de libertad, para lo cual debe recurrirse a la práctica general de los tribunales de la ex Yugoslavia, relativas a las penas de prisión.

Un significativo número de altos dirigentes políticos y militares de la ex Yugoslavia han sido juzgados y condenados por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Sin embargo, todavía un buen número de responsables por crímenes de la competencia del tribunal no han podido ser capturados y permanecen gozando de impunidad, siendo el más importante de ellos el General Ratko Mladic, acusado de genocidio durante la guerra en Bosnia, entre aquellos que han sido juzgados cabe destacar a Dragan Nikolic, comandante de un campo de prisión al norte de Bosnia-Herzegovina, quien fue acusado de graves violaciones al Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra. Fue la primera persona acusada por el tribunal en noviembre de 1994. Posteriormente se dictaron otras dos acusaciones el día 13 de febrero de 1995, involucrando cargos en contra de 21 personas, entre ellas Dusko Tadic, quien fue la primera

persona objeto de juicio por parte del tribunal. Dichas acusaciones cubrían los delitos de genocidio y crímenes de guerra. El 14 de enero de 1997, Dusko Tadic fue condenado por el tribunal a 20 años de prisión por haber participado en la campaña de limpieza étnica, que incluía crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Se trató del primer condenado por el tribunal en sus primeros cuatro años de existencia.

El tribunal también ha condenado a penas de presidio a otros dirigentes políticos o militares acusados de genocidio, crímenes de guerra o lesa humanidad. El 27 de septiembre de 2006, por ejemplo, condenó a 27 años de cárcel a Momcilo Krajisnik por el papel "crucial" que como Presidente del Parlamento de los serbios de Bosnia le correspondió en la *limpieza étnica* que sufrió Bosnia-Herzegovina entre 1992 y 1995, habiéndosele condenado por su participación en crímenes de guerra y lesa humanidad, aunque fue absuelto de los cargos de genocidio.

El caso más emblemático y posiblemente más importante que le correspondió conocer al tribunal fue el que afectó a Slobodan Milosevic, quien apoyando su poder en la exaltación del nacionalismo serbio, fue Presidente de la República de Serbia entre 1990 y 1997 y de la República Federativa de Yugoslavia de 1997 a 2000. En 1999 fue inculcado por el Tribunal Internacional por genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por acciones ordenadas por él respecto de los civiles de origen albanés en el Kosovo. Después de perder las elecciones presidenciales en 2001, fue detenido en 2001 y entregado por el gobierno de Serbia al Tribunal Internacional en La Haya, donde también fue acusado de crímenes contra la humanidad cometidos en Croacia entre 1991 y 1992 y en Bosnia-Herzegovina entre 1992 y 1995. Su proceso ante el tribunal comenzó en 2002; pero cuando éste se desarrollaba, Milosevic falleció el 11 de marzo de 2006 mientras se encontraba en prisión en La Haya.

### **355. *El Tribunal Internacional para Rwanda***

En 1990 estallaron en Rwanda conflictos internos y transfronterizos entre las Fuerzas Armadas del gobierno de Rwanda, integradas fundamentalmente por personas de origen tribal hutu y el Frente Patriótico Rwandés, compuesto predominantemente por miembros de la tribu de los tutsis, que operaban desde Uganda y la zona norte de Rwanda.

La situación interna se deterioró luego que el 6 de abril de 1994 el Presidente de Rwanda y el Presidente de Burundi resultaron muertos a causa de un ataque con cohetes dirigido en contra del avión en que regresaban de conversaciones de paz en Tanzania.

Este incidente dio inicio a una serie de violencia y matanzas de carácter político y étnico, siendo sus primeras víctimas los miembros del gabinete y funcionarios de gobierno, además de los miembros de la Misión de Observadores de Naciones Unidas para Rwanda y Uganda UNAMIR, que se había establecido en 1993.

Según informes de las Naciones Unidas, estos hechos adquirieron luego proporciones de genocidio a través de atroces masacres, las que fueron realizadas en su mayoría por miembros de las Fuerzas Armadas, la Guardia Presidencial y la milicia del joven partido de gobierno, de origen hutu, en contra de la minoría tutsi, dando origen al mayor genocidio cometido en la segunda mitad del siglo XX.

Ante estos trágicos hechos, el Consejo de Seguridad estableció que la situación de Rwanda constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, procediendo a adoptar medidas de conformidad al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, entre ellas, embargo de armas, la disposición de 5.500 efectivos y una operación humanitaria internacional para protección de las personas desplazadas, refugiados y civiles en peligro inminente. Esta operación, patrocinada por el gobierno francés, fue conocida como Operación Turquoise. Al mismo tiempo el Consejo de Seguridad, que había instalado una comisión de expertos, concluyó en septiembre de 1994 que elementos hutus habían perpetrado actos de genocidio en contra de los tutsis de manera concertada, planificada, sistemática y metódica, estimándose las víctimas en cerca de un millón de muertos y en centenares de miles de refugiados en países vecinos.

En noviembre del año 1994, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 955, en la cual, actuando bajo las facultades que le otorga el Capítulo VII de la Carta, decidió establecer un Tribunal Internacional para la persecución de crímenes de genocidio y otras violaciones del derecho humanitario internacional cometidas en Rwanda y en territorios de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

Al igual que el Tribunal de la ex Yugoslavia, el de Rwanda fue establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en aplicación de lo dispuesto en el Capítulo MI de la Carta, siendo sus características las mismas, es decir, se trata de un órgano subsidiario de Naciones Unidas, pero que goza de independencia con respecto a todo Estado y de su órgano creador.

El Estatuto del Tribunal, anexo a la Resolución 955 (1994), es con pocas modificaciones casi idéntico al del tribunal para la antigua Yugoslavia. Establece la competencia del tribunal, tanto material, territorial, como temporal.

El tribunal está integrado por tres salas de primera instancia, cada una de ellas formada por tres jueces y una sala de apelaciones, de cinco jueces; una oficina del fiscal y una secretaría. Ambos tribunales tienen la misma sala de apelaciones y hasta el año 2003 tuvieron un mismo fiscal. A partir de ese año cada tribunal tiene su propio fiscal.

Sin embargo, en cuanto a la competencia *ratione materiae* hay una diferencia. Fue excluida de la competencia del Tribunal para Rwanda las violaciones del derecho internacional humanitario por crímenes cometidos en violación a los Convenios de Ginebra de 1949 y otras normas establecidas para conflictos armados internacionales, en razón de que el conflicto de Rwanda, contrariamente al que se dio en la antigua Yugoslavia, fue una situación predominantemente interna y no internacional.

La gran mayoría de los casos que le ha correspondido conocer a este tribunal han sido por genocidio. Las investigaciones del tribunal comenzaron en mayo de 1995. El tribunal emitió su primera acusación en diciembre de 1995 y tuvo su primera sesión plenaria en enero de 1996 en la ciudad de Arusha, relacionada con una solicitud presentada por el fiscal relativa al deferimiento de investigaciones en curso y proyecciones llevadas a cabo por el gobierno de Bélgica sobre tres sospechosos que se encontraban detenidos en dicho país. El 11 de enero el tribunal solicitó formalmente a dicho país remitir al tribunal internacional las investigaciones y procesamientos de los sospechosos. En mayo de 1996, los sujetos fueron puestos a disposición del tribunal.

El Tribunal Internacional para Rwanda ha dispuesto el arresto de más de 60 personas acusadas de cometer genocidio y ha



condenado a más de 20 personas, entre ellas Jean Kambanda, quien se desempeñaba como Primer Ministro cuando tuvo lugar el genocidio, con lo cual se convirtió en el primer Jefe de Gobierno arrestado y luego condenado por un tribunal internacional por genocidio.

### *Sección V*

## LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

### **356. Antecedentes históricos y generales**

La idea de establecer una jurisdicción penal internacional de carácter permanente surgió al poco tiempo de haber finalizado la Segunda Guerra Mundial. En 1949 la Comisión de Derecho Internacional comenzó a considerar este asunto, habiendo en 1951 adoptado un Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional,<sup>35</sup> el cual fue remitido a la Asamblea General, la que dispuso crear una comisión especial para que lo examinase. Esta, a su vez, aprobó en 1953 un nuevo Proyecto de Estatuto.<sup>36</sup> Sin embargo, la vinculación que surgió posteriormente en los debates de la Asamblea General entre el establecimiento de una Corte Penal Internacional con el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, que incluía el crimen de agresión sobre cuya definición no había acuerdo, significó postergar *sine die* la consideración del establecimiento de una Corte Penal Internacional hasta que se produjera un acuerdo en torno a la definición de la agresión.

El asunto volvió a retomarse en 1989, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la Resolución 44/39, solicitó nuevamente a la Comisión de Derecho Internacional

<sup>35</sup> El Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional elaborado en 1951 por la CDI figura como anexo al "Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional". Documentos oficiales de la Asamblea General. Séptimo Período de Sesiones. Suplemento Núm. 11 (A/2136).

<sup>36</sup> Véase "Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional". Documentos oficiales de la Asamblea General. Noveno Período de Sesiones. Suplemento Núm. 12 (A/2645).

que, en el marco del examen del tema sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, se ocupase asimismo del establecimiento de una Corte Penal Internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional, mandato que la CDI comenzó a cumplir a partir de 1990. En los debates que surgieron en los años posteriores la CDI estimó conveniente desvincular la cuestión del establecimiento de una Corte Penal Internacional con el del Proyecto de Código de Crímenes. En 1994 la CDI adoptó su Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, que remitió a la Asamblea General y en 1996 envió a dicho órgano el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas, al tomar conocimiento del primer proyecto de la CDI, decidió en 1994 mediante la Resolución 49/53 crear un Comité Especial para el establecimiento de la Corte Penal Internacional y posteriormente, en 1995, mediante la Resolución 50/46, un Comité Preparatorio para el Establecimiento de la mencionada Corte. A dicho Comité le cupo redactar posteriormente un proyecto refundido con miras a obtener una aceptación generalizada por una Conferencia de Plenipotenciarios.

En tales circunstancias, la Asamblea General por medio de la Resolución 52/652, de 17 de diciembre de 1996, convocó a una Conferencia de Plenipotenciarios, la que se celebró en Roma a partir del 15 de junio de 1998 con la participación de la enorme mayoría de los Estados que en aquel momento formaban parte de la comunidad internacional y el 17 de julio de 1998, tras arduos e intensos debates y negociaciones, por 120 votos a favor, 7 en contra<sup>17</sup> y 21 abstenciones adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1º de julio de 2002, al cumplirse, de acuerdo con su artículo 126, el primer día del mes siguiente el sexagésimo día a partir de la fecha en que se depositó en la Secretaría General de Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación o adhesión.

<sup>17</sup> China, Estados Unidos de América, Irak, Israel, Libia, Qatar y Yemen.

Al 1º de enero de 2007, 104 Estados eran partes del referido Estatuto.<sup>38</sup>

Además de su Estatuto, la Corte Penal Internacional se rige por los Elementos del Crimen, es decir, las normas que ayudan a la Corte a interpretar y aplicar los crímenes de su competencia; las Reglas de Procedimiento y Prueba, y por el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades con el Estado anfitrión, instrumentos cuyos proyectos fueron elaborados por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional y después aprobados en 2002 por la Asamblea de Estados Partes.

### ***357. Principales características de la Corte Penal Internacional (CPI)***

El artículo 1 del Estatuto de Roma de 1998 señala que la Corte Penal Internacional

**...será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto a los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales...**

De acuerdo con esa disposición y con las inmediatamente siguientes que se contienen en los primeros artículos del Estatuto, puede afirmarse que las principales características de la CPI son las siguientes: a) la Corte consta en un tratado internacional; b) ella es una institución permanente; c) está dotada de personalidad jurídica internacional; d) ejerce su jurisdicción sobre personas naturales; e) los crímenes para los cuales se le ha conferido competencia son los más graves de trascendencia internacional, y f) su jurisdicción es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.

En primer lugar, cabe destacar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional fue adoptado bajo la forma de un tratado in-

<sup>w</sup> 29 de África; 12 de Asia; 15 de Europa Oriental; 26 de Europa Occidental y otros países y 22 de América Latina y el Caribe. Estos últimos son Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guyana, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

ternacional de carácter multilateral. En las discusiones previas tanto en la CDI como en el Comité Preparatorio se analizó la posibilidad de que la Corte pudiera establecerse por medio de una resolución, ya fuese de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Si bien tal resolución hubiese tenido la ventaja de una mayor rapidez para su constitución y una competencia más amplia, resulta evidente que el tratado ofrece la ventaja de otorgar una mayor seguridad jurídica en lo que respecta a la definición y aceptación de las obligaciones asumidas por los Estados Partes, sin los inconvenientes que ofrecen los tribunales especiales estudiados en la sección anterior.

La Corte Penal Internacional es también una institución permanente, contrariamente a los tribunales penales internacionales estudiados precedentemente que tuvieron o tienen un carácter temporal. La permanencia en la Corte implica también que ella está dotada de un sistema estable que le permite un funcionamiento continuo. La permanencia se manifiesta además en que ella se encuentra en una sede fija, la cual de acuerdo con el artículo 3 del Estatuto, es La Haya, Países Bajos.

También la CDI tiene, como lo dispone el artículo 4 del Estatuto, una personalidad jurídica propia, con capacidad jurídica para el desempeño de sus funciones en la realización de sus propósitos, lo cual, en otros términos, significa que es una institución autónoma que no forma parte y no se encuentra subordinada a ninguna otra organización internacional, aunque mantiene estrechos vínculos con Naciones Unidas. Un aspecto importante en el que se manifiesta su autonomía es que su financiamiento tiene como su fuente principal las cuotas que deben pagar los Estados Partes del Estatuto, aunque también el financiamiento de la CPI puede provenir de fondos de Naciones Unidas, en particular respecto de los gastos efectuados en relación con cuestiones remitidas por el Consejo de Seguridad, así como también de contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades.

La Corte Penal Internacional sólo ejerce funciones con respecto a personas naturales, cualquiera que sea la posición o el cargo que esas personas desempeñen. Ni los Estados u otras personas jurídicas son susceptibles de la competencia de la Corte.

Aun respecto a las personas naturales, la Corte sólo tiene jurisdicción sobre ellas si son mayores de 18 años.

Asimismo, la Corte sólo tiene jurisdicción respecto de los más graves crímenes de trascendencia internacional. Tanto en la Comisión de Derecho Internacional como posteriormente en el Comité Preparatorio y en la misma Conferencia de Roma tuvo lugar un amplio debate en cuanto a la competencia material de la Corte. En definitiva, se rechazaron diversos intentos por incluir otros crímenes, reservando la competencia de la CPI a los más graves crímenes de trascendencia internacional, aquellos que "no deben quedar sin castigo" y que permitan "poner fin a la impunidad de sus autores", como lo expresa el Preámbulo del Estatuto.

Por último, y como una característica de importancia, debe señalarse que la jurisdicción de la CPI es complementaria de la de las jurisdicciones nacionales. De acuerdo con esta característica, la Corte está llamada a complementar los sistemas nacionales de los Estados en los casos en que éstos en un determinado momento no puedan o no quieran ejercer su jurisdicción nacional para investigar o reprimir los mismos hechos; o en el supuesto de que la jurisdicción nacional se ejerza en forma inadecuada para lograr una justicia imparcial e independiente, por lo cual la Corte no sustituye a la jurisdicción de los Estados nacionales, a los que le reconoce, como lo señala el Preámbulo, su deber de ejercer su jurisdicción penal respecto de los responsables de crímenes internacionales.

### **358. Estructura de la CPI**

El artículo 34 del Estatuto de la CPI dispone que la Corte estará compuesta de los siguientes órganos:

a) la Presidencia; b) una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares; c) la Fiscalía, y d) la Secretaría.

La Presidencia se compone de un Presidente y dos Vicepresidentes, los que son elegidos por mayoría absoluta de entre los magistrados que forman parte de la Corte, por un periodo de tres años. La principal función del Presidente es velar por la correcta administración de la Corte, con excepción de la Fiscalía. También el Presidente tiene la función de representar a la Corte, lo que

incluye el poder celebrar acuerdos en nombre de la Corte, sujetos a la autorización de la Asamblea de los Estados Partes.

Las secciones judiciales son los órganos deliberantes a los que les atañe la adopción de las correspondientes decisiones judiciales. El Estatuto ha contemplado la existencia de tres Secciones diferentes: la Sección de Cuestiones Preliminares, la Sección de Primera Instancia y la Sección de Apelación.

La Presidencia y las distintas Secciones Judiciales están formadas por 18 jueces elegidos por la Asamblea de los Estados Partes. Los jueces deberán ser elegidos de entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad, con reconocida competencia en derecho y procedimiento penal y experiencia en causas penales o reconocida competencia en materias pertinentes de derecho internacional, tales como el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos. Estas calificaciones han significado que los jueces sean elegidos de dos listas. Una conformada por especialistas en derecho penal y otra por especialistas en derecho internacional. Al menos la mitad de los jueces deben provenir de la primera lista. Los jueces deben tener también un excelente dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte, inglés o francés, y ser nacional de un Estado Parte del Estatuto de la CPI. Asimismo, la composición de la Corte debe garantizar un reparto geográfico equitativo, la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo y una representación adecuada de hombres y mujeres. Los jueces son elegidos por un periodo de nueve años y no pueden ser reelegidos.

La Fiscalía es un órgano fundamental dentro de la estructura de la Corte. Ella está dirigida por un Fiscal elegido por la Asamblea de Estados Partes por un periodo de 9 años, sin que pueda ser reelegido. El Fiscal debe gozar de gran consideración moral y amplia competencia y experiencia en el ejercicio de la acción penal o la substanciación de causas penales. La Fiscalía se presenta como un órgano separado de la Corte, cuya función es la de recibir información sobre los hechos que caen dentro de la competencia de la Corte a fin de determinar si hay motivo suficiente para iniciar una investigación que permita posteriormente el procesamiento de una persona y el ejercicio de una acción penal ante la Corte.

La Secretaría es el órgano administrativo de la Corte encargado de prestarle los servicios que sean necesarios. Está dirigida por un Secretario elegido por mayoría absoluta de los magistrados de la Corte, los que han de tener en cuenta las recomendaciones formuladas por la Asamblea de los Estados Partes.

Por último, dentro de la estructura de la Corte cabe mencionar a la Asamblea de los Estados Partes, la cual si bien no es un órgano de la Corte cumple un papel fundamental en el funcionamiento de ésta. Dicha Asamblea está constituida por los representantes de todos los Estados Partes del Estatuto; se reúne una vez al año en la sede de la Corte o de las Naciones Unidas y sus funciones son principalmente de orden político y administrativo. En ese sentido, a la Asamblea de los Estados Partes le corresponde elegir a los jueces de la Corte y al Fiscal; ejercer su supervisión respecto de la Presidencia, el Fiscal y la Secretaría en las cuestiones relativas a la administración de la Corte; examinar y decidir sobre el presupuesto de la Corte, y examinar las cuestiones relativas a la falta de cooperación de los Estados Partes con ella.

### ***359. Los crímenes de la competencia de la Corte***

Tal como se ha señalado con anterioridad, la Corte Penal Internacional es competente tan sólo respecto a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Al considerarse este asunto por la Comisión de Derecho Internacional, el Comité Preparatorio y por la misma Conferencia de Roma surgieron diversas iniciativas para incluir como crímenes actos o situaciones como la intervención; el dominio colonial; el reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios; el tráfico ilícito de estupefacientes; los daños intencionales y graves al medio ambiente; el terrorismo internacional; y los crímenes cometidos intencionalmente y de manera sistemática contra el personal de Naciones Unidas. Sin embargo, ninguna de esas iniciativas prosperó.

En definitiva, el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en 1998 contempla sólo cuatro categorías de crímenes: el genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los críme-

nes de guerra, y el crimen de agresión. Los tres primeros ya han sido estudiados en la Sección II de este Capítulo.<sup>19</sup>

Resulta, sin embargo, importante recordar respecto de los crímenes de lesa humanidad y de guerra que las respectivas normas que han tipificado esos crímenes -los artículos 7 y 8 del Estatuto de la CPI- comprenden un conjunto de actos delictivos y criminales; que respecto de los crímenes de lesa humanidad ellos deben cometerse "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque", mientras que en lo que respecta a los crímenes de guerra, la competencia de la Corte deberá ejercerse "en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes".

Respecto de la competencia de la Corte en cuanto a los crímenes de guerra debe tenerse presente que, de conformidad con el artículo 124 del Estatuto de la CPI, un Estado Parte puede suspender la competencia de la Corte durante los primeros 7 años a contar desde la entrada en vigor del Estatuto para dicho Estado, facultad que hasta ahora han ejercido Colombia y Francia.

La competencia de la Corte es automática respecto de los crímenes que hayan sido cometidos en el territorio o por nacionales de Estados Partes del Estatuto de la CPI. No se requiere, por lo tanto, como acontece con la Corte Internacional de Justicia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de una declaración expresa en que se reconozca la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. No obstante, el Consejo de Seguridad, actuando dentro de las facultades que le confiere el Capítulo VII de la Carta, puede remitir un asunto a la Corte aun si se trata de hechos acaecidos en el territorio de Estados que no son partes del Estatuto o nacionales de ese Estado.

En cuanto a la agresión, ante la imposibilidad de lograr un acuerdo sobre su tipificación como crimen en la Conferencia de Roma, lo que pudo haber puesto en peligro en esa oportunidad la adopción del Estatuto, se optó a última hora por la pos-

<sup>w</sup> Respecto del crimen de genocidio véase, en la Sección II de este Capítulo, el número 336; respecto de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, véanse los números 341 y 342.



tergación de la consideración de este asunto. Si bien el Estatuto incorpora el crimen de agresión como uno de los de competencia de la Corte, subordinó el ejercicio de esa competencia a que se precise en una Conferencia de Revisión del Estatuto, prevista para celebrarse después de que transcurran 7 años desde la entrada en vigor del Estatuto -es decir, después del 1º de julio de 2009- las condiciones bajo las cuales se ejercerá esa competencia y se defina el crimen de agresión, lo que hace presumir las dificultades que podrán surgir en este asunto.

### **360. *Principios de Derecho Penal que debe aplicar la Corte***

De conformidad con el Estatuto de la CPI, la Corte debe atenerse a una serie de principios fundamentales de Derecho Penal. Algunos de estos principios preexistían al Estatuto como principios de derecho generalmente reconocidos y fueron incorporados como tales al Estatuto. Es el caso de los principios *nullum crimen sine lege* (art. 22) y *nulla poena sine lege* (art. 23), y del principio de la irretroactividad en relación con las personas, en virtud del cual nadie puede ser penalmente responsable por una conducta anterior a la entrada en vigor del Estatuto (art. 24).

También el Estatuto de Roma ha formulado una valiosa contribución a la enunciación y delimitación de importantes principios, como lo son el de la responsabilidad penal de los individuos, que sólo podrán ser penados de acuerdo con el Estatuto (art. 25); la exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte (art. 26); y la imprescriptibilidad de los delitos de la competencia de la Corte (art. 29).

Asimismo, el Estatuto ha dispuesto que el cargo oficial es irrelevante, por lo que cualquiera sea el cargo del autor del delito -Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o del Parlamento- la responsabilidad debe ser aplicada, ya que el cargo oficial no exime de responsabilidad penal (art. 27). En lo relativo a la responsabilidad de los jefes y otros superiores, el jefe militar o el que actúe en los hechos como tal será penalmente responsable de los delitos cometidos por sus subordinados en caso de no haber ejercido sobre ellos un control apropiado, en el caso de que hubiere sabido o debido saber que ellos estaban cometiendo delitos o los iban a cometer y si no hubiera adoptado las medidas razonables para prevenirlos o reprimirlos (art. 28).

En cuanto a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, el artículo 31 señala varias causales, entre las que cabe mencionar que no se considerarán penalmente responsables a quienes, al momento de cometer el delito, padecieren de una enfermedad o deficiencia mental que los prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta o estuvieren en estado de intoxicación que los prive de la correcta apreciación de su conducta, o actuaren en defensa propia o de terceros tratándose de crímenes de guerra.

Respecto al cumplimiento de órdenes superiores, el que haya cometido un delito en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal. Sin embargo, el subordinado se podrá eximir de responsabilidad penal si estuviere por ley obligado a cumplir la orden del superior o del gobierno, o no supiera que la orden era ilícita, o la orden no fuera manifiestamente ilícita. En todo caso, para los efectos del Estatuto, la orden de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad será considerada siempre manifiestamente ilícita (art. 33).

### ***361. Los sujetos legitimados para promover el ejercicio de la acción penal ante la CPI***

Sólo los Estados Partes, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y la Fiscalía tienen capacidad procesal para promover una acción penal ante la CPI. En la Comisión de Derecho Internacional se planteó y discutió la posibilidad que también las organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, así como los particulares, pudieran ejercer ese derecho, pero tal posibilidad se desechó. Lo que sí pueden dichas organizaciones y los particulares es suministrar la información que obre en su poder al Fiscal respecto de la posible comisión de crímenes internacionales de la competencia de la Corte para que éste, si estima fundadas esas informaciones, pueda iniciar una investigación.

Los Estados que sean partes del Estatuto de la CPI pueden remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y solicitar al Fiscal que investigue la situación a fin de determinar si se ha de acusar a una persona por la comisión de un crimen o a

varias personas determinadas. Hasta ahora, la Corte Penal Internacional ha recibido denuncias estatales relativas a situaciones acaecidas en Uganda, República Democrática del Congo y República Centroafricana. Todas esas denuncias han provenído de los mismos Estados donde se cometieron los crímenes.

El Consejo de Seguridad, actuando en el marco de la competencia que le confiere el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, puede también remitir al Fiscal una determinada situación en la que parezca haberse cometido alguno de los crímenes de la competencia de la Corte. En ese caso, no es necesario que el crimen se haya cometido en el territorio de un Estado Parte del Estatuto o por nacionales de éste. Hasta diciembre de 2006, el Consejo de Seguridad había remitido a la Corte una sola situación, la de Sudán (Darfur), mediante la Resolución 1593 (2005). A la vez, el Consejo de Seguridad si se encuentra actuando bajo los términos del Capítulo VII de la Carta, puede solicitar a la Corte que no inicie o suspenda una investigación o un procedimiento, si lo hubiese iniciado. Esta solicitud de inactividad tiene una duración máxima de doce meses, aunque puede ser renovada. El Consejo de Seguridad ha hecho uso de esa facultad en algunas operaciones de mantenimiento de paz que habían sido establecidas por el propio Consejo.

Con todo, el papel fundamental para promover el ejercicio de una acción penal ante la Corte corresponde a la Fiscalía. Ya sea por las denuncias que le envíen los Estados Partes o las situaciones que le remita el Consejo de Seguridad o de oficio, por las informaciones que reciba de diversas fuentes, es el Fiscal al que le corresponde determinar si hay motivo suficiente para iniciar una investigación acerca de un crimen de la competencia de la Corte.

### **362. *El procedimiento ante la CPI***

La primera fase del procedimiento es la de la investigación. Como se acaba de expresar, ésta corresponde al Fiscal, sea que haya recibido una solicitud de un Estado Parte, del Consejo de Seguridad o que proceda de oficio.

Si la investigación es iniciada por el Fiscal de oficio, éste deberá analizar la veracidad de la información recibida, para lo cual podrá recabar más información de los Estados, los órganos de

Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes que considere apropiadas, pudiendo recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte.

Si el Fiscal llega a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, pedirá una autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte para iniciar la investigación. Si la Sala de Cuestiones Preliminares considera que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, ésta autorizará el inicio de la investigación. Si, en cambio, la Sala de Cuestiones Preliminares no autoriza la investigación, ésta no podrá iniciarse, aunque el Fiscal puede volver a presentar posteriormente otra petición de autorización basada en nuevos hechos o pruebas.

Junto con decidir sobre la procedencia de una investigación, la Corte debe también declarar si un caso sometido a ella es o no admisible, atendiendo a diversos factores, el principal de los cuales es resguardar el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte respecto de las jurisdicciones penales nacionales. En ese sentido, conforme al artículo 17 del Estatuto, la Corte declarará la inadmisibilidad de un asunto cuando dicho asunto esté siendo objeto de una investigación o enjuiciamiento por el Estado que tiene su jurisdicción sobre él; o cuando el asunto haya sido objeto de investigación por dicho Estado y éste haya decidido no incoar una acción penal; o cuando la persona haya sido ya enjuiciada, en aplicación del principio de la cosa juzgada; o el asunto no sea de la gravedad suficiente para justificar la actuación de la Corte.

El Estatuto de la CPI no ha sido demasiado explícito en cuanto a los aspectos procesales de la admisibilidad. En nuestro entender, si la competencia de la Corte proviene de una iniciativa del Fiscal, será la Sala de Cuestiones Preliminares la que deberá pronunciarse sobre la admisibilidad cuando el Fiscal solicite a ella su autorización para proceder a la investigación. Como no es necesaria esa autorización si se trata de asuntos que han sido remitidos a la Corte por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad, el acusado podrá impugnar dicha competencia, de acuerdo con el artículo 19.6, aduciendo su inadmisibilidad ante la Sala de Cuestiones Preliminares, si los cargos no han sido con-

firmados o ante la Sala de Primera Instancia, si éstos han sido confirmados, pudiendo en ambos casos recurrirse a la Sala de Apelación.<sup>40</sup>

Una vez construida la investigación o en cualquier momento en que ésta se encuentre, el Fiscal deberá decidir si ejerce o no la acusación, con la cual se inicia el enjuiciamiento, que constituye la segunda fase del procedimiento.

Cuando el Fiscal considera que tiene suficientes elementos de juicio puede decidir que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya sea porque no existen bases suficientes de hecho o de derecho, porque la causa es inadmisibles o porque ella no redundaría en el interés de la justicia, en cuyo caso deberá decretar el archivo de la acusación; o, por el contrario, puede decidir que existen indicios racionales de criminalidad, en cuyo caso solicitará a la Sala de Cuestiones Preliminares que dicte una orden de detención, o cuando proceda, una orden de comparecencia. La Sala de Cuestiones Preliminares dictará una orden de detención cuando considere que ella es necesaria para garantizar la presencia del acusado en el juicio; para asegurar el desarrollo de las investigaciones y la posterior actividad jurisdiccional de la Corte, o para impedir que se siga cometiendo ese u otro crimen conexo.

La Corte remitirá la orden de detención al Estado donde se encuentra el acusado. De conformidad con las obligaciones previstas en la Parte IX del Estatuto, el Estado cuya cooperación se requiera deberá proceder a la detención de la persona requerida, la que permanecerá privada de libertad a la espera del juicio por la Corte Penal Internacional, aunque es posible que las autoridades nacionales puedan concederle, bajo ciertos requisitos, una libertad provisional. Una vez que el detenido se encuentre a disposición de la Corte, corresponderá a la Sala de Cuestiones Preliminares pronunciarse sobre su libertad provisional.

Con la constitución por la Presidencia de una Sala de Primera Instancia comienza la fase del enjuiciamiento, la que se rige

Respecto a los aspectos procesales de la admisibilidad, véanse I. Lirola Delgado y M. Martín Martínez. *La Corte Penal Internacional*. Barcelona. 2001. Págs. 161-164.

por las normas contenidas en la Parte VI del Estatuto (artículos 62 a 76) y las Reglas de Procedimiento y Prueba aprobadas por la Asamblea de los Estados Partes.

El enjuiciamiento sólo podrá llevarse a efecto si el acusado se encuentra a disposición de la Corte, ya que el Estatuto de la CPI prohíbe los juicios en rebeldía. La única excepción es que si el acusado perturba continuamente el normal desarrollo del juicio, la Sala de Primera Instancia puede ordenar su expulsión de la Sala.

El juicio seguido ante la Sala de Primera Instancia es oral, se desarrolla en forma pública y dicha Sala deberá velar por que el juicio sea justo y expedito, se sustancie con pleno respeto de los derechos y garantías de los acusados y tomando debidamente la protección de las víctimas y los testigos.

### **363. *La sentencia y las penas***

El juicio normalmente concluye con la sentencia que dicta la Sala de Primera Instancia. Dicho fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. El fallo incluirá, cuando no ha habido unanimidad, las opiniones de la mayoría de los magistrados así como de la minoría y deberá leerse en sesión pública.

El fallo puede ser absolutorio o condenatorio. En el primer caso el que haya sido ilegalmente detenido o recluido tendrá derecho a ser indemnizado. La sentencia condenatoria impondrá una pena privativa de libertad y, cuando proceda, con carácter complementario, una indemnización a favor de las víctimas o causahabientes.

En uno y otro caso, tanto el Fiscal como el acusado pueden ejercer respecto de la sentencia los recursos de apelación y revisión ante la Sala de Apelaciones. La apelación más bien se asemeja a un recurso de casación, ya que ésta procede, de acuerdo al artículo 81 del Estatuto, por vicio de procedimiento, error de hecho o de derecho. También procede la apelación por cualquiera otra materia que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo.

Respecto del recurso de revisión, éste procede excepcionalmente si se descubren nuevas pruebas que no se hallaban en la época del juicio y son suficientemente importantes para que, de

haberse valorado, hubieran dado lugar a otro veredicto o los elementos de prueba eran falsos o habían sido objeto de adulteración o falsificación.

En cuanto a las penas éstas pueden ser establecidas en la misma sentencia condenatoria dictada por la Sala de Primera Instancia o en una nueva audiencia, si así lo solicita el Fiscal o el acusado a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar presentaciones adicionales relacionadas con la pena.

Las penas, conforme al artículo 77 del Estatuto, pueden ser la reclusión por un número determinado de años que no exceda los 30; la reclusión a perpetuidad cuando lo justifique la extrema gravedad de un delito y las circunstancias personales del condenado. Esta última pena, contradictoria a la anterior, se debe a que en las negociaciones que se produjeron en la Conferencia de Roma entre aquellos Estados que no descartaban que el Estatuto de la CPI pudiera contemplar la pena de muerte y aquellos otros Estados, la mayoría, que se oponían terminantemente a que se pudiese contemplar dicha pena, resultó como transacción ese texto. También el Estatuto contempla como penas las multas y el decomiso de bienes.

En cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad, éstas deberán cumplirse en el Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado estar dispuestos a recibir condenados, pudiendo esos Estados poner condiciones, a reserva que sean aceptadas por la Corte. Al ejercer la facultad de designar el lugar donde se cumplirá la pena, la Corte deberá tener en cuenta el principio de que los Estados Partes deben compartir la responsabilidad para la ejecución de las penas, de conformidad con los principios de distribución equitativa, la opinión del condenado, la nacionalidad de éste y otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado o de la ejecución eficaz de la pena. De no ser posible la designación de un Estado, la pena privativa de libertad se cumplirá en el establecimiento penitenciario que designe el Estado anfitrión -Países Bajos- de acuerdo a las condiciones estipuladas en el Acuerdo de Sede, en cuyo caso los gastos que entrañe la ejecución de la pena privativa de libertad serán sufragados por la Corte.

### 364. *Balance y perspectivas*

No ha sido fácil el establecimiento de la Corte Penal Internacional y su gradual consolidación como una de las instituciones expresivas del actual derecho internacional. Cerca de medio siglo tardó en constituirse, desde 1949 en que la Comisión de Derecho Internacional comenzó a considerar el primer proyecto de una jurisdicción penal internacional permanente, hasta que en 1998 se adoptó en Roma el Estatuto de la CPI. Incluso la Conferencia de Roma estuvo a punto de fracasar y sólo a último momento, tras arduas e intensas negociaciones, se logró un acuerdo a costa de diferir la solución de los asuntos donde existían las mayores discrepancias o aceptar que ciertas cláusulas no se aplicasen temporalmente para los Estados que lo solicitasen. El Estatuto fue firmado en Roma por sólo 30 Estados, tardó cerca de 4 años en entrar en vigor e importantes Estados, como Estados Unidos, China, India, Japón y Rusia, aún no son Partes del Estatuto de la CPI.

En el caso de Estados Unidos, si bien el Presidente Clinton, casi al final de su mandato, suscribió el Estatuto de la CPI, bajo la administración del Presidente Bush se promulgó en 2003 una ley que restringe la ayuda y cooperación militar a los Estados que no garanticen mediante un acuerdo con Estados Unidos, sobre la base del artículo 98 del Estatuto, la inmunidad de los ciudadanos de Estados Unidos para que no sean entregados a la Corte Penal Internacional, exceptuándose de esa sanción sólo a los Estados de la O'IAN y aquellos con los cuales Estados Unidos tiene una vinculación especial.

Aun así, el Estatuto de la Corte Penal Internacional representa, desde la perspectiva del derecho internacional, el esfuerzo más grande que hasta ahora se ha emprendido en contra de la impunidad de quienes han cometido graves crímenes. Por lo mismo, eran presumibles los problemas y dificultades que se confrontarían para su establecimiento y posterior vigencia.

Con todo, después de más de cinco años que el Estatuto de la Corte Penal Internacional entrara en vigor, más de un centenar de Estados han llegado a ser Partes de él!, entre ellos la enorme mayoría de los Estados europeos, incluyendo la totalidad de los que forman la Unión Europea, así como buena parte de los Estados de América Latina. En nuestra región, sin contar a los paí-



ses del CARICOM, todos los Estados latinoamericanos, con la excepción de Chile, Cuba, El Salvador, Guatemala y Nicaragua, han ratificado o se han adherido a este fundamental instrumento.

En el caso de Chile, a comienzos del 2007, aún no es parte del Estatuto de la CPI, no obstante haber participado activamente tanto en el Comité Preparatorio como en la Conferencia de Roma de 1998, habiendo su delegación en esa ocasión efectuado importantes aportes. El 11 de septiembre de 1998 el Ministro de Relaciones Exteriores concurreó personalmente a Roma a firmar el Estatuto de la CPI y el Ejecutivo poco tiempo después envió su texto al Congreso Nacional para su aprobación. La Cámara de Diputados, en enero de 2002, lo aprobó por una amplia mayoría; sin embargo, en marzo de ese año, 35 diputados formularon una presentación al Tribunal Constitucional a fin de que éste declarase su inconstitucionalidad, aduciendo, entre otras consideraciones, que el Estatuto de Roma violaba la soberanía nacional al posibilitar la renuncia a la potestad de administrar justicia que corresponde a todo Estado independiente.

El Tribunal Constitucional, bajo su antigua composición, el 8 de abril de 2002, en fallo de mayoría, consideró que para que se pudiese reconocer jurisdicción a un tribunal supranacional -calidad que atribuyó a la Corte Penal Internacional- era necesario que éste se insertase "dentro del sistema nacional procediendo previamente a modificar el texto de la Constitución".<sup>41</sup>

<sup>41</sup> En su voto de minoría, el Ministro Marcos Libedinsky sostuvo que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no consigna disposiciones contrarias a los preceptos de la Constitución Política de Chile. Algunas de las consideraciones aducidas por el Ministro Libedinsky, especialmente en lo que respecta al valor que en Chile tienen los tratados de derechos humanos, de acuerdo a la interpretación del artículo 5°, inciso 2° de la Constitución, han sido señaladas anteriormente en este texto (ver en la Sección IV del Capítulo Quinto, el número 1K4, especialmente la nota de página 34). A ellas cabe agregar que en su voto disidente el Ministro Libedinsky sostuvo que el principio de complementariedad, consagrado en el Estatuto de Roma, configura una garantía de la primacía de nuestro sistema jurisdiccional, que sólo posibilitará la actuación de la Corte Penal Internacional en aquellas situaciones en que este sistema no haya actuado o lo haya hecho de un modo simulado, por lo que no se afecta el principio básico de la soberanía del Estado chileno en cuanto a que sus tribunales, de modo primario, conozcan las causas civiles y criminales que se promuevan dentro del territorio de la República.

Al día siguiente de haberse dictado la sentencia del Tribunal Constitucional, el Gobierno envió al Congreso una reforma constitucional mediante la cual propuso incorporar como disposición transitoria de la Constitución un texto en el cual se reconocía la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Dicho proyecto, no obstante, no logró suscitar un acuerdo en el Congreso Nacional. Tras prolongadas negociaciones entre representantes del gobierno y la oposición y un amplio debate que tuvo lugar en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se logró por la unanimidad de los miembros de ésta, el 11 de octubre de 2005, la aprobación de un proyecto de reforma constitucional,<sup>42</sup> el cual, a su vez, requiere

<sup>42</sup> El texto aprobado por la unanimidad de los miembros de la Comisión, senadores Alberto Espina, quien la presidió, Marcos Aburto, Andrés Chadwick, José Antonio Viera-Gallo y Andrés Zaldívar es del siguiente tenor: "Incorpórase en la Constitución Política de la República la siguiente disposición transitoria vigésimoprimera, nueva: 'Vigésimoprimera. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.

Al efectuar este reconocimiento, el Estado de Chile considera que un caso será inadmisibile ante la Corte Penal Internacional cuando haya sido juzgado o esté siendo investigado o juzgado por los órganos competentes nacionales. Chile reafirma la primacía de su jurisdicción penal en relación a los crímenes de competencia de la Corte.

Ninguna persona será entregada por Chile a la Corte Penal Internacional en tanto los órganos competentes del Estado de Chile tengan la oportunidad de investigar y juzgar la presunta comisión de un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, en que, al mismo tiempo, tengan jurisdicción los tribunales chilenos. En este último caso se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior.

La cooperación entre las autoridades nacionales y la Corte Penal Internacional, especialmente entre el Ministerio Público y el Fiscal de dicha Corte, se sujetará a lo que disponga la ley chilena respectiva.

Ninguna persona podrá ser arrestada o detenida en conformidad a una solicitud expedida por la Corte Penal Internacional, sino a través de una orden de funcionario público chileno expresamente facultado por la ley nacional.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo podrá ejercerse respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma.

El Estado de Chile se reserva el derecho de aceptar o rechazar cualquier modificación a la tipificación de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. En particular, ello se refiere a la disposición que defina el crimen de agresión y a cualquier otro que se quiera incorporar a su competencia...".

ser aprobado por las dos terceras partes de los senadores en ejercicio, lo que hasta enero de 2007 no ha sucedido.

Por otra parte, la labor inicial de la Corte no ha sido muy intensa o prolífica, lo cual es explicable al comienzo de este tipo de instancia judicial internacional. Recuérdese al respecto que algo similar ocurrió, *mutatis mutandi*, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En sus primeros cinco años de funcionamiento la Corte Penal Internacional sólo ha conocido casos que se refieren a nacionales de cuatro Estados africanos, tres remitidos al Fiscal por los propios Estados a los que pertenecen los acusados y otro por el Consejo de Seguridad.

La primera persona en ser procesada por la Corte Penal Internacional, en agosto de 2006, fue Thomas Lubanga, de la República Democrática del Congo, quien había sido arrestado por una orden de detención de la CPI y trasladado a La Haya cuatro meses antes. Lubanga dirigía la Unión de Patriotas Congoleños y a él se le imputaban diversos crímenes, pero su enjuiciamiento se debió a que había organizado y ejecutado un plan para reclutar como soldados a menores de 15 años, conducta que el Estatuto de la Corte considera un crimen de guerra.

Si bien este caso y los otros que han seguido no son suficientes para efectuar una evaluación de la labor de la Corte, ellos son demostrativos del impacto que está teniendo el Estatuto de Roma. Como lo expresara el Fiscal de la Corte, el jurista argentino Luis Moreno Ocampo, los Estados han comenzado a tomar en consideración la normas del Estatuto para adecuar su conducta, como ha acontecido con Colombia, por ejemplo, que mencionó la existencia de la Corte Penal Internacional como una de las razones para proceder a la desmovilización de las fuerzas paramilitares; la INTERPOL difunde las órdenes de detención de la Corte; y en África, después del caso Lubanga, ha disminuido el reclutamiento de los niños soldados.<sup>43</sup>

Por supuesto, la labor inicial de la Corte Penal Internacional tendrá que ser perfeccionada y complementada en los años venideros. Hay, desde luego, algunos aspectos confusos o poco claros en el Estatuto de la CPI, que resulta conveniente que sean

<sup>43</sup> L. Moreno Ocampo, "La Corte Penal Internacional como red de justicia". El País de Madrid. 13 de junio de 2006.

esclarecidos por la jurisprudencia de la Corte y por las normas complementarias que adopte la propia Corte o se establezcan por la Asamblea de los Estados Partes. En ese mismo sentido la Conferencia de Revisión de los Estados Partes prevista por el Estatuto en su artículo 123, la que debería celebrarse después del 1º de julio de 2009, representará una buena oportunidad para corregir algunas posibles imprecisiones, llenar lagunas jurídicas y resolver aquellos asuntos que quedaron pendientes de la Conferencia de Roma de 1998.

Pero más importante incluso que ese perfeccionamiento y complementación jurídica será la actitud que en los próximos años asumirán los Estados que aún no han llegado a ser partes del Estatuto de la CPI.

Para aquellos Estados, como los Estados Unidos de América, que mantienen fuerzas armadas en diversas regiones del mundo, el dilema que puede llegar a presentarse después de las frustrantes y traumáticas experiencias sufridas en Irak, no será tanto si llega o no a ser parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como si está dispuesto o no a someterse a las normas del derecho internacional humanitario. Es posible suponer en un país que en el pasado, más que ningún otro, contribuyó decididamente al establecimiento de jurisdicciones penales internacionales y donde el peso de la opinión pública influye poderosamente en las decisiones de política exterior, que la respuesta que pueda surgir de un nuevo gobierno sea la de someterse a esta instancia judicial, como un medio para prevenir y reprimir los graves crímenes de trascendencia internacional. De más está decir el efecto que tendría esa decisión en aquellos Estados que se han inhibido de ratificar o de adherirse al Estatuto de Roma por temor a las represalias de Estados Unidos.

En cambio, para otros Estados, cuyas fuerzas armadas, salvo para restringidas operaciones de paz de Naciones Unidas, no se encuentran participando en el exterior en conflictos armados susceptibles de causar crímenes de guerra, sólo se presenta la posibilidad de que la Corte Penal Internacional juzgue a sus nacionales por genocidios o crímenes de lesa humanidad. Incluso esa posibilidad es de muy difícil ocurrencia si se toma en consideración que el Estatuto no tiene efecto retroactivo y que respecto a Estados, como Chile y otros, que disponen de un Poder

Judicial que está en condiciones de conocer y sancionar a los responsables de esos crímenes, la jurisdicción nacional de esos Estados siempre prevalecerá respecto a la de la Corte Penal Internacional, en virtud del principio de complementariedad consagrado en el Estatuto de Roma.

En ese sentido el dilema que puede presentárseles a esos Estados no será la escogencia entre su jurisdicción nacional y la de la Corte Penal Internacional, sino más bien si ese Estado quiere o no formar parte de una comunidad internacional resuelta a impedir las horribles experiencias pasadas y que no está dispuesta a tolerar la impunidad de los responsables de graves crímenes, como son los de genocidio y lesa humanidad.

Hay, pues, motivos suficientes para estar relativamente optimistas sobre el futuro de la Corte Penal Internacional y **que** ella se irá gradualmente consolidando como una de las instituciones más importantes del derecho internacional del siglo XXI.

# ÍNDICE

<i>Abreviaturas más usadas</i> . . . . .	7
<i>Palabras previas</i> . . . . .	11

## *Capítulo Primero*

### INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL

SECCIÓN I NOCIÓN Y PRESUPUESTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL . . . . .	17
1. Denominación . . . . .	17
2. Concepto de derecho internacional público . . . . .	18
3. Derecho internacional público y derecho internacional privado . . . . .	19
4. Derecho internacional general y particular . . . . .	20
5. Carácter jurídico del derecho internacional . . . . .	21
SECCIÓN II LAS FUNCIONES LEGISLATIVAS, EJECUTIVAS Y JUDICIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL . . . . .	23
6. La función legislativa . . . . .	23
7. La función ejecutiva . . . . .	24
8. La función judicial . . . . .	26
SECCIÓN III FUNDAMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL . . . . .	27
9. Consideraciones generales . . . . .	27
10. La doctrina de la autolimitación . . . . .	29
11. Doctrina de la delegación del derecho interno . . . . .	29
12. Doctrina de la voluntad común de los Estados . . . . .	30
13. Doctrina de la voluntad de la comunidad internacional . . . . .	31
14. Doctrina basada en la norma <i>pacta ímww/ servando</i> . . . . .	33
15. Doctrina sociológica jurídica . . . . .	35
16. El normativismo . . . . .	36
17. El jusnaturalismo . . . . .	38
18. Algunas conclusiones en torno al fundamento del derecho internacional . . . . .	

## ÍNDICE

### *Capítulo Segundo*

#### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

SECCIÓN I EL DERECHO INTERNACIONAL DESDE SUS ORÍGENES HASTA LA PAZ DE WESTFALIA. . . . .	47
<b>19. Origen histórico del derecho internacional. . . . .</b>	<b>47</b>
<b>20. Vitoria y la escuela teológica española. . . . .</b>	<b>48</b>
<b>21. Gentili y Grocio. . . . .</b>	<b>49</b>
SECCIÓN II EL DERECHO INTERNACIONAL DESDE LA PAZ DE WESTFALIA HASTA EL CONGRESO DE VIENA (1648-1815) . . . . .	50
<b>22. El desarrollo de las relaciones internacionales y el derecho inter- nacional a partir de la Paz de Westfalia. . . . .</b>	<b>50</b>
<b>23. La elaboración doctrinaria. . . . .</b>	<b>51</b>
SECCIÓN III EL DERECHO INTERNACIONAL DESDE EL CONGRESO * DE VIENA A LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL (1815-1914) . . . . .	53
<b>24. El orden político internacional posterior al Congreso de Viena . . . . .</b>	<b>53</b>
<b>25. El desarrollo del derecho internacional. . . . .</b>	<b>54</b>
<b>26. Surgimiento del sistema interamericano. . . . .</b>	<b>55</b>
<b>27. La elaboración doctrinaria. . . . .</b>	<b>56</b>
<b>28. Bello y el aporte latinoamericano. . . . .</b>	<b>57</b>
<b>29. El inicio de la polémica por la existencia de un derecho internacional americano. . . . .</b>	<b>59</b>
SECCIÓN IV EL DERECHO INTERNACIONAL ENTRE EL TÉRMINO DE LAS DOS GUERRAS MUNDIALES (1919-1945). . . . .	60
<b>30. Las relaciones internacionales y el derecho internacional durante este periodo. . . . .</b>	<b>61</b>
<b>31. La elaboración doctrinaria. . . . .</b>	<b>62</b>
<b>32. El surgimiento de concepciones político-ideológicas del derecho internacional. . . . .</b>	<b>63</b>
<b>33. El desarrollo del derecho internacional en América. La contribución latinoamericana. . . . .</b>	<b>64</b>
SECCIÓN V EL DERECHO INTERNACIONAL POSTERIOR A LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL (1945-1989). . . . .	65
<b>34. Las relaciones internacionales después de la Segunda Guerra Mundial . . . . .</b>	<b>65</b>
<b>35. Características y problemas del derecho internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial. . . . .</b>	<b>66</b>
<b>36. La contribución latinoamericana. . . . .</b>	<b>72</b>
SECCIÓN VI EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL (1989- ) . . . . .	74
<b>37. Las relaciones internacionales de la postguerra fría. . . . .</b>	<b>74</b>
<b>38. El derecho internacional actual. . . . .</b>	<b>78</b>

### *Capítulo Tercero*

#### LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

SECCIÓN I ASPECTOS GENERALES DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL. . . . .	83
<b>39. Concepto de fuentes del derecho internacional. . . . .</b>	<b>83</b>
<b>40. Clasificación. . . . .</b>	<b>84</b>

## ÍNDICE

41. Jerarquía . . . . .	85
42. Los tratados . . . . .	86
SECCIÓN II LA COSTUMBRE INTERNACIONAL . . . . .	87
43. Nociones generales . . . . .	87
44. El elemento material . . . . .	88
45. El elemento psicológico . . . . .	89
46. Fundamento de la costumbre . . . . .	90
47. Clases de costumbres . . . . .	91
48. Formación de la norma consuetudinaria . . . . .	92
49. Prueba de la costumbre . . . . .	95
50. La codificación del derecho consuetudinario . . . . .	96
SECCIÓN III LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO . . . . .	99
51. Naturalezajurídica . . . . .	99
52. Los principios generales provenientes del derecho interno . . . . .	101
53. Los principios generales del derecho internacional . . . . .	101
SECCIÓN IV LAS FUENTES AUXILIARES . . . . .	105
54. Lajurisprudencia . . . . .	105
55. La doctrina . . . . .	106
SECCIÓN V LA EQUIDAD . . . . .	107
56. Concepto de equidad . . . . .	107
57. Función de la equidad en el derecho internacional . . . . .	108
SECCIÓN VI LAS RESOLUCIONES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES . . . . .	109
58. Las resoluciones de organizaciones internacionales como fuente de derecho . . . . .	109
59. Las resoluciones dictadas por organizaciones internacionales en vir- tut de los poderes conferidos por su tratado constitutivo . . . . .	109
60. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas . . . . .	111
61. Las resoluciones declarativas de derecho de organizaciones inter- nacionales . . . . .	112
SECCIÓN VIII LOS ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES . . . . .	114
62. Concepto y fundamento . . . . .	114
63. Elementos . . . . .	115
64. Capacidad para formular actos unilaterales en nombre del Estado . . . . .	116
65. Principales actos jurídicos unilaterales . . . . .	118
66. La regla del estoppel . . . . .	119

### *Capítulo Cuarto*

#### DERECHO DE LOS TRATADOS

SECCIÓN I ASPECTOS GENERALES DE LOS TRATADOS . . . . .	121
67. Fuentes del derecho de los tratados . . . . .	121
68. Concepto . . . . .	124
69. Clasificación . . . . .	126
70. Capacidad para celebrar tratados . . . . .	127
SECCIÓN II <b>CELEBRACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS</b> . . . . .	128
71. Procedimientos de conclusión de los tratados . . . . .	128



## ÍNDICE

72. El procedimiento tradicional o clásico	129
73. Los procedimientos simplificados o abreviados	133
74. La adhesión	133
75. La adopción de tratados en conferencias internacionales	134
76. La adopción de tratados por organizaciones internacionales	134
77. Registro y publicidad del tratado	135
78. Entrada en vigor de los tratados	136
79. Aplicación provisional de los tratados	137
SECCIÓN III LA CONCLUSIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE CHILE	138
80. Aspectos generales relativos a la conclusión de los tratados en Chile	138
81. La aprobación legislativa	140
82. Otras facultades del Congreso Nacional en materia de tratados	142
83. Vigencia interna de los tratados	H3
SECCIÓN IV LAS RESERVAS A LOS TRATADOS	145
84. Concepto y funciones de las reservas	145
85. Procedencia de las reservas	146
86. Aceptación de las reservas	146
87. Efectos de las reservas	147
SECCIÓN V APLICACIÓN Y EFECTOS DE LOS TRATADOS	148
88. Aplicación de los tratados en el tiempo y el espacio	148
89. Efectos de los tratados para las partes	149
90. Efectos de los tratados para terceros Estados	149
91. La cláusula de la Nación más favorecida	150
SECCIÓN VI INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS	151
92. Concepto y métodos de interpretación de los tratados	151
93. Principales reglas de interpretación	152
94. Interpretación de un tratado redactado en dos o más idiomas	156
95. La interpretación de los tratados de derechos humanos	157
SECCIÓN VII ENMIENDA Y MODIFICACIÓN DE LOS TRATADOS	161
96. Concepto de enmienda, modificación, reforma y revisión de los tratados	161
97. Enmienda de un tratado	162
98. Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente	163
99. ¿Puede un tratado modificarse por la práctica ulterior de las par- tes?	164
SECCIÓN VIII VALIDEZ Y NULIDAD DE LOS TRATADOS	165
100. Validez de los tratados	165
101. Restricciones para impugnar la validez de un tratado	166
102. La nulidad de los tratados. Concepto y tipo de causales	167
103. La violación del derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados	168
104. Inobservancia de una restricción específica de los poderes para ma- nifestar el consentimiento de un Estado	169
105. El error	170
106. <b>El dolo y la corrupción del representante</b>	171
107. La coacción	172

## ÍNDICE

108. La oposición a normas <i>de jus cogens</i> existente. . . . .	176
109. Consecuencias de la nulidad de un tratado. . . . .	178
SECCIÓN IX LA TERMINACIÓN Y SU SPENSIÓN DE LOS TRATADOS. . . . .	179
110. Concepto y diferentes causales de terminación de un tratado . . . . .	179
111. El cumplimiento del plazo y de la condición resolutoria . . . . .	180
112. La denuncia . . . . .	181
113. La abrogación . . . . .	181
114. La violación del tratado. . . . .	182
115. La imposibilidad subsiguiente de cumplimiento. . . . .	183
116. El cambio fundamental de circunstancias ( <i>rebus sk standibus</i> ). . . . .	184
117. El <i>ius cogens</i> emergente. . . . .	186
118. Consecuencias de la terminación de un tratado. . . . .	187
119. La suspensión de los tratados. . . . .	187
120. Procedimiento respecto de la nulidad, terminación y suspensión de los tratados. . . . .	188

### Capítulo Quinto

## RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

SECCIÓN I ASPECTOS GENERALES. . . . .	191
121. Problemas que plantean las relaciones entre el derecho internado^ nal y el derecho interno. . . . .	191
122. Los asuntos reservados a lajurisdicción doméstica de los Estados . . . . .	192
SECCIÓN II LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DE LOS ESTADOS . . . . .	196
123. La explicación dualista . . . . .	196
124. La explicación monista . . . . .	197
125. La incorporación del derecho internacional en la práctica de los Estados . . . . .	199
SECCIÓN III IA JERARQUÍA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO. . . . .	202
126. Consideraciones doctrinarias . . . . .	202
127. Solución del conflicto dentro del ámbito internacional. . . . .	203
128. Solución del conflicto dentro del ámbito interno. . . . .	204
SECCIÓN IV LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO. . . . .	209
129. Aspectos generales. . . . .	209
130. La incorporación yjerarquía del derecho internacional no conven- cional. . . . .	211
131. La incorporación de los tratados internacionales . . . . .	215
132. Lajerarquía de los tratados internacionales . . . . .	216
133. Conflicto entre la Constitución y los tratados . . . . .	218
134. La situación de los tratados sobre derechos humanos. . . . .	219

## ÍNDICE

### *Capítulo Sexto*

#### **EL ESTADO COMO SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL**

SECCIÓN I LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL . . . . .	225
<b>135. Los sujetos de derecho internacional . . . . .</b>	<b>225</b>
SECCIÓN II CONCEPTUALIZACIÓN DEL ESTADO COMO SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL . . . . .	227
<b>136. Concepto y elementos del Estado . . . . .</b>	<b>227</b>
<b>137. La población . . . . .</b>	<b>228</b>
<b>138. El territorio . . . . .</b>	<b>229</b>
139. El gobierno . . . . .	230
<b>140. La independencia . . . . .</b>	<b>230</b>
SECCIÓN III TIPOS DE ESTADOS . . . . .	
<b>141. Confederación y federación de Estados . . . . .</b>	<b>231</b>
<b>142. Uniones personales y reales . . . . .</b>	<b>232</b>
<b>143. Los Estados sometidos a neutralidad perpetua . . . . .</b>	<b>235</b>
<b>144. Los Estados dependientes . . . . .</b>	<b>238</b>
SECCIÓN IV NACIMIENTO, CONTINUIDAD Y EXTINCIÓN DE LOS ESTADOS . . . . .	240
<b>145. Nacimiento de los Estados . . . . .</b>	<b>240</b>
<b>146. Identidad y continuidad del Estado . . . . .</b>	<b>242</b>
<b>147. Extinción . . . . .</b>	<b>245</b>
SECCIÓN V SUCESIÓN DE ESTADOS . . . . .	246
<b>148. Concepto y fuentes . . . . .</b>	<b>246</b>
<b>149. Sucesión de Estados en materia de tratados . . . . .</b>	<b>248</b>
<b>150. Sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas . . . . .</b>	<b>249</b>
<b>151. Sucesión de Estados en materia de nacionalidad de las personas naturales . . . . .</b>	<b>251</b>

### *Capítulo Séptimo*

#### **EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL**

SECCIÓN I ASPECTOS GENERALES . . . . .	253
<b>152. El acto de reconocimiento internacional . . . . .</b>	<b>253</b>
SECCIÓN II RECONOCIMIENTO DE ESTADOS . . . . .	255
<b>153. Concepto y formas de reconocimiento . . . . .</b>	<b>255</b>
<b>154. Naturaleza del reconocimiento . . . . .</b>	<b>256</b>
<b>155. Efectos del reconocimiento . . . . .</b>	<b>257</b>
<b>156. Carácter del reconocimiento de un Estado . . . . .</b>	<b>259</b>
SECCIÓN III RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS . . . . .	262
<b>157. Concepto y características . . . . .</b>	<b>262</b>
<b>158. Efectos . . . . .</b>	<b>262</b>
<b>159. El criterio de la efectividad . . . . .</b>	<b>263</b>
<b>160. El criterio de la legitimidad . . . . .</b>	<b>264</b>
<b>161. La doctrina Estrada . . . . .</b>	<b>267</b>
<b>162. El criterio de la legitimidad democrática en la actualidad . . . . .</b>	<b>268</b>

## ÍNDICE

SECCIÓN IV RECONOCIMIENTO DE BELIGERANTES, INSURRECTOS Y MOVIMIENTOS DE LIBERACIÓN NACIONAL . . . . .	272
163. Consideraciones generales . . . . .	272
164. El reconocimiento de beligerancia . . . . .	274
165. Reconocimiento o admisión de insurgencia . . . . .	277
166. Los Movimientos de Liberación Nacional . . . . .	278

### *Capítulo Octavo*

#### LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL DE OTROS SUJETOS DE NATURALEZA NO ESTATAL

SECCIÓN I ASPECTOS GENERALES. . . . .	281
167. Los sujetos de derecho internacional de carácter no estatal . . . . .	281
SECCIÓN II LA SANTA SEDE . . . . .	283
168. La personalidad internacional de la Santa Sede . . . . .	283
169. Evolución histórica de la Santa Sede . . . . .	284
170. La Ciudad Estado del Vaticano . . . . .	285
171. Situación actual de la Santa Sede . . . . .	286
172. La Soberana Orden de Malta . . . . .	287
SECCIÓN III ENTIDADES QUE ASPIRAN A CONSTITUIRSE EN ESTADOS . . . . .	289
173. La Organización para la Liberación de Palestina . . . . .	289
174. El Frente Polisario . . . . .	292
SECCIÓN IV ENTIDADES DE DERECHO PRIVADO QUE DISPONEN DE CIERTA PERSONALIDAD INTERNACIONAL . . . . .	293
175. El Comité Internacional de la Cruz Roja . . . . .	293
176. Las organizaciones internacionales no gubernamentales . . . . .	295
177. Las empresas transnacionales . . . . .	296

### *Capítulo Noveno*

#### LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

SECCIÓN I ASPECTOS GENERALES. . . . .	299
178. Concepto y elementos . . . . .	299
179. La subjetividad de las organizaciones internacionales . . . . .	301
180. Desarrollo histórico . . . . .	303
181. La Sociedad de las Naciones . . . . .	304
SECCIÓN» LAS ACTUALES ORGANIZACIONES INTERNACIONALES . . . . .	306
182. Principales organizaciones internacionales en la actualidad . . . . .	306
183. Las organizaciones europeas de integración. La Unión Europea . . . . .	309
184. Las organizaciones de integración en América Latina . . . . .	311
185. La proliferación de organizaciones internacionales . . . . .	313
186. Clasificación . . . . .	313
SECCIÓN III ESTRUCTURA Y ESTATUTO JURÍDICO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. . . . .	316
187. Los miembros de las organizaciones internacionales . . . . .	316
188. Los órganos . . . . .	320
189. Adopción de decisiones . . . . .	323

## ÍNDICE

190. Financiamiento y presupuesto. . . . .	325
<b>191. El funcionario internacional. . . . .</b>	<b>326</b>

### *Capítulo Décimo*

## LAS NACIONES UNIDAS

SECCIÓN I EL ESTABLECIMIENTO DE LAS NACIONES UNIDAS. . . . .	329
<b>192- El proceso de creación de las Naciones Unidas. . . . .</b>	<b>329</b>
<b>193. La Conferencia de San Francisco. . . . .</b>	<b>334</b>
<b>194. Las reformas a la Carta de las Naciones Unidas. . . . .</b>	<b>334</b>
<b>195. Carácter especial de la Carta de las Naciones Unidas. . . . .</b>	<b>336</b>
SECCIÓN II LOS PROPÓSITOS Y PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS ...	337
<b>196. Propósitos. . . . .</b>	<b>337</b>
<b>197. Principios. . . . .</b>	<b>338</b>
SECCIÓN III LOS MIEMBROS DE LAS NACIONES UNIDAS. . . . .	339
<b>198. Miembros originarios. . . . .</b>	<b>339</b>
<b>199. Miembros admitidos. . . . .</b>	<b>340</b>
<b>200. Suspensión de un Estado miembro. . . . .</b>	<b>343</b>
<b>201. Expulsión y retiro voluntario. . . . .</b>	<b>344</b>
<b>202. Las Misiones Permanentes. . . . .</b>	<b>345</b>
<b>203. Observadores. . . . .</b>	<b>345</b>
<b>204. Grupos regionales. . . . .</b>	<b>346</b>
SECCIÓN IV ESTRUCTURA DE LAS NACIONES UNIDAS. . . . .	348
<b>205. Los órganos principales. . . . .</b>	<b>348</b>
<b>206. El sistema de Naciones Unidas. . . . .</b>	<b>349</b>
<b>207. Las funciones de Naciones Unidas y su cumplimiento por los diferentes órganos y entidades. . . . .</b>	<b>350</b>
<b>208. Sede. . . . .</b>	<b>356</b>
SECCIÓN V LA ASAMBLEA GENERAL. . . . .	357
<b>209. Composición. . . . .</b>	<b>357</b>
<b>210. Competencia general. . . . .</b>	<b>358</b>
<b>211. Competencia específica. . . . .</b>	<b>358</b>
<b>212. La Resolución Unión pro Paz. . . . .</b>	<b>360</b>
<b>213. Periodos de sesiones. . . . .</b>	<b>361</b>
<b>214. Votaciones. Valor jurídico de las resoluciones. . . . .</b>	<b>362</b>
SECCIÓN VI EL CONSEJO DE SEGURIDAD. . . . .	364
<b>215. Responsabilidad y composición. . . . .</b>	<b>364</b>
216. Funciones y poderes. . . . .	364
<b>217. Organización. . . . .</b>	<b>365</b>
<b>218. Régimen de votaciones. . . . .</b>	<b>366</b>
<b>219. Obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad. . . . .</b>	<b>368</b>
SECCIÓN VII LA SEGURIDAD COLECTIVA EN NACIONES UNIDAS. . . . .	369
<b>220. Acciones que pueda adoptar el Consejo de Seguridad para mantener la paz y la seguridad internacionales. . . . .</b>	<b>369</b>
<b>221. La aplicación de medidas coercitivas por el Consejo de Seguridad durante la postguerra fría. . . . .</b>	<b>371</b>

## ÍNDICE

222. Las operaciones de paz . . . . .	375
223. El mantenimiento de la paz y seguridad internacionales por las organizaciones regionales. . . . .	378
224. Las medidas coercitivas adoptadas por las organizaciones regionales	380
SECCIÓN VIII LA COOPERACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL, EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL Y LOS ORGANISMOS ESPECIALIZADOS. . . . .	384
225. La cooperación económica y social. . . . .	384
226. El Consejo Económico y Social. Funciones y composición. . . . .	385
227. Organización del ECOSOC. . . . .	386
228. Los organismos especializados. . . . .	387
SECCIÓN IX LA SECRETARÍA Y DISPOSICIONES VARIAS DE LA CARTA . . . . .	391
229. La Secretaría y el Secretario General. . . . .	391
230. Personalidad jurídica de Naciones Unidas. . . . .	392
231. Privilegios e inmunidades. . . . .	393
232. Idiomas oficiales. . . . .	394
SECCIÓN X BALANCE Y DESAFÍOS. . . . .	394
233. Los logros de Naciones Unidas. . . . .	394
234. Los nuevos desafíos. . . . .	398

### *Capítulo Undécimo*

#### EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

SECCIÓN I ASPECTOS GENERALES E HISTÓRICOS. . . . .	401
235. El sistema interamericano y la Organización de Estados Americanos. . . . .	401
236. Antecedentes históricos del sistema interamericano. . . . .	402
237. La Carta de la OEA de 1948. . . . .	407
238. Las reformas a la Carta de la OEA. . . . .	408
239. Evolución histórica de la OEA del sistema interamericano a partir de la Carta de la OEA de 1948. . . . .	409
SECCIÓN II NATURALEZA, PROPÓSITOS Y PRINCIPIOS DE LA OEA . . . . .	416
240. Naturaleza . . . . .	416
241. Propósitos. . . . .	417
242. Principios. . . . .	418
SECCIÓN III LOS MIEMBROS DE LA OEA. . . . .	419
243. Los requisitos para ser Estado miembro de la OEA. . . . .	419
244. Restricciones para que un Estado pueda ser miembro de la OEA . . . . .	421
245. Expulsión de un Estado miembro. . . . .	422
246. Suspensión de un Estado miembro. . . . .	423
247. Observadores. . . . .	424
SECCIÓN IV LOS ÓRGANOS DE LA OEA. . . . .	425
248. Los órganos principales previstos en la Carta . . . . .	425
249. La Asamblea General . . . . .	426
250. Las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores	428
251. El Consejo Permanente. . . . .	430

## ÍNDICE

252. El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral . . . . .	432
253. El Comité Jurídico Interamericano . . . . .	434
254. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos . . . . .	435
255. La Secretaría General . . . . .	437
256. Las Conferencias Especializadas . . . . .	439
257. Los Organismos Especializados . . . . .	440
258. Otras entidades y organismos . . . . .	440
259. Las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas . . .	441
SECCIÓN V LA SEGURIDAD COLECTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. . . . .	443
260. Generalidades . . . . .	443
261. El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca . . . . .	445
262. Las aplicaciones del TIAR . . . . .	446
263. La situación actual del TIAR . . . . .	490
264. Los nuevos desarrollos y desafíos sobre seguridad en el sistema in- teramericano. . . . .	452
SECCIÓN VI BALANCE Y LOGROS. . . . .	454
265. El contexto histórico en el que se ha desarrollado el sistema inte- ramericano. . . . .	454
266. Los principales logros . . . . .	459

### *Capítulo Duodécimo*

#### EL INDIVIDUO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

SECCIÓN I LA IMPORTANCIA DEL INDIVIDUO EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. . . . .	461
267. La subjetividad internacional del individuo. . . . .	461
268. La humanización del derecho internacional . . . . .	464
SECCIÓN II LA NACIONALIDAD. . . . .	465
269. Concepto e importancia de la nacionalidad para el derecho inter- nacional . . . . .	468
270. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad, de la cual no puede ser privada arbitrariamente . . . . .	470
271. La nacionalidad múltiple. . . . .	472
272. La nacionalidad supone un vínculo real y efectivo con un Estado .	474
273. Apatridia . . . . .	476
SECCIÓN III LA CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS. . . . .	477
274. Concepto y aspectos generales. . . . .	477
275. Admisión y permanencia de los extranjeros. . . . .	478
276. La expulsión de extranjeros. . . . .	480
277. La propiedad privada de los extranjeros. La nacionalización de bienes extranjeros. . . . .	481
SECCIÓN IV EL ASILO Y LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS. . . . .	486
278. Conceptos y aspectos generales. . . . .	486
279. El asilo territorial . . . . .	488
280. Condición de los refugiados. . . . .	489
281. El principio de no devolución . . . . .	491

## ÍNDICE

SECCIÓN V EL ASILO DIPLOMÁTICO. . . . .	493
282. Aspectos generales . . . . .	493
283. Aplicaciones del asilo diplomático. Los casos Haya de la Torre y Cámpora . . . . .	495
284. Principales reglas que rigen el asilo diplomático. . . . .	497
SECCIÓN VI LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA . . . . .	500
285. Aspectos generales . . . . .	500
286. Concepto, naturaleza y características de la protección diplomática . . . . .	502
287. Requisitos. . . . .	503
288. El requisito de la nacionalidad de las personas naturales . . . . .	504
289. El requisito de la nacionalidad en las personas jurídicas y en los accionistas de una sociedad . . . . .	505
290. El requisito del previo agotamiento de los recursos de lajurisdic- ción interna . . . . .	506
291. ¿Es la conducta correcta del lesionado un requisito para interpo- ner la protección diplomática? . . . . .	508
292. La renuncia anticipada a la protección diplomática. La Cláusula Calvo. . . . .	509
293. Protección diplomática y asistencia consular. . . . .	511
294. Los casos Breard, La Grand y Avena . . . . .	512

### *Capítulo Decimotercero*

#### LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

SECCIÓN I ASPECTOS GENERALES. . . . .	517
295. ¿Qué son los derechos humanos? . . . . .	517
296. ¿Por qué una protección internacional a los derechos humanos? . . . . .	519
297. Las diversas categorías de derechos humanos. Su universalidad, in- divisibilidad e interdependencia . . . . .	521
298. Protección universal y protección regional de los derechos huma- nos . . . . .	523
299. ¿Cómo se protegen los derechos humanos en el plano internacio- nal? . . . . .	527
<b>SECCIÓN II LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR NACIONES UNIDAS. . . . .</b>	<b>535</b>
300. La Carta de las Naciones Unidas. . . . .	535
301. La Declaración Universal de Derechos Humanos. . . . .	536
302. Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. . . . .	537
303. Otras convenciones sobre derechos humanos celebradas dentro del ámbito de Naciones Unidas . . . . .	538
304. Los órganos de protección. . . . .	540
305. El Consejo de Derechos Humanos. . . . .	543
306. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos . . . . .	545
307. Evaluación de la labor de Naciones Unidas en materia de derechos humanos. . . . .	546
SECCIÓN III LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL SISTEMA INTERAMERICANO. . . . .	550
308. Antecedentes históricos. . . . .	550



## ÍNDICE

309. La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los derechos protegidos. . . . .	552
310. Otras convenciones interamericanas de derechos humanos. . . . .	555
311. Los órganos de protección. . . . .	557
312. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) . . . . .	558
313. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. . . . .	561
<b>SECCIÓN IV EL PROCEDIMIENTO DE LAS DENUNCIAS ANTE LA COMISIÓN Y LAS DEMANDAS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. . . . .</b>	<b>563</b>
314. Diversidad de instrumentos aplicables a las denuncias. . . . .	563
315. Competencia de la CIDH. . . . .	565
316. La fase inicial del procedimiento ante la CIDH . . . . .	571
317. La fase de admisibilidad. . . . .	572
318. La fase contradictoria. . . . .	575
319. La fase de decisión. . . . .	577
320. Remisión del caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. . . . .	578
321. Las partes en el procedimiento contencioso ante la Corte. . . . .	579
322. El procedimiento ante la Corte. . . . .	581
323. La sentencia de la Corte. . . . .	583
324. Evaluación del sistema interamericano de derechos humanos en lo que atañe a denuncias y demandas individuales. Proposición de su reforma. . . . .	585
<b>SECCIÓN V EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. . . . .</b>	<b>591</b>
325. Aspectos generales. . . . .	591
326. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. . . . .	593
327. Los conflictos armados internos. El artículo 3 común. . . . .	594
328. Los Protocolos Adicionales de 1977. . . . .	596

### *Capítulo Decimocuarto*

## **LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO**

<b>SECCIÓN I ASPECTOS GENERALES. . . . .</b>	<b>599</b>
329. La subjetividad internacional penal del individuo. . . . .	599
330. Evolución histórica de la responsabilidad penal internacional del individuo. . . . .	602
<b>33L E l i n t e r n a c i o n a l . . . . .</b>	<b>604</b>
332. Tratados que delegan en los Estados la tipificación de ciertos delitos. . . . .	606
<b>SECCIÓN II LOS DELITOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES. . . . .</b>	<b>607</b>
333. Consideraciones generales. . . . .	607
334. La piratería. . . . .	609
335. La esclavitud y el tráfico de esclavos. . . . .	610
336. El genocidio. . . . .	611
337. El apoderamiento ilícito de aeronaves y los delitos contra la seguridad de la aviación civil. . . . .	612
338. La toma de rehenes. . . . .	614

## ÍNDICE

<b>339. La tortura</b> . . . . .	<b>614</b>
340. La desaparición forzada de personas . . . . .	617
341. Los crímenes de lesa humanidad . . . . .	619
342. Los crímenes de guerra . . . . .	621
343. El terrorismo . . . . .	623
SECCIÓN III LA JURISDICCIÓN PENAL DE LOS ESTADOS . . . . .	630
344. El principio de la territorialidad . . . . .	630
345. La jurisdicción universal . . . . .	631
346. Modalidades de la jurisdicción universal . . . . .	633
347. La Regla <i>aut dedere aut iudicare</i> . . . . .	634
348. ¿Puede ejercerse una jurisdicción universal sin una base convencional respecto de crímenes de lesa humanidad? . . . . .	636
349. El caso Pinochet . . . . .	640
350. Algunas consideraciones a modo de conclusión . . . . .	646
SECCIÓN IV LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES . . . . .	649
351. Antecedentes históricos y generales . . . . .	649
352. El Tribunal Militar de Nuremberg . . . . .	651
353. El Tribunal Militar para el Lejano Oriente . . . . .	652
354. El Tribunal Internacional para el juzgamiento de los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia . . . . .	653
355. El Tribunal Internacional para Rwanda . . . . .	657
SECCIÓN V LA CORTE PENAL INTERNACIONAL . . . . .	660
356. Antecedentes históricos y generales . . . . .	660
357. Principales características de la Corte Penal Internacional (CPI) . . . . .	662
358. Estructura de la CPI . . . . .	664
359. Los crímenes de la competencia de la Corte . . . . .	666
360. Principios de Derecho Penal que debe aplicar la Corte . . . . .	668
361. Los sujetos legitimados para promover el ejercicio de la acción penal ante la CPI . . . . .	669
362. El procedimiento ante la CPI . . . . .	670
363. La sentencia y las penas . . . . .	673
364. Balance y perspectivas . . . . .	675