

ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



Anuario
Argentino
de
Derecho
Internacional

III

1987 - 1989

CORDOBA - REPUBLICA ARGENTINA

La Asociación Argentina de Derecho Internacional
agradece a

ARCOR S.A.I.C.

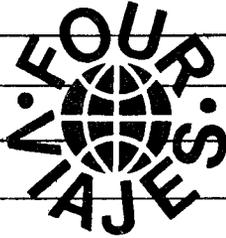
BANCO SOCIAL DE CORDOBA

FOUR VIAJES

SOPPELSA

por su generosa contribución para esta publicación

Una vez más...



y la Cultura

apoyando esta publicación científica

AV.COLON 345-L.56-GAL. CINERAMA

TEL.226583-227303-CORDOBA

ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

**Anuario
Argentino
de
Derecho
Internacional**

III

1987 - 1989

CORDOBA - REPUBLICA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que marca la ley

CONSEJO DE REDACCION

Director:

Dr. Ernesto J. Rey Caro

Consejeros:

Dr. Calixto Armas Barea

Dr. Antonio Boggiano

Dra. Nelly Eve Chiesa

Dr. Aldo Armando Cocca

Dr. Fernando Díaz Ulloque

Dr. Enrique Ferrer Vieyra

Dr. Horacio Daniel Piombo

Dr. Pablo A. Ramella

Dr. José María Ruda

Secretaría:

Dr. Alberto Seve de Gastón

DIRECCION, REDACCION Y CORRESPONDENCIA:

Casilla de Correo 749

5000 Córdoba

República Argentina

Los trabajos publicados expresan las opiniones personales de sus autores y la Dirección no se identifica con ellas.



AUTORIDADES DE LA ASOCIACION ARGENTINA
DE
DERECHO INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Dr. Aldo Armando Cocca
VICEPRESIDENTE: Dr. Jorge José Torres
SECRETARIO GENERAL:: Dra. María Teresa Moya Domínguez
PROSECRETARIO GENERAL: Dr. Carlos Guastavino
TESORERO: Dr. Alberto Seve de Gastón
PROTESORERO: Cont. Jorge Giner
CONSEJEROS: Dr. Calixto Armas Barea
Dr. Gustavo Barbarán
Dr. Roberto Bartolomeo Carlomagno
Dr. Fernando Díaz Ulloque
Dra. Beatriz Pallarés
Dr. Ernesto J. Rey Caro
COMISION REVISORA
DE CUENTAS: Dr. Alfredo Bruno Bologna
Dra. Graciela Marquez
Dr. Juan Andrés Ruiz Díaz

SECCION DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Director: Dra. Marta Yolanda Tejerizo
Secretario: Dra. Luciana Díaz de García
Vocales: Dr. Julio A. Barberis
Dra. Graciela Rosa Salas
Dr. Raúl E. Vinuesa

SECCION DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Director: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani
Secretario: Dra. Alicia Perugini de Paz Geuse
Vocales: Dr. Jorge Albornoz
Dr. Eduardo L. Fermé
Dr. Oscar Remaggi

SECCION DERECHO ESPACIAL

Director: Dr. Manuel Augusto Ferrer
Secretario: Dra. Florencia Rusconi
Vocales: Dr. Julio A. Barberis
Dr. Mario A. Folchi
Dra. Silvia Maureen Williams

SECCION RELACIONES INTERNACIONALES

Director: Dra. Susana Torres
Secretario: Dra. Graciela R. Salas
Vocales: Dr. Alfredo Bruno Bologna
Lic. Luis Dallanegra Pedraza
Lic. Darío Olivera

SECCION DERECHO DE LA INTEGRACION

Director: Dra. Iris Mabel Laredo
Secretario: Dr. César Adolfo Vera
Vocales: Dra. Stella Maris Biocca
Dr. César Cuervo
Dr. Anibal Tossetti

SECCION DOCUMENTACION, METODOLOGIA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Director: Dra. Graciela Chalita
Secretario: Dra. María Blanca Noodt Taquela
Vocal: Dra. Zlata Drnas de Clement

I N D I C E

DOCTRINA

“Es la costumbre una fuente de Derecho Internacional?”, por <i>Julio A. Barberis</i>	11
“Opiniones disidentes y separadas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, por <i>Héctor Gros Espiell</i>	23
“A evolucao do Direito Internacional humanitario e as posicoes do Brasil”, por <i>Antonio Augusto Cancado Trindade</i>	45
“Autoridad vinculante para las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en determinados campos de lo funcional y territorial”, por <i>Finn Seyersted</i>	81
“Algunos aspectos del concepto de necesidad en Derecho Internacional”, por <i>Julio Barboza</i>	93
“La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y los medios de producción del Derecho Internacional del Mar”, por <i>Fernando M. Mariño Menéndez</i>	113
“La guerra fría a través de los tratados y de otros documentos internacionales”, por <i>Alberto J. Leonart Amsélem</i>	145
“La Comisión Permanente del Pacífico Sur (CPPS), como vehículo de cooperación Pan-Pacífica”, por <i>Hugo Llanos Mansilla</i>	167
“Lucha contra las drogas sin destruir el sistema interamericano”, por <i>Javier Illanes F.</i>	187
“El Derecho de libre determinación de los pueblos. Colonialismo formal. Neocolonialismo. Colonialismo interno”, por <i>Zlata Drnas de Clément</i>	193
“La protección y preservación del medio marino en el Derecho Internacional contemporáneo”, por <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	241
“La equidad en el Derecho Internacional Público: aspectos actuales”, por <i>José Juste Ruiz</i>	267

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

“Estados de Emergencia en la Región Andina”, Editado por la Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987, 322 pág. Por Graciela R. Salas	313
<i>Conforti</i> , Benedetto. “Diritto Internazionale”, Editoriale Scientifica, Terza Edizione (ristampa inalterata), Roma, 1989, 432 pág. Por Graciela R. Salas	315

<i>Nikken</i> , Pedro. "La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Desarrollo Progresivo", Editorial Civitas, Madrid, 1987, 321 pág. Por Zlata Drnas de Clement	317
<i>Díaz Barrado</i> , Castor M. "El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza en Derecho Internacional", Tomo I y II, Ed. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1989. Por Susana B. Galván	319
"La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Departamento de Publicaciones, San José, Costa Rica, 1987. Por Rodolfo Jesús Monti	320
<i>Cerezo de Diego</i> , Prometeo. "Alonso de Veracruz y el Derecho de Gentes", Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 1985, 372 pág. Por Ernesto J. Rey Caro	322
<i>García Amador</i> , Francisco V. "El Derecho Internacional del Desarrollo. Una nueva dimensión del Derecho Intenacional Económico", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, 288 pág. Por Ernesto J. Rey Caro	324
<i>Carasales</i> , Julio César. "El desarme de los desarmados. Argentina y el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares", Editorial Pleamar, Buenos Aires, 1987, 360 pág. Por Ernesto J. Rey Caro	327
<i>Díaz Albónico</i> , Rodrigo. "El Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina", Editorial Universitaria S.A., Santiago de Chile, Chile, 236 pág. y 4 mapas. Por Ernesto J. Rey Caro	329
<i>Mangas Martín</i> , Araceli. "Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español", Editorial Tecnos, Madrid, 1987, 319 pág. Por Ernesto J. Rey Caro	331
<i>Martínez Puñal</i> , Antonio. "Los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en la Zona Económica Exclusiva", (Participación en la explotación de los recursos vivos), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, España, 1988, 421 pág. Por Ernesto J. Rey Caro	334
<i>García Bauer</i> , Carlos. "Los derechos humanos en América", Tipografía Nacional de Guatemala, Guatemala, C.A., 1987, 416 pág. Por Ernesto J. Rey Caro	336
<i>Linares</i> , Antonio. "Derecho Internacional del Espacio Ultraterrestre", Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, Caracas, 1987, 648 pág. Por José Alejandro Consigli	339
<i>Hummer</i> , Waldemar y <i>Schweitzer</i> , Michael. "Derecho Europeo. El derecho institucional de las tres comunidades europeas y el derecho material de la Comunidad Económica Europea", Impreso por Fundación Editora Notarial, La Plata (Argentina), 1987, 371 pág. Por Nelson D. Marciomni	341

CRONICAS

"El XXº Aniversario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional", por <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	345
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

¿ES LA COSTUMBRE UNA FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL?

JULIO A. BARBERIS

La costumbre es un fenómeno que ya existía en la sociedad humana cuando el hombre hizo su primera reflexión sobre el Derecho. El jurista se ha enfrentado así con una situación ya consolidada que ha tratado de analizar, comprender, hallar su razón o “fundamento” o, dicho en otros términos, ha tratado de incorporar la costumbre a su modo de ver el Derecho. Quizás por ello los análisis que cada autor dedica a la costumbre están estrechamente vinculados con su concepción del Derecho en general.

El sabio jurista en cuyo homenaje se publican estas líneas escribió alguna vez que “la costumbre ha causado siempre escándalo a los autores positivistas” y que, “no pudiendo dar una explicación satisfactoria, muchos se han resignado a ignorarla sistemáticamente”¹. Esta nota no tiene la pretensión de dar una explicación “satisfactoria” del fenómeno consuetudinario, sino que constituye sólo una reflexión acerca de la forma cómo se ha de concebir la costumbre en el orden jurídico. Si a veces no se ha podido dar una respuesta a los interrogantes que ella plantea, se debe a que se ha querido buscar la respuesta en una teoría. A nuestro modo de ver, para determinar la función que cumple la costumbre en el orden jurídico es necesario examinar la realidad, la práctica internacional.

Antes de recurrir a esa práctica, resultaría interesante analizar brevemente cómo los juristas han expuesto el tema de la costumbre². En

* Este artículo es la versión castellana de la contribución hecha por el autor en el libro de homenaje al Profesor Michel Virally, recientemente fallecido.

¹ VIRALLY, *La pensée juridique*, París, 1960, p. 163.

² Para un análisis detallado de este tema, ver GÜNTHER, *Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht*, Berlín, 1970, p. 15 ss.

este sentido, se pueden distinguir tres concepciones fundamentales que consideran respectivamente a la costumbre *i*) como la manifestación de un derecho ya existente, *ii*) como un modo de creación de derecho, o sea, como una fuente de derecho, y *iii*) como un derecho no creado por un procedimiento jurídico, pero cuya existencia es comprobable.

1. *La costumbre como manifestación de un derecho ya existente*

Según esta concepción, la costumbre aparecería como una forma o un modo de comprobar la existencia de normas jurídicas³. Estas se manifestarían a través de la costumbre.

Esta noción de la costumbre presupone la existencia de dos categorías de normas jurídicas: una constituida por el derecho consuetudinario y otra formada por las normas cuya existencia es comprobada por la costumbre. El derecho consuetudinario tendría, pues, la función de hacer cognoscible a los hombres ese derecho anterior. Este último es denominado de diversas formas según los autores. Así, para la escuela historicista será el *Volksggeist*⁴, la doctrina francesa lo llamará "droit objectif", "solidarité sociale" o la "conscience sociale du groupe".⁵

Esta tesis ejerció su influencia en el Comité consultivo de juristas que tuvo a su cargo la redacción del Estatuto de la Corte permanente de Justicia internacional. En efecto, su artículo 38, inciso 2, define la costumbre como la "preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit". Después de la Conferencia de San Francisco, este mismo texto pasó a ser el artículo 38, inciso 1, b), del Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia. Pese a esta disposición del Estatuto, la jurisprudencia de los dos Tribunales de La Haya no considera a la cos-

³ "La coutume, la législation (il s'agit ici de la législation conventionnelle ou des traités), ont exactement la même fonction juridique, et par conséquent la même nature intrinsèque: ce sont des modes de constatation et d'expression du droit objectif préexistant, et non des modes de création du droit" (SCELLE, "Règles générales du droit de la paix", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1933-IV, p. 428). "La coutume, la jurisprudence et la loi ne sont pas des sources du droit, mais des modes de constatation de la règle du droit" (DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 3ème. éd., París, 1927, t. I, p. 154).

⁴ Sobre la costumbre en la escuela historicista, ver MOKRE, "Zur Theorie des Gewohnheitsrechts", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1932, p. 273 ss.

⁵ DUGUIT, op. cit., t. I, p. 127 ss. GOUET, *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, París, 1923, pp. 46 y 58. LE FUR, *Précis de droit international public* 3ème., éd., París, 1937, p. 190.

tumbre como una mera forma de comprobar la existencia de normas jurídicas. En la práctica internacional actual, esta concepción ha perdido toda importancia.

2. *La costumbre como fuente de derecho*

A diferencia de la concepción anterior que ve en la costumbre sólo un modo de comprobación de normas jurídicas ya existentes, esta tesis pone el acento en el carácter creador que aquélla posee. La costumbre es considerada como un procedimiento o un modo de formación de las normas jurídicas internacionales. Entre los representantes de esta corriente del pensamiento jurídico es posible distinguir entre quienes asimilan el procedimiento consuetudinario a un tratado tácito y aquéllos que ven en la costumbre un método autónomo de creación de normas jurídicas.

a) *La equiparación de la costumbre a un tratado tácito*

Esta concepción parte de la idea de que el derecho de gentes es creado exclusivamente por la voluntad de los Estados. Esta voluntad se manifestaría de manera expresa a través de los tratados internacionales o tácitamente por medio de la costumbre. Esta última sería entonces una forma cómo los Estados expresan su consentimiento para ser parte en un tratado⁶.

Esta tesis, que había perdido importancia en la doctrina del derecho internacional, ha adquirido de nuevo actualidad debido a la adhesión que ha encontrado entre los juristas de los países socialistas. La costumbre aparece definida de esta manera en el tratado de derecho internacional publicado por la Academia de Ciencias de la Unión Soviética⁷ y en las obras de los autores socialistas⁸. Tunkin, uno de los

⁶ Conf. ANZILOTTI, *Corso di Diritto internazionale*, 3a. ed., Roma, 1928, p. 64. STRUPP, *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, 5a. ed., Bonn-Köln, 1932, p. 16.

⁷ Akademie der Wissenschaften der UdSSR (Rechtsinstitut), *Völkerrecht*, Berlín, 1960, p. 5.

⁸ MOCA, "La notion et l'importance de la coutume internationale dans le processus d'instauration de nouvelles relations entre les Etats", *Revue roumaine d'études internationales*, 1975, p. 238, KOLASA, "On the Sources of International Law - Towards a Conception of Adopted Law", *Polish Yearbook of International Law*, 1977-1978, p. 106.

autores más representativos de la escuela soviética, considera que la costumbre se basa en una aceptación o en un reconocimiento tácito de los Estados⁹.

La teoría de la costumbre como tratado tácito ha ejercido cierta influencia en el desarrollo del derecho consuetudinario actual. En efecto, la tendencia según la cual un Estado que adopta sistemáticamente una conducta contraria a una práctica general y constante de los miembros de la comunidad internacional no está obligado por ella, reconoce indudablemente su origen en una idea contractualista. Se trata, en cierta medida, de la aplicación al derecho consuetudinario del concepto de "reserva", propio del derecho de los tratados. Sin embargo, hay otros aspectos de la realidad actual que muestran que no es posible describir la costumbre internacional como un mero tratado. Así, por ejemplo, si se tratara de un convenio tácito, los actos que constituyen la práctica consuetudinaria sólo podrían ser realizados por los órganos que tienen capacidad suficiente para obligar al Estado en el plano internacional. Sin embargo, la realidad muestra que existen normas consuetudinarias creadas mediante la práctica ininterrumpida y constante de órganos judiciales, legislativos y administrativos de los Estados que carecen del *treaty making power*¹⁰.

b) *La costumbre como un método autónomo de creación de derecho*

Esta forma de concebir la costumbre está vinculada con las tesis fundamentales de la teoría pura del derecho. Esta presenta al orden jurídico como un conjunto jerárquico de normas en el cual algunas de ellas regulan la creación de las demás. Así, en el orden jurídico hay determinadas normas que otorgan a ciertos hechos o acontecimientos la facultad de engendrar derecho. Por ejemplo, la Constitución de un Estado instituye a la legislación en un hecho creador de normas (las leyes). A su

⁹ TUNKIN, "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", *California Law Review*, vol. 49, 1961, p. 423; "Co-existence and International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1958-III, p. 13 ss.; *Völkerrechtstheorie*, Berlín, 1972, p. 153 ss.; "International Law in the International System", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1975-IV-p. 124 ss.

¹⁰ C. P. J. I., Série B, N° 6, p. 36; Série A, N° 10, p. 23. Série A, N° 20/21, p. 41. Conf.: VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3a. ed., Berlín, 1984, p. 369.

vez, la ley otorga a los jueces la competencia para dictar sentencias. Las personas privadas tienen la facultad de celebrar contratos, que son normas particulares que regulan su conducta. Estos hechos (legislación, jurisdicción, contrato) que han recibido de una norma jurídica la facultad de engendrar derecho son denominados generalmente "fuentes de derecho".

En principio, la norma jurídica que otorga a un hecho o a un acontecimiento la facultad de crear derecho, determina *quién* tiene esa facultad, cómo debe proceder para crear nuevas normas jurídicas y *qué* contenido han de tener estas últimas. Así, en el ejemplo ya mencionado de la Constitución de un Estado, ésta indica el órgano que tiene la facultad de crear las leyes (el Parlamento), pero precisa también el procedimiento que este órgano ha de seguir para ello y, en alguna medida, el contenido que pueden tener las nuevas leyes. Lo mismo ocurre respecto de las sentencias judiciales. Una ley confiere a los jueces la competencia para dictar sentencia, otra ley (el Código de procedimientos) indica el procedimiento que el juez debe seguir para ello y, finalmente, otra ley (el Código civil, penal o de comercio) señala el contenido que habrá de tener la sentencia. En el caso de los contratos, el Código civil facultad a las personas físicas o jurídicas a celebrarlos, y otros artículos del mismo Código reglamentan cómo se han de concluir los contratos y cuál es el contenido que podrán tener.

La norma o las normas jurídicas que regulan la creación de otras normas se encuentran, por esta circunstancia, en un plano jerárquico superior respecto de las normas creadas. En algunos casos, puede ocurrir que la norma superior indique solamente el órgano competente para crear la norma inferior, o que determine el órgano competente y el procedimiento a seguir para la creación de la norma inferior, pero no el contenido que esta última habrá de tener. De todos modos, se da siempre que una norma jurídica encuentra su fuente de validez en otra norma de orden superior que regula su creación¹¹

En 1936 Hans Kelsen publicó un estudio en el que aplicó estas ideas a los tratados internacionales¹². Así, explica que en el derecho interna-

¹¹ KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, p. 110 ss. *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Wien, 1960, p. 228 ss.

¹² "Contribution à la théorie du traité international", *Revue internationale de la Théorie du Droit*, 1936, p. 253 ss. Ver también, *Principles of International Law*, New York, 1952, p. 317 ss.

cional existe una norma consuetudinaria, conocida generalmente bajo la fórmula *pacta sunt servanda*, que faculta a los Estados a concertar tratados e indica el procedimiento a seguir para ello. De esta manera, Kelsen muestra que la fuente de validez de los tratados internacionales es el derecho consuetudinario y que la costumbre regula la creación del derecho convencional. En este análisis, Kelsen realiza una distinción entre el proceso de elaboración del derecho convencional y la norma creada, o sea, entre el método de creación del tratado y la norma convencional que es producto de este proceso de creación jurídica.

Tres años más tarde, Kelsen publicó un estudio sobre la costumbre internacional a la que trató de aplicar un razonamiento análogo al seguido para el análisis de los tratados internacionales¹³. Así como en el derecho convencional se puede distinguir entre el proceso de creación del tratado y la norma creada, Kelsen indica que en la costumbre es posible distinguir también entre el procedimiento consuetudinario de creación de las normas y las normas consuetudinarias creadas. Siguiendo este paralelo, Kelsen expresa que así como el proceso de elaboración de los tratados es regulado por las normas de costumbre, el procedimiento consuetudinario de creación de normas es regulado por una norma fundamental (*Grundnorm*). Esta no sería una norma de derecho positivo, sino que se trataría sólo de una norma presupuesta, que tendría precisamente por función instituir a la costumbre en un método creador de derecho¹⁴. La costumbre, pues, sería una fuente de derecho internacional porque existiría una norma anterior, la *Grundnorm*, que erige al método consuetudinario en un modo de creación de normas jurídicas. Kelsen considera que el proceso consuetudinario de creación de derecho es un método distinto del de creación de los tratados, o sea, que se trataría de un método autónomo de creación jurídica. Expresado en otros términos, podría decirse que la costumbre es una fuente autónoma de derecho.

3. *La costumbre como un derecho espontáneo*

La idea de que toda norma jurídica internacional es creada mediante un procedimiento regulado jurídicamente y el paralelismo que en este

¹³ "Théorie du droit international coutumier", *Revue internationale de la Théorie du Droit*, 1939, p. 253 ss.

¹⁴ op. cit., *Revue internationale de la Théorie du Droit*, 1939, p. 259.

sentido habría entre el derecho convencional y consuetudinario ha sido objeto de algunas críticas por parte de la doctrina. Así, Roberto Ago considera que en el orden jurídico internacional habría que distinguir entre el derecho de los tratados y el derecho no escrito. El derecho convencional sería creado mediante un procedimiento indicado por normas de la costumbre y su fundamento de validez se hallaría en la regla *pacta sunt servanda*. Por el contrario, el derecho no escrito, en el cual estaría comprendido el derecho consuetudinario, no sería creado mediante un procedimiento regulado jurídicamente, sino que se presentaría de manera espontánea. Según el criterio de Ago, la teoría de la *Grundnorm*, que tiene por objeto dar a la costumbre el carácter de fuente de derecho, es una ficción que ha sido elaborada para justificar uno de los postulados básicos del positivismo jurídico según el cual, toda norma deriva su validez de una norma anterior, que regula su creación. De acuerdo con esta concepción, el derecho consuetudinario no tendría una fuente, sino que se presentaría espontáneamente en el orden jurídico, no sería creado por un método determinado. Al no haber una forma específica de creación, se plantea el problema acerca de cómo se reconoce la existencia de estas normas en una comunidad determinada. Ago estima que habría que actuar de manera empírica y comprobar si esas normas tienen efectividad en el seno de la comunidad en cuestión ¹⁵.

4. Crítica

i) Una vez expuestas las diversas formas cómo la doctrina considera a la costumbre, conviene ver en qué medida estas teorías constituyen verdaderamente una descripción de la realidad.

Uno de los méritos de la teoría pura del derecho consiste en haber puesto de relieve la distinción entre el proceso de creación de la norma y la norma creada. Esta distinción puede hacerse claramente en el derecho convencional, en el cual se puede distinguir entre el proceso convencional de creación de normas y el tratado internacional, producto de ese proceso. El proceso de creación de normas convencionales encuentra su fuente de validez en la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda* y en otras normas de costumbre que lo regulan.

¹⁵ AGO, "Diritto positivo e diritto internazionale", *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Milano, 1957, vol. I, p. 44.

Kelsen pretendió aplicar la misma teoría a la costumbre internacional y es allí cuando recurre a la *Grundnorm* para otorgar jurisdicción al proceso creador de la costumbre. En su razonamiento, Kelsen se preguntó primeramente por la fuente de validez del tratado internacional y halló la respuesta en la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*. Luego, se planteó la misma pregunta acerca de la costumbre y, como no encontró ninguna respuesta en el derecho positivo, recurrió a una norma presupuesta, a una hipótesis científica que es la *Grundnorm*.

Si se parte de la idea de que "fuente de derecho" es aquel hecho que ha recibido la facultad o el poder de engendrar derecho de una norma jurídica anterior, se llega necesariamente a un punto de origen y nos encontraremos, ya sea con una norma que no ha sido creada mediante un procedimiento jurídicamente regulado o ya sea un procedimiento de creación de derecho que no ha recibido la facultad de engendrar derecho de una norma anterior. En el orden internacional, las normas que aparecen como no creadas mediante un procedimiento jurídicamente regulado son las normas de costumbre.

Ante la pregunta "¿quién otorga a la costumbre el carácter de fuente de derecho?", la teoría pura intentó dar una respuesta.

Existen, a veces, preguntas que carecen de sentido y que, por lo tanto, no tienen respuesta.

Este género de preguntas se plantea en muchos ámbitos de la vida. Tomemos un ejemplo cercano al derecho. En un pueblo de provincia, una señora desea comprar 4 metros de tela para hacerse un vestido. Una vez efectuada la compra en una tienda del pueblo, la señora considera que la vendedora le ha vendido menos de 4 metros de tela y va nuevamente a la tienda a reclamar. La vendedora le demuestra entonces que le ha vendido exactamente 4 metros de tela. Como la compradora no queda satisfecha, recurre a la policía del pueblo, pues afirma que en esa tienda utilizan un metro que no "mide" exactamente un metro, sino algo menos. Al no obtener de la policía una respuesta favorable, la señora de nuestro ejemplo recurre a la Oficina de pesas y medidas de la Provincia y afirma que el "metro" utilizado en la tienda de su pueblo y por la policía local no "mide" realmente un metro. La Oficina provincial de pesas y medidas recibirá la queja de la señora y, a su vez, podrá verificar si ésta tiene o no razón. Lo que plantea la señora es perfecta-

mente comprensible y la respuesta a dar dependerá de la coincidencia o no del metro utilizado por la tienda del pueblo con el patrón de medida existente en la Oficina de la Provincia. Es posible plantear la misma cuestión ante instancias superiores y la señora podrá afirmar entonces que el "metro" depositado en la Dirección nacional de pesas y medidas no es exacto y no mide realmente un metro. Si la señora insiste, habrá una última instancia que consistirá en comparar la medida impugnada con el metro patrón de Sèvres¹⁶. Pero, preguntarse después si el metro de Sèvres realmente mide un metro es una pregunta carente de sentido.

En el pensamiento jurídico, algunos juristas no advierten esta diferencia esencial que existe entre aquellos casos en que se plantean preguntas con sentido, esto es, que tienen respuesta y aquellos otros en que las preguntas carecen de sentido. Un breve libro de un autor argentino analiza las particularidades del poder constituyente y de los "poderes constituidos" en el derecho constitucional y demuestra, con cierta ironía, que algunas preguntas que se pueden plantear respecto de estos últimos, carecen de sentido si se las plantea respecto del primero¹⁷.

Vayamos ahora al ámbito del derecho internacional. Si bien es preciso afirmar que el tratado es una fuente de derecho porque las normas convencionales son creadas mediante un procedimiento regulado por la costumbre, es preciso comprobar también que las normas consuetudinarias no son creadas mediante ningún procedimiento regulado jurídicamente porque éstas son las primeras normas del derecho internacional positivo.

Por ello, estimamos que la respuesta adecuada a la pregunta acerca de la validez jurídica de la costumbre internacional es que se trata de una pregunta carente de sentido. Preguntarse por la fuente de validez de la costumbre es como preguntarse si el metro de Sèvres mide verdaderamente un metro. En este sentido, es preciso concluir que si por fuente de derecho se entiende un modo jurídicamente determinado de crear normas jurídicas, el procedimiento consuetudinario no es una fuente de derecho precisamente porque no está jurídicamente regulado. Se puede afirmar entonces que las normas consuetudinarias no son normas

¹⁶ Se hace referencia aquí al metro patrón de Sèvres pues resulta más claro para nuestro ejemplo. Pero, en rigor de verdad, el metro es definido desde 1983 como la longitud del camino recorrido por la luz en el vacío durante el lapso de $1/299.792.458$ de segundo.

¹⁷ CARRIO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, 1973.

creadas por una fuente de derecho. La comprobación de esta circunstancia en el orden internacional es lo que ha llevado a Ago a afirmar que en el derecho de gentes, al lado del derecho positivo (convencional), existe un derecho espontáneo. La expresión "espontáneo" sugiere la idea de algo que aparece de golpe, como por arte de magia, y esto quizás ha dado lugar a algunos malos entendidos. El adjetivo "espontáneo" significa aquí que algo se forma, pero sin que existan normas que regulen esa formación. En este sentido, se habla, por ejemplo, de una "manifestación espontánea", o sea, de una manifestación no organizada anticipadamente. Comprendida en ese sentido, la expresión "derecho espontáneo" elaborada por Roberto Ago parece ser adecuada para designar al derecho consuetudinario internacional. El derecho consuetudinario es creado, pero su creación no está reglada jurídicamente.

ii) Una vez precisada la idea de que la costumbre no es una fuente de derecho porque su facultad de crear derecho no deriva de ninguna norma jurídica anterior, cabe ahora preguntarse cómo es posible reconocer en el orden internacional las normas consuetudinarias. En la práctica, los jueces, los árbitros, los órganos de los Estados y de las organizaciones internacionales siguen ciertos criterios para comprobar la existencia de normas de costumbre, entre los cuales indicaremos los dos principales.

En primer término, hay prácticas que han adquirido un grado tal de vigencia en la comunidad internacional que su existencia es algo evidente para cualquier observador medianamente calificado. Por ejemplo, la regla de la buena fe en las negociaciones internacionales, la protección diplomática, la libertad de la alta mar, la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por sus órganos a otros Estados, son normas consuetudinarias cuya existencia no requiere ser demostrada, es un hecho de conocimiento general. En estos casos, no es necesario probar su existencia, sino que la jurisprudencia y la práctica diplomática se limitan a constatarla y para designarlas recurren a expresiones tales como "derecho internacional común"¹⁸, "derecho internacional general"¹⁹ o

¹⁸ C.P.J.I., Série A, N° 7, pp. 22, 32 y 42. Série A, N° 9, p. 27. Serie A/B, N° 42, p. 114; Série A/B, N° 44 p. 24. O.N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1124. C.I.J., *Recueil* 1953, p. 119.

¹⁹ C.I.J., *Recueil* 1969, pp. 24, 28, 38 y 41; *Recueil* 1970, pp. 32 y 38; *Recueil* 1971, pp. 47 y 55; *Recueil* 1972, pp. 63 y 66; *Recueil* 1979, p. 21; *Recueil* 1980, pp. 31, 33, 41, 43, 44 y 95; *Recueil* 1982, p. 74. O.N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 172.

“principios generales del derecho internacional”²⁰.

En segundo lugar, hay otras prácticas en la comunidad internacional que no presentan ese grado de evidencia de las mencionadas anteriormente y que los jueces o los órganos de los Estados necesitan precisar si se trata o no de normas consuetudinarias. Para ello recurren al auxilio de ciertas reglas técnicas. Pero, antes de enunciarlas, conviene explicar brevemente qué es una regla técnica.

En cualquier actividad humana en la que se desea obtener un resultado, la persona que la realiza ha de seguir un método o un procedimiento determinado. Esto se aplica tanto para el cocinero que quiere preparar una bouillabaisse, como para el agricultor que cultiva espárragos, como para el físico que está programando una reacción atómica. En fin, en cada oficio existen ciertas reglas técnicas o reglas del arte que permiten obtener, por lo general, el resultado querido. Antiguamente, algunas de estas técnicas eran secretos celosamente guardados por ciertas corporaciones o pequeños grupos. Piénsese, por ejemplo, en la técnica utilizada por los sopladores de vidrio en Murano o la aplicada por Stradivarius para la fabricación de violines.

Las reglas técnicas son las que el hombre aplica para obtener el resultado deseado. Estas se diferencian de las normas jurídicas y de las reglas morales. No son obligatorias y su violación no tiene como consecuencia ninguna sanción. Su no observancia trae sólo como consecuencia que la persona interesada, por lo general, verá frustrado su esfuerzo, no obtendrá el resultado querido o éste no será de la calidad deseada. En nuestros ejemplos, ocurrirá, por lo general, que el cocinero no preparará una buena bouillabaisse, el agricultor no cosechará espárragos o éstos serán de mala calidad, y el físico no logrará la reacción atómica buscada. La aplicación de las reglas técnicas no asegura siempre la obtención del resultado deseado, sino que constituye generalmente el camino más seguro para lograrlo.

Pasemos ahora al mundo jurídico y podremos comprobar que aquí también se aplican reglas técnicas. Por ejemplo, la jurisprudencia y la práctica diplomática aplican reglas de este tipo para identificar normas consuetudinarias. Hemos indicado ya que estas normas no han sido creadas mediante un procedimiento jurídicamente reglado. Por esta razón,

²⁰ C.P.J.I., Série A, N° 10, pp. 16 - 17.

no poseen características o pautas determinadas que permitan reconocerlas como tales. Entonces, para su identificación, la jurisprudencia y la práctica diplomática recurren ciertas reglas técnicas.

La principal es aquélla que identifica las normas consuetudinarias averiguando si en su formación han intervenido dos elementos: la *opinio juris* y un elemento material que reúna ciertas características en el espacio y en el tiempo²¹. La presencia de estos dos elementos para la formación de la costumbre no ha sido establecida por ninguna norma jurídica, se trata sólo de un recurso técnico de que se vale la práctica internacional para precisar si en un caso determinado hay una norma consuetudinaria. Los jueces y los árbitros suelen aplicar esta técnica de los dos elementos (*opinio juris* y elemento material) para averiguar si están en presencia de una norma consuetudinaria del mismo modo que un químico utiliza un reactivo para saber si está en presencia de cierta sustancia.

Lo importante en este análisis consiste en subrayar que la *opinio juris* y el elemento material no forman parte de un procedimiento jurídicamente establecido para crear normas consuetudinarias, sino que se trata sólo de una técnica que permite reconocer su existencia.

5. Conclusiones

Esta breve reflexión nos permite deducir dos conclusiones:

- a) que las normas consuetudinarias no son creadas mediante ningún procedimiento jurídicamente establecido o, dicho en otros términos, que la costumbre no es una fuente de derecho;
- b) que la existencia de normas consuetudinarias internacionales puede ser comprobada por los jueces o por los órganos de los Estados mediante ciertas reglas técnicas, una de las cuales es la presencia del elemento material y de la *opinio juris* en la formación de una práctica determinada.

Quizás el desarrollo de estas ideas pueda contribuir a dar la explicación "satisfactoria" a las preguntas planteadas por el derecho consuetudinario y que Michel Virally reclamaba.

²¹ Esta regla ha sido regularmente aplicada por la jurisprudencia y es reconocida por la doctrina. Pero, el error que se comete generalmente es considerar que se trata de una norma jurídica, cuando en realidad es sólo una regla técnica.

OPINIONES DISIDENTES Y SEPARADAS EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

HÉCTOR GROS ESPIELL *

I

1) Leyendo hace pocos días un magnífico y sugestivo estudio de Manfred Lach (*Le juge international a visage decouvert, les opinions et le vote*), pensé que podría ser útil e interesante realizar algunas reflexiones preliminares sobre las opiniones disidentes y separadas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2) Es sabido que sobre los votos y opiniones disidentes, respecto de las opiniones individuales o separadas y las declaraciones en la Corte Internacional de Justicia hay una abundantísima bibliografía¹ y que también existen algunos estudios sobre el tema con referencia a la Corte Europea de Derechos Humanos. En cambio creo, muy pocas se han escrito sobre el tema en lo relativo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos².

* Vice Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Hans-Jürgen Schlochauer, *International Court of Justice*, en Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law, Instrument 1* (1981), págs. 84-85; E Hambro, *Dissenting and Individual Opinion in the International Court of Justice*, *Zao RV*, Vol. 17 (1956/57); F. Jhabvala, *Declarations by Judges of the International Court of Justice*, *AJIL*, 72, 1978, F. Jhabvala, *Individual Opinions under new rules of the Court* *AJIL*, 73, 1979; Jhabvala, *The scope of individual opinions in the World Court*, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 13, 1982; *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Martinius Nijhoff, 1984; H. Isiaia, *Les opinions dissidents des juges socialistes dans la jurisprudence de la Cour International de Justice*, *R.G.D.I.P.*, Vol. 79, 1975; Kazimierz Grzybowski, *Socialist Judges in the International Court of Justice*, *Duke Law Journal*, Vol. 1964, pp. 536-549.

² Véase, Héctor Gros Espiell, *El Procedimiento Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en la *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, IIDH, San José, pág. 89, párrafo 33.

3) Todo comentario sobre las opiniones disidentes y los votos individuales o separados en los tribunales internacionales debe comenzar —pese a que hay importantes antecedentes en algunos tribunales arbitrales y en la Corte Permanente de Arbitraje—, con el estudio de la cuestión en la Corte Permanente de Justicia Internacional y su sucesora, la actual Corte Internacional de Justicia.

No es ocioso, sin embargo, recordar, como latinoamericano, el histórico voto disidente de Drago, que tanta influencia ha tenido en el Derecho Internacional posterior, que fijó el concepto de bahías históricas, en la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, en 1909 en el asunto de las Pesquerías del Atlántico Norte, en base a la facultad que daba a los árbitros el artículo IX del Tratado entre Gran Bretaña y los Estados Unidos del 4 de abril de 1908.

4) El primer Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1922) previó la posibilidad de opiniones disidentes (arts. 56-57), pero no de opiniones separadas o individuales. Pero la interpretación de estas normas y el debate por o contra tal posibilidad de las disidencias y fundamentaciones de los jueces, dio lugar a criterios opuestos en muchas ocasiones, en especial en 1926 y 1929.

5) El debate sobre estas cuestiones se renovó al crearse la Corte Internacional de Justicia. Triunfó nuevamente el criterio de afirmar la posibilidad de la existencia de opiniones disidentes y de opiniones separadas o individuales, lo que se incluyó en el Reglamento de 1946 (art. 76), en la reforma de 1972 (art. 72) y en el Reglamento de 1978 (art. 95). En esos Reglamentos de la Corte Internacional, de tal modo, se previó la posibilidad de exponer opiniones separadas o individuales, además de las disidentes lo que no se había aceptado —como recordamos antes— en el Reglamento de la Corte Permanente (pese a las excepciones de las observaciones de Schücking y Wang en el Caso de Groenlandia Oriental, de De Visscher y Erich en el de la Compañía de Electricidad de Sofía). El último Reglamento admitió también lo que había sido objeto de anterior discusión, que estas opiniones pudieran existir no sólo en el caso de las sentencias y de las opiniones consultivas, sino también de las ordenanzas.

II

6) Una opinión disidente es la expresión o el fundamento de las razones por las cuales uno o varios jueces han votado en contra de la decisión adoptada por la Corte en mayoría.

Una opinión individual o separada es la manifestación de las razones por las cuales, estando de acuerdo en la decisión de la Corte, se discrepa con las consideraciones, se sostiene una fundamentación distinta, se piensa que ciertos criterios deberían haber sido más extensamente desarrollados o se cree que determinados razonamientos no debían haber sido hechos o deberían haber sido expuestos en diferente forma.

Aunque la distinción entre opinión disidente y opinión individual es relativamente clara, ha planteado serios problemas, ya que, por ejemplo, ha habido casos en que una opinión individual puede contener elementos de una opinión disidente. Sin espacio para entrar al punto, muy delicado en cuanto toca la relación entre el dispositivo de la decisión de la Corte y su fundamentación y al carácter mixto o híbrido que una opinión pudiera tener, cabe remitir al existente análisis del tema que hace Lach en su antes citado estudio.

En la práctica de la Corte Internacional de Justicia existen también las "declaraciones", que pese a su naturaleza difícil de precisar, poseen el carácter de ser más breves que las opiniones individuales y preceden a éstas en el Recueil, inmediatamente después de la sentencia. Sin embargo su importancia es la misma que la de las opiniones individuales y solo se distinguen de éstas en que expresan una opinión o un criterio sobre todo o parte de la decisión de la Corte, sin desarrollar, en general, los motivos y los razonamientos en que se fundan.

7) El proceso histórico seguido en la Corte Permanente de Justicia Internacional y en la Corte Internacional de Justicia ha sido constante en el sentido de ampliar cada vez más el ámbito de la posibilidad de las opiniones disidentes de las opiniones separadas o individuales y de las declaraciones. Se ha querido que se conozca cada vez más a fondo el pensamiento de los jueces y los fundamentos y razones en que se basa la decisión o en que se funda la discrepancia.

La utilidad de esto ha sido evidente. No quita autoridad ni fuerza a la decisión, sino que, al contrario, la refuerza y muchas veces, como

la experiencia lo demuestra, la riqueza jurídica de los razonamientos y el conocimiento de los desacuerdos que lógicamente han de existir en un Tribunal Internacional, abren el camino del progreso del Derecho Internacional y del positivo cambio evolutivo³. No ha impedido la necesaria búsqueda del consenso en las deliberaciones de la Corte⁴. No debe ser, la opinión individual o disidente, una manifestación de singularidad dirigida a la satisfacción o al lucimiento personal. La práctica de hacer constar estas opiniones ha contribuido a la eficacia de la labor de la Corte y al desarrollo del Derecho Internacional. Múltiples ejemplos podrían darse de esto, tanto en la Corte Permanente de Justicia Internacional como en la Corte Internacional de Justicia. Si ello es así respecto de las opiniones discordes o disidentes, lo mismo puede decirse de las separadas o individuales.

III

8) En la Corte Europea de Derechos Humanos, tanto la Convención para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (art. 51.2), como el nuevo Reglamento de la Corte, adoptado en 1982, (art. 52.2), prevén la posibilidad de opinio-

³ Al respecto cabe recordar la opinión disidente del Juez Jessup en el caso del Sud Oeste Africano (1966), en que dice: "En lo que se refiere a la naturaleza y el valor de las opiniones disidentes, suscribo enteramente el punto de vista de un gran juez, antiguo miembro de la Corte, Sir Hersch Lauterpacht, que tanto y de manera tan brillante sirvió a la causa del derecho y de la justicia internacionales gracias a las opiniones individuales o disidentes que emitió. Me refiero a la sección 23 de su obra "The Development of International Law by the International Court", 1958. En ella cita, aprobándola totalmente (nota 10, pág. 66), la "clara definición", dada por Charles Evans Hughes que fue miembro de la Corte Permanente de Justicia Internacional y, últimamente, Chief Justice, de los Estados Unidos: "Una opinión disidente expresada en un tribunal de última instancia es un llamado al espíritu siempre presente del derecho, a la inteligencia, a la esperanza de que en un día futuro una decisión ulterior podrá rectificar el error en el que el juez que emite esa opinión cree que cayó el Tribunal. No es una falta de respeto a la Corte, sino por el contrario, por respeto hacia una de sus grandes y preciosas tradiciones, que expreso ahora mi desacuerdo con sus conclusiones".

⁴ André Gros, Observations sur le mode de délibération de la Cour Internationale de Justice, Studi in Onore di Gaetano Morelli, 1975; André Gros, La recherche du consensus dans les décisions de la Cour Internationale de Justice, *Menschenrechte Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Heidelberg, 1983.

nes individuales. La Convención se refiere solo a éstas⁵, pero el Reglamento precisa que tales opiniones pueden ser separadas, concordantes o disidentes y que todo Juez tiene también derecho a exponer la simple constatación de su disentimiento⁶.

La frecuencia e importancia de estas opiniones separadas o disidentes ha hecho decir a Marc-André Eissen: "La gran mayoría de las sentencias van acompañadas, efectivamente, de semejantes opiniones, unas veces individuales, otras colectivas y más raramente de manifestaciones de disentimiento..."⁷.

Al igual que en la Corte Internacional de Justicia muchas de las opiniones disidentes o separadas han tenido en la Corte Europea una singular trascendencia.

9) En los Tribunales Administrativos Internacionales (en especial de las Naciones Unidas y en el de la OIT y demás organismos especializados) la práctica es de admitir cada vez más las opiniones disidentes y separadas.

10) Por el contrario en la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas no se prevé la posibilidad de opiniones discordes o individuales de los jueces (art. 63).

⁵ "Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, todo juez tiene el derecho de agregar su opinión individual". El Reglamento dice: "Todo Juez que haya tomado parte en el examen de un caso tendrá el derecho de unir a la sentencia, bien la expresión de su opinión separada, concordante o disidente, bien la simple manifestación de su disentimiento".

⁶ Ya en la primera sentencia de la Corte (*Affaire Lawless*, sentencia del 14 de noviembre de 1960), el Juez Maridakis agregó una opinión disidente y en el mismo asunto, sobre el fondo, en la sentencia del 1 de julio de 1961 el Juez Maridakis agregó su opinión individual. En las posteriores sentencias la práctica normal ha sido la inclusión de opiniones separadas o individuales. Han existido casos de opiniones individuales en parte disidentes (sobre un punto específico del dispositivo), por ejemplo en el caso lingüístico de la enseñanza en Bélgica (sentencia del 23 de julio de 1968).

⁷ Marc André Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 70; véase también José M. Bandres Sánchez-Cruza, *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*, Bosch, Barcelona, 1983, págs. 58-59. Sobre la trascendente opinión separada de los jueces Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher, Pettiti, Ruso y Spielmann en el caso James y otros del 21 de febrero de 1986, véase: Carlo Ruso, *L'applicabilité aux nationaux des "principes généraux du droit international" visés à l'article 1 du Protocole N° 1*, en *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 547.

11) Puede, por tanto, concluirse que el debate que sobre la cuestión continúa dividiendo a los juristas, en especial a los procesalistas, —con respecto al tema en el Derecho Interno en el sentido de si es útil o conveniente que en los tribunales colegiados se expresen los fundamentos de los votos disidentes y las opiniones separadas—, ha sido en general superado en el Derecho Internacional. Incluso en los países europeos con larga tradición en sus tribunales colegiados contraria a la existencia pública de votos individuales o disidentes, esta tendencia se debilita en lo interno (caso por ejemplo de España en lo que respecta a los votos separados o discrepantes en el Tribunal Constitucional) y los jueces internacionales provenientes de estos países han usado y usan ampliamente el derecho que tienen de dar publicidad a sus opiniones disidentes o separadas en los tribunales que integran.

IV

12) En América Latina la Convención para el Establecimiento de una Corte Centroamericana de Justicia (1907), no preveía expresamente las opiniones disidentes o separadas (artículo XXIV), pero el Reglamento de la Corte (artículo 45) reconocía el derecho de los jueces de “hacer constar los motivos de sus mociones y votos”, de donde resulta que podían exponer e incluir a las razones de sus opiniones divergentes o separadas. Estas opiniones divergentes o estas opiniones separadas constituyen un aspecto muy importante del legado jurídico de trascendente valor, que dejó la Corte Centroamericana.

V

13) Veamos ahora la cuestión en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

14) El artículo 66.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone: “Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual”.

No hay duda de que esta norma está redactada con loable precisión y propiedad ya que, correctamente, distingue entre opiniones disi-

dentes y opiniones individuales. No hay sin embargo referencia a las declaraciones, que se aceptan en la Corte Internacional de Justicia.

15) El Estatuto de la Corte, después de sentar el principio de que la Corte deliberará en privado (artículo 24.1), establece: "Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente".

El texto es, lamentablemente menos preciso que la Convención, ya que no distingue entre opiniones disidentes e individuales, pero de cualquier manera no limita la posibilidad de existencia de estos dos tipos de opiniones, como expresión de un derecho de los jueces, ya que se refiere a "los votos y opiniones separadas de los jueces".

16) El Reglamento de la Corte reitera el principio de que la Corte delibera en privado (art. 14.2). En este artículo el Reglamento sólo se refiere a los "votos salvados" (art. 14.4), sin usar la terminología de la Convención ni siquiera la del Estatuto. Agrega que la sentencia debe contener la indicación del número de jueces que hayan constituido la mayoría (art. 45.m) y que los fallos deben ser firmados por todos los jueces que participan en la votación "y los votos salvados y razonados serán firmados por los jueces que los sustentan" (art. 46.4).

En cuanto a las opiniones consultivas, el artículo 54.3 al Reglamento dice: "Un Juez puede, si así lo decide, hacer constar su opinión individual junto con la opinión consultiva de la Corte, bien sea que disienta de la mayoría o no y puede registrar su concurrencia o disidencia".

17) Pese a la falta de armonía terminológica entre la Convención, el Estatuto y el Reglamento —lo que sería útil corregir con una reforma futura de éstos— debe concluirse que si bien las deliberaciones de la Corte son privadas, los jueces tienen siempre el derecho de hacer constar sus votos disidentes y sus opiniones discordes o individuales. La utilización de las expresiones "votos salvados" y "votos razonados", que no están en la Convención y que no concuerda con las expresiones ya

acuñados por la práctica de la Corte Internacional de Justicia, no es feliz, pese a que han sido utilizados a veces en la Corte Interamericana, pero no crean problemas interpretativos. Por lo demás sería necesario armonizar la terminología de los arts. 45 y 54 del Reglamento.

18) La exigencia de que la Corte delibere en privado y que sus discusiones permanezcan secretas, es una solución correcta y plausible, que permite la progresiva, flexible y libre formación de la decisión, armonizando voluntades y aproximando criterios. La experiencia demuestra la utilidad de la deliberación privada, que hace posible el convencimiento recíproco y el cambio de posiciones inicialmente incompatibles. En cuanto a la posibilidad de opiniones disidentes o individuales, la fórmula que resulta de la Convención Americana sigue la adoptada, en principio, por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos y permite una gran flexibilidad para la exposición de las opiniones de los jueces, en todos sus posibles matices, desde la disidencia, que implica haber votado contra, total o parcialmente, del dispositivo de la sentencia, hasta la opinión individual o separada que agrega razonamientos a los utilizados por la Corte o discrepa en todo o en parte con los empleados por la mayoría para fundar la decisión.

19) Ni la Convención, ni el Reglamento ni el Estatuto prevén lo relativo a las "declaraciones". Sin embargo nada obstaría su admisión, dado que en definitiva una declaración no es más que una opinión disidente o separada resumida y muy concreta, que expresa un criterio sin desarrollar sus fundamentos.

20) Veamos ahora como ha funcionado todo esto en la práctica seguida por la Corte Interamericana.

21) Para hacer este recuerdo de la historia del tema en la Corte Interamericana, nos referiremos primero a las opiniones consultivas y luego a las sentencias o decisiones en casos contenciosos.

22) Se ha aceptado que en ambos tipos de decisiones de la Corte, expresión de las dos competencias que puede ejercer (artículos 62 y 64), caben las opiniones disidentes y las opiniones individuales. Es la conclusión correcta, ya que el art. 66.2 de la Convención es de aplicación general y que el Reglamento ha adoptado esta solución (arts. 45.m y 54.3).

23) Hasta hoy no habían existido opiniones disidentes o individuales en ordenanzas de trámite (expresión que no se encuentra utilizada en la Convención, Estatuto ni en el Reglamento). Sin embargo, recientemente, en una de ellas, referente a una audiencia de prueba, en enero de 1988, se dejó constancia de que se adoptó por mayoría, con el voto disorde del Juez Nieto. Aunque no se acompañó el fundamento de la disidencia, los razonamientos en que se basó se hicieron constar en el Acta de la Sesión. En la misma acta dejé una constancia sobre el sentido de mi voto afirmativo.

El artículo 25 a) del Estatuto de la Corte se refiere a las "sentencias definitivas", a las "opiniones consultivas" y a "los autos o resoluciones que no sean de mero trámite" y el art. 44 del Reglamento a "las opiniones consultivas" y a "las resoluciones interlocutorias que pongan término al proceso". Es por tanto evidente que en cualquier decisión de la Corte (Sentencia, opinión consultiva, ordenanza, etc.), debe entenderse que son admisibles las opiniones disidentes e individuales.

24) Mi experiencia personal en la Corte me ha confirmado en la convicción de la utilidad de que se recojan con la máxima amplitud posible, —en cuanto sea compatible con la privacidad y el secreto de deliberación de la Corte, también esencial para que en libertad se forme la decisión del órgano y haya un proceso de intercambio de opiniones, de búsqueda de consenso y de recíproca influencia de los criterios iniciales de cada juez— los fundamentos de las opiniones disidentes y/o separadas. Esto muestra la verdad de cual es y de cómo se integra la decisión de la Corte, de los criterios diversos, tanto en cuanto al derecho como en lo referente a los hechos, con todo lo positivo que de ésto resulta para valorar la decisión. En un Tribunal Internacional, como es la Corte Interamericana, con jueces provenientes de diferentes países, cuyos criterios jurídicos no concuerdan necesariamente y con distintas formaciones, el conocimiento de las consideraciones de la disidencia y de las variantes de opinión y de los diversos razonamientos jurídicos, es muy importante. La experiencia demuestra que ésto no debilita la fuerza de la decisión, sino todo lo contrario. Le da prestigio y pone de manifiesto la riqueza de las culturas, la complejidad de los asuntos y los distintos criterios para encararlos dentro de una común y unánime convicción de que el Derecho y la justicia son el medio para

resolver los problemas planteados y para asegurar el respeto de los derechos humanos.

Mi propia experiencia en la Corte Interamericana me demuestra como esta honesta búsqueda de acuerdo y de consenso no es incompatible con la posibilidad de hacer constar opiniones separadas o individuales. Es más, recuerdo que en dos ocasiones el anuncio mío durante la deliberación en privado, en una opinión consultiva y en una sentencia, sobre la presentación de una opinión individual si no se acogía una propuesta que yo había hecho sobre la redacción de unos párrafos considerativos, hizo que la mayoría cambiase y se aceptasen esos párrafos sugeridos por mí. Y a la inversa, muchísimas veces los puntos de vista de algunos de mis colegas, discrepantes con los míos, que podían traducirse en una eventual opinión individual, me hicieron relexionar necesariamente y cambiar o flexibilizar mi posición inicial.

25) Naturalmente las opiniones disidentes no deben constituir una contra sentencia, respecto del fallo u opinión consultiva con el que se discrepe, ni una crítica directa a estos⁸. Tienen que limitarse a la exposición de las razones de la discrepancia y estar en estrecha relación con el contenido de la sentencia o de la opinión consultiva⁹.

En cuanto a las opiniones individuales la conclusión es la misma. Este ha sido el criterio correcto, a que se ha llegado en la Corte Permanente de Justicia Internacional y en la Corte Internacional de Justicia.

⁸ En la opinión individual del Juez Anzilotti en el asunto "La Ville Libre de Dantzig et l'Organisation International du Travail", Opinión Consultiva, 1930, Serie B, Nº 18, el gran jurista italiano dijo: "...las opiniones disidentes no deben ser una crítica de lo que la Corte ha dicho, sino más bien, una exposición de la manera de pensar del autor...", pág. 18.

⁹ En la Declaración del Presidente Spender en el caso del Sud^o Oeste Africano (1966), se expresó: "22. Todas estas consideraciones permiten, me parece, llegar a las conclusiones siguientes:

a) Se estimó, cuando se elaboró el Estatuto de la Corte, que las opiniones disidentes o simplemente individuales deben estar directamente ligadas y subordinadas a la sentencia de la Corte —o en el caso de una opinión consultiva a la opinión de la Corte— en el sentido de que ellas deben aprobar o desaprobado la decisión, sus motivos o el carácter suficiente de estos.

b) La sentencia o la opinión de la Corte debe estar en el centro mismo de los criterios expresados por los jueces, porque el carácter judicial de las opiniones separadas que ellos emiten depende de la existencia y de la naturaleza de la sentencia o de la opinión y de las relaciones que ellas tienen con esa sentencia o esa opinión.

c) En principio no se debería, en tales opiniones disidentes o separadas, tratar cuestiones ajenas o extrañas a los motivos o fundamentos expuestos en ella.

26) Reseñaremos brevemente la historia de la cuestión en la Corte Interamericana distinguiendo entre las opiniones consultivas y las sentencias.

27) Veamos primero la cuestión en las opiniones consultivas, que constituyeron hasta hoy la principal expresión de la jurisprudencia de la Corte, para pasar luego a examinar el tema en las sentencias, expresión de la competencia contenciosa del Tribunal.

28) La opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982 ("Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), fue dictada por unanimidad. No se hizo constar ninguna opinión separada o individual ni se agregó ninguna declaración.

29) La opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982 (El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (arts. 74 y 75)), se adoptó también por unanimidad. No se hizo constar ninguna opinión separada o individual ni se agregó ninguna declaración.

30) La opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983 (Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)), se tomó por unanimidad. Pero se anexó una breve opinión separada del Juez Carlos Roberto Reina sobre lo que a su juicio hubiera sido una respuesta más clara a la segunda pregunta y otra del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, relativa a lo que según su opinión hubieira sido una mejor formulación de las respuestas.

El Juez Reina consideró que el texto de respuesta a la pregunta 2 debió haberse redactado citando a Guatemala, Estado Parte en la Convención Americana que tuvo una controversia con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación del artículo 4 de la misma, la que originó la solicitud de opinión consultiva a la Corte.

d) Debe haber una relación directa y estrecha entre las opiniones separadas y la sentencia de la Corte" (pág. 54-55).

Esta opinión separada del Juez Spender contiene uno de los más completos análisis de la cuestión de las opiniones disidentes y separadas en la Corte Permanente de Justicia Internacional y en la Corte Internacional de Justicia (párrafo 3 - 35).

El Juez Piza Escalante precisó que su voto debía entenderse en el sentido de que la Corte tenía competencia para emitir la opinión consultiva, tanto si ésta se hubiera referido a los efectos hipotéticos de una reserva al artículo 4.4 de la Convención Americana, como si se hubiera referido en concreto a la reserva formulada sobre tal norma por Guatemala. Precisó, además, que el artículo 4.2 de la Convención Americana prohíbe la aplicación de la pena de muerte para los delitos que no estuviesen previamente previstos por la legislación del Estado en cuestión; que el artículo 4.4. prohíbe la aplicación de la pena de muerte a los delitos políticos y a los comunes conexos con ellos, incluso en la eventualidad de que la tuvieron prevista con anterioridad; que una reserva al artículo 4.4 de la citada Convención no tiene el efecto de excluir la prohibición a que se refiere el artículo 4.2 de extender la aplicación de la pena de muerte a nuevos delitos en el futuro y que, la reserva que formuló el Gobierno de Guatemala no puede ser invocada por él para extender la aplicación de la pena de muerte a nuevos delitos, independientemente de su naturaleza.

31) La opinión consultiva OC-4 del 19 de enero de 1984 (Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización), se adoptó por mayoría. La pregunta sobre el artículo 20 de la Convención se contestó por cinco votos contra uno. Las preguntas sobre los arts. 24 y 17.4 de la Convención, se adoptaron: la 2a. por unanimidad, la 3a. por cinco votos contra uno, la 4a. por cinco votos contra uno y la 5a. por unanimidad. El Juez Buergenthal hizo constar su opinión disidente sobre la conclusión N° 3 y el Juez Piza hizo lo propio con las conclusiones 1 y 4, agregando que debió haber habido una 6a. conclusión.

El Juez Buergenthal no aceptó la interpretación de la Corte contenida en el párrafo 3 de sus conclusiones porque fue de opinión de que el proyecto de reforma a la Constitución Política de Costa Rica, objeto de la solicitud de opinión consultiva, de llegar a adoptarse, violaría el artículo 24 de la Convención Americana ya que, de acuerdo con su texto, se discriminaría entre los centroamericanos, españoles e iberoamericanos por nacimiento y aquellos que han adquirido esas nacionalidades por naturalización.

El Juez Piza Escalante disintió parcialmente de las conclusiones 1 y 4 de la Corte porque consideró en el primer caso, que aunque el derecho a la nacionalidad no estaba involucrado, en general, en el proyecto de reforma constitucional objeto de la consulta, sí estaba implicado a casos a que se refiere su opinión separada; y en el segundo caso porque sostuvo que sí constituye discriminación contraria a la Convención, aunque no resulte del tenor literal de la norma pero sí de su aplicación previsible, el exigir para naturalizarse costarricense el conocimiento del idioma español en condiciones de leerlo y escribirlo y, el tener que someterse a un examen comprensivo sobre la historia de Costa Rica y sus valores. Agregó, además, una conclusión 6 para hacerse cargo de cuestiones no consideradas por la principal.

32) La opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 (La colegialización obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), se adoptó por unanimidad, en sus dos párrafos. Pero se adjuntó, en este orden, una "opinión separada" del Juez Rafael Nieto Navia¹⁰, una "declaración" del Juez Máximo Cisneros, una "opinión separada" del Juez Rodolfo E. Piza Escalante y una "declaración" del Juez Pedro Nikken.

El Juez Rafael Nieto Navia concluyó que la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica (Nº 4420) establece restricciones no autorizadas y, por tanto, es incompatible con él en cuanto dispone que los periodistas, para ejercer su profesión, deben pertenecer al Colegio de Periodistas de Costa Rica, que es una corporación pública cuyos fines pudieran ser cumplidos por asociaciones creadas al amparo de la libertad de asociación.

El Juez Máximo Cisneros expresó que la Corte fuera de opinión de que "la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana...", no quiere decir que la colegiación obligatoria de periodistas como tal deba desaparecer, como requisito para que se pueda dar la libertad de ex-

¹⁰ Sobre la opinión separada del Juez Nieto Navia en la opinión consultiva OC-5, véase: Rafael Nieto Navia, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., págs. 142-143.

presión; declaró, además, que la Corte opinara que la Ley N^o 4420 "en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y... el uso pleno de los medios de comunicación social... para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana...", no conlleva necesariamente que deba derogarse la mencionada Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, sino que debe modificarse para que desaparezca la incompatibilidad señalada por la Corte.

El Juez Piza Escalante agregó, a las conclusiones de la Corte, dos más como Opinión Separada. Una tercera que establece que la colegiación de los periodistas es también incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, ya que al exigir una licencia o autorización previa para poder ejercer la profesión, impone una restricción preventiva al ejercicio de la libertad de expresión, restricción no autorizada por el artículo 13.2 de la Convención. Y una cuarta que señala que la colegiación obligatoria de los periodistas y la Ley N^o 4420 implican otras violaciones a la libertad de expresión, por lo menos en dos aspectos esenciales: uno, en cuanto se dan al Colegio de Periodistas potestades para establecer sanciones y restricciones en contra de lo dispuesto por el artículo 13.2 de la Convención; y dos, el de imponer restricciones derivadas de la obligación de colegiarse, tampoco contempladas por el artículo 13.2 antes citado. Además, el Juez Piza se adhirió a la Opinión Separada del Juez Nieto, con una aclaración.

El Juez Pedro Nikken estimó que la opinión consultiva de la Corte puede dar lugar a que los Estados Partes en los que existan leyes de colegiación obligatoria de periodistas, adecuen la normativa que regula la profesión del periodismo a la Convención, de tal manera que manteniendo o reforzando normas destinadas a preservar la libertad e independencia de los periodistas, no se restrinja el derecho que tiene todo ser humano de buscar, recibir y difundir información e ideas por cualquier medio de su elección, ni el de la sociedad de recibir dicha información de cualquier parte.

Fue la primera vez que en la historia de la Corte aparecieron las declaraciones, comunes en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, y a las que nos hemos referido ya en el párrafo 7. En realidad son muy análogas, aunque más breves, que las opiniones separadas. En la Corte de La Haya se publican inmediatamente después de la sen-

tencia y antes de las opiniones separadas, individuales y disidentes. En cambio, en este caso de la Corte Interamericana, se intercalan, sin razón alguna, entre las opiniones separadas.

33) La opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 (La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), se adoptó por unanimidad, sin opiniones separadas ni declaraciones.

34) La opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986 (Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) se dictó en cuanto a su admisibilidad, por cuatro votos contra tres; por unanimidad en cuanto a los párrafos A y B y por seis votos contra uno el párrafo C (págs. 18-19). Se hizo constar una opinión separada del Juez Héctor Gros Espiell¹¹. Hubo una opinión disidente conjunta de los Jueces Rafael Nieto Navia y Pedro Nikken sobre la admisibilidad; una opinión disidente y concurrente del Juez Thomas Buergenthal también sobre la admisibilidad y una opinión separada del Juez Rodolfo Piza Escalante.

El Juez Gros Espiell opinó que la Corte debió considerar, al fundamentar su opinión consultiva, otros criterios esenciales para entender cabalmente tanto la naturaleza como el ámbito del derecho de rectificación o respuesta, a que se refiere el artículo 14.1 de la Convención Americana. Estos criterios son: que debe existir un procedimiento judicial que determine, con las garantías que le son inherentes, la existencia o no de los extremos exigibles para que se reconozca en un caso concreto el derecho de rectificación o respuesta; que debe entenderse que la información inexacta o agravante, que dé motivo para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, debe haberse emitido a través de cualquier medio de difusión que, de una u otra forma, esté regulado por una ley en el derecho interno de los Estados Partes; que el derecho

¹¹ Sobre mi opinión separada en este asunto, véase: Bernadette Minvielle, La Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en el Proceso Penal, IV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Maldonado, Uruguay, 1987; Ramón Valdés Costa, Protección de los derechos del contribuyente a nivel internacional, Revista Tributaria, Tomo XV, Nº 84, Montevideo 1988, págs. 210 y 211; Eduardo Jiménez de Aréchaga, La Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto Derecho Interno, Montevideo, 1988.

de rectificación o respuesta únicamente se comprende y explica en función de la libertad de pensamiento, expresión e información, que constituyen uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática y que, la obligación de los Estados Partes, de tomar las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana (Art. 2), es una obligación adicional a la que impone el artículo 1 de la Convención, que hace más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Convención.

Los Jueces Nieto Navia y Nikken disintieron de la mayoría de la Corte acerca de la admisibilidad de la consulta, ya que expresaron que la función de la Corte es la de interpretar el derecho internacional y no el derecho interno y, en el caso concreto, la primera pregunta formulada por el Gobierno de Costa Rica, de cuya respuesta dependía que se respondieran la segunda y la tercera, no podía ser respondida a través de una interpretación de la Convención sino del derecho interno de Costa Rica, por lo que la solicitud en su opinión era inadmisibile.

El Juez Buergenthal disintió de la opinión de la Corte que declaró la consulta admisible y, en ese sentido, hizo suyos los argumentos expuestos por los jueces Nieto y Nikken en su opinión disidente para fundamentar esa conclusión. Además, agregó que, como consecuencia de dicha conclusión, consideró que era inapropiado abordar el fondo de la consulta y hubiera preferido abstenerse de votar sobre ella. Pero como el Reglamento de la Corte no se lo permitió, decidió votar con la mayoría por considerar jurídicamente bien fundadas sus conclusiones.

El Juez Piza Escalante concurrió en la votación mayoritaria de La Corte sobre la admisibilidad de la solicitud de opinión consultiva formulada por el Gobierno de Costa Rica, así como la respuesta dada por el Tribunal a las dos primeras preguntas, aunque no sobre la tercera. En cuanto a la admisibilidad estimó que la solicitud debió ser considerada por la Corte como consulta general (art. 64.1 de la Convención Americana) y como consulta particular (art. 64.2 de la Convención Americana), ya que planteaba la interpretación del artículo 14.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención y, además la compatibilidad del ordenamiento jurídico costarricense con dichas normas internacionales. Sobre la respuesta a la tercera pregunta, manifestó que disintió de ella en cuanto supone que, la regulación del derecho de rec-

tificación o respuesta, pueda hacerse mediante medidas diversas de la ley formal.

35) La opinión consultiva OC-8/87 del 20 de enero de 1987 (El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2 y 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), se adoptó por unanimidad, sin declaraciones ni opiniones separadas o individuales.

36) La opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 (Garantías judiciales en estados de emergencia, arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) se adoptó también por unanimidad sin declaraciones ni opiniones separadas o individuales.

37) En el ejercicio de su competencia contenciosa, también se ha hecho en la Corte constar opiniones disidentes y separadas.

38) Asunto Viviana Gallardo y Otros Nc G 101/81: a) la Resolución de la Corte del 22 de julio de 1981 se adoptó por unanimidad sin opiniones individuales; b) la Decisión de la Corte del 13 de noviembre de 1981 se adoptó, en sus tres párrafos resolutivos, por unanimidad, pero se acompañó de un voto razonado del Juez Rodolfo Pila. La expresión "voto razonado" no se encuentra ni en la Convención, ni en el Estatuto ni en el Reglamento. Es, en realidad, una opinión individual o separada. A esta cuestión nos hemos referido en los párrafos 4, 15 y 16; c) la Resolución de la Corte del 8 de setiembre de 1983, en cuanto a la supresión de la lista de asuntos pendientes el "Asunto Viviana Gallardo", se adoptó por seis votos contra uno. Se acompañó de un voto salvado, es decir, de una opinión disidente, del Juez Piza Escalante.

El Juez Piza Escalante, en la decisión del 13 de noviembre de 1981, razonó su concurrencia en el voto unánime de la resolución en los siguientes términos: que la acción que interpuso ante la Corte el Gobierno de Costa Rica en el caso de Viviana Gallardo y otras, no era admisible porque tampoco lo era la renuncia de dicho Gobierno a los procedimientos previos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que no es posible dispensarlos en su totalidad dentro del sistema establecido por la Convención Americana; que por no ser admisible la petición principal para que la Corte conociera el caso de una vez, era dable acoger la subsidiaria y remitir el asunto a la considera-

ción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que, era también procedente que la Corte retuviera la petición en su lista de asuntos pendientes en espera del trámite ante la Comisión.

El Voto Salvado del Juez Piza, en la resolución del 8 de setiembre de 1983, fue para que la Corte declarara que debido a los términos de la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 30 de junio de 1983 (NO/13/83), mediante la cual no admitió la demanda introducida por el Gobierno de Costa Rica para el caso de Viviana Gallardo y otras, debían tenerse por agotados los procedimientos a que se refieren los artículos 48 a 50 de la Convención Americana y, en consecuencia, de acuerdo con la decisión de la Corte del 13 de noviembre de 1981, ésta debía reasumir el conocimiento de la petición presentada por el Gobierno de Costa Rica.

39) Las tres sentencias interlocutorias sobre las excepciones preliminares en los casos contra Honduras (Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz; Fairen Garbi y Solís Corrales, de fecha 26 de junio de 1987, se dictaron por unanimidad, sin opiniones separadas ni declaraciones.

40) La sentencia fechada el 29 de julio de 1988 en el caso Velázquez Rodríguez, se dictó por unanimidad en siete de los ocho párrafos resolutivos. Un párrafo, el N° 6, se tomó por mayoría de seis contra uno y se agregó una opinión disidente, sobre este punto, del Juez Piza Escalante.

El Juez Piza Escalante salvó su voto porque considera que en un proceso ante la Corte la única parte activa, en sentido sustancial, son la víctima o sus causahabientes, quienes de acuerdo con el artículo 63.1 de la Convención, son los titulares de los derechos reclamados y acreedores de las prestaciones que en la sentencia se declaren; mientras que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parte imparcial e instrumental, al modo de un Ministerio Público del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo es únicamente en sentido procesal, como actora en el juicio y, no en el sustancial o material, como acreedora de una sentencia.

41) En cuanto a los votos disidentes y separados en las ordenanzas de procedimiento, especialmente en materia de prueba, ya nos hemos referido a ellas en el párrafo 23.

42) Hemos hecho una recapitulación de las opiniones disidentes y separadas y declaraciones en las opiniones consultivas, sentencias y ordenanzas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los primeros años de su funcionamiento.

No hemos intentado referirnos ni analizar el fondo de estas opiniones, es decir, las tesis y los razonamientos en ellas sustentados. Sólo hemos querido mostrar la importancia que han tenido y cómo han estado unidas, desde el comienzo, al desarrollo de la actividad jurisprudencial de la Corte. Es evidente que su existencia no ha debilitado la fuerza ni el prestigio de las opiniones o las sentencias ya que, más bien, puede decirse que han fortalecido esta fuerza y este prestigio. Por lo demás es evidente que nunca ha provocado el peligroso resultado de que la sentencia o la opinión consultiva sea solo una suma de votos u opiniones individuales¹².

43) La experiencia, pues, ha sido positiva. Superadas ya las dudas terminológicas iniciales (votos salvados o votos razonados), se ha afirmado la forma de hacer constar las opiniones disidentes, las declaraciones y las opiniones separadas o individuales. Quizá haya aún que,

¹² Jessup en su opinión disidente a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1966, nota 1, dice:

"In my view, whenever the Court renders judgment in accordance with its Statute, the judgment is the judgment *of the Court* and not merely a bundle of opinions of individual judges. This is equally true when, in accordance with Article 55 of the Statute, the judgment results from the casting vote of the President. I do not consider it justifiable or proper to disparage opinions or judgments of the Court by stressing the size of the majority. If the Court followed the prevailing European system, the size of the majority would not be known. Throughout this opinion I shall refer to the judgment *of the Court*, and not to the opinion of seven of its members. Of course this is not to say that there is any impropriety in comments by a member of the Court on views expressed in the separate concurring or dissenting opinions of present or past members of the Court". (.I.C.J., *Affaires du Sud-Oest African (Ethiopie c. Afrique du Sud; Liberia c. Afrique du Sud)*. Deuxieme phase, Arret. 18 juillet 1960. Dissenting opinion of Acuxieme Judge Jessup. not 1, (Section I, Introductory).

formalmente, definir la cuestión secundaria del orden en que estas diversas expresiones de criterio u opinión deben publicarse luego de la sentencia. Pero en cuanto a su pertinencia o utilidad no cabe ya duda, y puede concluirse reiterando todo lo dicho en el párrafo.

44) Ya hemos expresado nuestra opinión ampliamente favorable a la existencia de opiniones disidentes e individuales o separadas y como esta práctica —predominante en todos los tribunales internacionales y usada también en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se ejerce con cordura y medida, dentro de límites razonables, no sólo no debilita la sentencia o la opinión consultiva, sino que, por el contrario, la fortalece y la enriquece, al mismo tiempo que prestigia al Tribunal.

En los tribunales internacionales, con jueces provenientes de diferentes sistemas jurídicos, con formaciones distintas, llegados de diversos países, la búsqueda del consenso y el esfuerzo para arribar a un texto común, no puede impedir que se anexasen las opiniones individuales, sean disidentes o no, que puedan existir.

El ser juez de un tribunal internacional impone una peculiar forma de actuar y de trabajar, que incluye necesariamente la posibilidad de existencia de este tipo de opiniones separadas.

Manfred Lachs, en su opinión individual en el caso Nicaragua *c/* Estados Unidos, en la sentencia del 27 de junio de 1986, dijo algunas palabras sobre la personalidad de estos jueces que creo que deben ser reproducidas aquí:

“Un juge —est-il besoin de le souligner?— se doit d'être impartial, objectif, neutre, désintéressé et sans parti pris. Lorsqu'ils s'adressent à la Cour ou en acceptent sa compétence, les Etats doivent avoir la certitude que les faits de la cause seront dûment élucidés, que leurs rapports juridiques seront dûment définis et qu'ils ne subiront pas d'injustice pour cause de partialité. Certes, les juges peuvent représenter diverses écoles de droit, avoir des idées différentes sur le droit et la justice, et s'inspirer d'idéologies opposées ou emprunter des voies divergentes, comme cela est d'ailleurs souvent le cas des Etats parties à une instance. C'est en réalité la diversité imposée par le Statu qui fait qu'ils se distinguent tellement les uns des autres de par leur personnalité, leurs conceptions

et leur formation. Mis, quelle que soit l'idéologie qu'ils professent, les juges doivent dominer les faits puis leur appliquer le droit avec la plus grande honnêteté.

Les juges sont des êtres humains qui ont leurs faiblesses et leurs limites mais ils doivent s'efforcer de les surmonter pour se montrer à la hauteur de leur tâche. Aussi doivent-ils être considérés comme des individus, tant pour ce qu'ils ont fait que pour ce qu'ils n'ont pas fait. C'est leur personnalité qui compte. Comme James Brown Scott l'a déclaré à juste titre:

“La Cour est un organe admirable qui représente les différentes formes de civilisation et les différents systèmes juridiques; elle a été conçue pour rendre la justice entre les nations, non seulement sans crainte ni partialité mais encore à leur satisfaction. Un rêve séculaire est devenu aujourd'hui réalité...” (15 AJIL, 1921, p. 557-558).

C'est cette diversité d'origine des juges qui fait certainement la force de la Cour. Elle est un élément essentiel de la confiance que tous les Etats peuvent éprouver devant l'équilibre des décisions rendues par la Cour et la grande variété d'opinions juridiques qu'elles représentent.



A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E AS POSIÇÕES DO BRASIL *

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge), Consultor Jurídico do Ministerio das Relações Exteriores, Professor de Direito Internacional Público do Instituto Rio-Branco (Itamaraty), Professor Titular da Universidade de Brasília.

SUMÁRIO: I. Observações Preliminares. II. Os Primeiros Pasos: o “Direito de Haia”. III. A Proscrição da Guerra como Instrumento de Política Nacional. IV. A Consolidação: o “Direito de Genebra”. V. A Revisão e Atualização: os Protocolos Adicionais de 1977. VI. Outros Instrumentos. 1. Proibições ou Restrições de Armas Convecionais. 2. Proibição de Armas Bacteriológicas. 3. Proibição de Modificação Ambiental para Fins Militares ou Hostis. 4. Proteção dos Bens Culturais. VII. Pronunciamentos Recentes do Brasil. VIII. Direito Consuetudinário. IX. Observações Finais.

I. Observações Preliminares.

A conflagração de múltiplos e sucessivos conflitos armados, em distintas regiões do mundo, nas últimas décadas tem realçado a relevância da aplicação dos preceitos do direito internacional humanitário, a consagrarem os requisitos mínimos da proteção devida às vítimas de tais conflitos. Este domínio do direito, voltado aos métodos e meios de combate permissíveis, ao respeito e à proteção das vítimas da guerra (em mãos inimigas), e à proteção internacional dos direitos humanos nos conflitos armados, tem

* Texto de conferência proferida pelo Autor na sessão de abertura, em 17 de outubro de 1988, do Simpósio Internacional sobre *Direito Internacional Humanitário*, co-patrocinado pelo Ministério das Relações Exteriores, pelo Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais (IPRI) e pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), e realizado no Palácio do Itamaraty, em Brasília, em 17-19 de outubro de 1988.

experimentado considerável evolução e atualização nos últimos anos. Seu *corpus* normativo vem se expandindo continuamente e sua aplicação cresce em complexidade. É escassa a bibliografia brasileira sobre a matéria¹, o que nos convida a um levantamento geral da evolução do direito internacional humanitário com atenção especial às posições assumidas pelo Brasil a respeito ao longo dos anos.

Neste propósito, percorreremos os seus desenvolvimentos no âmbito tanto do direito convencional quanto do direito consuetudinário. A periodização se atém às etapas marcadas pelos seus primórdios (o chamado “direito de Haia”), seguidos da proscrição da guerra como instrumento de política nacional, por sua consolidação (pelo chamado “direito de Genebra”), e por sua revisão e atualização (pelos dois Protocolos de 1977). O presente exame não poderia descuidar de outros instrumentos, voltados a proibições ou restrições de armas convencionais, a proibições de armas bacteriológicas assim como de modificação ambiental para fins militares e hostis, e à proteção de bens culturais. Ao final da exposição, sempre atenta às posições do Brasil, estará o campo aberto às nossas considerações derradeiras, e à identificação, a par dos progressos e realizações alcançados, do caminho que ainda resta a percorrer.

II. *Os Primeiros Passos: o “Direito de Haia”.*

A partir da publicação, em 1862 (três anos após a batalha de Solferino, no norte da Itália), do livro inspirador de Henry Dunant, *Un Souvenir de Solferino*, cedo germinariam as idéias que levariam ao advento do direito internacional humanitário (tal como hoje o concebemos) e sua pronta infiltração no direito internacional convencional, mediante a conclusão, em 22 de agosto de 1864, da Convenção Relativa aos Militares Feridos nos Campos de Batalha (a primeira e pioneira Convenção de Genebra). A esta seguir-se-iam, em um lapso de tempo relativamente curto, sucessivos atos internacionais voltados à regulamentação dos métodos e meios de combate permissíveis e à proteção de feridos e enfermos em campanha: ainda no século passado, a Declaração para Proscrever, em Tempo de Guerra, o Uso de Projéteis Explosivos ou Inflamáveis (conhe-

¹ Cf. referências in A.A. Cançado Trindade, “Prefácio”, in Christophe Swinarski, *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*, Brasília, Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988, pp. 7-12.

cida como Declaração de São Petersburgo), de 29 de novembro de 1868; e as Conveções resultantes da I Conferência de Paz de Haia de 1899, a saber, a Convenção sobre Leis e Costumes de Guerra, e a Convenção para Adaptar a Guerra Marítima à Convenção de Genebra de 1864, ambas de 29 de julho de 1899.

O Brasil acompanhou de perto os passos iniciais desse movimento de formação do *corpus* do direito internacional humanitário, e não tardou em aderir a todos os atos internacionais supracitados do século XIX: dos registros dos arquivos da Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty constam as adesões do Brasil à Convenção de Genebra de 1864, efectuada em 26 de janeiro de 1907; à Declaração de São Petersburgo de 1868, em 23 de outubro de 1869; a Convenção de Haia sobre Leis e Costumes de Guerra de 1899; e à Convenção de Haia para Adaptar a Guerra Marítima à Convenção de Genebra (de 1864) de 1899, ambas em 25 de fevereiro de 1907. O mesmo ocorreria em relação às convenções de direito humanitário concluídos no limiar de nosso século (*infra*).

Assim, da Conferência de Genebra de 1906 de Revisão da Convenção de Genebra de 1864 resultou nova convenção, que aperfeiçoou o conteúdo das normas referentes ao tratamento de feridos e enfermos em campanha da convenção anterior: a Convenção para Melhorar a Sorte dos Feridos e Enfermos nos Exércitos em Campanha, de 6 de julho de 1906, à qual aderiu o Brasil em 18 de junho de 1907. Tal Convenção deixou de vigorar em 15 de abril de 1970, data em que todas as partes contratantes passaram a vincular-se pelas Convenções de Genebra de 1949 (*infra*).

Na II Conferência de Paz de Haia, de 1907, formar-se-ia a primeira grande vertente do direito internacional humanitário, cognominada “o direito de Haia”, voltado à regulamentação da condução da guerra propriamente dita e dos “métodos e meios” de combate permissíveis. Compuseram-no os atos internacionais adotados em Haia, todos em 18 de outubro de 1907, a saber, e.g.: a Convenção sobre as Leis e Usos da Guerra Terrestre, contendo em anexo o Regulamento sobre as Leis e Usos da Guerra Terrestre, que estabeleceu as categorias de combatentes desfrutando —em caso de captura— do direito ao status de prisioneiros de guerra que lhes assegurava um tratamento humanitário (artigo 4); a Convenção para Adaptação à Guerra Marítima dos Princípios da Convenção de Genebra, a Convenção concernente ao Bombardeamento por Forças Navais em Tem-

po de Guerra, a Convenção relativa ao Rompimento de Hostilidades, e à Declaração relativa à Proibição de Lançamento de Projéteis e Explosivos de Balões³. O Brasil não tardou em vincular-se integralmente pelo chamado "direito de Haia", ao proceder, quase sete anos após a festejada II Conferência de Paz de Haia, à adesão a todos os atos internacionais supracitados dela resultantes, em 2 de janeiro de 1914.

Novos desenvolvimentos se desencadeariam na década de vinte. Em 17 de junho de 1925 adotou-se o Protocolo de Genebra sobre a Proibição de Uso na Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos ou Similares e de Meios Bacteriológicos, pelo qual os Estados partes se auto-limitaram ao emprego dos métodos tradicionais de combate então conhecidos. Muitos anos decorreram, no entanto, até a adesão do Brasil ao referido Protocolo de Genebra, que só se efetivou aos 28 de agosto de 1970. Ao final dos anos vinte, teve lugar a atualização do conteúdo do direito internacional humanitário consubstanciado nas Convenções de Haia de 1899 e 1907 e de Genebra de 1906 (supra): em 27 de julho de 1929, são concluídas, em Genebra, uma nova Convenção para Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos nos Exércitos em Campanha, além da Convenção relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra; o Brasil aderiu a ambas em 23 de março de 1932. Ambas as Convenções seriam posteriormente substituídas pelas Convenções de Genebra de 1949 dos mesmos títulos (*infra - exceto* naturalmente em relação aos Estados que não aderiram às Convenções de 1949).

Significativamente, com a Convenção de Genebra de 1929 relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra se estruturou o estatuto dos prisioneiros de guerra, com nítidos avanços, quais sejam: o estabelecimento de um controle exercido pelas chamadas potências protetoras (e complementado pela atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha), a proibição de represálias contra as pessoas protegidas, a regulamentação das condições de trabalho e das sanções penais. A matéria evoluiria ainda mais com a revisão, operada duas décadas após, pelo regime das celebra-

³ Para o texto destas, e das demais, Convenções de Haia de 1907, cf., e.g., A. Roberts e R. Guelff (ed.), *Documents on the Laws of War*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 43-119. Cf. também, para um elenco das Convenções de Haia de 1907, e.g., Nagendra Singh, *Enforcement of Human Rights in Peace and War and the Future of Humanity*, Dordrecht/Calcutta/New Delhi, M. Nijhoff/Eastern Law House Private Ltd., 1986, . 158.

das Convenções de Genebra de 1949 (em particular a III Convenção — *infra*). Ainda no período do entre-guerras, no entanto, um importante desenvolvimento no campo do direito internacional público repercutiria nos ramos da evolução do direito internacional humanitário.

III. *A Proscrição da Guerra como Instrumento de Política Nacional.*

Trata-se da proscrição da guerra como instrumento de política nacional. Muito embora contivesse o Pacto da antiga Liga das Nações (artigo 10) referência à não-agressão, *jus ad bellum* não estava totalmente proibido; semente pelo Pacto Briand-Kellogg de 1928³ se procedeu à condenação da guerra como meio de solução de disputas e da renúncia à guerra como instrumento de política exterior. Consequentemente, deixou a guerra de ser uma noção estritamente jurídica, persistindo apenas como fato social (objeto de estudo da sociologia). A proibição da ameaça a uso da força nas relações internacionais cristalizar-se-ia mais tarde no celebrado artigo 2(4) da Carta das Nações Unidas, ainda mais reforçada pelo entendimento prevalecente em nossos dias de considerar tal proibição como ilustração de uma norma imperativa do direito internacional (*jus cogens* - no sentido do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969). Com a proscrição da guerra, transformou-se e ampliou-se a função do direito internacional; passou a caber a este a regulamentação de todas as questões atinentes à segurança internacional (inclusive algumas que, no passado, eram monopólio dos grandes poderes). Tal transformação acarretou consequências importantes para certas noções tradicionais - e.g., de tratamento de beligerantes, de neutralidade, de *debellatio*, - tendo algumas sofrido modificações fundamentais e outras sido mesmo suprimidas⁴.

Já não mais se tratava de um *jus ad bellum*, mas antes de um direito aplicável aos "conflitos armados", porquanto, realisticamente, estes últimos continuariam a ocorrer, até mesmo ante a legitimação do uso da força em determinadas situações (e.g., legítima defesa, luta pela autodetermi-

³ Sobre o seu impacto na prática dos Estados, cf. Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963 (reprint 1981), pp. 74-92.

⁴ Jaroslav Zourek, *L'interdiction de l'emploi de la force en droit International*, Leiden/Genève, Sijthoff/Institut Henry Dunant, 1974, pp. 1-155, esp. pp. 42 44-46 e 56-57.

nação dos povos manutenção ou restauração da paz em virtude de resolução o Conselho de Segurança da ONU) ⁵. A expressão “conflito armado”, ao substituir a palavra “guerra”, pasou a aplicar-se a situações bem mais variadas ⁶. Não deixou, porém, a proscrição da guerra pelo Pacto Briand-Kellogg, aliada ao subsequente impacto dos avanços tecnológicos nos “métodos e meios” de combate, de contribuir para o desenvolvimento re-freado ou reduzido, se não para a gradual superação, da vertente do chamado “direito de Haia” (remontando às realizações da II Conferência de Paz de Haia, de 1907 *supra*). Já as Convenções de Genebra de 1949 (*infra*), distintamente, se valeriam, a seu turno, da dura experiência derivada da II guerra mundial, acentuando-se, assim, com o passar do tempo, um certo desequilíbrio entre o “direito de Haia” e o chamado “direito de Genebra”. Isto levaria, em período mais recente, a novos desenvolvimentos no direito internacional humanitário, que têm, no entanto, como um dos pilares básicos, as conquistas das quatro Convenções de Genebra de 1949 (*infra*).

IV. A Consolidação: o “Direito de Genebra”.

As duras experiências da II guerra mundial terão certamente contribuído para a adoção, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1948, da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime da Genocídio. A Convenção, que entrou em vigor em 12 de Janeiro de 1951, tipificou o genocídio como “crime sob o direito internacional”, seja cometido “em tempo de paz ou em tempo de guerra” (artigo I). O Brasil ratificou a presente Convenção em 15 de abril de 1952. No ano seguinte ao da adoção da Convenção contra o Genocídio, procedeu-se em Genebra a uma revisão e atualização do *corpus* normativo do direito internacional humanitário, de que resultaram quatro Convenções, a saber: a Convenção (I) para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha; a Convenção (II) para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar; a Convenção (III) relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra; e a Con-

⁵ S.E. Nahlik, “A Brief Outline of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross* (extract) (julho-agosto de 1984) p. 15.

⁶ Cn. Swinarski, *Introducción al Derecho Internacional Humanitário*, Genebra/San José, CICV/IIDH, 1984, p. 24.

venção (IV) relativa à Protecção dos Civis em Tempo de Guerra.

As quatro Convenções de Genebra, concluídas em 12 de agosto de 1949, não tardaram a entrar em vigor, no ano seguinte, em 21 de outubro de 1950. O Brasil tornou-se parte às quatro Convenções em 29 de julho de 1957. Atualmente, 166 Estados são partes às supracitadas Convenções de Genebra, que têm, assim, assegurada aplicação universal. As quatro Convenções se dedicam à protecção de categorias de vítimas em conflitos armados internacionais. Ademais, no artigo 3 comum às quatro Convenções, estipula-se uma protecção básica para todas as pessoas que não participam diretamente nas hostilidades durante os conflitos armados não-internacionais. Um dos principais objetivos da Conferência Diplomática de 1949 foi o de ampliar o círculo de pessoas que, em caso de captura, teriam direito ao estatuto de prisioneiros de guerra (donde a disposição-chave do artigo 4 da III Convenção), mas a principal conquista da Conferência residiu na IV Convenção, com a incorporação dos civis como categoria protegida pelo "direito de Genebra" e o enunciado de grandes princípios a assegurarem, em quaisquer circunstâncias, o respeito da pessoa humana ⁷.

Com efeito, já bem se ressaltou que os textos da vertente do chamado "direito de Genebra" em particular foram elaborados "an seul profit des victimes", consagrando a primazia dos direitos do indivíduo e dos princípios de humanidade ⁸. Os Estados se vêem na obrigação de respeitar os padrões estabelecidos pelas Convenções de Genebra (e Protocolos Adicionais ⁹) e de não criarem obstáculos ou dificuldades à ação humanitária em favor das vítimas ¹⁰. Cada uma das Convenções de 1949 enumera em um primeiro capítulo disposições gerais comuns às quatro, tais como, e.g., as atinentes ao âmbito de aplicação das Convenções (artigo comum 2) e ao mecanismo de supervisão (potências protetoras, artigo comum 8/8/8/9., e Comitê Internacional da Cruz Vermelha, artigo co-

⁷ Jean Pictet, *Développement et principes du Droit international humanitaire*, Genève/Paris, Inst. H. Dunant/ Éd. Pédone, 1983, pp. 47 e 53.

⁸ J. Pictet, *op. cit. supra* n. (7), pp. 8 e 112.

⁹ Sobre a atitude dos Estados em relação aos desenvolvimentos recentes no direito internacional humanitário (dois Protocolos às Convenções de Genebra), cf. Antonio Cassese, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (Proceedings of the 1976 and 1977 Conferences), Napoli, Ed. Scientifica, 1980, pp. 221-273.

¹⁰ Rosemary Abi-Saab, *Droit Humanitaire et Conflits Internes*, Genève/Paris, Institut Henry Dunant/Ed. Pédone, 1986, p. 81.

num 9/9/9/10). É de se observar que a própria definição do âmbito de aplicação das Convenções de Genebra (artigo comum 2) em um conflito armado internacional “não resulta da qualificação jurídica que as partes atribuem a esse conflito”¹¹.

Enquanto o chamado “direito de Haia” foi formulado em base puramente inter-estatal, consagrando regras a requererem em sua aplicação a reciprocidade, as Convenções de 1949 inauguram a esse respeito uma nova era, e uma nova filosofia transparece já do artigo comum 1, pelo qual as partes contratantes se comprometem a “respeitar e assegurar respeito” às presentes Convenções “em todas as circunstâncias”, i.e., independentemente de considerações de reciprocidade. As quatro Convenções (e também os dois Protocolos de 1977 - *infra*) transcendem o plano puramente inter-estatal na busca de um mais alto grau de proteção dos direitos da pessoa humana, e cada Estado parte tem o direito, o *locus standi*, de fazer valer a salvaguardas dos interesses comuns superiores protegidos pelas Convenções¹².

Em perspectiva histórica, para esta superação da reciprocidade contribuiu decisivamente o sistema de supervisão pelas potências protetoras e pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Enquanto o “direito de Haia” confiava a implementação das primeiras Convenções (*supra*) inteiramente às próprias partes, com base na reciprocidade, a praxe de designação de potências protetoras e a gradual asserção, também na prática, das faculdades do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, vieram a modificar o velho enfoque, no receberem reconhecimento na Convenção de Genebra de 1929 sobre Prisioneiros de Guerra, e ao serem erigidos posteriormente em órgãos de supervisão das Convenções de Genebra de 1949 e guardiães dos interesses comuns superiores¹³.

O direito convencional de iniciativa humanitário do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (cf. *infra*), de 1929 aos nossos dias, consolidou-se de modo a estender proteção a um círculo cada vez maior de pessoas. Já o instituto das potências protetoras, ainda que não tenha

¹¹ Ch. Swinarski, *op. cit. supra* n. (6), p. 24.

¹² Georges Abi-Saab, “The Specificities of Humanitarian Law”, *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (ed. Ch. Swinarski), Geneva/The Hague, ICRC/M. Nijhoff, 1984, pp. 266-267 e 269-270.

¹³ *Ibid.*, pp. 277-278.

correspondido às expectativas a partir de 1949¹⁴, viu-se mais recentemente reforçado pelo Protocolo Adicional I de 1977, ao dispor (artigo 5 (5)) que a designação das potências protetoras para a aplicação das Convenções e do Protocolo não há de afetar o status jurídico das partes em conflito ou de qualquer território (inclusive território ocupado).

O artigo comum I das quatro Convenções de 1949 (*supra*) reaparece no Protocolo I de 1977 (artigo 1 (I)), reiterando assim a caráter universal do sistema da proteção do direito humanitário, que cria para os Estados obrigações erga omnes; a proibição da invocação da reciprocidade como subterfúgio para o não-cumprimento daquelas obrigações é corroborada em termos inequívocos pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que, ao dispor sobre as condições em que uma violação de um Tratado pode acarretar sua suspensão ou extinção, excetua expressa e especificamente os “tratados de caráter humanitário” (artigo 60 (5))¹⁵. A combinação deste dispositivo com o artigo 53 da Convenção de Viena de 1969 tem levado à interpretação de que as normas do direito internacional humanitário desfrutam hoje de caráter imperativo (jus cogens) e não dispositivo¹⁶.

A superação da reciprocidade tem-se aqui feito acompanhar *pari passu* da constante busca de aperfeiçoamento da proteção devida. Assim, o artigo comum 6/6/6/7 das Convenções de Genebra de 1949 proíbe a conclusão de acordos *inter se* que possam afetar a situação das pessoas protegidas e restringir ou rebaixar o grau de proteção. Ademais, o artigo comum 7/7/7/8 das Convenções de 1949 estatui sobre a inalienabilidade de todos os direitos consagrados, ao dispor que as pessoas protegidas não podem, em caso algum, renunciar, parcial ou totalmente, aos direitos outorgados pelas referidas Convenções. Os desenvolvimentos em prol de um mais alto grau de proteção, de expansão de seu âmbito e do gradual fortalecimento dos mecanismos de supervisão, tem-se dado “em resposta à evolução da tecnologia da guerra por um lado, e às exigências sempre crescentes da civilização por outro”¹⁷.

¹⁴ Dado o receio de aparente reconhecimento de estatuto jurídico ao adversário mediante a intervenção das potências protetoras designadas.

¹⁵ [Bruno Zimmermann], [Commentary] in *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ed Y Sandoz et alii), Geneva, ICRC/M. Nijhoff, 1987, pp. 36-38.

¹⁶ Jean Pictet, *op. cit. supra* n. (7), p. 105, e cf. pp. 108-109.

¹⁷ G. Abi-Saab, *op. cit. supra* n. (12), pp. 276 e 268-269.

O artigo comum 3 das quatro Convenções de Genebra de 1949, ao assegurar um tratamento humano mínimo com enumeração de garantias às vítimas de conflitos armados não-internacionais, abre uma brecha no velho modelo puramente inter-estatal (próprio do “direito de Haia” mais antigo), e, ao estender pela primeira vez o âmbito do direito humanitário mais além de seus limites tradicionais¹⁸, torna ainda mais claro e marcante (do que nos conflitos internacionais) o fato de que os direitos são atribuídos aos próprios indivíduos¹⁹. O artigo comum 3 das quatro Convenções de 1949, seguido mais recentemente do Protocolo Adicional II de 1977, refletem a tendência á penetração do direito internacional nos conflitos internos ou não-internacionais no propósito de humanizá-los e assegurar maior proteção às vítimas²⁰.

A par das Convenções I (Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha) e II (Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar) de 1949, regidas pelos mesmos princípios e normas (a segunda tendo se inspirado na primeira), cabe destaque especial a sensíveis progressos logrados em particular pelas Convenções III (Tratamento dos Prisioneiros de Guerra) e IV (Proteção dos Civis) de 1949. O dispositivo-chave da Convenção III reside no artigo 4, que regulamenta o estatuto do prisioneiro de guerra para fins de tratamento e proteção; o principio básico é o de que os membros das forças armadas de uma parte em conflito são combatentes e, se caírem em poder da parte adversária, serão tidos como prisioneiros de guerra, protegidos pelas disposições da Convenções III. Já os prisioneiros, que participaram das hostilidades, aos quais não se reconhece o direito ao estatuto de prisioneiro de guerra, beneficiar-se-ão não obstante das disposições pertinentes da Convenção IV e das garantias fundamentais consagradas no artigo 75 do Protocolo Adicional I de 1977²¹ (cf. *infra*).

A Convenção IV, como todo o direito dos conflitos ramados, baseiam-se no principio fundamental segundo o qual em qualquer conflito armado, o direito das partes em conflito de escolher os métodos on

¹⁸ S.E. Nahlik, *op. cit. supra* n. (5), p. 17.

¹⁹ J. Pictet, *op. cit. supra* n. (7), p. 113.

²⁰ Celso A. Mello, *Guerra Interna e Direito Internacional*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Livr. Edit. Renovar, 1985, pp. 1-189.

²¹ Cf. e.g. Comité Internacional de la Cruz Roja. *Normas Fundamentales de los Convenios de Ginebra y de Sus Protocolos Adicionales*, Genebra, CICR, 1983, pp. 23 e 26.

meios de combate não é ilimitado. São proibidos armas e métodos que causem sofrimento supérfluo, e exige-se das partes em conflito que distingam sempre entre população civil e combatentes (assim como entre bens civis e objetivos militares), de modo a garantir o respeito e a proteção da população civil (e bens civis) e dirigir as operações tão somente contra objetivos militares. O artigo 27 da Convenção IV, que enuncia o principio básico do “direito de Genebra” do respeito aos direitos inalienáveis da pessoa humana, veio a ser complementado em 1977 pelo artigo 75 do Protocolo Adicional I, que dispõe sobre as garantias fundamentais (cf. *infra*). A Convenção IV estende sua proteção em particular às pessoas civis que se encontrem em poder do inimigo (artigo 4); o Protocolo Adicional I, como se verá mais adiante, veio a ampliar o âmbito da proteção dos civis (cf. *infra*).

Conforme já indicado, o Brasil tornou-se parte às Convenções de Genebra de 1949, hoje de aplicação universal, em 29 de junho de 1957. Em Exposição de Motivos de 30 de dezembro de 1954 à Presidência da República, o então Chanceler brasileiro (Raul Fernandes) ponderou que as quatro Convenções de Genebra de 1949 mereciam a aprovação do Congresso Nacional, porquanto visavam assegurar “o respeito à dignidade e ao valor da pessoa humana”. Após sintetizar a evolução histórica que culminou na adoção das Convenções I e II de 1949 (feridos e enfermos dos exércitos em campanha, e feridos, enfermos e naufragos das forças armadas no mar), a Exposição de Motivos do Itamaraty destacou em particular os avanços logrados pelas Convenções III e IV de 1949. Sobre a Convenção III, observou que se impusera enfim à “consciência do mundo civilizado” a concepção de que o prisioneiro de guerra não era um criminoso, mas apenas um inimigo impedido de retomar parte na luta e que devia ser “tratado com humanidade” enquanto fosse prisioneiro. Recordou que, muito embora a Convenção de 1929 contribuía de modo eficaz para a proteção de “milhões de prisioneiros de guerra” que a ela recorreram “no último conflito”, cedo pareceu que devia ela ser revista em muitos pontos, a saber: ampliar o círculo de pessoas em condições de valer-se da qualidade de prisioneiro de guerra em caso de captura; assegurá-la aos membros dos exércitos; estabelecer com mais precisão o regime do cativo; evitar que os prisioneiros de guerra se vissem arbi-

trariamente privados de tal condição.. Donde a iniciativa da revisão empreendida em 1949²².

Sobre o significado da Convenção IV da 1949, a Exposição de Motivos do MRE comentou que “a omissão dos civis nas disposições relativas às leis e costumes de guerra cada vez menos se justificava, porque o desenvolvimento dos armamentos e a extensão considerável do raio de ação dos exércitos mostraram que, efetivamente, os civis participam da guerra, sujeitos aos mesmos perigos —às vezes a perigos mais graves— que os militares”²³. Donde a importância —conclui a Exposição do Itamaraty— da proibição dos atentados à vida, à integridade e à dignidade dos seres humanos, e das garantias aos direitos reconhecidos dos civis²⁴. Em nossos dias, em que testemunhamos o advento e a cristalização do novo direito internacional humanitário a partir da adoção dos Protocolos Adicionais de 1977, é alentador constatar que, pouco após a revisão anterior, a de 1949, soube o Brasil precisar-lhe o alcance e reconhecer-lhe os méritos e significado histórico.

V. *A Revisão e Atualização: os Protocolos Adicionais de 1977.*

O desencadear de certos acontecimentos nas últimas décadas veio a evidenciar a necessidade de revisão e atualização do “direito de Genebra”. A iniciativa das reformas contidas nos dois Protocolos Adicionais de 1977 às Convenções de Genebra de 1949 deveu-se a fatores claramente identificáveis. Com a multiplicação do número de atores (novos Estados) no cenário internacional acarretada pelo movimento histórico da descolonização emergiu o fenômeno —a requerer tratamento adequado— das chamadas “lutas de libertação (nacional)”. E da codificação ou sistematização da matéria deveriam participar todos os Estados, inclusive naturalmente os recém-emancipados politicamente.

Ademais, conforme já indicado, a proscrição da guerra, aliada à gradual superação das Convenções do início do século (1907) pelo impacto

²² M.R.E., *Exposição de Motivos à Presidência sobre as Convenções de Genebra de 1949*, doc. DAI/DPO/227/615.1 (00), de 30.12.1954, pp. 2-4 e 6 (datilografado, circulação interna).

²³ *Ibid.*, p. 5.

²⁴ *Ibid.*, pp. 5-6.

dos avanços tecnológicos nos “métodos e meios” de combate, contribuíram para o desenvolvimento refreado ou reduzido do “direito de Haia”, acentuando um certo desequilíbrio entre este último e o “direito de Genebra”. Cabia repensar a formulação dos postulados básicos do direito humanitário aplicável aos “conflitos armados”. A Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável em Conflitos Armados, reunida em Genebra de 1974 a 1977, propôs-se fazer face às novas necessidades e desafios.

De 1974 a 1977, a Conferência Diplomática de Genebra reuniu-se a cada ano por uma sessão: 124 Estados participaram da 1ª sessão, 120 Estados da 2ª, 107 Estados da 3ª, e 109 Estados da 4ª sessão²⁵. Dos trabalhos da Conferência, de que participou a Delegação do Brasil, resultaram os dois Protocolos Adicionais de 1977 às Convenções de Genebra de 1949 (relativos aos conflitos armados internacionais e não-internacionais, respectivamente). A Conferência Diplomática de Genebra, ainda que seu regulamento não o tivesse previsto, trabalhou quase sempre por consenso: dos quase 150 artigos que compõem os dois Protocolos, só se procedeu formalmente à votação em relação a 15 deles²⁶. Em 8 de junho de 1977 os dois Protocolos Adicionais foram adotados como um todo por consenso²⁷, e dois dias após foi assinada, por quase todas as Delegações, inclusive pela do Brasil²⁸, a Ata Final da Conferência, trazendo em anexo o texto dos dois Protocolos adotados. O Brasil, no entanto, não foi signatário dos dois Protocolos, e até o presente (outubro de 1988) não chegou a uma decisão quanto a possível adesão aos mesmos.

O Protocolo Adicional I (relativo aos conflitos armados internacionais) logrou nitidos progressos em relação aos instrumentos anteriores, a começar pelo alcance da proteção às pessoas civis. Eram estas, sob a Convenção IV de 1949, protegidas somente quando em poder do inimigo, uma vez que as Convenções de Genebra não previam a proteção

²⁵ Cf. M. Bothe, K.J. Partsch e W.A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, The Hague, M. Nijhoff, 1982, p. 4.

²⁶ C. Pilloud, “Historique et Motifs de la Conférence”, in Institut International des Droits de l’Homme, *Résumés des Cours - VIII Session d’Enseignement*, Strasbourg, IIDH, 1977, p. 7.

²⁷ Cf. *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts* (Geneva, 1974-1977), vol. VII doc. CDDH/SR. 56, pp. 194 e 205.

²⁸ Cf. *ibid.*, vol. I, [p. 18].

geral da população civil contra os *efeitos* das hostilidades (no que se dependia do “direito de Haia”). Mediante o Protocolo I a população civil e as pessoas civis passaram a beneficiar-se de uma proteção geral contra os próprios efeitos das hostilidades. Passou a ser tida como pessoa civil qualquer pessoa que não pertencesse às forças armadas, inclusive em casos de dúvida, estando a população civil integrada por todos os civis (artigo 50); e consideraram-se como sendo bens civis todos os que não eram objetivos militares (artigo 52). Para o propósito do exercício da proteção geral contra os efeitos das hostilidades, o Protocolo I determinou a distinção, sempre, entre população civil e combatentes, e entre objetos civis e objetivos militares (artigo 48), reafirmando, *inter alia*, a proibição dos ataques contra a população civil ou ataques com efeitos indiscriminados e a proibição de represálias contra determinadas pessoas. De certo modo, o próprio desenvolvimento de novas formas de combate levou os Estados a precisarem na Conferência Diplomática de Genebra as regras de proteção aos civis²⁹.

Além da extensão da proteção de pessoas civis (*supra*), o Protocolo I ampliou, em relação à Convenção III de 1949, a definição de prisioneiro de guerra, a abranger doravante todos os membros das forças armadas, grupos e unidades sob um comando responsável e todas as pessoas que participaram das hostilidades e foram capturadas pelo adversário (artigos 43-45). O Protocolo I aprimorou tanto a proteção de pessoal das unidades sanitárias civis, quanto o sistema de designação das potências protetoras; além disso, previu regras a facilitarem a procura dos desaparecidos, regras de proteção especificamente voltada às mulheres e crianças (artigos 76-78), e estendeu a proteção aos refugiados e apátridas (artigo 73). Significativamente, introduziram-se no Protocolo I as garantias fundamentais de respeito à pessoa humana, no celebrado artigo 75, um dos mais longos de todo o Protocolo. O referido artigo, e.g., no parágrafo 2º, proíbe, em quaisquer circunstâncias, atos de violência à vida, saúde, ou bem-estar físico ou mental das pessoas (em particular, assassinato, tortura física ou mental, punição corporal e mutilação), ofensas à dignidade pessoal, tomada de reféns, punições coletivas, e ameaças de cometer quaisquer desses

²⁹ Eric David, “La protection des personnes civiles pendant les conflits armés”. in Institut International des Droits de l’Homme, *Résumés des Cours - VIII Session d’Enseignement*, Strasbourg, HDH, 1977, p. 3.

atos; os parágrafos seguintes dispõem detalhadamente sobre o “due process of law”. Certas passagens ou regras deste importante artigo 75 são também encontradas em outros instrumentos sobre proteção de direitos humanos, aqui residindo outra das afinidades, ou ponto de confluência, entre o direito internacional humanitário e a proteção internacional dos direitos humanos.

O Protocolo Adicional II, bem mais sucinto que o Protocolo I, contém igualmente um dispositivo detalhado sobre garantias fundamentais, o artigo 4, retomando em suas grandes linhas, as do Protocolo I. Também sob o Protocolo II a população civil se beneficia de uma proteção geral contra os efeitos das hostilidades (artigos 13-18), e são introduzidas novas normas de proteção aos feridos, enfermos e náufragos (artigos 7-12). O Protocolo II veio completar, mediante normas mais precisas, o artigo comum 3 das Convenções de 1949, que até então era o único dispositivo convencional (por vezes cognominado “convenção dentro da Convenção”, ou “mini-Convenção” ou “Convenção em miniatura”) a estipular proteção às vítimas de conflitos armados não-internacionais. O Protocolo II desenvolve e suplementa o artigo comum 3 das Convenções de Genebra, sem modificar suas condições existentes de aplicação (artigo 1). O Protocolo II volta-se em particular aos conflitos armados não-internacionais de uma certa intensidade e duração, porquanto não abrange as situações de distúrbios ou tensões internos (artigo 1 (2)); não comporta categorias especiais de pessoas protegidas (tais como os prisioneiros de guerra), mas volta-se a todas as pessoas que não participam, ou já não participam, das hostilidades, beneficiárias das garantias previstas.

No tocante à solução de controvérsias, ou repressão de abusos e infrações dos dispositivos convencionais, na linha das Convenções de Genebra de 1949 que instituíram um procedimento de investigação (“enquiry”), o Protocolo Adicional I dispôs sobre o estabelecimento de uma Comissão Internacional de Estabelecimento dos Fatos (a ser composta de 15 membros (artigo 94). Ademais, nas regras básicas sobre os métodos e meios de combate, o Protocolo I proíbe o uso dos que possam causar dano grave, amplo e durável ao meio-ambiente (artigo 35 (3)).

Cabe destacar, como um dos reais progressos alcançados pela Conferência Diplomática de 1974-1977, a inclusão, no catálogo de conflitos internacionais — artigo 1 (4) do Protocolo Adicional I, — das lutas dos povos contra a dominação colonial, a ocupação estrangeira e os regimes

racistas. Quando da anterior Conferência Diplomática de 1949, uma moção que visava assimilar as guerras coloniais aos conflitos internacionais não obteve aprovação dos Estados, e, em consequência, nas décadas que se seguiram inúmeras vítimas não puderam ser socorridas. A fórmula enfim consagrada no artigo 1 (4) do Protocolo I de 1977 veio a representar, pois, notável avanço estendendo a aplicação do direito internacional humanitário em sua totalidade às guerras de libertação nacional.

Durante a Conferência Diplomática de 1974-1977, certos países, principalmente do chamado Terceiro Mundo, manifestaram, em relação aos conflitos ou dificuldades internos, apreensão ou receio de minar sua estabilidade, e invocaram o princípio da não-intervenção, enquanto outros países (industrializados e socialistas) favoreciam uma posição humanitária mais purista. Ante a percepção de um risco de não-aprovação do projeto do Protocolo II, as guerras de libertação nacional foram erigidas em conflitos internacionais e deslocadas para o âmbito de aplicação do projeto do Protocolo I; ora, a esta extensão do âmbito de Protocolo I correspondeu concomitantemente uma sensível redução do escopo de aplicação do projeto do Protocolo II no decorrer dos trabalhos da Conferência Diplomática de Genebra de 1974-1977³⁰. Experimentou, no entanto, considerável evolução, e atualização, o direito internacional humanitário como um todo, com a solução alcançada.

A iniciativa de elevar as lutas de libertação nacional à categoria de conflitos internacionais foi tomada já na 1ª sessão da Conferência Diplomática de Genebra, em 1974, então com a oposição dos países ocidentais que não as consideravam distintas de guerras civis. No transcorrer da Conferência, no entanto, tal oposição gradualmente se desvaneceu, face ao desmoronamento dos impérios coloniais e ao convencimento dos Estados ocidentais de que a norma emergente preservava os princípios básicos do direito humanitário; os elementos básicos da nova norma estavam objetivamente definidos, a saber, regimes coloniais, governos ocupando o território de outro Estado, e governos racistas, situações que —esperava-se— tendiam a desaparecer no futuro previsível. Tudo isto contribuiu

³⁰ M. Bothe, K. J. Partsch e W.A. Solf, *op. cit. supra* n. (25), p. 9; S. Suckow, "Conference on Humanitarian Law - Phase II", 14 *Review of the International Commission of Jurists* (junho de 1975) p. 50; S.E. Nahlik, *op. cit. supra* n. (5), pp. 7-44, esp. pp. 18 e 42.

para que quando da votação final da nova regra em 1977, emergisse um entendimento geral em favor de sua adoção³¹.

Se, por um lado, poderia parecer difícil a um Estado tratar insurgentes se batendo pela autodeterminação como combatentes legais, por outro lado tal tratamento propiciaria maior proteção humanitária à população civil, e mesmo aos envolvidos nas hostilidades, mediante maiores restrições aos métodos e meios de combate³². A iniciativa conducente à consagração, no Protocolo I, das lutas de libertação nacional como conflitos internacionais se deveu, em perspectiva histórica, a três motivações principais: primeiramente, tendo os movimentos de libertação nacional conquistado status internacional (e daí uma espécie de legitimação), passaram a reivindicar para seus combatentes a condição de beligerantes legais; em segundo lugar, os movimentos de libertação nacional, detentores de status internacional, exerciam um direito internacional de autodeterminação e de legítima defesa (contra a agressão constituída pelo colonialismo, ocupação estrangeira ou racismo); em terceiro lugar, uma série de resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas (da resolução 2383 (XXIII) de novembro de 1968 à resolução 3103 (XXVIII) de dezembro de 1973) proclamaram que as guerras de libertação nacional haviam de ser tratadas como conflitos internacionais propriamente ditos³³.

Na Conferência Diplomática de Genebra, a adoção do artigo 1 do Protocolo I, contendo o dispositivo era em exame (parágrafo 4), deu-se por votação e não consenso, em 23 de maio de 1977: após uma tentativa malograda da Delegação de Israel de que o plenário procedesse a uma votação em separado do parágrafo 4 de artigo 1, foi o artigo 1 como um todo adotado por 87 votos a favor (inclusive o do Brasil), apenas um contra (Israel), e onze abstenções³⁴. Ademais do disposto no artigo 1 (4),

³¹ Antonio Cassese, "Wars of National Liberation and Humanitarian Law", *Studies and Essays of International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (ed. Ch. Swinarski), Geneva/The Hague, ICRC/M4 Nijhoff, 1984, pp. 317-323.

³² *Ibid.*, p. 320.

³³ *Ibid.*, pp. 313-314. Para um estudo detalhado da matéria, cf. Georges Abi-Saab, "Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols", 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1979) pp. 363-445.

³⁴ Cf. *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts* (Genebra, 1974-1977), vol. VI, doc. CDDH/SR.36, pp. 40-41. - Para um estudo detalhado do histórico legislativo do artigo 1 (4) do Protocolo I, cf. Jean J. A. Salmon, "Les guerres de liberation nationale", *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (ed. A. Cassese), (vol. 1), Napoli, Ed. Scientifica, 1979, pp. 55-112.

o Protocolo I também prevê (artigo 96 (3)) que uma autoridade representando um povo em luta segundo os critérios indicados no artigo 1 (4) pode comprometer-se a aplicar as Convenções o Protocolo mediante uma declaração unilateral de intenção enviada ao depositário (i.e., ao Governo suíço) das Convenções e dos Protocolos.

Com a adoção dos dois Protocolos Adicionais em 1977, ao final da Conferência Diplomática de Genebra, cômpletava-se o processo de revisão e atualização do direito internacional humanitário. Quando da elaboração das Convenções de 1949, numerosos Estados (de hoje) ainda não haviam alcançado sua independência política, e não participaram por conseguinte daquela condificação. Já por ocasião da Conferência Diplomática de 1974-1977, esses Estados, recém-emancipados, puderam enfim avançar seus pontos de vista, o que contribuiu decisivamente para o desenvolvimento da universalidade do direito internacional humanitário contemporâneo.

VI. *Outros Instrumentos*

Às duas celebradas vertentes do “direito de Genebra” (voltado em particular ao respeito e proteção das vítimas de guerra em mãos inimigas) e do “direito de Haia” (atinentes à condução da guerra propriamente dita e aos “métodos e meios” de guerra ou de combate permissíveis³⁵ - *temperamenta in bello*), há hoje quem acrescente uma terceira vertente mais recente, a do “direito de Nova York”, a abranger os esforços e realizações das Nações Unidas nesta área. O ponto de partida desta corrente residiria na Conferência de Teerã sobre Direitos Humanos de 1968 (resolução XXIII), seguida de uma série de resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas e outros órgãos principais (sobre os temas dos movimentos de libertação nacional e das possíveis proibições ou restrições ao uso de determinadas armas convencionais), com destaque para a resolução da A.G. 2444 (XXIII) de 1968 (que marcou um novo interesse, no âmbito da ONU, pela matéria). Kalshoven identifica, com efeito, a partir de adoção da resolução 2444, a aceleração de um movimento de con-

³⁵ Cf., para um exame relativamente recente, e.g., Ph. Bretton, “Le problème des ‘méthodes et moyens de guerre ou de combat’ dans les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genebre du 12 août 1949”, 82 *Revue générale de droit international public* (1978) pp. 32-81.

fluência entre as três correntes (Genebra, Haia, Nova York), a formarem um movimento único, englobando as preocupações com a proteção das vítimas de guerra, as regras de combate, e a proteção internacional dos direitos humanos nos conflitos armados ³⁶.

Tal movimento teria como pontos culminantes os dois Protocolos Adicionais resultantes da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável em Conflitos Armados (Genebra, 1974-1977) (*supra*) e também —dado o silêncio dos Protocolos de 1977 sobre a questão das possíveis proibições ou restrições ao uso de certas armas convencionais— a Convenção das Nações Unidas sobre Proibições ou Restrições ao Uso de Certas Armas Convencionais de 1980 (*infra*). Como, no entanto, o direito internacional humanitário contemporâneo, de base convencional, não se exaure nos instrumentos supracitados há que se fazer referência, igualmente aos avanços representados pela conclusão de outros tratados significativos, a saber: a Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção e Estocagem de Armas Bacteriológicas (Biológicas) e à Base de Toxinas e Sua Destruição (1972), a Convenção sobre a Proibição do Uso de Técnicas de Modificação Ambiental para Fins Militares ou Quaisquer Outros Fins Hostis (1977), e a Convenção para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (1954). Passemos sucintamente em revista cada uma dessas Convenções, a começar pela de 1980.

1. *Proibições ou Restrições de Armas Convencionais.*

Um dos desenvolvimentos mais recentes do direito internacional humanitário reside na conclusão, em 1980, da Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Uso de Certas Armas Convencionais. Os antecedentes podem ser tidos como remontando aos *travaux préparatoires* que precederam a Conferência Diplomática de Direito Humanitário de Genebra (1974-1977): no ocasião decidiu-se, nas reuniões de peritos governamentais que antecederam a Conferência, que não se abordaria o estudo de armas de destruição em massa (armas atômicas, biológicas e químicas). Como os dois Protocolos Adicionais de 1977, resultantes da Conferência, silenciaram outrossim sobre a questão de possíveis proibições ou restrições ao uso de determinadas armas convencionais, a própria Confe-

³⁶ F. Kalshoven. *Constraints on the Waging of War*, Geneva, ICRC, 1987, pp. 7-23, e cf. pp. 42-43.

rência Diplomática, por uma resolução, remeteu a matéria às Nações Unidas. Estas convocaram uma Conferência especial para o estudo da questão, tendo se realiza duas sessões, uma em 1979 e outra em 1980.

Ao final da segunda sessão, em outubro de 1980, a Conferência especial adotou um novo tratado de direito humanitário, a supracitada Convenção sobre Proibição ou Restrições ao Uso de Certas Armas Convencionais. Distintamente de várias outras convenções de direito humanitário, inclusive os Protocolos Adicionais de 1977, a Convenção de 1980 foi elaborada e adotada sob os auspícios das Nações Unidas. Enquanto os Protocolos de 1977 encontram-se abertos apenas aos Estados Partes às Convenções de Genebra de 1949, a Convenção de 1980 está aberta à ratificação ou adesão de todos os Estados.

Ainda que o campo de aplicação desta nova Convenção permaneça bem reduzido (cf. *infra*), em nenhum momento se voltando às armas (nucleares, químicas e bacteriológicas) de destruição em massa, nem por isso sua adoção deixou de constituir, no desabafo de Pictet, "um sucesso marcante e quase inesperado"³⁷. A Convenção de 1980 e seus três Protocolos anexos, aplicáveis em conflitos armados internacionais mas não internos, proíbe ou limita o uso das seguintes armas clássicas: a) fragmentos não-detectáveis (no corpo humano), que impedem assim a cura dos ferimentos; b) minas, armadilhas e outros dispositivos (capazes de causar vítimas na população civil, por vezes bem após a cessação das hostilidades); c) armas incendiárias (capazes de causar grande sofrimento, também à população civil, além de consideráveis danos ao meio-ambiente³⁸.

Cedo diversos Estados se tornaram signatários da nova Convenção, que, com os seus três Protocolos anexos, entrou em vigor em fins de 1983³⁹. O Brasil não fez exceção, tendo assinado a referida Convenção em 10 de abril de 1981; até o presente, no entanto, ainda não procedeu à sua ratificação.

2. Proibição de Armas Bacteriológicas.

O fato de o perigo da proliferação de armas bacteriológicas pairar

³⁷ J. Pictet, *op. cit. supra* n. (7), p. 70.

³⁸ F. Kalshoven, *op. cit. supra* n. (36), pp. 147-157, e cf. p. 23.

³⁹ Mais precisamente, em 2 de dezembro de 1983, seis meses após o depósito do 20º instrumento de ratificação com o Secretário-Geral das Nações Unidas (como depositário da Convenção).

tanto sobre os países desenvolvidos quanto sobre os países em desenvolvimento terá certamente contribuído para a conclusão da Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção e Estocagem de Armas Bacteriológicas (Biológicas) e à Base de Toxinas e Sua Destruição, de 1972. Ao comentar em 1976 a proibição nela consagrada (artigo 1), o 'Stockholm International Peace Research Institute' (SIPRI) referiu-se a esta Convenção como "o único verdadeiro tratado de desarmamento concluído até o presente" —é a estar em vigor também em tempo de guerra— ao passo que os demais tratados apenas "congelam o *status quo*" ou "estabelecem um teto para outros armamentos"⁴⁰. Reclamações quanto a possíveis violações da presente Convenção podem ser encaminhadas diretamente ao Conselho de Segurança das Nações Unidas (artigo 6). A Convenção sobre a Proibição de Armas Bacteriológicas (Biológicas) entrou em vigor em 26 de março de 1975. No mesmo dia de sua conclusão (em Londres, Washington e Moscou) e em que foi aberta a assinatura, aos 10 de abril de 1972, o Brasil firmou-a, apra pouco após ratificá-la, em 27 de fevereiro de 1973.

Caberia, aqui, ademais, registrar que, no âmbito das Nações Unidas, encontram-se presentemente em curso, em estágio avançado, os trabalhos de elaboração de um projeto de Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção e Estocagem de Armas Químicas e Sua Destruição. Nesse sentido, em 9 de fevereiro de 1988 a Conferência sobre Desarmamento decidiu restabelecer o *Comité Ad Hoc* sobre Armas Químicas, para, durante sua sessão de 1988, proceder à continuação das negociações conducentes à elaboração do referido projeto de Convenção sobre a Proibição de Armas Químicas, para tal levando em conta todas as iniciativas e propostas já existentes⁴¹.

3. *Proibição de Modificação Ambiental para Fins Militares ou Hostis.*

A amarga experiência da guerra de Vietnã em que os Estados Unidos fizeram vasto uso de distintos métodos de destruição de florestas e plantações no Vietnã, com conseqüências devastadoras para o equilíbrio ecológico, levou à iniciativa das Nações Unidas de elaboração da Conven-

⁴⁰ Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI), *The Law of War and Dubious Weapons*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1976, pp. 60-61.

⁴¹ Conference on Disarmament, documento CD/874, de 12.09.1988, pp. 1-2, e cf. pp. 2-9, e Apêndices.

ção sobre a Proibição do Uso de Técnicas de Modificação Ambiental para Fins Militares ou Quaisquer Outros Fins Hostis, aberta à assinatura em Genebra em 18 de maio de 1977, e em vigor desde 5 de outubro de 1978. Por este instrumento, a responsabilidade pela proteção do meio-ambiente, reconhecida e assegurada pelo direito internacional contemporâneo em tempos de paz, passou a sê-lo também em tempos de conflito armado. A Convenção das Nações Unidas de 1977 aplica-se a técnicas de modificação ambiental que tenham efeitos "amplos, duráveis ou graves" (artigo 1). Um dispositivo do gênero encontra-se no Protocolo Adicional I de 1977 às Convenções de Genebra de 1949 (artigo 53 (3) do Protocolo I), mas enquanto este último se volta ao dano ao meio-ambiente causado por qualquer tipo de arma, a Convenção de 1977 tem em mente em particular as armas de manipulação ou modificação ambiental⁴². O Brasil não hesitou em emprestar seu apoio à Convenção das Nações Unidas de 1977: assinou-a naquele mesmo ano, aos 9 de novembro, e ratificou-a em 12 de outubro de 1984.

4. *Proteção dos Bens Culturais.*

Os Protocolos Adicionais (de 1977) às Convenções de Genebra de 1949 contêm duas disposições voltadas diretamente à proteção dos bens culturais em caso de conflito armado: o artigo 53 do Protocolo I e o artigo 16 do Protocolo II. No entanto, o instrumento mais importante para a proteção dos bens culturais (tida esta como de interesse internacional, transcendendo as fronteiras dos Estados) é a Convenção de Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (contendo um Regulamento de Execução como parte integrante, assim como um Protocolo em anexo)⁴³. Pela presente Convenção, as partes contratantes se comprometem a salvaguardar, por providências que considerem apropriadas, os bens culturais contra os efeitos previsíveis de um conflito armado, assim como respeitar e proteger os bens

⁴² A Roberts e R. Guelff (ed.), *op. cit. supra* n. (2), pp. 377-378; Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI), *op. cit. supra* n. (40), pp. 40-41 e 62-63.

⁴³ Cabe também uma referência a outro instrumento, a Convenção concernente à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 16 de novembro de 1972.

culturais situados em seu próprio território e no de outras partes contratantes.

A supervisão da implementação da Convenção é confiada à UNESCO (dado o mandato a esta atribuído por sua própria Constituição), e tal mandato tem sido desenvolvido e precisado pela própria prática sob a Convenção. A Convenção de Haia de 1954, inspirada nas Convenções de Genebra de 1949, apresenta características e terminologia similares às destas últimas, e retoma soluções nestas consagradas (e.g., o sistema de potências protetoras - artigo 21. O sistema de controle da presente Convenção compreende três elementos (agentes): um comissário geral para os bens culturais (exercendo missão essencialmente imparcial e internacional), representantes para os bens culturais, e delegados das potências protetoras (estes dois últimos representando as partes em conflito e assegurando a defesa de seus interesses respectivos)⁴⁴.

A presente Convenção (e Regulamento de Execução), que entrou em vigor em 7 de agosto de 1956, teve ampla aplicação, a partir de junho de 1967 e no decorrer de 1968, no conflito árabe-israelense⁴⁵. O Brasil aderiu à Convenção de Haia de 1954 em 12 de setembro de 1958.

VII. *Pronunciamentos Recentes do Brasil*

Dados os avanços consideráveis, nos últimos anos, do direito internacional humanitário, caberia aqui passar em revista os pronunciamentos recentes do Brasil sobre a matéria. Com efeito, podem-se detectar e destacar alguns pontos de vista sustentados pela Delegação do Brasil em matéria de direito internacional humanitário tanto no decorrer da Conferência Diplomática de Genebrã de 1974-1977 quanto nos debates pertinentes no âmbito da VI Comissão da Assembléia-Geral das Nações Unidas. Começamos pela Conferência Diplomática sobre Direito Humanitário (Genebra, 1974-1977): ponderou ali a Delegação do Brasil que os projetos dos dois Protocolos Adicionais, ao se destinarem a tornar o

⁴⁴ H. Saba, "L'UNESCO et les droits de l'homme", *Les dimensions internationales des droits de l'homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 479-488; J. Toman, "La protection des biens culturels dans les conflits armés internationaux; cadre juridique et institutionnel", *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Ch. Swinarski), Genève/La Haye, CICR/M. Nijhoff, 1984, pp. 559-580.

⁴⁵ Cf., e.g., o relato de H. Saba, *op. cit. supra* n. (44), pp. 485-488.

tratamento de vítimas de conflitos armados mais humano, haveriam de “corresponder a princípios universalmente aceitáveis” na medida em que “refletissem a consciência da comunidade internacional”. Haveria, assim, que evitar a inserção de dispositivos controvertidos, de modo a facilitar o maior número possível de adesões dos Estados aos Protocolos e sua plena e eficaz aplicação⁴⁶.

No decorrer da Conferência, insistiu a Delegação do Brasil na necessidade de convocação de uma Conferência especial (de especialistas governamentais) para o estudo prioritário de armas incendiárias com vistas a sua proibição ou restrições de seu uso⁴⁷, —o que veio a ser objeto de regulamentação, como já visto, pela Convenção de 1980 sobre a matéria. Ademais, ao ressaltar a necessidade de “clarificar questões de substância” inerentes ao problema das represálias, a Delegação do Brasil invocou o princípio consagrado no artigo 60 (5) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual a possibilidade de uma parte a um tratado tomar certas medidas em caso de violação do tratado por outra parte não se aplicava aos “dispositivos relativos à proteção da pessoa humana contidos em tratados de caráter humanitário, em particular aos dispositivos que proibam qualquer forma de represálias contra pessoas protegidas por tais tratados”⁴⁸.

No transcorrer da Conferência Diplomática expressou a Delegação do Brasil, igualmente, suas preocupações. Em seu modo de ver, o projeto do Protocolo II só poderia vir a ser aplicável se a parte contratante estivesse satisfeita que as condições nele mencionadas tivessem sido cumpridas, e se sua aplicabilidade fosse reconhecida tanto pela parte contratante em cujo território se considerava existir o conflito armado quanto pela parte adversa⁴⁹. Ademais, a certa altura dos debates sobre o Protocolo I, a Delegação do Brasil, reiterando seu “apoio aos povos em luta contra a dominação colonial, a ocupação estrangeira e regimes racistas, no exercício do direito legítimo à autodeterminação”, externou, no entanto, sua preocupação de que “os dispositivos relativos à identificação de combatentes não eram suficientemente claros para assegurar

⁴⁶ Cit. in A. A. Cançado Trindade, *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* (Período 1961-1981), Brasília, FUNAG, 1984, p. 331.

⁴⁷ *In ibid.*, p. 332.

⁴⁸ *Cit. in ibid.*, pp. 332-333.

⁴⁹ *In ibid.*, pp. 333-334.

que a população civil seria protegida dos riscos inevitáveis quando não fosse possível identificar sem margem de erro os engajados em atividades militares”⁵⁰.

Também no âmbito da VI Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas encontramos pontos de vista esposados pela Delegação do Brasil. Assim, após referir-se, nos debates de 1976 da VI Comissão aos progressos alcançados na Conferência Diplomática de Genebra então em curso⁵¹, a Delegação do Brasil, nos debates de 1977 da VI Comissão, fez pronunciamento em que recordou os desenvolvimentos históricos do direito internacional humanitário e expressou votos de “pronta aceitação” pelos Estados dos documentos aprovados na Conferência Diplomática de Genebra⁵². Dois anos após, ao relatar os debates da VI Comissão sobre o item 110 —“Situação dos Protocolos de Genebra sobre Direitos Humanos em Conflitos Armados”—, em que não pronunciou intervenção, a Delegação do Brasil não obstante registrou “a impressão de que, muito possivelmente, o número limitado de ratificações [dos dois Protocolos] até agora depositadas é mais consequência da lentidão de processos internos do que de uma deliberação de não se tornar parte dos Protocolos”⁵³.

Nos últimos anos, a Delegação do Brasil novamente voltou sua atenção ao tema ocasião dos debates da VI Comissão sobre o Projeto de Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade. Já em 1980 a Delegação do Brasil defendeu a necessidade de tornar o Projeto mais preciso, inclusive mediante a indicação de critérios para determinar que atos deveriam ser considerados “uma ofensa nos termos do futuro Código”⁵⁴; cinco anos depois, não hesitou em expressar a “esperança” de que “os conceitos de crimes contra a paz, crimes contra a humanidade e

⁵⁰ *Cit. in ibid.*, p. 333.

⁵¹ MRE, *Relatório da Delegação do Brasil à XXXI Sessão da Assembleia Geral - Trabalhos da VI Comissão* (1976), N. Y., 1977, pp. 4-6 (item 111: “Respeito pelos Direitos Humanos em Conflitos Armados”) (mimeografado, circulação interna).

⁵² MRE, *Relatório da Delegação do Brasil à XXXII Sessão da Assembleia Geral - Trabalhos da VI Comissão* (1977), N. Y., 1977, pp. 10-11 (item 115: “Respeito pelos Direitos Humanos em Conflitos Armados”) (mimeografado, circulação interna).

⁵³ MRE, *Relatório da Delegação do Brasil à XXXIV Sessão de Assembleia Geral - Trabalhos da VI Comissão* (1979), N. Y., 1979, p. 40 (mimeografado, circulação interna).

⁵⁴ MRE, *Relatório da Delegação do Brasil à XXXV Sessão da Assembleia Geral - Trabalhos da VI Comissão* (1980), N. Y., 1980, pp. 34-35 (item 102) (mimeografado, circulação interna).

crimes de guerra fossem levados em conta na preparação do Código”⁵⁵. Em 1986 foi mais além: afirmou a Delegação do Brasil, nos debates da VI Comissão, que, “*ratione materiae*, o Código deveria cobrir apenas crimes de natureza bastante séria recaindo sob uma das três categorias: crimes contra a paz, crimes contra a humanidade e crimes de guerra”⁵⁶. Acrescentou a Delegação brasileira *inter alia* que a exceção ora contemplada das represálias (à responsabilidade criminal) estava felizmente sujeita a condições estritas⁵⁷.

Também no plano regional pronunciou-se o Brasil recentemente sobre a matéria. Por ocasião da XVI sessão ordinária da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), figurou o Brasil dentre os países que defenderam a inclusão do tema “Apoio às Atividades do Comitê Internacional da Cruz Vermelha” (CICV) na agenda de Assembléia Geral⁵⁸ e co-patrocinou moção que resultou na resolução AG/RES. 825 (XVI-0/86), aprovada em sessão plenária da Assembléia Geral em 15 de novembro de 1986, intitulada “Apoio às Atividades do Comitê Internacional da Cruz Vermelha”. A referida resolução, após recordar que hoje “todos os Estados membros” da OEA são partes às Convenções de Genebra de 1949, reiterou o reconhecimento daqueles Estados ao “trabalho humanitário” do CICV e instou os Estados membros da OEA a que continuassem apoiando e facilitando o labor humanitário do CICV⁵⁹.

Enfim, em recente nota divulgada pelo Itamaraty sobre a assinatura, pelo Brasil, em Washington, em 24 de janeiro de 1986, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, destacou-se o fato de esta Convenção obrigar os Estados partes a prevenir e sancionar a tortura em qualquer de suas formas, “não se admitindo como justificação circunstâncias tais como estado de guerra, estado de sítio ou de comoção

⁵⁵ U.N./G.A., *Summary Records of the Sixth Committee* (1985), doc. A/C.6/40/SR.35, de 18.11.1985, p. 3, § 7.

⁵⁶ U.N./G.A., *Summary Records of the Sixth Committee* (1986), doc. A/C.6/41/SR.39, de 17.11.1986, p. 9, § 31.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 11, § 38.

⁵⁸ Cf. OEA, doc. OEA/Ser. P-AG/doc. 2029/86, de 01.10.1986, pp. III-IV e 1-2; doc. OEA/Ser. P-AG/doc. 2024/86, de 10.11.1986, p. 15.

⁵⁹ Cf. texto in: OEA, *XVI Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral (Guatemala, 1986) - Atas e Documentos*, vol. I, doc. OEA/Ser. P/XVI.) . 2, de 17.12.1986, pp. 51-52. - cf. também, sobre a matéria, resolução de março de 1987 do Parlamento Andino, e resolução de agosto de 1988 do Parlamento Latino-Americano (de apoio às atividades do CICV).

intestina, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou situações de emergência ou calamidade pública”⁶⁰.

VIII. *Direito Consuetudinário*

O elenco das convenções acima revistas (tanto as que compõem as vertentes dos chamados “direitos de Haia” e “direito de Genebra” quanto as concluídas nos últimos anos - *supra*) não há de obscurecer o fato de que a evolução do direito internacional humanitário tem transcendido o âmbito do direito internacional convencional. Tem aqui ocorrido também uma evolução consuetudinária, apontando no sentido da expansão da proteção devida às vítimas de conflitos armados e de outras situações equiparáveis provocadas pelo homem. Trata-se de um ramo do direito especificamente *voltado às vítimas* e à extensão ou ampliação dos princípios básicos norteadores da *proteção* que lhes é devida.

Recorde-se que, no julgamento de 1946, coube ao próprio Tribunal de Nuremberg ponderar significativamente que “o direito de guerra há de ser encontrado não apenas em tratados, mas nos costumes e práticas dos Estados que gradualmente obtiveram reconhecimento universal, e nos princípios gerais de justiça aplicados por juristas e praticados por tribunais militares. Este direito não é estático, mas por adaptação contínua segue as necessidades de um mundo em mutação. Na verdade, em muitos casos os tratados nada mais fazem do que expressar e definir para referência mais precisa os princípios de direito já existentes”⁶¹. Observou ainda o Tribunal de Nuremberg que, quando da eclosão da II guerra mundial em 1939, as regras (de combate terrestre) contidas na (IV) Convenção de Haia de 1907 eram “reconhecidas como sendo declaratórias das leis e costumes da guerra”⁶². Por conseguinte, os princípios e regras consagrados no Protocolo Adicional I de 1977 (às Convenções de Genebra de 1949) idênticos aos daquela Convenção de 1907 e a outras regras do direito internacional consuetudinário “terão *ipso facto* o efeito de direito internacional costumeiro”⁶³.

⁶⁰ Cit. in MRE, *Posições Brasileiras em Política Externa - Repertório*, MRE, Brasília, 1986, doc. ARQ: H260 - pág. 1 (mimeografado, circulação interna).

⁶¹ Cit. in L.C. Green, *International Law through the Cases*, 3ª ed., London/N.Y., Stevens/Oceana, 1970, p. 722.

⁶² Cit. in *ibid.*, p. 726.

⁶³ L.R. Penna, *op. cit. infra* n. (71), p. 210.

Poder-se-iam invocar aqui algumas ilustrações desta evolução consuetudinária. O sistema das potências protetoras, por exemplo, surgiu do costume e desenvolveu-se pela prática, para só depois ser incorporado às Convenções de Genebra de 1929 e 1949⁶⁴. A competência dos Estados de punir indivíduos por crimes de guerra, a despeito do silêncio das Convenções de Haia de 1899 e 1907 sobre guerra terrestre acerca da responsabilidade individual criminal (por violações dos regulamentos anexos) foi reconhecida e aceita pelo costume, sem que se considerasse necessária confirmação por meio de tratado⁶⁵. Há uma interação entre costume e tratados (estes dando precisão àquele, de modo geral) nas regras de combate (e.g., poupar inimigos capturados e população civil inimiga); com efeito, os princípios e regras sobre a proteção geral da população civil fazem parte do direito internacional tanto convencional quanto consuetudinário⁶⁶.

Tem-se argumentado que, com a conclusão do Protocolo de Genebra de 1925, a proibição do uso de meios de combate químicos e bacteriológicos infiltrou-se também no *corpus* do direito internacional consuetudinário⁶⁷. Na mesma linha, tem-se também argumentado que com a conclusão da Convenção de Haia de 1954 seus dispositivos substantivos atinentes à proteção da propriedade cultural passaram a integrar igualmente o direito internacional costumeiro⁶⁸. Não há de passar despercebido que o propósito da celebrada “cláusula Martens” — constante do preâmbulo da (IV) Convenção de Haia de 1907 sobre guerra terrestre, e repetida no preâmbulo da Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Uso de Certas Armas Convencionais de 1980, e reiterada, em versão modificada, no artigo comum 63/62/142/158 sobre denúncia (§ 4) das Convenções de Genebra de 1949— é precisamente o de salvaguardar a observância de obrigações derivadas do direito consuetudinário, dos princípios de humanidade e ditames da consciência pública, e a aplicação continuada —e concomitante com a das Convenções em questão— de todo o *corpus* do direito costumeiro (pré-existente); seu propósito é, em suma

⁶⁴ F. Kalshoven, *op. cit. supra* n. (36), p. 62.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 67.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 7 e 104.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 30.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 37.

e em última análise, o de estender às regras costumeiras pré-existentes pleno reconhecimento e salvaguardar sua aplicação ⁶⁹.

Com efeito, grande parte dos dispositivos dos Protocolos Adicionais de 1977 às Convenções de Genebra de 1949, e notadamente do Protocolo I, "é simplesmente uma codificação de regras pré-existentes do direito internacional costumeiro" ⁷⁰. Assim, e.g., a norma fundamental consagrada no artigo 35 do Protocolo I, pela qual o direito de escolher métodos ou meios de combate não é ilimitado e ficam proibidas armas que causem sofrimento supérfluo ou desnecessário, é indubitavelmente uma reafirmação do direito internacional consuetudinário, tal como sustentado na Conferência Diplomática de Genebra quando da adoção por consenso do artigo ⁷¹. Também o artigo 45, relativo ao tratamento de pessoas que caem em poder da parte adversária, codifica o direito internacional costumeiro sobre a matéria ⁷². O mesmo se aplica ao desenvolvimento (convencional) de regras relativas à proteção da população civil: na Conferência Diplomática de Genebra houve Delegações que sustentaram expressamente que, e.g., os dispositivos do artigo 51 constituem uma reafirmação ou codificação do direito internacional costumeiro a respeito ⁷³. Da mesma forma, o artigo 59 (1), adotado por consenso, reflete as regras costumeiras relativas à proibição de ataques a cidades ou áreas indefensas ⁷⁴. Outros exemplos, de dispositivos do mesmo gênero do Protocolo I, poderiam ser citados, tais como, *inter alia*, os artigos 38, 39, 40, 41, 54, 73 e 76-78 ⁷⁵.

Ainda outra ilustração é fornecida pela asserção do direito de iniciativa humanitária ⁷⁶ do Comitê Internacional da Cruz Vermelha: muito antes da aprovação dos Estatutos da Cruz Vermelha Internacional pela Conferência Internacional reunida em Haia em 1928, nos quais tal direito

⁶⁹ G. Abi-Saab, *op. cit. supra* n. (12), pp. 274-275.

⁷⁰ F. Kalshoven, *op. cit. supra* n. (36), p. 71.

⁷¹ L. R. Penna, "Customary International Law and Protocol I: An Analysis of Some Provisions", *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (ed. Ch. Swinarski), Geneva/The Hague, ICRC/M. Nijhoff, 1984, pp. 210-211.

⁷² *Ibid.*, p. 216.

⁷³ Cf. *ibid.*, pp. 218-220.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 222.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 211-212 e 221-224.

⁷⁶ Hoje consagrado não só nos Estatutos da Cruz Vermelha Internacional (artigo VI, especialmente § 6º) como também no artigo 3 comum às Convenções de Genebra de 1949.

foi consagrado, o Comité Internacional da Cruz Vermelha já havia, na prática, exercido o direito de iniciativa humanitária que, “em numerosas situações, foi reconhecido pelos Estados, na ausência de qualquer disposição de um tratado internacional”⁷⁷. A constante busca de mais ampla proteção às vítimas tem na prática inspirado e motivado o desenvolvimento das distintas modalidades de aplicação do direito internacional humanitário, não raro transcendendo os limites formais deste.

Em nossos dias, vem o Comité Internacional da Cruz Vermelha ampliando ainda mais o âmbito de sua atividade protetora, *com base em princípios do direito internacional humanitário e não nas Convenções de Genebra*, estendendo-a a prisioneiros ou detidos políticos, mesmo quando não estejam estes aprisionados em decorrência de um conflito armado mas de outra situação gerada pelo homem (repressão política, distúrbios e tensões internos)⁷⁸. Ainda que, no sentido formal, as Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais não se apliquem diretamente a situações que não sejam de conflitos armados, a evolução do direito internacional humanitário como um todo têm se caracterizado por sua adaptação às *necessidades de proteção*, pela concepção de novas regras e procedimentos de proteção posteriormente cristalizados em instrumentos internacionais. A evolução do exercício da proteção humanitária, ditada em última análise pelas necessidades reais das vítimas, tem se orientado no sentido da ampliação do âmbito de aplicação, “se não das regras, ao menos dos princípios de direito internacional humanitário”, de modo a abranger situações —como as acima referidas, de repressão política, ou distúrbios e tensões internos— que ainda não figuram formalmente neste ramo do direito⁷⁹.

Trata-se, em suma, de um domínio do direito clara e diretamente voltado à situação e proteção das vítimas, —residindo aqui uma das afinidades entre o direito internacional humanitário e a proteção inter-

⁷⁷ Ch. Swinarski, *op. cit. supra* n. (6), p. 62, e cf. pp. 60-62.

⁷⁸ H. Gros Espiell, “Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitário y Derecho Internacional de los Refugiados”, *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Ch. Swinarski), Genève/La Haye, CICR/M. Nijhoff, 1984, p. 707.

⁷⁹ Ch. Swinarski, *op. cit. supra* n. (6), p. 58.

nacional dos direitos humanos⁸⁰. Não raro os progressos na iniciativa humanitária têm sido alcançados pela *própria prática*, pelos usos e costumes de aceitação internacional, estendendo a proteção humanitária mais além dos limites formais de seu âmbito de aplicação⁸¹. Nos casos acima aludidos de distúrbios e tensões internos, assume particular importância a simultaneidade de aplicação do direito internacional humanitário —em seus mais recentes desenvolvimentos— e dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos⁸²; nos casos de conflitos armados (internacionais e não-internacionais), a aplicação do direito internacional humanitário não exclui necessariamente a dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, e os seres humanos podem aqui considerar-se protegidos por ambos os sistemas de normas, mesmo porque é a garantia e proteção de seus direitos básicos que fundamentam em última análise a existência de ambos os sistemas⁸³.

IX. Observações Finais

A gênese, formação e —nos últimos anos— marcante evolução do direito internacional humanitário, em que se tem sempre feito presente o Brasil, não hão, porém, de obscurecer a realidade de que ainda resta um longo caminho a percorrer: bastaria, por exemplo, aqui lembrar que nenhum dos tratados de direito humanitário em vigor (nem tampouco as supracitadas Convenção sobre Proibições ou Restrições de Armas Convencionais de 1980, como o próprio nome sugere, Convenção sobre Proibição de Armas Bacteriológicas de 1972, Convenção sobre Proibição de

⁸⁰ Sobre os pontos de contato entre o direito humanitário e a proteção internacional dos direitos humanos, cf. A.S. Calogeropoulos - Stratis, *Droit humanitaire et droits de l'homme - La protection de la personne en période de conflit armé*, Genève/Leiden, IUHEI/Sijthoff, 1980, pp. 21-239; Eric David, "Droits de l'homme et droit humanitaire", *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. I, Paris/Bruxelles, F. Nathan/Ed. Labor, 1979, pp. 169-181. A questão é também abordada no presente livro de Christophe Swinarski (parte I, seção 8). - Sobre a evolução da noção de vítima na proteção internacional dos direitos humanos, cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1987) pp. 21-412, esp. pp. 243-299.

⁸¹ Ch. Swinarski, *op. cit. supra* n. (6), p. 58.

⁸² *Ibid.*, p. 67. - E cf. *infra*.

⁸³ H. Gros Espiell, *op. cit. supra* n. (78), pp. 706 e 711.

Modificação Ambiental para Fins Militares ou Hostis de 1977) trata especificamente da questão das armas nucleares⁸⁴.

A esse respeito, não é outra a realidade também no plano do direito internacional consuetudinário. Como bem observado pelo Juiz Petrán, em sua explicação de voto no caso dos *Testes Nucleares* (opondo a Austrália à França) perante a Corte Internacional de Justiça em 1974, embora não se pudesse constatar a existência de uma regra de direito internacional costumeiro que proibisse os Estados de realizar na atmosfera experiências com armas nucleares capazes de provocar contaminação radioativa no território de outros Estados, se um Estado se abstivesse de realizar tais experiências baseando na "convicção de que tais experiências são proibidas pelo direito internacional costumeiro, a atitude daquele Estado constituiria um elemento na formação de tal costume"⁸⁵. A Corte Internacional de Justiça perdeu, no caso, uma oportunidade histórica de pronunciar-se sobre a matéria (ao evitar uma decisão quanto ao mérito), deixando lamentavelmente a cargo dos próprios Estados decidir no futuro sobre de que modo resolver questões atinentes ao desenvolvimento de armas nucleares⁸⁶. É esta hoje uma grave omissão ou deficiência que cabe ao direito internacional humanitário, como ao próprio direito internacional público, sanar.

Ter-se-á igualmente logrado considerável progresso no dia em que se tiver conseguido a elaboração, no direito internacional humanitário como no próprio direito internacional público, de regras precisas e consagradas no direito internacional convencional sobre a responsabilidade dos Estados (e de pessoas privadas). No tocante ao direito internacional humanitário (responsabilidade por violações das leis e costumes da guerra), tal elaboração poderia desenvolver-se a partir, e.g., de elementos contidos na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra

⁸⁴ Cf., e.g., H. Meyrowitz, "La stratégie nucléaire et le Protocole Additionnel I aux Conventions de Genève de 1949", 83 *Revue générale de Droit international public* (1979) pp. 905-961; Stockholm International Peace Research Institute (SI-PRI), *op. cit. supra* n. (40), pp. 1-75.

⁸⁵ Explicação de voto do Juiz Petrán, C.I.J., caso dos *Testes Nucleares* (Austrália v. França), *ICJ Reports* (1974) pp. 305-306.

⁸⁶ P. Lellouche, "The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence v. Atomic Blasts", 16 *Harvard International Law Journal* (1975) p. 634, e cf. pp. 614-637.

e dos Crimes contra a Humanidade de 1968⁸⁷ (que entrou em vigor em 11 de novembro de 1970, e até o presente não foi ratificada pelo Brasil).

Poder-se-à, ademais, nos próximos anos, intensificar a interação e complementaridade entre o direito internacional humanitário e a proteção internacional dos direitos humanos, já realçadas por algumas das disposições dos dois Protocolos de 1977 (e. ng., as atinentes às garantias fundamentais). Verifica-se, a propósito, uma estreita correlação entre os problemas resultantes dos chamados “distúrbios ou tensões internos” em relação ao âmbito de aplicação do direito internacional humanitário, e a questão dos chamados estados de exceção ou de emergência dentro do âmbito de aplicação da proteção internacional dos direitos humanos⁸⁸. Não só esta última, como também o direito internacional humanitário hão de limitar e condicionar as possibilidades de utilização de tais institutos de exceção previstos pelo direito constitucional interno⁸⁹.

Já não pode haver dúvida quanto à aplicabilidade das normas sobre a proteção internacional dos direitos humanos em casos de conflitos armados, tal como expressamente reconhecido por resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas (e. g., resolução A/2675 (XXV) de 1970 e resoluções subsequentes); como maior razão impor-se-ia sua aplicação, juntamente com as das normas de direito internacional humanitário, nos casos de “distúrbios ou tensões internos” (e. g., ao garantirem, umas e outras, a proteção *mínima* a ser estendida às pessoas privadas de sua liberdade)⁹⁰. Configurada a aplicabilidade de ambos os conjuntos de

⁸⁷ A esse propósito, Blishchenko destaca, além da citada Convenção de 1968, os dispositivos pertinentes das quatro Convenções de Genebra de 1949, e dos dois Protocolos Adicionais de 1977, a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948, e a resolução 95 (I), de 11 de dezembro de 1946, da Assembléia-Geral das Nações Unidas (confirmando o reconhecimento pela maioria dos Estados dos princípios do direito internacional contidos na Carta do Tribunal de Nuremberg); cf. I. P. Blishchenko, “Responsabilité en cas de violations du Droit international humanitaire”, *Les dimensions internationales du Droit humanitaire*, Paris/Genève, Pédone/UNESCO/Inst. H. Dunant, 1986, pp. 327-343.

⁸⁸ H. Gros Espiell, R. Piza e D. Zovatto, “Los Estados de Excepción en América Latina y Su Incidencia en la Cuestión de los Derechos Humanos en Casos de Distúrbios Internos”, *Seminario sobre Problemas Humanitarios y de Derechos Humanos en Casos de Distúrbios Internos*, Buenos Aires, 1985, pp. 6 e 30.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 6, e cf. p. 33.

⁹⁰ A. Eide, “Troubles et tensions intérieurs”, *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris/Genève, Pédone/UNESCO/Inst. H. Dunant, 1986, pp. 283, 291 e 295.

normas em situações de “distúrbios ou tensões internos” acarretaria ela em consequência uma tendência à expansão da proteção devida.

Embora, no tocante ao direito internacional humanitário, não tenha o Brasil, como já indicado, até o presente chegado a uma decisão quanto a possível adesão aos dois Protocolos de 1977 (*supra*), em relação à proteção internacional dos direitos humanos tomou significativamente a decisão, em outubro-novembro de 1985, de aderir aos dois Pactos das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (de 1966), assim como, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969); desde então e até o presente (outubro de 1988) encontram-se aqueles três tratados gerais sobre direitos humanos no Congresso Nacional para aprovação, e posterior ratificação pelo Governo brasileiro. Tal decisão já se impunha há muito tempo, por não haver qualquer argumento de cunho verdadeiramente jurídico que justifique a não-adesão do Brasil àqueles tratados sobre a proteção internacional dos direitos humanos⁹¹. Um reexame da atual indefinição do Brasil, com vistas a sua possível adesão aos Protocolos Adicionais de 1977, estaria em linha de coerência com posições anteriores em matéria de direito internacional humanitário (*supra*) assim como com a recente decisão de adesão aos três tratados gerais supracitados sobre proteção internacional dos direitos humanos.

A interação e a complementaridade entre o direito internacional humanitário e a proteção internacional dos direitos humanos —mormente nos chamados “distúrbios ou tensões internos” constituem um processo dinâmico, que tenderão ainda mais à expansão da proteção devida na medida em que um e outro se aperfeiçoarem. Assim, por exemplo, no que tange aos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, voltam-se hoje as atenções dos especialistas para, e.g., o fortalecimento e a eventual ampliação do núcleo dos direitos inderrogáveis e o

⁹¹ Em defesa da pronta adesão do Brasil àqueles três tratados, cf. A.A. Cançado Trindade, “Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”, *Diário da Assembleia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, Brasília, vol. I, supl. Nº 66, 1987, p. 111, e cf. pp. 109-115. Para os argumentos que serviram de base à iniciativa decisão do Brasil de adesão àqueles três tratados, cf.: Parecer do Consultor Jurídico do M.R.E., Professor A.A. Cançado Trindade, “O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil”, Parecer CJ/01, de 16 agosto de 1985, pp 1-62, *cit. in* Ministério das Relações Exteriores, *Relatório* - 1985, pp. 133-134.

levantamento das reservas de coordenação⁹² como vias de se lograr o seu aperfeiçoamento.

Já no tocante ao direito internacional humanitário, as atenções dos especialistas voltadas hoje para, e.g., a questão dos distúrbios ou tensões internos tem uma explicação: a aplicação dos *princípios* do direito internacional humanitário em tais situações de distúrbios ou tensões internos transcende o âmbito de aplicação das *normas* das Convenções de Genebra de 1949 e dos Protocolos de 1977. O CICV tem aqui atuado, por analogia com sua ação *de base convencional* em proteção aos civis e prisioneiros de guerra, baseado *em sua própria prática* (resultante de seu direito de iniciativa), nos Estatutos da Cruz Vermelha Internacional (de 1928 e 1952, especificamente o artigo VI (5) e (6), e em sucessivas resoluções de Conferências Internacionais da Cruz Vermelha⁹³; tem, assim, estendido proteção a pessoas privadas de sua liberdade em razão de detenção ou outras medidas tomadas em virtude de estado ou leis de exceção. Ocorre que, neste particular, não há que passar despercebido que as convenções sobre direitos humanos voltam-se à proteção dos direitos consagrados em situações de “normalidade”, e tanto é assim que contêm cláusulas de derrogação (exceto em relação a um núcleo mínimo de direitos inderrogáveis) em momentos de crise institucional; donde a questão que hoje se levanta da conveniência ou propriedade de um instrumento específico a reger as situações de distúrbios ou tensões internos⁹⁴.

Cabe, enfim, ponderar, no plano propriamente do direito convencional, que, enquanto as Convenções de Genebra de 1949 alcançaram a virtual universalidade de aplicação, obrigando hoje 166 Estados Partes, busca-se hoje —como parte do trajeto a percorrer— sensibilizar o maior número possível de Estados para tornar os Protocolos de 1977 (que hoje

⁹² Cf., para um estudo detalhado e atualizado, A.A. Cançado Trindade, “Co-Existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Haia) (1987) pp. 21-412, esp. pp. 75-90 and 169-189.

⁹³ Cf. International Committee of the Red Cross, *The International Committee of the Red Cross and Internal Disturbances and Tensions*, Geneva, ICRC, 1986, pp. 3-36; Rosemary Abi-Saab, *op. cit. supra* n. (10), pp. 75-89, 97-99 e 114-116.

⁹⁴ A questão foi recentemente objeto central de atenção do “Seminário Interamericano sobre Problemas Humanitários y de Derechos Humanos en Casos de Disturbios Internos”, realizado em Buenos Aires, de 11 a 15 de novembro de 1985, copatrocinado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha e pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

contam com as ratificações ou adesões de cerca de 70 Estados) um *corpus* normativo tão próximo quanto possível da universalidade como o são as Convenções de 1949⁹⁵. Mesmo assim, persiste a brecha entre a adoção e aceitação de instrumentos convencionais, e sua real aplicação na prática.

Depreende-se, dessas observações derradeiras, que, a par dos consideráveis desenvolvimentos do direito internacional humanitário nos últimos anos, ainda resta um longo e necessário caminho a percorrer. A busca do aperfeiçoamento e fortalecimento do direito internacional humanitário impõe-se como uma necessidade, em se tratando de um domínio do direito fortemente impregnado do sentimento de humanidade. Subjacente ao mesmo se encontra, como já bem se ressaltou, o problema fundamental da procura de um equilíbrio entre os imperativos humanitários e as chamadas “necessidades militares”⁹⁶, ou —como já em 1868 proclamado pelos parágrafos inicial e final da Declaração de São Petersburgo— da busca de uma conciliação entre as “necessidades da guerra” e as exigências da humanidade, em que aquelas devem ceder a estas. Sobre este propósito humanitário paira um objetivo último e predominante: o da própria *prevenção* dos conflitos armados, em benefício do gênero humano e dos avanços da civilização.

⁹⁵ Cf. dados in: Comité International de la Croix-Rouge, *Geneva Conventions of 12 August 1949 and Additional Protocols of 8 June 1977: Signatures, Ratifications, Accessions and Successions* (até 30 de junho de 1988), doc. INFO/DIF/1/6/Rev. 17, pp. 1-12. Mais precisamente, o Protocolo I conta com 76 Estados Partes, e o Protocolo II com 67 Estados Partes; *ibid.*, pp. 10-11.

⁹⁶ F. Kalshoven, *op. cit. supra* n. (36), pp. 159-160, e cf. pp. 23 e 147.

AUTORIDAD VINCULANTE PARA LAS NACIONES UNIDAS Y
OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN
DETERMINADOS CAMPOS DE LO
FUNCIONAL Y TERRITORIAL

FINN SEYERSTED *

I - Los poderes actuales de las Naciones Unidas y sus limitaciones

La mejor garantía para la paz lo constituye una organización internacional con poderes de decisión vinculante y de compulsión militar contra la agresión. Si sobrevivimos, probablemente, un día tendremos eso.

Las Naciones Unidas son un comienzo. Bajo el sistema de la Carta, el *Consejo de Seguridad* posee ambos dichos poderes y puede ejercerlos mediante un voto de mayoría calificada (nueve de sus quince miembros). Pero el poder de veto, que le confiere la Carta a las cinco grandes potencias ha impedido al Consejo, en muchos casos, utilizar sus poderes. Más aún, las disposiciones sobre acción militar del art. 42 y ssgtes. de la Carta, no han sido nunca implementadas o usadas, a causa del veto.

La *Asamblea General* puede tomar decisiones por una mayoría simple o de dos tercios, y allí no hay poder de veto. Pero la A.G. sólo puede adoptar recomendaciones no vinculantes para los estados miembros.

¿Cómo podemos conseguir que los estados acuerden abandonar esas limitaciones? Más específicamente: ¿Cómo podemos lograr que las grandes potencias acepten un poder de decisión vinculante sin veto?

II - Voto Valorizado

La primera condición para una organización internacional fuerte es un sistema de votación más realista.

* Profesor, Dr. en Derecho, Universidad de Oslo.

El sistema actual en las Naciones Unidas y en la mayoría de las organizaciones internacionales es: "una nación, un voto", lo cual implica que un estado de 100.000 habitantes tiene el mismo peso, a través del voto, que un estado de 1.000.000.000 de habitantes. Esto puede resultar aceptable para las *recomendaciones*, a las que los estados pueden ignorar y a las que, desafortunadamente, a menudo desconocen. Pero para las decisiones vinculantes, las grandes potencias no admitirían ser sobrepasadas por el número de votos, es decir por una mayoría de dos terceras partes de pequeños estados, como ha ocurrido muchas veces. El poder de veto es un recurso muy arbitrario para evitar ello, ya que, cualquiera de las cinco grandes potencias, que tomaron parte en la fundación de las Naciones Unidas, posee un derecho absoluto de impedir la adopción de decisiones vinculantes, mientras todos los otros grandes estados no poseen mayor poder a través del voto que los muy pequeños.

La solución debe ser buscada en el sistema de voto valorizado, en el que a cada estado se le conceda un poder de voto de acuerdo a su población, su contribución al presupuesto de la Organización y/o conforme a otros criterios de relevancia. No debiera haber más: "un estado, un voto", sino un sistema de voto vigoroso, en *proporción* a la población (u otros criterios), pero a su vez, un compromiso en este paso: mayor poder a través del voto para los grandes estados, pero no más derecho de veto para nadie.

Ya podemos observar este sistema en alguna organizaciones que poseen el poder de adoptar decisiones vinculantes.

Así, en dos *organismos especializados de Naciones Unidas*: el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, en los que cada miembro posee 250 votos, más un número adicional de votos en proporción a su cuota-parte en el capital comercial (con algunos ajustes adicionales en el caso del Fondo), véase el art. XII, sección 5, relativo a la constitución del Fondo y el art. V, sección 3 sobre constitución del Banco. Ello otorga, dentro del Banco, a los Estados Unidos un 19,29 %, a los Países Nórdicos un 3,48 % y a Buthan un 0,03 %.

En las *organizaciones internacionales que proveen satélites para la comunicación internacional*, tales como INTELSAT, INMARSAT y EUTELSAT, el voto de los miembros, en cuestiones de importancia, es en proporción a su parte en el capital de inversión la que, a su vez, es ajustada regularmente en relación a su utilización del sistema (véanse por

ej.: la Convención sobre INMARSAT, del 3 de setiembre de 1979, art. 14 y el Acuerdo Operativo, de la misma fecha, art. V, los que disponen, en principio, un límite máximo del 25 % para cualquier miembro). El art. IX, inc. (j) e (i) del Acta Constitutiva de INTELSAT, del 20 de agosto de 1971, establece que, las decisiones de importancia de la Junta de Administradores, deben ser adoptadas por el voto afirmativo de por lo menos 4 administradores (representantes nacionales), teniendo como mínimo las dos terceras partes del total de participación por voto (conforme los capitales de inversión), o bien, por todos los miembros de la Junta menos tres, sin tomar en consideración qué participación representan.

Como otro ejemplo, se pueden mencionar numerosos acuerdos comerciales internacionales. Así, el acta constitutiva de la Asociación de Productores de Cacao, del 24 de marzo de 1970, dispone en el art. 8 párr. 1, que 200 de los 1000 votos se distribuirán por partes iguales entre los estados miembros y que los restantes 800 votos se dividirán en proporción a "la mayor producción anual de cacao de cada miembro", durante los primeros seis años.

En el Consejo de las *Comunidades Europeas* las decisiones que requieren una mayoría calificada, son adoptadas mediante voto valorizado, determinado por una escala convencional. Así, el art. 148 del Tratado relativo a la Comunidad Económica Europea confiere 10 votos a los países grandes y de 2 a 8 a los demás.

En la mayoría de los casos, las decisiones adoptadas mediante voto valorizado, *no* implican el ejercicio de poderes sobre o dentro de los Estados miembros, sino simplemente, el ejercicio de poderes sobre importantes sumas, con las que han contribuido los Estados miembros al capital y presupuesto de la Organización. De todos modos, en las Comunidades Europeas las disposiciones sobre voto valorizado, resultan una herramienta necesaria en orden a lograr que los grandes estados acuerden conferir a la Comunidad el poder de adoptar decisiones vinculantes *sobre y dentro* de distintos Estados miembros.

Si el sistema de voto valorizado fuera introducido en el Consejo de Seguridad, sería posible mitigar o eliminar el poder de veto de ciertos miembros, ello, a su vez, permitiría al Consejo de Seguridad hacer mayor uso de los poderes de decisión vinculantes que, conforme la Carta, posee.

Si se introdujera en la Asamblea General o en otras organizaciones internacionales, el sistema de voto valorizado tornaría posible que las

grandes potencias acuerden conceder a tal órgano o a tales organizaciones el poder de adoptar decisiones vinculantes para todos los estados miembros.

Una cuestión básica es que tales poderes pueden y deben conferirse a las Naciones Unidas o a otras organizaciones internacionales especializadas. Mientras el objetivo último debiera ser una federación mundial, obviamente, podemos comenzar, con realismo, en algunas áreas limitadas, donde la necesidad y las posibilidades son mayores. Esos campos pueden ser el funcional y el geográfico. Daremos a continuación algunos breves ejemplos de cada uno de ellos.

III - *Determinados poderes en lo funcional*

Con el rápido crecimiento en población, industrialización, comunicaciones y contaminación, que el mundo ha visto en esta centuria, es obvio que resulta necesario un crecimiento, en varios campos, para las autoridades internacionales (que puedan adoptar decisiones vinculantes dentro de determinados campos funcionales), no meramente con los medios que los estados miembros han puesto a disposición de la Organización —como los de varias de las organizaciones ya mencionadas— sino, incluso, sobre los mismos estados miembros, sus territorios y sus nacionales.

Esto es particularmente cierto dentro del campo de la *protección del medio ambiente* en sentido amplio. Si las *recomendaciones* de las Naciones Unidas y de otras organizaciones de carácter universal o regional no resultan suficientes, será necesario conferir a tales organizaciones el poder de adoptar decisiones vinculantes dentro de ciertos límites, por una mayoría calificada de votos.

Desde hace varias décadas tenemos a la Comisión Internacional de la Ballena y *comisiones regionales de pesca*, cuyo propósito, según sus cartas constitutivas, es establecer limitaciones sobre la captura de peces y otros animales marinos para preservar su existencia. Pero, en alto grado, las decisiones de estas comisiones han sido objeto de reservas, lo que implica el derecho de cada miembro de declararse no obligado por las decisiones, mientras esas decisiones entran en vigor para los demás. Esto es un error de estas comisiones —precisamente a causa del derecho de reserva— que permitió real justificación para la vasta expansión de las aguas territoriales y zonas económicas exclusivas en las últimas décadas,

confiriendo así a los estados costeros el derecho de regular con efecto vinculante para todos. No obstante, con estas expansiones, hay aún partes del alta mar que no están sujetas a jurisdicción unilateral del estado costero, por otra parte, el derecho de regulación unilateral de un estado en su zona económica puede ser invalidado por la falta de regulación por parte de otros estados sobre los mismos recursos en sus zonas. Probablemente, aún sea necesario para conservar las existencias ictícolas, un poder internacional basado en decisiones vinculantes sin derecho a reservas unilaterales. Pero no parece que los estados vayan a abandonar su derecho de reserva frente a esas decisiones a menos que los países pesqueros más importantes obtengan un derecho de voto mayor que los estados pesqueros de menor envergadura.

También para la protección del medio ambiente contra la *contaminación* industrial o de otras fuentes, el mundo está llegando a un grado en el cual se torna necesaria una acción más radical que la que puede lograrse por la cooperación voluntaria de estados con derecho de veto o de reserva.

IV - *Determinadas áreas geográficas*

1 - *Comisiones fluviales internacionales*

En la actualidad poseemos algunos ejemplos de organizaciones internacionales, que ejercen determinado poder funcional en áreas geográficas específicas, a saber: las comisiones fluviales internacionales. Sin lugar a dudas, la más antigua organización internacional en el mundo es la Comisión Central para la Navegación del Rin, la cual fue establecida en 1807 y aún permanece activa. Otro ejemplo ampliamente conocido fue el de la Comisión Europea del Danubio, la cual fue establecida en 1956 y continuó operando hasta la Segunda Guerra Mundial. Varias de estas comisiones fluviales internacionales han ejercido poderes vinculantes en lo legislativo, administrativo, judicial y fiscal, en lo que hace a la navegación de los ríos, frente a los buques, tanto de los estados miembros como de los no miembros. Los estados ribereños efectivamente cedieron a la organización su autoridad soberana dentro de determinados campos

teritoriales y funcionales concernientes. Además la mayoría de estas comisiones ejerce esa autoridad por decisión adoptada por *voto valorizado* (en forma directa o indirecta).

Puede surgir la necesidad de una similar delegación de autoridad, a organizaciones internacionales especializadas, en otros campos funcionales relacionados a los ríos internacionales —por ejemplo: contaminación— o para otras áreas geográficas, tales como las zonas marítimas bajo jurisdicción nacional (en conexión con el alta mar).

En territorios que *no* están bajo soberanía nacional se podría incluso establecer una autoridad *general* para las Naciones Unidas o para organizaciones internacionales especiales.¹ El más importante ejemplo sería:

2 - *El alta mar*

En tanto el *fondo* del alta mar es afectado, tenemos ahora un régimen internacional a través de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982. Ella establece normas en la Parte XI, para los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional —denominado Zona— y una Autoridad Internacional de Fondos Marinos para administrar esa área. La Convención establece para la Zona, inter alia, los siguientes principios:

Art. 136. - Patrimonio común de la humanidad.

La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad.

Art. 137. - Condición jurídica de la Zona y sus recursos.

- 1 - Ningún Estado podrá reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de la Zona o sus recursos, y ningún Estado o persona natural o jurídica podrá apropiarse de parte alguna de la Zona o sus recursos. No se reconocerán tal reivindicación o ejercicio de soberanía o de derechos soberanos, ni tal apropiación.
- 2 - Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad. Estos recursos son inalienables. No obstante, los minerales extraídos de la Zona sólo podrán enajenarse

¹ Rüdiger Wolfrum, Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Kiel, ha publicado un estudio completo sobre el tema, titulado "Die internationalisierung Staatsfreier Räume" (Berlín, 1983).

con arreglo a esta Parte y a las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad.

- 3 - Ningún Estado o persona natural o jurídica reivindicará, adquirirá o ejercerá derechos respecto de los minerales extraídos de la Zona, salvo de conformidad con esta Parte. De otro modo, no se reconocerá tal reivindicación, adquisición o ejercicio de derechos.

La Convención ha llegado a ser ratificada por 33 estados y entrará en vigor un año después de que haya sido ratificada por 60 estados. A partir de esa fecha, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos tendrá autoridad legislativa con relación a la prospección, exploración y explotación de los recursos minerales en la Zona. Realmente la Autoridad, actuará como soberano territorial con respecto a los recursos minerales de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo.

No hay en la Convención disposiciones directas sobre voto valorizado, pero de manera indirecta está implícito en las reglas que rigen la composición del Consejo en el art. 161., párr. 1.

La Autoridad, las Naciones Unidas o bien otra organización especializada, podrían también asumir poderes sobre los fondos marinos en otros campos funcionales, o aún un poder general sobre los fondos marinos (como lo propusiera Malta), o bien poderes sobre el alta mar suprayacente. Esto, ellas podrían hacerlo mediante convenciones adicionales o por ocupación unilateral. La ocupación haría extender el efecto de las decisiones de la Autoridad haciéndolas aplicables frente a estados que no hubieran accedido a la Convención sobre Derecho del Mar. Una ocupación general por parte de la Autoridad, las Naciones Unidas u otra organización internacional especial podría otorgar a esa organización poderes legislativos, administrativos y judiciales sobre el fondo del mar e incluso sobre el alta mar suprayacente, aún en otros campos funcionales.

3 - *Espacio exterior*

También con respecto al espacio exterior, ya tenemos varios tratados internacionales. De todos modos, ellos aún no establecen una autoridad internacional, sólo principios y normas. El tratado del 25 de enero de 1967 sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados

en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, dispone en el artículo 2:

El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrán ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera.

Esta disposición impide la ocupación "nacional", pero no impide la ocupación por las Naciones Unidas o una organización internacional especializada. Tal ocupación habilitaría a la Organización para establecer normas adicionales con efecto para todos los Estados, sean ellos o no parte en el tratado de 1967. Políticamente, por supuesto, sería necesario negociar primero los términos de un régimen internacional para el espacio exterior. Pero una ocupación formal impediría que tal régimen fuera frenado o desobedecido por una minoría de estados, en tanto daría al régimen efecto legal frente a *todos* los estados.

4 - Antártida

La posición de la Antártida difiere de la situación del alta mar y el espacio ultraterrestre en dos aspectos:

1 - Siete estados han reclamado sectores en la Antártida. Hay sólo un sector que no ha sido reclamado (el Pacífico Occidental). Esas reclamaciones, de todos modos, no han sido reconocidas por los estados no reclamantes partes en el Tratado Antártico. Más aún, hay no menos de *tres* estados que reclaman el mismo y más importante sector (La Península de Graham al sur de América del Sur).

2 - A semejanza de los tratados sobre ríos internacionalizados, el Tratado Antártico ha establecido una organización internacional compuesta por estados reclamantes y por otros estados contratantes que son activos en el área.

Si se llega a un acuerdo entre las partes en el tratado, la Organización del Tratado Antártico podría ocupar la Antártida y con ello asumir autoridad territorial legislativa, administrativa y judicial sobre la zona continental y marítima con efecto frente a *todos* los estados. Este régimen podría en consecuencia, incluir aún el sector no reclamado. De este modo se podría establecer un régimen común para todas las partes de la

Antártida. Sería más probable que los estados reclamantes quieran ceder en sus reclamaciones ante la Organización del Tratado Antártico que ante las Naciones Unidas. Además, ésta sería también la solución más práctica.

5 - *Tiene una organización internacional "poder" legal para ocupar un territorio?*

Los juristas internacionales automáticamente cuestionarían si las Naciones Unidas, la Organización del Tratado Antártico o cualquier otra organización internacional posee "poder" legal para ocupar territorios. Muchos analizarían en las *cartas constitutivas* de la organización lo concerniente a la autoridad conferida para ello, y no encontrarían nada, salvo que se recurriera a una muy caprichosa interpretación.

De todos modos, ello no es en absoluto necesario.

En primer lugar, debe señalarse que el recurrir al documento constitutivo de la organización, se basa, en parte, en una falsa analogía con el derecho interno de algunos países, los que no reconocen a las asociaciones y compañías como personas legales por sí mismas, a excepción de los casos en que ello ha sido establecido por estatuto. Esta analogía descuida una diferencia básica: que en Derecho Internacional no hay autoridad legislativa.

En segundo lugar, ha habido una falla al distinguir entre *capacidad* legal de las organizaciones internacionales y otras comunidades con autogobierno para realizar actos de derecho internacional (sobre la base de la igualdad) y su *poder* (autoridad) para adoptar decisiones vinculantes frente a otros sujetos del derecho internacional. (Ambos son confundidos en la doctrina jurídica bajo el aún popular término de "*poderes implícitos*", significando "poderes", que se interpreta están dentro de la constitución, sin que se haya intentado definir o delimitar la capacidad legal internacional).

Este *último* requiere claras bases legales, lo que implica el consentimiento de todos los estados concernidos (*poderes delegados*), es decir, que una interpretación libre de la constitución de la respectiva organización, normalmente, no sería suficiente al efecto. Por otra parte, el consentimiento no necesita estar incorporado en su constitución, puede estar fundado en cualquier otro tratado o en un acto unilateral del estado o estados respectivos o bien en un derecho basado en la costumbre.

Así, el *primero* no requiere de base legal específica, por cuanto está fundado en el derecho internacional general. Las organizaciones internacionales, al igual que los estados y otras comunidades con autogobierno, poseen una *inherente capacidad legal* para realizar actos internacionales, que no impongan nuevas obligaciones a los estados u otros sujetos jurídicos. Esto está afirmado en la costumbre internacional y también reconocido por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva del 20 de julio de 1962 sobre Determinados Gastos de las Naciones Unidas (ICJ, Reports, 1962, pág. 168). La condición es, simplemente, que no esté *vedado* por disposiciones constitucionales, por otros tratados o normas de derecho internacional. Así, la ocupación no requiere disposiciones pertinentes en la constitución de la respectiva organización (o en otro tratado) en cuanto cae dentro de los límites que establecen los *propósitos* de la constitución (tal como sucede en el caso de Naciones Unidas y la Organización del Tratado Antártico), siempre que la constitución no contenga otra disposición que lo impida (generalmente no la tiene) y que no viole el derecho internacional general.

En consecuencia, desde el punto de vista legal, no se requieren reformas a la Carta o disposiciones de otros tratados para facultar a las correspondientes organizaciones para una ocupación unilateral de tales territorios, cuando ellos no son objeto de soberanía nacional. Ello cubre el alta mar, los fondos marinos y oceánicos internacionales, el espacio ultraterrestre, los cuerpos celestes y el sector no reclamado de la Antártida. Aquí la ocupación es una cuestión de capacidad legal, que las organizaciones internacionales, normalmente, tienen.

De todos modos, esta capacidad no es suficiente para dar a la organización el derecho a ocupar un territorio que ya está sujeto a jurisdicción nacional, tal el caso de los ríos internacionales y de los sectores reclamados de la Antártida, siempre que las reclamaciones sean consideradas válidas. Ni las Naciones Unidas ni ninguna otra organización internacional (no más que un estado), puede adquirir poderes en un territorio nacional sin el consentimiento del estado afectado. Tampoco pueden las Naciones Unidas, una comisión internacional sobre pesca u otra organización, unilateralmente, asumir el poder de adoptar decisiones *vinculantes para los estados* en campos funcionales. Pero tampoco esto requiere una revisión de la Carta de Naciones Unidas o de las cartas *constitutivas* de otras organizaciones. Es suficiente que el estado respectivo acuerde.

por tratado separado o por acto unilateral, conferir el poder a la organización.

Por otra parte, se requiere una revisión de la Carta o del tratado constitutivo de otra organización para introducir el *voto valorizado*, porque las actuales constituciones de las Naciones Unidas (art. 8 y 27) y de las otras organizaciones, por ahora, disponen que cada miembro contará con un voto.

V - Una federación mundial?

Si logramos establecer algunos de estos poderes u otros para las Naciones Unidas y determinadas organizaciones especializadas, y vemos que ellos funcionan, los estados podrían mostrarse contestes en continuar este camino y establecer genuinos poderes para las Naciones Unidas y otras organizaciones en campos más amplios, más apropiados para mantener la paz y seguridad. Un desarrollo gradual hacia una federación mundial democrática, con sus propias fuerzas armadas, podría dar garantía para la paz mundial, que necesitamos. Este debe ser nuestro objetivo a *largo plazo*. Las constituciones modernas de algunos estados ya proveen esta posibilidad. Así el art. 24 de la Constitución (Grundgesetz) de la República Federal de Alemania dispone *inter alia* que "Der Bund kann durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen". Una disposición más complicada, incorporada a la Constitución Noruega (Grunnlov) en 1962 como dispositivo 93.2, fue y continúa siendo un fiasco, porque en ella falta reconocer que una estructura federal — dentro de sus *particulares campos de competencia* — no puede ser objeto de modificación en sus disposiciones constitucionales por parte de los estados miembros, en lo que hace a los principios generales de tales constituciones, incluyendo los relativos a los derechos humanos. El dispositivo 20 de la Constitución Danesa no comete ese error.



ALGUNOS ASPECTOS DEL CONCEPTO DE NECESIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL

POR JULIO BARBOZA

1. La noción de necesidad es, que sepamos, universal en derecho. En el orden Jurídico interno, ha sido adoptada por la mayor parte de los sistemas, y en el plano internacional se ha aplicado muchas veces.

Este concepto contribuye a evitar que se produzca el "summum jus, summa injuria" en ciertos casos extremos de aplicación del derecho, y otorga una excusa de carácter muy excepcional para que no sucedan a ciertos actos las consecuencias que legalmente suelen tener lugar.

Por razones que se considerarán más tarde, algunos autores niegan la existencia de una norma del derecho de gentes que establezca la excusa de necesidad para las conductas estatales contrarias a una obligación internacional.

La Comisión de Derecho Internacional tropezó justamente con este problema al examinar el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos. Tras un importante debate, se aceptaron las líneas generales del Informe del Juez Roberto Ago. En él se incluía el "estado de necesidad" junto con otras causas de exclusión de la ilicitud por conductas no conformes con una obligación internacional (Art. 33, ver Anexo). Por nuestra parte, creemos que situaciones de necesidad esencialmente similares a las que inspiran la norma del Art. 33 subyacen a varias figuras normativas tanto en el derecho internacional como en el proyecto de la CDI. En otras palabras, que existe una familia de figuras cuyo rasgo esencial es el imperativo impuesto por la necesidad. Tales serían las hipótesis de los Arts. 32 (peligro extremo), 33 (Estado de Necesidad), 34 (legítima defensa) y 30 (contramedidas). (Ver todas en el Anexo). Esa es la tesis de este trabajo.

2. La necesidad tiene una dudosa reputación en el derecho de gentes. Bajo guisas tales como la "doctrina de la necesidad", o el "derecho de necesidad", fue invocada abusivamente por los Estados poderosos para justificar ataques contra los más débiles. Jiménez de Aréchaga escribe: "La enumeración de las situaciones en que la doctrina de la necesidad ha sido invocada forma un catálogo, o bien de serias violaciones del derecho internacional, o bien de casos susceptibles de ser explicados sin apelar a la mencionada doctrina"¹.

En la mayor parte de las publicaciones clásicas, la necesidad era equivalente a la "autoconservación", considerada en la doctrina del derecho natural como un derecho fundamental de los Estados y con precdencia sobre el derecho de cualquier otro Estado. Para colmo, las conductas estatales en consecuencia del derecho de autoconservación no se consideraban sujetas a revisión legal.

Como el recurso a la guerra, antes del Pacto Briand-Kellogg, no se consideraba ilícito, fácil es imaginar las posibilidades abiertas por aquella doctrina, así como las reacciones subsiguientes al período durante el cual se la invocó con mayor o menor éxito.

La doctrina más autorizada se tornó escéptica respecto a la autoconservación. Así, Lauterpacht decía: "Sin embargo, si cada Estado tuviera realmente un derecho de autoconservación, todos los Estados tendrían el deber de admitir, soportar y sufrir todas las violaciones cometidas entre ellos en autoconservación. Tal deber no existe"². Y Schwarzenberger: "Si la autoconservación fuera un derecho absoluto y supremo, el resto del derecho internacional se tomaría opcional, y su observancia dependería de una autolimitación —revocable a voluntad por los Estados— en sentido de no apelar a este formidable superderecho"³.

En su informe, el Juez Ago, también rechaza la noción de que el estado de necesidad (con el alcance del Art. 33) pueda fundarse en la autoconservación. Expresa su convicción de que ciertas concepciones recibidas han distorsionado la correcta comprensión de esta materia, en particular la noción jusnaturalista de que el problema inherente a la:

¹ Sorensen, *Manual of International Law*, Londres 1968, p. 542. Traducción nuestra.

² *Oppenheim's International Law*, Londres, 1955, p. 207. Traducción nuestra.

³ *The Fundamental Principles of International Law*, 87, *Récueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1955, p. 195. Traducción nuestra.

necesidad es el de surgir de un conflicto entre dos derechos subjetivos, uno de los cuales es el de autoconservación.

Obviamente, el otro derecho subjetivo le debe ser sacrificado. La idea anterior se basa, según el Relator Especial, en la creencia en ciertos derechos fundamentales de los Estados, entre los cuales se contaría, precisamente, el de autoconservación⁴.

3. Es claro que el llamado "derecho de necesidad" resultaba tan sospechoso como su predecesor, el derecho de autoconservación. Pero también lo es que la noción de necesidad, purgada de los defectos conceptuales con que cargaba, es útil. Más aún, representa cierto límite en la aplicación del derecho. Anzilotti, quien trató este asunto con su habitual autoridad, expresó que: "La obligatoriedad de la norma se detiene aquí, no en virtud de una supuesta sabiduría y prudencia en la voluntad de los Estados, sino en la fuerza de la voluntad del ordenamiento: sólo en tal carácter debe entenderse lo que en alguna ocasión anterior designamos, menos exactamente, como un límite lógico de la obligatoriedad del derecho internacional"⁵.

Un orden jurídico debe detenerse ante la exigencia ciega de cumplimiento de una obligación que puede resultar en el sacrificio de uno de sus sujetos en beneficio de otro. Eso mal podría funcionar en una comunidad como la internacional carente de mecanismos compulsivos de aplicación del derecho. Más aún, el orden jurídico, tanto interno como internacional, no debe tratar de imponer conductas propias de héroes o de santos. La decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir el estado de necesidad en el proyecto parece, entonces, razonable y bien fundada. El párrafo correspondiente de su Informe a la Asamblea General merece ser citado entero: "La noción de estado de necesidad está arraigada demasiado profundamente en la teoría general del derecho para que el silencio que se guardara respecto de ella pudiera, por sí solo, interpretarse como una exclusión absoluta de la aplicabilidad de esa noción al derecho internacional, exclusión que, por otra parte, si verdaderamente fuera total no estaría justificada. El temor a los abusos —abusos que pueden evitarse mediante la adopción de disposiciones pru-

⁴ Véase el Octavo Informe del Juez Ago, punto 7. (Doc A/Nº 4/318/Add 5).

⁵ Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, Padua 1964, p. 418. Traducción nuestra.

denes y circunstanciadas— no es razón suficiente para suprimir el funcionamiento legítimo de una causa de exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado en los casos en que la utilidad de esta causa está generalmente reconocida. En otras palabras, la gran mayoría de la Comisión adoptó el punto de vista de que se había de eliminar ciertamente toda aplicabilidad de la noción del estado de necesidad allí donde fuera realmente peligrosa, pero no donde había sido y seguía siendo útil como “válvula de escape” que permite aliviar las consecuencias inevitablemente enojosas del deseo de ajustarse a toda costa a las prescripciones de las normas de derecho”⁶.

3.1. Un renovado análisis de las antiguas nociones de necesidad es imprescindible si se quiere rescatar lo valioso del naufragio de los conceptos del derecho natural.

En esta nueva apreciación, el concepto de un conflicto como fuente de las situaciones de necesidad debe forzosamente permanecer. Sobre esto no parece haber discusión. Algo objeta la idea de un conflicto entre derechos subjetivos, y en eso lo sigue la CDI, sobre la sólida base de que un derecho subjetivo tiene como contrapartida una obligación, y no existe aquí ninguna. “Pero, para la mayoría de los autores, es inexacto hablar de un “derecho subjetivo” del Estado que invoca el estado de necesidad. La expresión “derecho subjetivo” denota la posibilidad de exigir en derecho de otro sujeto una prestación o un comportamiento determinados. Ahora bien, el que invoca como justificación del hecho que ha realizado una situación de necesidad no aduce respecto de otro ninguna “pretensión” a una prestación o a un comportamiento”⁷.

Pero el conflicto existe, y el informe de la CDI continúa diciendo “Así, pues, la situación debe describirse más bien como la de un conflicto entre un interés (tan esencial como se quiera) por un lado, y un derecho subjetivo por otro”⁸.

Es debido precisamente a ese básico conflicto que surge la necesidad de que uno de los Estados enfrentados adopte una conducta contraria a una obligación internacional.

3.2. Pero cuáles son los elementos de oposición en el conflicto?

⁶ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1988, vol. II, Parte segunda p. 49. Doc. A/CN. 4 Ser A/1980, Add 1 (Parte 2).

⁷ Id., p. 35.

⁸ Ibid.

No son, por lo que vimos, derechos subjetivos (con lo que se descarta también la autoconservación, así concebida).

También vimos que la CDI describe el conflicto como planteado entre un interés y un derecho subjetivo. En el curso del debate, sin embargo, se objetó que "... cómo podía tal conflicto ser resuelto, bajo ninguna circunstancia, otorgando precedencia legal a un mero interés de un Estado sobre el derecho subjetivo de otro Estado"⁹.

He aquí un argumento que, por cierto, merece examen. Un interés, cualquiera sea su importancia, seguirá no siendo sino un interés y consiguientemente debe ser ubicado en un nivel inferior al de un derecho subjetivo. Es claro que las magnitudes en cuestión deben tener la misma cualidad para que pueda decidirse en favor de una de ellas.

Acaso el siguiente razonamiento pueda guiarnos a una conclusión válida:

1. Hay por una parte, ciertos bienes de los Estados A y B, y por otra parte ciertas normas jurídicas que los protegen.

2. El hecho que el Estado A tenga una obligación hacia el Estado B, significa que B tiene como contrapartida un derecho respecto de A. Ese derecho protege un cierto bien del Estado B.

3. Ese bien protegido del Estado B puede ser, por ejemplo, parte de su propiedad (por ejemplo, si la obligación de A es financiera). El derecho protege la propiedad de los Estados, en abstracto. El incumplimiento de su obligación por parte de A causaría un perjuicio a B en su propiedad.

4. Pero, a su vez, cumpliendo con su obligación, A pone en peligro uno de sus propios bienes, que configura un interés esencial (hipótesis del Art. 33).

5. Supongamos que el "interés esencial" de A, que sería perjudicado,

⁹ Anuario cit. vol. I, p. 160. Intervención del Profesor Riphagen. Doc. A/CN.4/Sera/1980. La intervención fue como sigue: "Si ello es así, cabe preguntarse cómo se puede resolver el conflicto cualesquiera sean las circunstancias, haciendo prevalecer el simple interés de un Estado sobre el derecho jurídicamente protegido del otro. Sólo puede llegarse lógicamente a ese resultado reconociendo que el derecho internacional otorga un cierto grado de protección a ese "simple interés" lo que equivale a decir que la Comisión se encuentra ante un conflicto entre dos normas de derecho internacional abstractas y diferentes, que en un conjunto fortuito de circunstancias no pueden respetarse simultáneamente".

se relaciona con su existencia. Cualquiera sea nuestra posición respecto a la autoconservación, parece irrefutable que el derecho internacional protege la existencia de los Estados y por ende, ésta es un bien jurídicamente protegido¹⁰.

6. Hay entonces un conflicto entre la propiedad de B y la existencia de A, siendo que ambos bienes están protegidos por el derecho de gentes. Estas normas jurídicas no son en sí mismas incompatibles. No existe entre ellas un conflicto, si se las toma "in abstracto".

7. Sin embargo, en ciertos casos específicos, la anterior oposición de intereses tiene lugar y surge una situación de necesidad para uno de los Estados en cuestión. El derecho resuelve el conflicto decidiendo en favor de uno de los bienes en oposición, esto es, en el caso del Art. 33, en favor del "interés esencial" del Estado. O como lo quiera Anzilotti, se deja en libertad a uno de los Estados para no cumplir con su obligación¹¹.

El Estado B, entonces, no tenía un derecho absoluto contra el Estado A; éste estaba ab initio sujeto a una condición legal resolutoria que, como una excepción, es común a todas las obligaciones internacionales del mismo tipo. Es como si la norma que establece la obligación de A se expresara en los siguientes o parecidos términos:

¹⁰ En nuestra opinión, debiera reinstalarse la existencia de un Estado, como bien jurídicamente protegido, en el papel importante que debe jugar en el terreno de la necesidad. Lo contrario no sería realista. Pero desde luego, el derecho a la existencia de un Estado no puede ser equivalente al antiguo "derecho de autoconservación". Para formular un concepto aceptable de necesidad en el derecho internacional moderno, la autoconservación debe despojarse de sus dos rasgos más molestos: el de ser un derecho supremo que barre con cualquier obstáculo que se le presente, y el de no ser sujeto a revisión en derecho.

¹¹ En esta perspectiva, los bienes de los Estados A y B están jurídicamente protegidos en abstracto. En el ejemplo de la obligación financiera, serían la propiedad del Estado A en general (siendo A el acreedor) y el bien que configura el "interés esencial" del deudor B (por ejemplo, su existencia) también en general.

Normalmente, ni los bienes ni las normas que los protegen son incompatibles. Pero en caso de la necesidad una específica parte de la propiedad de A (la suma de dinero prestada a B) se encuentra en oposición con un específico bien de B que configura su interés esencial. Esta oposición sólo lo es en apariencia entre un derecho subjetivo y un interés, porque la emergencia del derecho subjetivo puede decirse condicionada a no afectar un "interés esencial" del Estado B.

Desde luego, éste es un análisis esquemático de la situación. La realidad es más compleja. En caso de obligaciones financieras, el pago solamente se suspende y la obligación original no se extingue, o si se prefiere, el derecho subjetivo no nace muerto. Pero el análisis anterior sirve para mejor comprender la naturaleza de los elementos jurídicos manejados.

“El Estado A debe cumplir con su obligación hacia el Estado B, a menos que algún interés esencial del dicho Estado A sea seriamente afectado (y todas las otras condiciones del Art. 33 se cumplen)”.

Desde que el *onus probandi* corresponde a A, concordamos con la CDI y con su Relator Especial en que estamos frente a una excusa para una conducta contraria a una obligación internacional¹².

4. Como surge de lo anterior, entonces, un conflicto subyacente entre bienes jurídicamente protegidos de dos Estados es el rasgo primero y esencial de la necesidad.

A él debe agregarse otro: que la necesidad emergente del conflicto dicta también los límites de la conducta que hace lícita, o si se prefiere, que el hecho del Estado en respuesta a esa necesidad no debe, en manera alguna, exceder lo estrictamente necesario para alcanzar la finalidad permitida por la ley.

Una tercera característica es que el derecho decide en favor de uno de los dos bienes en oposición. Veremos que el bien de más alta jerarquía, o el que fue dañado ilegalmente por el hecho del otro Estado, son los que finalmente se protege.

Trataremos de aplicar estos criterios de prueba a las diferentes figuras de la “familia de la necesidad”, cuya existencia ya anticipamos.

Con tal propósito, consideraremos el proyecto de Responsabilidad de los Estados de la CDI. Las causas de preclusión de la ilicitud son materia del Capítulo V. Ellas son: a) consentimiento (Art. 29); b) contra-medidas (Art. 30); c) fuerza mayor y caso fortuito (Art. 31); d) peligro extremo (Art. 32); e) estado de necesidad (Art. 33), y f) legítima defensa (Art. 34).

Sostenemos que las tres últimas figuras, así como la de las contra-medidas, pertenecen a la familia de la necesidad, desde que corresponden esencialmente a casos donde una situación de necesidad constituye la razón fundamental de la norma.

4.1. Sobre ello nos extenderemos, pero primero conviene despachar las otras causales de exclusión de la ilicitud. Tienen una razón de ser totalmente distinta, y por ende no pertenecen a la familia.

¹² Schwarzenberger comparte esa posición; véase “The fundamental Principles...” citado, p. 343.

El consentimiento es una figura autónoma, por tratarse de una excepción casi universal y válida en todas las situaciones, menos naturalmente, aquellas en que rige una norma imperativa del derecho de gentes (*ius cogens*).

La fuerza mayor y el vaso fortuito deben ser distinguidos de la necesidad. La Comisión redactó el Art. 31 de manera de excluir en tales casos toda participación de la voluntad estatal, o aún de la voluntad de la persona que actúa como órgano del Estado. Son hipótesis, ya de una fuerza irresistible, o de un evento exterior al Estado e imprevisto que hacen materialmente imposible que el Estado en cuestión pueda seguir la conducta requerida por su obligación, o percatarse de la ilicitud de la conducta efectivamente seguida.

4.2. El caso del peligro extremo está en el límite. Se incluyó conjuntamente con la fuerza mayor y el *casus* en el Art. 31 del proyecto original del Relator Especial. La razón de tratarlas en un solo artículo fue que, aún cuando hubiera por parte del órgano del Estado la consciencia de estar violando una obligación internacional, su voluntad no era realmente libre. El Relator Especial consideraba que, en una situación semejante de extremo peligro, en la que la vida de esa persona o de aquellas a su cuidado estaban amenazadas, no había en realidad libertad de elección. Pero la Comisión se pronunció contra la inclusión mencionada, e hizo del peligro extremo una causal distinta.

5. En el caso del "peligro extremo", todos los elementos mencionados al principio del párrafo 4 están presentes.

No se trata realmente de un caso de necesidad del Estado, desde que sus intereses esenciales no están en juego, sino un estado de necesidad de la persona que actúa como órgano del Estado. Es generalmente la voluntad psicológica de esa persona la que debe decidir en favor de una conducta contraria a una obligación internacional. Sin embargo, tal conducta sería atribuida al Estado en virtud de los Arts. 5 y 6 del Proyecto¹³.

¹³ Creemos, sin embargo, que otra interpretación jurídica puede llevarnos a una conclusión diferente: la de que el acto del órgano no se atribuye realmente al Estado. Como dijimos antes, no hay en rigor un estado de necesidad del Estado, sino sólo de la persona que actúa como su órgano. Empleando un mecanismo similar al del

Si debido a una emergencia, un avión del Estado A vuela sin autorización sobre el territorio del Estado B, el conflicto se produce entre la integridad territorial del Estado B y las vidas de los miembros de la tripulación del avión. El comandante no tiene tiempo de requerir el permiso de las autoridades territoriales y decide penetrar en el territorio del otro Estado.

Es también la necesidad la que determina los límites exteriores de la conducta referida arriba; el avión no puede desarrollar tarea alguna que no esté en relación con las necesidades impuestas por la emergencia.

5.1. El caso de estado de necesidad del Art. 33 no ofrece dificultades al análisis, como que ha servido de modelo, y es fácil de ver el conflicto al origen de la situación de necesidad, así como el límite impuesto por la necesidad misma. No hay duda de que esta figura pertenece a la familia.

Tanto en caso de peligro extremo, como de estado de necesidad propiamente dicho, el derecho decide en favor del bien de mayor jerarquía de los dos en conflicto: en el primero, por la vida de la persona que actúa como órgano del Estado o de sus acompañantes, frente a una violación menor de la integridad territorial, en el segundo, el bien que configura un interés esencial de un Estado contra otro interés secundario.

5.2. Los mismos rasgos pueden advertirse si se toma la legítima defensa¹⁴. Supongamos la invasión del Estado A por las fuerzas armadas del Estado B. El conflicto entre bienes jurídicamente protegidos de ambos

Art. 51 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados (coacción sobre el representante de un Estado el derecho de considerarla aquí el acto del órgano es realmente un acto del Estado. Así, no nacería una relación interestatal y sólo quedaría la violación por el particular de una disposición del derecho interno territorial (por ejemplo, de las leyes de inmigración locales. El ex-órgano quedaría así simplemente en la más modesta condición de un simple inmigrante ilegal.

Pero en cambio configuraría tal vez un caso interesante de la personalidad del individuo en el derecho de gentes, porque sería a través de la acción de este último que aquél quedaría exento de responsabilidad —individual— frente al derecho interno del Estado territorial. Porque obviamente el antiguo órgano del Estado no tendría responsabilidad, cualesquiera fueren las penas que el ordenamiento jurídico interno tuviera reservadas para las personas que entraran ilegalmente en su territorio. Quedaría, ciertamente, una responsabilidad indirecta estatal por los daños causados a las personas o bienes del Estado territorial.

¹⁴ Ver Buza, "The State of Necessity in International Law", *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, 1959, vol. I, p. 216.

Estados es visible: por una parte, la integridad territorial del Estado B, y de la otra, cualesquiera bienes —jurídicamente protegidos, si se consideran fuera del contexto de la defensa— del Estado A que puedan verse afectados por la acción defensiva. Es concebible, en efecto, que en el curso de repeler la agresión, las fuerzas del Estado B penetren a su vez en el territorio de A, incurriendo así en una conducta que sería ilícita de no mediar la previa agresión de aquél. Aún si tal contrainvación no tiene lugar, y por ende no se perjudica la integridad territorial de A, quedan las consecuencias normalmente graves del uso de la fuerza por B, en perjuicio de las personas o de la propiedad del invasor, que estarían protegidos por el derecho en otras condiciones.

Los bienes en conflicto en el caso de la legítima defensa son, en el anterior ejemplo la integridad territorial del Estado A de una parte, la del Estado B de la otra, y en todo caso la "integridad de las personas y la propiedad de ambos Estados.

El derecho decide aquí entre bienes aproximadamente equivalentes, y lo hace en contra del Estado que está en falta, o sea el que utilizó primero la fuerza.

Asimismo, la necesidad fija los límites de la conducta defensiva, como en las anteriores figuras. La regla de la proporcionalidad es la que expresa precisamente tal significación: en último análisis, la proporcionalidad no significa otra cosa que limitar la acción defensiva a lo estrictamente necesario para derrotar los propósitos del ataque¹⁵.

Hay, sin embargo, dos características importantes que distinguen la legítima defensa de los otros miembros de la familia. Una es la circunstancia de que sólo un ilícito anterior del otro Estado puede justificar la reacción, y el otro que tal conducta previa toma la forma del uso de la fuerza.

En el Informe de Ago, así como en el de la CDI a la Asamblea General, se pone un particular énfasis en señalar la primera de las caracte-

¹⁵ "...El uso de la fuerza sólo se justifica por ser necesario. Al tratar de auto-protegerse, el Estado debe guiarse por los principios de la buena fe y los dictados humanitarios. En particular, no debiera incurrir en nada que fuera irrazonable o excesivo más allá de los requerimientos del caso o fuera de toda proporción con el daño que el Estado originalmente intentó evitar o reparar. "Bin Cheng, "General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, 1953, p. 99. Traducción nuestra.

terísticas recién apuntadas. Se dice, correctamente, que en caso del estado de necesidad del Art. 33, la conducta opuesta a una obligación internacional puede ir en contra de un Estado perfectamente inocente, o sea de uno que nada ha hecho para merecer una consecuencia perjudicial. En contraste con lo anterior, la legítima defensa está siempre precedida por una de las más graves violaciones del derecho de gentes.

Ello es indisolublemente cierto. Pero aún aceptándolo, quisiéramos señalar que la anterior es una diferencia específica, que separa dos especies del mismo género, y nada más. En modo alguno es suficiente para excluir a la legítima defensa de la familia de la necesidad, ya que las similitudes que hemos señalado entre aquella figura y las otras de la familia son esenciales, y por tanto de mucha mayor importancia que una mera diferencia específica.

Tocante el uso de la fuerza, compartimos la convicción del Relator Especial y de la Comisión misma en sentido que la legítima defensa sólo tiene lugar como reacción contra el uso de la fuerza de un Estado contra otro, y no contra otro acto ilícito que no implique ese uso¹⁷.

En favor de esta tesis milita la circunstancia de que sólo después que la guerra fue desterrada del derecho de gentes, adquirió la legítima defensa una significación jurídica. Antes de ello, el derecho no distinguía, entre los participantes en una guerra, al agresor del agredido. En tales circunstancias, la legítima defensa como se entiende hoy en día,

¹⁶ La existencia de los Estados está protegida en los casos y bajo las condiciones que fija el derecho, y lo está de diferentes maneras. Si se utiliza la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado entonces se permite el uso de la fuerza por el atacado. Si un Estado se encuentra en situación de necesidad que afecta uno de sus intereses esenciales, entonces puede adoptar una conducta que no esté en conformidad con la obligación internacional relacionada con esa situación de necesidad. Pero no puede utilizar la fuerza de ningún modo, ni puede incurrir en agresión invocando aquel Estado de necesidad. La integridad territorial y la independencia política de otros Estados están protegidos por el derecho, así como sus intereses esenciales.

El anterior análisis puede ser útil cuando examinemos otros aspectos de la necesidad.

¹⁷ Para una amplia discusión y bibliografía sobre este tema, véase el Octavo Informe del Juez Ago, puntos 1 a 27 (Doc. A/CH. 4/318, Add. 6 y 7).

carecía de sentido, y era por ende un concepto totalmente innecesario para el derecho¹⁸.

5.3. Algunas consideraciones parecen pertinentes antes de abordar el tema de las contramedidas.

Tradicionalmente, siempre ha existido cierto matiz de castigo en las contramedidas, llamadas antes represalias. Pero cualquiera haya sido su pristino carácter, no pueden en el derecho internacional de nuestros días jugar el papel de venganza "privada" ni de vindicta pública.

A los ojos del derecho, las únicas finalidades admisibles de las medidas que consideramos deben ser, en primer lugar la de ejercer presión para obtener reparación del Estado delincuente por el hecho ilícito cometido y segundo, la de operar como disuasivo contra actos posteriores de la misma naturaleza.

La primera es, de lejos, la más importante y equivale a una restauración del bien dañado, desde que la situación se retrotrae al "statu quo ante" o, si ello no fuera posible, se obtiene una reparación en su lugar.

La segunda tiende a desalentar al Estado que cometió el ilícito de repetir su conducta, ya sea en perjuicio del Estado que toma la represalia o de cualquier otro Estado¹⁹.

5.4. Si aceptamos lo anterior, debemos reconocer que al origen de las contramedidas hay un conflicto de la misma naturaleza que en las otras figuras. La conducta anterior, la que autoriza la represalia, es por definición ilícita. Es precisamente por dañar un bien jurídicamente protegido de otro Estado que aquella conducta previa es ilícita.

¹⁸ A nuestro modo de ver, resulta claro que la Carta debe ser completada con las normas correspondientes del derecho internacional general, desde que la Carta sólo hace una referencia al "derecho inmanente de legítima defensa" y menciona el "ataque armado". Ello es insuficiente para perfilar una figura como la que consideramos. No hay mención alguna a otros elementos como la proporcionalidad, por ejemplo, y la referencia al "ataque armado" es insatisfactoria.

Debemos, por tanto, referirnos al derecho internacional general si queremos encontrar una respuesta completa en este asunto. Eso no significa que sean admisibles otras causales que el uso de la fuerza por un Estado contra otro Estado. Desechamos así la Protección de los nacionales en el exterior como antecedente del uso de la fuerza en legítima defensa, desde que no creemos que así lo considere tampoco el derecho internacional general.

¹⁹ Entendemos que hay un aspecto "privado" (concerniente al Estado particular) tanto como uno "público" (que atañe a la Comunidad Internacional) en las represalias. A este respecto, podría verse al Estado que actúa en represalia como ejerciendo una cierta representación de la Comunidad Internacional, o si se prefiere, actuando como un órgano de esa comunidad en el cumplimiento del derecho de gentes.

A su vez, la represalia envuelve una conducta que sería ilícita de no haber mediado la primera, y es fácil advertir que lo es porque ataca un bien jurídicamente protegido del Estado que toma la represalia.

Los bienes en oposición son aquí aproximadamente equivalentes, como lo son en el caso de la legítima defensa, y también aquí el derecho decide en contra del Estado que ha incurrido primero en conducta ilícita, al levantar la protección del bien perjudicado por la represalia.

En el origen de las contramedidas hay, entonces, un conflicto y una situación de necesidad. Si se considera al laudo del Naulilaa como declarativo de lo que es el derecho en este punto —y la doctrina no lo niega— entonces el Estado que aplica la contramedida debe haber intentado previamente una forma de reparación por otros medios de distinta naturaleza que una represalia²⁰. Lo cual es otra manera de decir que sólo le quedaba a ese Estado la represalia como única forma de obtener reparación, o si se prefiere, que tal acción era necesaria para la protección de su bien.

La necesidad, fija también aquí los límites de la reacción? Naturalmente que una represalia que exceda los límites de lo necesario para conseguir la protección del bien del Estado que la motiva sería claramente ilegal. Lo difícil aquí es determinar que es lo necesario para ese fin, qué tipo de acción se necesita.

La respuesta no es simple, desde que el efecto de la presión ejercida por medio de la represalia dependerá grandemente de ciertas condiciones del Estado que la soporta: de su voluntad de resistencia, de la intensidad con que la población sienta el asunto de que se trate, etc. Es difícil fijar límites objetivos a la necesidad, ya que una acción que en un caso podría ser mirada como más que suficiente, en otros podría no dar resultado alguno.

Es por ello que se emplea otro criterio: el de la proporcionalidad, que es más fácil de aplicar a situaciones específicas que la necesidad.

Innecesario es agregar que aunque se considere a las contramedidas como parte de la familia de las figuras de necesidad, no se debe admitir en ellas el uso de la fuerza. La gran mayoría de la doctrina rechaza las represalias armadas, y la Declaración de Principios de Derecho Internacional contenida en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General

²⁰ U. N. Report of Arbitral Awards, vol. II, p. 1025 (Primera Decisión, Julio 31 de 1928).

de las Naciones Unidas establece que los Estados tienen el deber de abstenerse de los actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza ²¹.

Terminaremos con el tema de las contramedidas con una nota de precaución: hay ciertos aspectos de "interés público" en ellas, en tanto contribuyan al logro de una finalidad como el cumplimiento del derecho, que la comunidad internacional también tiene como propio. Es claro que ese elemento de interés público debiera requerir en los Estados que aplican la represalia o la sanción, una circunspección mucho mayor que la mostrada en casos recientes, en que se adoptaron sin fundamento jurídico y a veces por Estados que no fueron víctimas de hecho ilícito alguno.

6. Si nuestro análisis es, entonces, correcto, la necesidad es un concepto único que comparten las cuatro figuras mencionadas. Este conocimiento indica de inmediato la conveniencia de una más precisa definición de su alcance y elementos.

Habría que comenzar por "purificar" la noción de necesidad de los cuerpos extraños que introducen confusión, ya que la necesidad es un concepto autosuficiente. Así, el criterio de una conducta estatal en necesidad debiera simplemente ser que el objetivo perseguido no hubiera sido logrado de otra manera. Ello incluye la noción de que no existía disponible otro medio que no afectara el bien jurídicamente protegido del otro Estado. Creemos que toda tentativa de introducir nociones ajenas a la necesidad en busca de mayor precisión sólo complica inútilmente las cosas.

La famosa frase de Webster en el caso del *Caroline* logra, a nuestro criterio, precisamente el indeseable efecto anterior, al exigir para la necesidad que ésta sea "inmediata, abrumadora, que no deje elección de medios ni tiempo para deliberar" ²².

Como ya lo hace notar Jessup, la definición de Webster es "... obviamente derivada de consideraciones de la legítima defensa en derecho interno; son raros los casos en que una situación internacional se adecúe a ellas" ²³.

²¹ Fitzmaurice, sin embargo, parece aceptar las represalias armadas en algunas circunstancias: "En general, (y puede haber casos especiales o excepcionales) los actos de fuerza, a menos que se justifiquen por la vía de la legítima defensa individual o colectiva, de las *represalias por actos similares ya cometidos*, o como acción colectiva autorizada, son claramente ilegales". Op. cit., p. 171. Traducción nuestra.

²² Moore, "Digest of International Law", p. 422. Traducción nuestra.

²³ Jessup, A. Modern Law of "Nations", Nueva York, 1968, p. 164.

Aparte del hecho de que una Cancillería o Ministerio de Defensa no se encontrarían muy seguidos en las condiciones apocalípticas que describe Webster al considerar una situación de legítima defensa —como lo hace notar también Jessup— el criterio del Caroline, como en cualquier otro caso de necesidad, debiera ser que la acción dirigida a proteger el bien jurídico atacado sea realmente necesaria.

El criterio de Webster en esta materia es perturbador, ya que en casos de legítima defensa, o bien ha habido uso de la fuerza o bien no lo ha habido. Si el uso de la fuerza ha realmente existido, entonces no debiéramos poner al Estado que se defiende en la necesidad de probar la existencia de las exigentes condiciones requeridas por Webster. Si la integridad territorial o la independencia política de un Estado están amenazadas por el uso de la fuerza, que más puede exigirse al Estado agredido para que repela la agresión con todos sus medios? En talse casos, el criterio del Caroline parece algo fuera de lugar.

Por otra parte, si no se ha hecho uso de la fuerza, la única aplicación posible del criterio de Webster sería en la legítima defensa preventiva. La discusión respecto a esta defensa preventiva nos llevaría muy lejos, pero a primera vista parecería el único ejemplo posible de su aplicación.

Aún en este caso hay un punto más importante que el saber si el ataque armado inminente cumple con aquellos requisitos, y ese punto es el de establecer si la utilización preventiva de la fuerza es realmente necesaria para desbaratar los propósitos del ataque, y no meramente para obtener una ventaja militar. Si bien se mira, la regla del Caroline sólo sirve para distraer nuestra atención del criterio realmente importante.

Otro requisito de la regla que comentamos se relaciona con la “inmediatez” de la reacción ofensiva en relación con el uso de la fuerza. Es cierto que no habría legítima defensa si el atacante ha terminado con su acción y ha retirado las tropas del territorio invadido, pero casos tan claros como ése habrá pocos, y la inmediatez no debiera ser erigida en requisito ²⁴.

²⁴ Conf. Buza “Qué significa exactamente el carácter directo del peligro? ¿Qué el desastre debe advenir enseguida? O el peligro es directo también cuando, de no cometerse el acto en necesidad, aquella consecuencia seguiría en todo caso aunque no fuera a continuación? El peligro es directo también en esta hipótesis.

El derecho no requiere esperar al último momento, esto sería una maldad. Es importante que el peligro sea real y que no exista solamente en la imaginación de

Esta noción de la inmediatez parece típicamente ser una de esas ideas extraídas de comparaciones con el derecho interno, que resultan peligrosas de aplicar al derecho de gentes sin mayor examen. En las comunidades del derecho interno, el uso de la fuerza está prohibido a los ciudadanos, así como en el internacional lo está para los Estados. Pero hay una diferencia sustancial entre ambas situaciones: en las comunidades nacionales, la fuerza es utilizada por el Estado no sólo para mantener la paz, sino también para hacer cumplir el derecho, cosa que no sucede en el derecho internacional.

No sólo se prohíbe utilizar la fuerza a los ciudadanos privados, sino que además tampoco pueden ellos portar armas, ni aún tenerlas en su casa. En tales sociedades, la defensa propia debe interpretarse muy restrictivamente, y el uso de la fuerza sólo puede permitirse cuando no hay tiempo para que la policía intervenga. Por ende, el concepto de necesidad es diferente en aquel contexto.

Apenas necesitamos decir que tal estado de cosas dista mucho de prevalecer en la comunidad internacional. Tampoco hay órganos con competencia ni poder para hacer cumplir compulsivamente el derecho internacional, ni maquinaria efectiva para el mantenimiento de la paz²⁵.

En circunstancias tales, es menester adoptar una actitud flexible en cuanto a la apreciación de la legítima defensa, y a menos que intervengan otros factores que den a la reacción defensiva tardía un significado especial, el mero transcurso de un cierto tiempo no sería decisivo para excluirla de la legítima defensa. Si el Estado A es invadido por el Estado B, y en lugar de lanzar un contraataque prefiere recurrir primero a negociaciones para persuadir al invasor a retirar sus tropas, una acción

la persona amenazada. Si el desastre sólo puede ser evitado por la comisión de un acto de necesidad, el estado de necesidad existe en mi opinión".

Continúa diciendo: "...Dentro del Estado, el peligro puede evitarse por la intervención del Poder estatal y esto puede hacer innecesario el recurso a un acto de necesidad, pero en el derecho de gentes no hay poder público en cuya intervención confiar". Buza, op. cit. p. 214/215. Traducción nuestra.

²⁵ Es sabido que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no tiene medios a su disposición para emprender una acción de policía efectiva, desde que los acuerdos del Art. 43 nunca fueron suscriptos y las posiciones opuestas en prácticamente todo, que existen entre el bloque del Pacto de Varsovia y la OTAN hacen que la seguridad colectiva sea impracticable en ese sistema.

Las posibilidades disponibles para la ONU son marginales, y hay escasisimo precedente relativo a operaciones para cumplimentar lo relativo a la paz y seguridad.

de fuerza por A tras el fracaso de la negociación sólo podría ser considerada como legítima defensa.

Aunque las consideraciones anteriores se aplican a la defensa, el requisito que comentamos de la regla de Webster es inaplicable también a los casos de estado de necesidad propiamente dichos, no obstante la cualidad de "inminente" que requiere el Art. 33 de la CDI en caso de "grave peligro" que amenaza el interés esencial en cuestión. Basta decir que la mayor parte de los casos que convencieron al Relator Especial y a la Comisión de que había una regla consuetudinaria de estado de necesidad tratan de obligaciones financieras, donde la "inminencia" del colapso resultante no es siempre evidente.

Por tales razones, hubiéramos preferido la omisión de "peligro inminente" del Parágrafo 1 del Art. 33.

7. Las siguientes pueden servir como conclusiones de lo anteriormente expuesto:

1. La necesidad es una causal admitida en derecho internacional para la exclusión de la ilicitud de conductas estatales opuestas a una obligación internacional, bajo ciertas condiciones establecidas por el derecho.

2. La necesidad surge de un conflicto entre los bienes, jurídicamente protegidos, de dos Estados.

3. El derecho decide contra el bien de menor jerarquía, o sin son equivalentes, contra el del Estado que ha incurrido en una conducta ilícita. Así sucede en el estado de necesidad propiamente dicho del Art. 33, donde prevalece el bien que constituye un "interés esencial" del Estado sobre un interés menor del otro. Si ambos intereses son "esenciales", entonces no hay exclusión de la ilicitud. (Parágrafo 1. b). El mismo principio se aplica en la legítima defensa y en las contramedidas, donde los bienes en cuestión tienden a ser de igual magnitud, y el derecho entonces, decide contra el que ha violado su obligación.

4. La necesidad es el género. Las figuras que hemos examinado (peligro extremo, estado de necesidad, legítima defensa y contramedidas), son casos de necesidad. Todos ellos tienen los mismos rasgos básicos, y las diferencias que median son específicas.

6. La necesidad es un concepto autosuficiente, que no precisa ele-

mentos extraños para ganar en precisión. En particular, los criterios de Webster en el caso del *Caroline* son perturbadores e inaplicables la mayor parte de las veces.

Nos hemos detenido con particularidad en el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y del Juez Ago, su Relator Especial, ya que son lo más moderno y completo en la materia. Incluyen una revisión exhaustiva y al día de la doctrina.

Una conclusión particularmente útil del examen hecho por el Relator Especial de los casos de estado de necesidad es que la norma del Art. 22 era básicamente una norma del derecho internacional general. Esta conclusión fue adoptada implícitamente por la Comisión y así, tiene el aval que le da la autoridad jurídica de ese importante órgano auxiliar de la Asamblea General.

Debo terminar con una aclaración de carácter personal: la mayor parte de las reflexiones que venimos de consignar nacieron con posterioridad al tratamiento del tema por la Comisión, y es por esa razón que el autor de este artículo no las incluyó en ninguna de sus intervenciones durante el debate.

A N E X O

Texto de los artículos 29 a 34, aprobados en primera lectura por la CDI como parte del Capítulo V, "Circunstancias que excluyen la ilicitud", en la Parte I del Proyecto de Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos.

Art. 29. Consentimiento.

1. El consentimiento válidamente prestado por un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado que no esté en conformidad con una obligación internacional del segundo Estado para con el primero excluirá la ilicitud de tal hecho en relación con ese Estado siempre que el hecho permanezca dentro del ámbito de dicho consentimiento.
2. El párrafo 1 no se aplicará si la obligación dimana de una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos del presente proyecto de artículos, 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.

Art. 30. Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito.

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado quedará excluida si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado.

Art. 31. Fuerza mayor y caso fortuito.

1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el hecho se debió a una fuerza irresistible o a un acontecimiento exterior imprevisible ajenos a su control que hicieron materialmente imposible que ese Estado procediera en conformidad con tal obligación o que se percatara de que su comportamiento no era conforme a esa obligación.
2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material.

Art. 32. Peligro extremo.

1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluída si el autor del comportamiento que constituya el hecho de ese Estado no tenía otro medio en una situación de peligro extremo de salvar su vida o la de las personas confiadas a su cuidado.

2 El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuído a que se produzca la situación de peligro extremo o si era probable que el comportamiento de que se trata originara un peligro comparable o mayor.

Art. 33 Estado de necesidad.

1 Ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho de ese Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional del Estado a menos que:

- a) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y
- b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación.

2 En todo caso, ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud:

- a) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad dimana de una norma imperativa de derecho internacional general; o
- b) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad ha sido establecida por un tratado que, explícita o implícitamente, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad con respecto a esa obligación; o
- c) si el Estado de que se trata ha contribuído a que se produzca el estado de necesidad.

Art. 34 Legítima defensa.

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluída si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR DE 1982 Y LOS MODOS DE PRODUCCION DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR

FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ

1. Como se sabe la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fue adoptada finalmente en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, como culminación de un proceso de nueve años durante los cuales se fueron celebrando las sucesivas reuniones de la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Por su duración sus métodos de trabajo, la cuasi Universalidad de sus participantes y la altura no ya de sus ambiciones sino de sus resultados, la actividad de la indicada Conferencia ha quedado como un hito, difícilmente repetible, en la adaptación de todo un fundamental y amplio sector del Derecho Internacional a las nuevas exigencias planteadas por el desarrollo tecnológico contemporáneo y muy especialmente por el acceso a la independencia, durante las décadas de 1960 y 1970, de decenas de nuevos Estados surgidos del proceso de descolonización, la mayor parte de ellos subdesarrollados.

En este trabajo, el punto de atención principal se coloca en el instrumento finalmente adoptado y, respecto a él, se tratará de determinar con base en qué líneas directrices se han organizado dentro de su "espacio normativo" las relaciones entre sus disposiciones y los diferentes modos de creación del Derecho Internacional del Mar. En tal contexto se le van a ahorrar al lector referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

Es posible desarrollar este análisis debido a la *ambición de globalidad* que presenta el instrumento, la cual se ha expresado de modo muy claro en su propio Preámbulo.

En efecto, en dicho Preámbulo se afirma que los Estados Partes están inspirados por el deseo de solucionar "... *todas las cuestiones relativas al Derecho del Mar...*", y que son conscientes de que los problemas de los espacios marinos "... *están estrechamente relacionados entre sí y han de considerarse en su conjunto*". Y, todavía, más significativo es su cuarto párrafo en el que se afirma expresamente que los Estados Partes reconocen la conveniencia "... *de establecer por medio de esta Convención, con el debido respeto de la soberanía de todos los Estados, un orden jurídico para los mares y océanos...*".

Esta perspectiva intencionada de totalidad abre, pues, paso a una reflexión sobre el sistema que ha servido para organizar las relaciones de la Convención con los diferentes modos de producción del Derecho Internacional del Mar.

Al respecto interesa ante todo (I) explicitar dos rasgos fundamentales de la Convención como tal y de las diferentes partes en que se articula: su prevalencia y su pretensión de plenitud.

Posteriormente de modo más concreto, (II), determinar qué lugar reserva la Convención (en sus diferentes partes): i) Al procedimiento convencional de creación de normas, incluyendo su reenvío a las normas contenidas en convenios específicos en vigor. ii) A los procedimientos de elaboración utilizados y a las resoluciones adoptadas por Organizaciones Internacionales. iii) A las reglas generalmente aceptadas. Y, iv) Al modo consuetudinario de producción y a su resultado: la costumbre internacional.

Este último punto permitirá dar paso a una breve alusión a las referencias de la Convención al Derecho Internacional general (III).

1. *Prevalencia y pretensión de plenitud de la Convención*

2. El criterio de la *prevalencia* viene establecido con carácter general por las normas sobre el régimen de las relaciones de la Convención con otros tratados internacionales, de una parte y, de otra, con carácter específico, en diferentes partes del texto analizado, en cuanto "exigencia de compatibilidad" con las normas de la propia Convención de otras normas estimadas aplicables en una materia concreta.

La pretensión de *plenitud* se muestra, de una parte, en la reiteración de un criterio de autosuficiencia de las normas de la Convención con

relación a las establecidas por otros modos internacionales de producción normativa; de otra parte, en la protección de la integridad del texto.

A) *La Prevalencia.*

a) Por lo que se refiere al régimen general de la Convención la norma principal es la constituida por su artículo 311, que se inspira en un *principio de prevalencia general y modulable* de las normas de ésta sobre las contenidas en otros tratados internacionales, también vinculantes para los Estados Partes, que no estén expresamente autorizados o salvaguardados por otros artículos de la Convención misma.

La prevalencia alcanza su grado más elevado en el caso del principio contenido en el artículo 136, que establece: "*La Zona y sus recursos son patrimonio común de la Humanidad*". Esta norma no sólo no puede ser enmendada, sino que los Estados Partes se obligan a no ser parte en ningún acuerdo contrario a élla. Se trata pues de una norma imperativa.

En segundo lugar, se establece expresamente que la Convención prevalecerá, en las relaciones entre los Estados Partes, sobre las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar del 29 de abril de 1958. Todas estas siguen formalmente en vigor e incluso a alguna de éllas se siguen produciendo nuevas adhesiones.

En tercer lugar, respecto a otros tratados en vigor "se admite" que no sean modificados por la Convención los derechos y obligaciones que de ellos se deriven para los Estados partes en ésta, si son *compatibles* con élla y si su persistencia no afecta a los derechos y obligaciones de los demás Estados partes en la misma.

En cuarto lugar, respecto a tratados sucesivos a la Convención, celebrados para modificar o suspender sólo entre algunos Estados Partes disposiciones de élla, se admite tal celebración si se cumplen tres condiciones acumulativas: Que tales acuerdos no se refieran a ninguna disposición cuya modificación sea *incompatible* con la consecución efectiva del *objeto y fin* de la Convención. Que no afecten a la aplicación de los *principios básicos* enunciados en la Convención. Y que las disposiciones de tales acuerdos no afecten a los derechos y obligaciones que a los demás Estados Partes les correspondan según la Convención misma.

3. b) Por otra parte diferentes disposiciones de la Convención exigen reiteradamente la *compatibilidad* con éllas (o con la propia Convención

en general, o con sus principios u objetivos generales) de otras normas jurídicas tomadas en consideración como susceptibles de aplicación.

Así, en la Parte V, en lo que se refiere a derechos y deberes de terceros Estados en una zona económica exclusiva, se establece de un lado que los artículos 88 a 115 (sobre el Alta Mar) “y otras normas pertinentes de Derecho internacional se aplicarán a la zona económica exclusiva en la medida en que no sean incompatibles con esta Parte” (art. 58-2). El propio art. 58 protege el goce por Estados no ribereños, en la zona económica exclusiva de otros, de “los usos del mar internacionalmente legítimos” relacionados con las libertades del alta mar, siempre que sean compatibles con las demás disposiciones de la Convención. Y, al ejercitar sus derechos en la Zona económica, los otros Estados cumplirán las normas dictadas por el ribereño “de conformidad con la presente Convención y otras normas de Derecho internacional en la medida en que no sean incompatibles con esta parte” (art. 58-3). En relación con esta norma, el art. 297-1-b, incluido en la Parte XV, prevé el sometimiento a procedimientos obligatorios conducentes a soluciones obligatorias, de las controversias surgidas cuando se alegue que un Estado (no ribereño) al ejercer sus libertades y derechos en la Zona económica exclusiva de otro haya actuado en contravención de la convención “o de las leyes o reglamentos dictados por el Estado ribereño de conformidad con esta Convención o de otras normas de Derecho internacional que no sean incompatibles con ella”.

Asimismo, en la Parte XII, las ‘disposiciones generales’ en materia de protección y preservación del medio marino se fundan tanto en la obligación general de los Estados de proteger y preservar el medio marino (art. 192), cuánto en la exigencia de que todas las medidas que los Estados adopten al respecto sean compatibles con la Convención (arts. 194-1-3 y 4 y 196), incluyendo las derivadas de la cooperación en el plano mundial o regional (art. 197). Y, según el art. 237, las disposiciones de dicha Parte no afectarán a las “obligaciones específicas contraídas por los Estados en virtud de convenciones y acuerdos especiales” celebrados anteriormente o que se puedan concluir para promover los principios generales de la Convención, con tal que se cumplan de modo compatible con los principios y objetivos generales de la misma.

Por último, en la Parte XV además de lo ya indicado, es fundamen-

tal remarcar que para la solución pacífica de una controversia de la que llegue a conocer la corte o tribunal (competente sobre la base de la sección II de la parte XV), éste aplicará la Convención “y las demás normas de Derecho Internacional que no sean incompatibles con ella” sin perjuicio de que las partes convengan en que la solución se dé *ex aequo et bono* (art. 293)¹.

B) Pretensión de plenitud.

a) Como “autosuficiencia”.

4. Este rasgo se muestra con gran claridad en las diferentes disposiciones en las que, por así decirlo, la Convención “se autorremite”.

Las fórmulas utilizadas para ello son muy variadas. En ocasiones esa ‘autorremisión’ va acompañada de una referencia a “otras normas de Derecho Internacional”. Pero en otros casos la autosuficiencia es casi completa. Ocasionalmente se salvaguarda la ‘libertad’ de ejercicio de su jurisdicción por un Estado, pero al mismo tiempo se establece algún límite general o se prevé de algún modo que las leyes y reglamentos que dicho Estado dicte deberán ser conformes con la Convención.

Así en la Parte II se establece (art. 2-3) que “la soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de Derecho Internacional”; fórmula que se repite en cuanto al ejercicio del derecho de paso inocente (art. 19-1, *in fine*); en cuanto al derecho del ribereño de dictar leyes y reglamentos relativos a dicho paso (art. 21-1); y en lo relativo a responsabilidad del Estado del pabellón por daños causados por un buque de Estado (en el art. 31).

De otra parte, en materia de límites del mar territorial, el establecimiento y modificación de las líneas de base debe realizarse de “conformidad con la Convención” (arts. 3, 5 y 7-2), la cual autoriza expresa-

¹ Paralelamente, para el Tribunal Internacional del Derecho del mar, ver el art. 13 del Anexo VI. La prevalencia de la Convención, en este contexto, se refuerza por el hecho de que los órganos jurisdiccionales competentes para la solución de controversias entre los Estados Partes serán también competentes para conocer de las controversias “relativas a la interpretación o a la aplicación de un acuerdo internacional concerniente a los fines de (la) Convención que se le sometan conforme a ese acuerdo”.

Cfr. también el art. 21 del anexo III, el cual establece por su parte que el contrato de explotación de un área de la Zona, celebrado entre la Autoridad y el solicitante o solicitantes “se regirá por sus disposiciones, por las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad, por la parte XI y por otras normas de Derecho Internacional que no sean incompatibles con la Convención”.

mente a los Estados a trazar ciertas líneas y no otras (arts. 7-1 y 2, 10-4, 13-1 y 14) y les impone la publicación de cartas a gran escala reconocidas oficialmente o, en otro caso, listas de coordenadas geográficas de puntos donde aquellas consten (arts. 5, 6 y 16) ².

Por último, en cuanto al régimen del paso inocente por el mar territorial, el goce de tal derecho corresponde a los buques de todos los Estados "*con sujeción a esta Convención*" (arts. 8-2, 17), que autoriza al ribereño a dictar al respecto leyes y reglamentos (art. 21) y le impone ciertos deberes y atribuye determinados derechos (arts. 22-1 y 2, 24 y 25).

5). En la Parte III, se establece (art. 34-2) que "*la soberanía o jurisdicción de los Estados ribereños del estrecho (utilizado para la navegación internacional) se ejercerá con arreglo a esta Parte y a otras normas de Derecho Internacional*". Y en materia de régimen de paso por los estrechos utilizados para la navegación internacional la "autorremisión" al régimen de la parte III o de su sección 2^a o a otras partes de la Convención es reiteradísima (arts. 34-1, 35, 36, 38-2 y 3, 39-1-d, 41-1 y 42-1 ³).

En la Parte IV, se establece que la soberanía de un Estado archipelágico sobre las aguas archipelágicas, incluyendo su espacio aéreo, suelo, subsuelo y recursos, "*se ejerce con sujeción a las disposiciones de esta parte*" (art. 49-3), que regula de modo 'autosuficiente' también el régimen del paso por las vías marítimas archipelágicas (art. 49-4 y 53-3 y 11).

En la parte V, (por si no fuera suficiente el ya señalado régimen de prevalencia casi absoluta), la búsqueda de la 'autosuficiencia' es patente en lo que el artículo 55 denomina "régimen jurídico específico" de la zona económica exclusiva, "*establecido en esta Parte, de acuerdo con el cual los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás Estados se rigen por las disposiciones pertinentes de esta Convención*". La reiteración de la 'autorreferencia' está en los arts. 56-1 (b y c) y 2, 58-1, 62-4, 63-1, 64-2, 67-2, 69-2-b y 73-1.

² En este punto, únicamente, hay dos remisiones *ad extra*, por un lado a ciertas líneas de base que "hayan sido objeto de un reconocimiento internacional general" (art. 7-4) y, por otro, a la posibilidad de tener en cuenta para el trazado los intereses económicos de una región, cuya realidad e importancia estén claramente demostradas "por un uso prolongado" (art. 7-5).

³ En este caso del art. 42-1 se establece la facultad de los Estados ribereños de dictar leyes y reglamentos relativos al paso en tránsito, "*con sujeción a las disposiciones de esta sección*".

Por lo que se refiere a la Parte VI, la regulación allí contenida sobre Plataforma Continental, solamente se remite a otras normas de la Convención (arts. 78 y 83); o alude a ciertos derechos “de soberanía” del Estado ribereño, cuyo ejercicio se regula (arts. 79 y 81).

En la Parte VII, en lo referente a la libertad del Alta Mar se establece que ésta se ejercerá “*en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de Derecho internacional*” (art. 87-1). Y en cuanto al régimen del Alta mar, las remisiones que diferentes disposiciones hacen a la propia Convención y a partes de ésta, (incluso para exigir que el Derecho interno se adecúe a ellas), son continuas y exclusivas (arts. 87, 92-1, 111-2 y 116) ⁴.

En la Parte X, se establece como regla fundamental que los derechos de acceso al mar y desde el mar de los Estados sin litoral son “*los que se estipulan en esta Convención*” (art. 125).

6. En la Parte XI (sobre “La Zona”) destaca ante todo el artículo 138 según el cual: “*el comportamiento general de los Estados en relación con la Zona se ajustará a lo dispuesto en esta Parte, a los principios incorporados en la Carta de las Naciones Unidas y a otras normas de Derecho Internacional...*”. Y junto a él, la disposición del art. 139-2 que establece la responsabilidad de un Estado u Organización por daños causados por incumplimiento de sus obligaciones conforme a esa parte “*sin perjuicio de las normas de Derecho internacional y del artículo 22 del Anexo III*” (anexo éste que contiene las disposiciones básicas sobre la prospección, la exploración y la explotación de “la Zona”).

Por lo demás, lógicamente, el régimen que la Parte XI establece para la “Zona” (de acuerdo con su completa novedad y la función esencial que en la gestión de la misma se atribuye a una Organización Internacional denominada “La Autoridad”), tiende a una casi completa “autosuficiencia” (cfr. en especial los arts. 134-1 y 2, 137-2 y 3, 139-1, 140-1, 141, 144-1, 147-2-a, 153-4, 160-1) y ello incluso como parte separada dentro del marco de la propia Convención, si dejamos aparte ciertas e inevitables remisiones a otras disposiciones o partes de la misma (cfr. ad ex arts. 136-3 y 4, 142-3, 143-1, 150-d...).

⁴ Para el régimen de las islas ver el art. 121-2 y para mares cerrados o semi-cerrados, el art. 123.

Finalmente, la "autosuficiencia" del régimen de la investigación científica marina (Parte XIII) es asimismo evidente (cfr. los arts. 238-239 y 240), incluyendo la continuada remisión a otras partes de la Convención (arts. 242-2, 244-1, 246-1 y 8, 254-2 y 3, 255, 257, 258, 260 y 263-1 y 2) ⁵.

b) Como protección de la integridad del texto.

7. En esta perspectiva destacan dos tipos de disposiciones de la Convención. En primer lugar los artículos 309 y 310 que regulan el régimen de las declaraciones unilaterales interpuestas, frente al texto de la Convención, por los Estados firmantes, contratantes o Partes. Se establece al respecto que no se podrán formular reservas ni excepciones a la Convención salvo que estén expresamente autorizadas por artículos de la misma y, simultáneamente, se admite la regularidad de "declaraciones y manifestaciones" que no constituyan reservas en sentido técnico, entre las que se cita, en particular, las destinadas a "armonizar el Derecho interno" con las disposiciones de la Convención.

En segundo lugar, se encuentran las normas que regulan tanto el proceso de adopción y aceptación de enmiendas, bien a la Convención en general (arts. 312, 313 y 315), bien a disposiciones relativas a actividades en "la Zona" (arts. 314, 315), cuanto su correspondiente entrada en vigor en ambos supuestos (art. 316). Por otro lado, el artículo 155 impone específicamente la celebración de una "Conferencia de revisión" de las disposiciones que regulan el sistema de exploración y explotación de los recursos de "la Zona".

II. Relaciones específicas con modos determinados de producción o con las normas establecidas por ellos.

A) Relación con normas y procedimientos convencionales.

8. a) *La referencia directa a la regulación contenida en otros tratados internacionales se encuentra recogida en determinadas disposiciones de la Convención, pero este fenómeno tiene alcance diferente.*

i) *En algunos casos la Convención obliga a cumplir o a tener en*

⁵ En cuanto al desarrollo y transmisión de tecnología marina, las normas de la Parte XIV se orientan esencialmente a promover y a fomentar la cooperación internacional, sin haberse sentido la necesidad de dar otros pormenores (arts. 266-278).

cuenta lo establecido en determinados convenios internacionales en vigor en materias determinadas. Este fenómeno es desde luego muy limitado debido sin duda a la pretensión de totalidad del texto.

Así, en la Parte II se establece la *obligación* de los barcos extranjeros de propulsión nuclear, o que transporten sustancias intrínsecamente peligrosas o nocivas, de cumplir las medidas especiales de precaución "que se hayan establecido en acuerdos internacionales", cuando ejerzan el derecho de paso inocente (art. 23).

El art. 47-6, incluido en la Parte IV se establece que se "mantendrán y respetarán" los "derechos estipulados en acuerdos" entre un Estado Archipelágico y un Estado vecino inmediatamente adyacente. Y, asimismo (art. 51-1), se prevé que los Estados archipelágicos *respetarán* "los acuerdos existentes con otros Estados", en cuanto a derechos de pesca tradicionales y otras actividades legítimas de terceros, (sin perjuicio de obligar a la celebración de acuerdos de fijación de modalidades de ejercicio *vid. infra*).

Por otro lado, el art. 108-1 de la Parte VII, *obliga* a los Estados a cooperar para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por "buques en Alta mar en violación de las convenciones internacionales".

En el art. 146 (Parte XI) se establece que la Autoridad, en materia de protección de la vida humana con respecto a actividades en la Zona, establecerá las normas, reglamentos y procedimientos apropiados "que complementen el Derecho Internacional existente, tal como está contenido en los tratados en la materia".

Y en materia de protección y preservación del medio marino (Parte XII) se establece expresamente en ciertos artículos que los Estados al dictar normas internas *habrán de tener en cuenta* las reglas y estándares, así como las prácticas y procedimientos recomendados "convenidos internacionalmente" (art. 207-1; 212-1).

Finalmente, el art. 262 de la Parte XIV, establece que las instalaciones o equipo de investigación científica en el medio marino serán provistos de las "señales de advertencia adecuadas convenidas internacionalmente".

9. ii) Más frecuentemente se trata de "salvaguardar" la aplicabilidad de las normas contenidas en los convenios que se indican. Este fenómeno también es de alcance limitado.

Así, en la Parte III el art. 35-c, prevé que las disposiciones de dicha Parte *no afectarán* al régimen jurídico establecido por las "*convenciones de larga data*" que estén vigentes y que se refieran específicamente a estrechos utilizados para la navegación internacional.

En lo referente al régimen de Alta mar (Parte VII), el artículo 92-1 salvaguarda la posibilidad de excepciones a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón "*en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención*". Y el art. 116-a, establece el derecho de los Estados a que sus nacionales se dediquen a la pesca en alta mar con sujeción, *inter alia*, a sus "*obligaciones convencionales*", a otras normas de la Convención y a las "*disposiciones de esta sección*".

En cuanto al régimen de "La Zona" (Parte XI) el art. 151-8 establece la *aplicabilidad* a la exploración y explotación de los minerales de élla, de los derechos y obligaciones en materia de prácticas económicas desleales previstos en "*los acuerdos comerciales multilaterales*". En tal contexto, lógicamente, se salvaguarda asimismo la aplicabilidad de las disposiciones de tales convenios, relativas a solución de controversias.

En la Parte XII el artículo 221 establece que "*ninguna de las disposiciones de esta Parte menoscabará el derecho de los Estados con arreglo al Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional a tomar y hacer cumplir más allá del mar territorial...*" medidas para evitar la contaminación resultante de accidentes marítimos.

Por último, en la Parte XVI (Disposiciones generales), el artículo 303-4 prevé que lo establecido respecto a la recuperación y protección de objetos de carácter arqueológico o histórico hallados en el mar se entenderá "*sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de Derecho Internacional* relativos a la protección de dichos objetos".

10. b) Por otro lado, la Convención, *salvaguarda, recomienda o autoriza la celebración* de determinados acuerdos internacionales. En los supuestos más constrictivos *obliga* a dicha celebración.

i) Así, *en cuanto a la obligación*, en la Parte IV (art. 51-1), se prevé que las modalidades y condiciones de ejercicio por terceros de derechos de pesca tradicionales y otras actividades legítimas (derivadas de acuerdos entre el Estado archipelágico y dichos terceros), "*serán reguladas por*

acuerdos bilaterales entre los Estados interesados a petición de cualquiera de ellos".

En la Parte V, se establece que el Estado ribereño de la Zona económica exclusiva que no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible *dará acceso* a otros Estados al excedente "*mediante acuerdos y otros arreglos*" (art. 62-2) ⁶.

De otra parte, con fundamento en el derecho de los Estados sin litoral (art. 69-1), y de los "Estados en situación geográfica desventajosa" (artt. 70-1) "*a participar sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente de recursos vivos*" de las zonas económicas exclusivas de los ribereños de la misma región o subregión, se ha establecido en uno y otro caso que las modalidades y condiciones de esa participación se *establecerán* por los Estados interesados "*mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales*" (arts. 69-2 y 70-3, respectivamente).

En ambos casos se tendrán en cuenta los acuerdos que ya permitan tal participación (arts. 69-2 y 70-3-b); y, asimismo, se prevé que cuando la capacidad de captura del ribereño se aproxime a la totalidad de lo capturable, éste y otros Estados interesados "*cooperarán en el establecimiento de arreglos equitativos*" para permitir la participación en la explotación, de los Estados en desarrollo de la misma región o subregión arts. 68-3 y 70-4) ⁷.

De otra parte, el acuerdo internacional celebrado "*a fin de llegar a una solución equitativa*" y "*sobre la base del Derecho internacional a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*", será el instrumento que los Estados con costas adyacentes o enfrentadas utilizarán para delimitar sus zonas económicas exclusivas (art. 74-1) y sus plataformas continentales (art. 83-1) ⁸.

⁶ Sobre referencias a acuerdos en cuanto a administración y explotación de poblaciones anádromas y catádromas ver los arts. 66 y 67.

⁷ Cfr. el art. 297-3. De acuerdo con él, el conjunto de las controversias internacionales relativas a la aplicación e interpretación de estos artículos (69 y 70 principalmente) escapa a la obligación de sometimiento a "procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias"; de ahí la "recomendación" del inciso e) del indicado art. 297-3

⁸ La importancia que la Convención concede a este procedimiento se desprende del resto de las disposiciones de los propios artículos 74 y 83, puesto que, en ambos supuestos, se recomienda vivamente la concertación de "arreglos provisionales" que no perjudiquen la celebración de los acuerdos definitivos de delimitación; y se establece que, si no se llega a un acuerdo "dentro de un plazo razonable", se recurrirá

En cuanto al derecho de acceso al mar y desde el mar de los Estados sin litoral y su libertad de tránsito, que regula la Parte X, se establece que las condiciones y modalidades para el ejercicio de esa libertad serán convenidas entre tales Estados y los de tránsito interesados “*mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales*” (art. 125-2); además, los “acuerdos especiales” relativos al ejercicio de aquel derecho quedan excluidos de la cláusula de la nación más favorecida (art. 126).

11. ii) En cuanto a la *salvaguardia, autorización o recomendación* de la celebración de tratados, hay lo siguiente, si dejamos de lado las disposiciones que recomiendan y aún obligan a cooperar en cierta materia, pero lo establecen en términos de abstracción generalizada que eluden la referencia inmediata a la indicada celebración (aunque, por cierto, no la excluyan y puedan incluirla implícitamente) ⁹.

En la Parte II (art. 15) se *salvaguarda* el acuerdo como instrumento de delimitación del mar territorial entre Estados con costas adyacentes o enfrentadas.

Por otro lado, en la Parte III se *recomienda* la celebración de acuerdos entre los Estados usuarios y ribereños de estrechos internacionales en materia de ayudas para la navegación y la seguridad y otras mejoras y protección frente a la contaminación (art. 43).

De otro lado, en la Parte V se prevé que las normas de la Convención no afectarán a la “arreglos concertados” en subregiones o regiones donde los Estados ribereños *puedan conceder* a Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa, de la misma región o subregión, derechos iguales o preferenciales para la explotación de los recursos vivos en las zonas económicas exclusivas (arts. 69-5 y 70-6).

Y asimismo, se contempla la *conveniencia* de celebrarse acuerdos entre los ribereños y otros Estados interesados, para coordinar y asegurar la

a los procedimientos de solución de controversias establecidos por la parte XV; y, finalmente, que una vez haya acuerdo en vigor entre los Estados interesados, “las cuestiones relativas a la delimitación . . . se resolverán de conformidad con las disposiciones de ese acuerdo”. Ver también el art. 134-4 según el cual la validez de estos acuerdos de delimitación de plataformas no es afectada por el régimen de La Zona (parte XI).

⁹ Esta técnica cobra especial importancia en las disposiciones que establecen un deber de cooperar para la represión de ciertos hechos ilícitos realizados en Alta mar: piratería (art. 100), tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (art. 108) y transmisiones no autorizadas (art. 109-1). Cfr. también los arts 117, 226-2 y 229.

conservación y/o el desarrollo de poblaciones de pesca que se encuentren dentro de más de una Zona económica exclusiva o repartidas entre una Zona y otra área adyacente, (art. 63).

En cuanto al régimen del Alta Mar (Parte VII) se prevé (art. 98-2) que Estados ribereños y Estados vecinos, *cuando las circunstancias lo exijan*, cooperarán “mediante acuerdos mutuos regionales” en la organización de servicios de búsqueda y salvamento y en general garantía de la seguridad marítima y aérea. Por su parte, el art. 110 admite que se confieran por tratado a buques de guerra facultades de injerencia en alta mar frente a buques extranjeros, más allá de las que él mismo establece.

En cuanto a la Parte X se establece que “mediante acuerdo” entre los Estados de tránsito y los Estados sin litoral, *podrán establecerse* zonas francas u otras facilidades en los puertos de entrada y salida de los Estados de tránsito. asimismo el art. 132 salvaguarda siempre los acuerdos entre Estados Partes para la concesión de facilidades de tránsito mayores que las que concede la Convención.

A su vez, en la Parte XI se establece que la celebración por la Autoridad de “*nuevos acuerdos o convenios*” *puede ser* el medio procedente para proteger los mercados de productos básicos obtenidos de los minerales extraídos de la Zona (art. 151-1-a)¹⁰.

En materia de protección y preservación del medio marino (Parte XII), aparte de que el cumplimiento del deber general de cooperación (art. 197) se realice por medio de acuerdos internacionales (aplicables en general a cualquier aspecto¹¹), lo cierto es que las disposiciones de la Convención están dirigidas ante todo al establecimiento obligatorio y a la garantía del cumplimiento de reglas de Derecho interno armonizadas con los estándares y normas internacionales pertinentemente aplicables, antes que a la celebración de acuerdos internacionales entre Estados, específicamente considerados.

Por otro lado, (Parte XIII, art. 243) los Estados y las Organizaciones Internacionales competentes “*cooperarán mediante la celebración de acuer-*

¹⁰ En todo caso la Autoridad “*tendrá derecho a ser parte en cualquier acuerdo o convenio*” que sea resultado de una conferencia sobre productos básicos que se ocupe de aquellos productos y en las que participen todas las partes interesadas (art. 151-1-b). La incidencia de estos acuerdos en el llamado “período provisional” se regula en el art. 151-3.

¹¹ Ver un ejemplo expreso en el art. 211-3 en materia de contaminación causada por buques.

dos bilaterales y multilaterales” en la creación de las condiciones favorables para la realización de la investigación científica marina.

Y, asimismo (Parte XIV), la cooperación internacional para el establecimiento de directrices, criterios y estándares en materia de transferencia de tecnología marina, alude implícitamente, al procedimiento convencional (art. 271).

Por último, en el ámbito de la Parte XV, relativa a la “solución de controversias”, diferentes *disposiciones generales* contemplan la aplicación preferente frente a las normas de la Convención, de las disposiciones de acuerdos internacionales sobre solución pacífica, que permitan a las partes en la controversia llegar efectivamente a una solución (cfr. los arts. 280, 281, 282 y 284). Asimismo, se da preferencia al acuerdo entre las partes en la controversia para la elección de procedimientos concretos de solución, dentro de los marcos de la sección II de dicha parte XV (art. 287-4, 5 y 7) y de su sección III (arts. 298-1-a-i, ii y iii; 298-2, 3 y 5; 299)¹².

B) *La remisión a modos de elaboración utilizados y a resoluciones adoptadas dentro del marco de Organizaciones Internacionales.*

12. Estas referencias son múltiples, pero se concentran en determinadas Partes de la Convención y su significado es variable.

i) En muy escasas ocasiones se *reenvía* al contenido de resoluciones determinadas.

Así, se establece que el paso en tránsito por los estrechos internacionales (Parte III) deberán realizarlo las aeronaves civiles *cumpliendo* el Reglamento del Aire establecido por la O.A.C.I. y manteniendo todas las aeronaves sintonizada la radiofrecuencia asignada por la autoridad designada internacionalmente o la radiofrecuencia de socorro internacional (art. 39-3).

En cuanto a las disposiciones generales relativas al régimen del Alta Mar (Parte VII) cabe citar la definición (a los efectos represores oportunos) de las “transmisiones no autorizadas” como aquellas realizadas en “*violación de los reglamentos internacionales*” (art. 109-2).

En tercer lugar cabe destacar que diferentes disposiciones de la Con-

¹² Sobre el valor del acuerdo entre las partes para establecer el procedimiento aplicable ver también el art. 10 del anexo V.).

vinción remiten a principios o normas incorporados en dos resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas: la resolución 2749 (XXV) de 17-12-1970 de la Asamblea General, que declaraba solemnemente que 'la Zona' y sus recursos son patrimonio común de la Humanidad y la resolución 1514 (XV). Más adelante se volverá sobre tal remisión que hay que entender como hecha a principios o normas de Derecho Internacional general¹³.

13. ii) En otros supuestos se *obliga* a los Estados a *aplicar* o, con menor intensidad, a *tener en cuenta* tales resoluciones.

Así, (Parte II) el Estado ribereño deberá *tener en cuenta las recomendaciones de la Organización Internacional competente*, al establecer vías marítimas y dispositivos de paso por el mar territorial (art. 22-3-a).

Y en cuanto a las vías marítimas y dispositivos de separación de tráfico en estrechos internacionales (Parte III), los ribereños *deberán ajustarse* a las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas (art. 41-3). Un régimen análogo se establece en lo relativo al establecimiento por los Estados archipelágicos de vías marítimas y disposiciones de separación del tráfico para *el paso por las aguas archipelágicas* (Parte IV, art. 53-8).

En lo que se refiere al régimen de la *Zona Económica Exclusiva* (Parte V), como ya se señaló, se contempla la acción de las Organizaciones Internacionales en planos específicos.

Así, en lo que se refiere a la retirada de islas artificiales, instalaciones y estructuras en desuso, ésta se hará *teniendo en cuenta las normas internacionales generalmente aceptadas que haya establecido a este respecto la Organización Internacional competente*" (art. 60-3 y 5)¹⁴.

De otra parte, al establecer medidas de conservación para los recursos vivos en el alta mar (Parte VII) los Estados *tendrán en cuenta, inter alia*, "*cualesquiera normas mínimas internacionales, sean subregionales, regionales o mundiales, generalmente recomendadas*" (art. 119-1-a).

¹³ En cuanto a la aplicabilidad del Reglamento de arbitraje de la U.....CITRAL a determinados procedimientos de solución pacífica de controversias sobre el régimen de 'la Zona', ver arts. 188-2-c de la Convención f 5-4 del Anexo III. Cfr. asimismo art. 13-9-b de este Anexo.

¹⁴ Por otro lado (art. 61-3), un Estado al establecer las medidas adecuadas para la preservación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva tendrá en cuenta "los estándares mínimos internacionales generalmente recomendados, sean subregionales, regionales o mundiales".

Asimismo, toda la actividad normativa de los Estados impuesta por la Convención con vistas a la protección del medio marino en diferentes supuestos, (Parte XII), debe desarrollarse no ya teniendo simplemente en cuenta las indicadas reglas y estándares, así como las prácticas y procedimientos recomendados internacionalmente (arts. 297-1 y 212-1), sino debiendo tomarlos, en diferentes casos, como un *mínimo obligatorio* de referencia ineludible (arts. 208-3, 209-2, 210-6, 211-2).

Por ejemplo, específicamente, en cuanto a legislación nacional dictada para prevenir reducir y controlar la contaminación del medio marino (Parte XII) causada por *barcos de su pabellón o matrícula*, los Estados que la adopten *le otorgarán* por lo menos el mismo efecto que "*las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados que se hayan establecido por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general*" (art. 211-1). Asimismo, los ribereños *deberán* dar efecto a esos mismos estándares y reglas respecto a contaminación por barcos en sus zonas económicas exclusivas (art. 211-5).

También, en el supuesto concreto de contaminación causada por buques en una zona económica exclusiva, se exige que las leyes y reglamentos que los ribereños puedan dictar "*sean conformes y den efecto a las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados y establecidos por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general*" (art. 211-4) ¹⁵

Y en lo que se refiere a la ejecución de las disposiciones aplicables en esta materia se establece reiteradamente la obligación de los Estados de adoptar medidas para poner en práctica las reglas y estándares establecidos por conducto de Organizaciones Internacionales competentes o de una conferencia diplomática (art. 213, 214, 217-1, 222). En dos supuestos se establece la realización de ciertas actividades específicas de ejecución, bien por el Estado del pabellón, bien por el Estado del puerto, cuando haya habido violación o infracción de "*reglas y estándares internacionales establecidos por conducto de Organizaciones Internacionales competentes*" (arts. 217-4 y 218- 1 y 3).

Finalmente, en lo que se refiere a solución de controversias (Parte XV) una disposición debe retener de nuevo nuestra atención: siempre se

¹⁵ En cuanto a dictar disposiciones especiales para la protección de áreas marinas particulares y claramente definidas, ello es posible si así lo determina la Organización internacional competente, (art. 211-6-a y c).

someterán a “procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias” las controversias surgidas cuando se alegue que “*un Estado ribereño ha actuado en contravención de reglas y estándares internacionales específicos relativos a la protección y preservación del medio marino que sean aplicables al Estado ribereño y que hayan sido establecidos por esta Convención o por conducto de una Organización Internacional competente o en una conferencia diplomática de conformidad con esta Convención*” (art. 297-1-c).

14. iii). En otras ocasiones, se impone a los Estados la obligación de cooperar por conducto de la Organización para la adopción de las resoluciones normativas o bien simplemente se *les recomienda* que así lo hagan. En algún supuesto, se contempla una cooperación tan genérica que no hay referencia alguna a la adopción de resoluciones.

Así, en cuanto a las vías marítimas y dispositivos de separación de tráfico en estrechos internacionales (Parte III), los ribereños deberán someter propuestas al respecto “a la organización internacional competente para su adopción”, amén de consultar a ésta si se trata de dos o más Estados ribereños, que deberán cooperar al respecto (art. 41-4 y 5). Un régimen análogo se establece en lo relativo al establecimiento por los Estados archipelágicos de vías marítimas y disposiciones de separación del tráfico para *el paso por las aguas archipelágicas* (Parte IV, art. 53-9).

En lo que se refiere al régimen de la *Zona Económica Exclusiva* (Parte V), como ya se señaló se contempla la acción de las Organizaciones Internacionales en planos específicos.

Así, en cuanto a la adopción de medidas para conservación de los recursos vivos se prevé de una parte que el Estado ribereño y las organizaciones internacionales competentes “...*cooperarán, según proceda, con este fin*”; y, por otro lado, que el intercambio de información científica disponible al respecto se realizará “*por conducto de las organizaciones internacionales competentes*” (art. 61-2 y 5).

Por otro lado, se prevé que los Estados afectados o interesados procurarán, en su caso “*por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas*”, acordar medidas para la conservación y el desarrollo de poblaciones de pesca compartidas entre una Zona económica exclusiva y otra zona o área más allá de ésta (art. 63). Que *cooperarán, en su caso,*

por tal conducto para asegurar la conservación y la utilización óptima de especies altamente migratorias, incluyendo el mismo establecimiento de una nueva Organización con ese fin (art. 64-1). E igualmente para la protección de poblaciones anádromas (art. 66-5).

Más intensa es la salvaguarda de la acción de las Organizaciones Internacionales en materia de protección de mamíferos marinos: se reserva "*la competencia de una Organización Internacional*" para adoptar tales medidas y se establece que los Estados *cooperarán*, en el caso especial de los cetáceos "*por conducto de las Organizaciones Internacionales apropiadas*" (art. 65).¹⁶

Por otro lado, (Parte VII), se prevé que los Estados *cooperarán* en la conservación y administración de los recursos vivos del Alta mar. En particular los Estados cuyos nacionales exploten idénticos o diferentes recursos vivos situados en la misma zona celebrarán negociaciones con miras a tomar la medidas necesarias para su conservación, incluso, según proceda, estableciendo organizaciones regionales o subregionales de pesca (art. 118). Y, asimismo, en lo que se refiere a la conservación de los recursos vivos del Alta mar, los Estados interesados se aportarán e intercambiarán periódicamente la información y datos pertinentes *por conducto de las organizaciones internacionales competentes* (art. 119-2).

También en lo referente a cooperación entre Estados ribereños de mares cerrados o semicerrados (Parte IX) se les *recomienda* que lo hagan en su caso por conducto de una organización regional apropiada y que inviten a ello a organizaciones internacionales (art. 123).

En materia de protección y preservación del medio marino (parte XII) se *obliga a los Estados a cooperar* directamente o "*por conducto de las Organizaciones Internacionales competentes*" para formular reglas y estándares, prácticas y procedimientos recomendados de carácter internacional (compatibles con la Convención), y criterios científicos relativos a ellos, y para promover estudios, programas de investigación e intercambio de

¹⁶ El art. 72-2 salvaguarda dentro de ciertos límites, el derecho de los Estados sin litoral y de los colocados en situación geográfica desventajosa a obtener en su caso asistencia técnica o financiera de organizaciones internacionales con vistas a poder participar, según la Convención, en la explotación de recursos pesqueros de zonas económicas exclusivas.

información y datos (arts. 197, 200 y 201).¹⁷

De otra parte, en diversas disposiciones específicas se establece que *procurarán su elaboración* (arts. 207-4, 210-4, 212-3) o que *las elaborarán "especialmente por conducto de las Organizaciones Internacionales competentes o de una conferencia diplomática"* (arts. 208-5, 211-1).¹⁸

15. En materia de investigación científica marina (Parte XIII), el artículo 251 simplemente recomienda a los Estados que fomenten "*por conducto de las Organizaciones Internacionales, el establecimiento de criterios y directrices generales para ayudar a los Estados a determinar la índole y las consecuencias de la investigación científica marina*".¹⁹

En materia de desarrollo y transmisión de tecnología marina (Parte XIV) se establece el *uso alternativo* por los Estados del "*conducto de las Organizaciones Internacionales competentes*" para *cooperar* en todo lo relativo al fomento del desarrollo y de la transmisión de tecnología marina (arts. 266-268 y 269) incluyendo el establecimiento de directrices, criterios y estándares generalmente aceptados (art. 271), así como el establecimiento y fortalecimiento de centros nacionales de investigación científica y tecnología marina (art. 275-1). En este último caso es el indicado "*conducto*" (y el de la 'Autoridad') el que se deberá utilizar para proporcionar ayuda a los Estados que la necesiten (art. 275-2).

Por otro lado, se *recomienda* a los Estados que recurran a la coordinación de sus programas internacionales por las Organizaciones Internacionales competentes (art. 272) y que fomenten la creación de centros

¹⁷ Asimismo para elaborar planes de emergencia contra la contaminación se prevé que los Estados del área afectada y las Organizaciones Internacionales competentes cooperarán en la medida de lo posible (art. 199). La cooperación por conducto de las Organizaciones se establece también con vistas a prestar asistencia científica y técnica en la materia a los Estados en desarrollo (art. 202) y tomar medidas para vigilar los riesgos de contaminación o sus efectos (art. 204-1). Ciertas obligaciones se le imponen directamente a las Organizaciones Internacionales (cfr. art. 199, 203 y 205).

¹⁸ Una disposición reiterada es la que establece que las reglas, estándares y prácticas y procedimientos recomendados serán reexaminados con la periodicidad necesaria (arts. 207-4, 208-5, 210-4, 211-1).

¹⁹ En esta materia, las disposiciones de la Convención se orientan sobre todo a establecer el derecho de las Organizaciones Internacionales competentes a realizarla (art. 238), y su deber de facilitarla y promoverla (art. 239), en particular por medio de la cooperación internacional (art. 242-1), que incluye la celebración de tratados internacionales (art. 243) y la publicación y difusión de información y conocimientos (art. 244); todo ello de acuerdo con el régimen establecido por la propia Convención (arts. 245-3 y 5, 247, 248-249, 252 a 254 y 265).

regionales en coordinación con dichos entes (y 'la Autoridad') (art. 276).²⁰

16. Como ya se ha indicado la Convención establece la creación de determinados organismos internacionales. Destaca esencialmente 'la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos' (que actúa en nombre de la Humanidad) y que es la "*Organización Internacional por conducto de la cual los Estados Partes organizarán y controlarán las actividades en la Zona*" de conformidad con la Parte XI particularmente con miras a la administración de los recursos de la Zona (arts. 137-2 y 157-1).

Sin perjuicio de que las pertinentes disposiciones de la Parte XI remitan también, como ya se ha señalado, a otras normas de Derecho Internacional, lo cierto es que le corresponde a la Autoridad dictar las normas reglamentos y procedimientos que den aplicación a los principios que rigen la Zona (arts. 137-2 y 3, 144-1, 145, 146, 147-2-a, 209, 256 y 273)²¹, y más en general adoptar las medidas para aplicar el régimen previsto para el período provisional y el 'sistema de exploración y explotación' (arts. 151 y 153).

Y, asimismo, la Asamblea de la Autoridad puede iniciar estudios y hacer recomendaciones para "*fomentar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional sobre la materia y su codificación*" (art. 160-2 j).

Por otro lado, en los casos en que la Sala de controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar conozca de controversias en que sea parte la Autoridad con arreglo al artículo 187, nunca se pronunciará respecto de la cuestión de la conformidad de cualesquiera normas, reglamentos o procedimientos de la Autoridad con las disposiciones de esta Convención, ni declarará su nulidad (art. 189).²²

²⁰ Por su parte el artículo 278 obliga a las Organizaciones Internacionales competentes mencionadas en esta parte XIV y en la XIII, sobre protección y preservación del medio marino, a "tomar todas las medidas apropiadas para garantizar, directamente o en estrecha cooperación entre sí, el cumplimiento efectivo de sus funciones y responsabilidades con arreglo a esta Parte..."

²¹ Los Estados Partes se obligan a garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención, incluyendo el régimen de responsabilidad por daños, y, si son miembros de organizaciones internacionales, 'adoptarán las medidas apropiadas' para que éstas cumplan asimismo tales obligaciones (art. 139).

²² Se prevé también la creación de una Comisión de límites de la Plataforma Continental que hará recomendaciones a los Estados ribereños sobre las cuestiones relacionadas con los límites exteriores de su Plataforma (Cfr. arts. 76-8, 82-4 y Anexo II).

C) *Aplicabilidad de las reglas, normas, reglamentos, procedimientos, prácticas y reglamentaciones "generalmente aceptadas"*.

71. La expresión 'generalmente aceptadas' se utiliza por diferentes disposiciones de la Convención para referirse a una variedad de pautas de conducta cuya obligatoriedad se impone a los Estados. La diferente terminología utilizada para referirse a ellas no impide apreciar lo siguiente: que se trata de reglas que afectan prácticamente en todos los supuestos a la protección de la seguridad de la navegación, sea en alguno o sea en todos los espacios marinos; y que, en la mayoría de los casos, se tratará de pautas de conducta adoptadas en el seno de Organizaciones Internacionales competentes. En todo caso la expresión "aceptación general" contiene una referencia implícita a un mecanismo consensual que puede aproximarse bien al procedimiento convencional, bien al consuetudinario.

Así, (Parte II), las leyes y reglamentos que el ribereño dicte en materia de paso inocente por su mar territorial no se aplicarán al diseño, construcción, dotación o equipo de buques extranjeros, a menos que pongan en efecto "*reglas o normas internacionales generalmente aceptadas*"; y, por otro lado, los buques extranjeros que ejerzan tal derecho, *cumplirán* también "*todas las normas internacionales generalmente aceptadas relativas a la prevención de abordajes en el mar*" (art. 21-2 y 4).

Asimismo, (Parte III), los buques durante su paso en tránsito por estrechos internacionales *cumplirán* tanto los *reglamentos, procedimientos y prácticas* internacionales de seguridad en el mar (incluido el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes), cuanto los relativos a la prevención, reducción y control de la contaminación causada por barcos (art. 39-2-1 y b), que sean en ambos casos "*generalmente aceptados*".

De otra parte, las vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico que en los estrechos indicados podrán establecer los ribereños, o en sus aguas archipelágicas los Estados archipelágicos, "*se ajustarán a las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas*" (arts. 41-3 y 53-8).

En materia de 'zonas de seguridad' de las islas artificiales, instalaciones y estructuras en la zona económica exclusiva, (Parte V), *obliga* la Convención a los ribereños a tener en cuenta "*las normas internacionales generalmente aceptadas*" (art. 60-3²³ y 4)²⁴.

²³ En este caso se trata de normas internacionales generalmente aceptadas "*que*

En cuanto al régimen del Alta Mar (Parte VII) y en materia de "deberes del Estado del pabellón" éste se *atendrá* a las "reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas" para excluir a buques del registro obligatorio (art. 94-2-a²⁵); y, asimismo, al tomar las medidas de seguridad en el mar "*deberá actuar de conformidad con los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptados*" (art. 94-5).

De otra parte, la exigencia específica por el ribereño a barcos extranjeros de cumplir ciertos requisitos de diseño, construcción, dotación o equipo, para luchar contra la contaminación, *no obligará* si es distinta "*de las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados*" (art. 211-5-c).

Igualmente la inspección física de un buque extranjero se limitará en principio a examinar los documentos que esté obligado a llevar "*con arreglo a las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados*" (art. 226-1-a)²⁶

D) *Costumbres internacionales especiales.*

18. En disposiciones dispersas se hace referencia a normas de naturaleza que podemos calificar de consuetudinaria.

Así, como ya se indicó, (Parte II), en el art. 7-4 se admite la relevancia de un trazado específico de líneas de base que "*haya sido objeto de un reconocimiento internacional general*", y, asimismo en el artículo 7-5 se prevé que al trazar determinadas líneas de base rectas podrán

haya establecido a este respecto la organización internacional competente".

²⁴ En el art. 60-5 se establece que el Estado ribereño determinará la anchura de las zonas de seguridad teniendo en cuenta "las normas internacionalmente aplicables". Para su creación establece asimismo ciertas reglas, que he aplicarán "*salvo excepción autorizada por normas internacionales generalmente aceptadas o salvo recomendación de la organización internacional competente*". Todos los buques deberán respetar tales zonas y observar las normas internacionales generalmente aceptadas con respecto a la navegación en la vecindad de tales islas artificiales, instalaciones, estructuras y zonas de seguridad (art. 60-6).

²⁵ Ver la referencia a los "reglamentos internacionales aplicables" en el art. 94-4 c.

²⁶ El art. 13-9-b del anexo III (disposiciones básicas relativas a la prospección, la exploración y la explotación de los recursos de la Zona) cuando regula el ejercicio por la Autoridad de poderes en materia de determinación de precios y valores establece la adopción de "*normas reglamentos y procedimientos que fijen normas y procedimientos contables uniformes e internacionalmente aceptables...*"

Por otra parte, los Estados vigilarán y evaluarán los riesgos de contaminación del medio marino y sus efectos "*mediante métodos científicos reconocidos*" (art. 204-1).

tenerse en cuenta los intereses económicos propios de la región de que se trate *“cuya realidad e importancia estén claramente demostradas por un uso prolongado”*.

En materia de “Estados archipelágicos”, (Parte IV), el art. 47-6 establece que si una parte de las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico estuviera situada entre dos partes de un Estado vecino inmediatamente adyacente, *“se mantendrán y respetarán los derechos existentes y cualesquiera otros intereses legítimos que este último Estado haya ejercido tradicionalmente en tales aguas...”*. Y asimismo que los Estados archipelágicos reconocerán *“los derechos de pesca tradicionales y otras actividades legítimas de los Estados vecinos inmediatamente adyacentes en ciertas áreas situados en aguas archipelágicas”*. (art. 51-1). Finalmente, se establece que si un Estado archipelágico no designare vías marítimas o rutas aéreas, el derecho de paso por vías marítimas archipelágicas *“podrá ser ejercido a través de las rutas utilizadas normalmente para la navegación internacional”* (art. 53-12). Por su parte el art. 60-7 prohíbe establecer islas artificiales, instalaciones y estructuras, y zonas de seguridad en torno a ellas, cuando puedan interferir la utilización de *“las vías marítimas reconocidas que sean esenciales para la navegación internacionales”*.

De otro lado, ya se aludió a la referencia que hace el art. 221 (Parte XII) al derecho consuetudinario de los Estados a adoptar medidas, más allá de su mar territorial, para protegerse de la contaminación resultante de accidentes marinos.

Más anecdótica es la referencia hecha por el artículo 303-4, según el cual lo dispuesto en materia de protección y recuperación de objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar no afectará *“a las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales”*.

III. Derecho Internacional general.

19. Sin perjuicio de que algunas de las reglas “generalmente aceptadas”, o alguna de las costumbres especiales ya aludidas, constituyan Derecho Internacional general, nos referimos en este apartado a las normas de Derecho Internacional general “común”. Pues bien, la Convención de Montego Bay contiene diferentes referencias a dichas normas.

A) De una parte referencias abstractas y generales al Derecho Inter-

nacional, que no presentan singularidad alguna respecto a las contenidas en otros Convenios internacionales de codificación y desarrollo progresivo.

Así, en el último párrafo del propio Preámbulo se encuentra la 'clásica' disposición de 'estilo' (a mi juicio, especialmente irrelevante en este caso) según la cual "...*las normas y principios del Derecho Internacional general seguirán rigiendo las materias no reguladas por esta Convención.*"

De otra parte, la disposición del art. 317-3, también 'clásica', según la cual la denuncia de la Convención "*no afectará en nada al deber del Estado Parte de cumplir toda obligación enunciada en esta Convención a la que esté sometida en virtud del Derecho Internacional independientemente...*" de la propia Convención. Disposición no especialmente relevante pero que alude a un fenómeno que sí puede darse con mayor frecuencia en las materias regidas por la Convención, si se considera su previsible interacción con el Derecho Internacional general²⁷.

20. B) En segundo lugar encontramos la exigencia establecida por diferentes normas de la Convención sobre Derecho del mar de que determinadas actividades realizadas en los espacios marinos sean conformes con los "*principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de Naciones Unidas*"²⁸. Tal referencia está siempre en relación con el logro del objetivo de mantener la paz y la seguridad internacionales y, por lo tanto, ante todo con dos principios fundamentales del orden internacional: el que prohíbe recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza armada y el que obliga a solucionar las controversias internacionales por medios pacíficos.

Así, la violación de dichos Principios 'incorporados' en la Carta permite negar la cualidad de 'inocente' al paso de barcos extranjeros por el mar territorial (art. 19-2-a), así como la de 'paso en tránsito' al realizado

²⁷ No hay que descartar que implícitamente la Convención se remita de algún modo al Derecho Internacional general en todas aquéllas de sus disposiciones, ya reproducidas, en las que se recoge la vigencia de "otras normas de Derecho Internacional". Por ejemplo en los arts. 2-3, 34-2, 8711, 138 y 303-4. Aparte de que la remisión es en todo caso demasiado general, cuando esas "otras normas" sean aplicables en la medida en que sean compatibles con la Convención, queda clara la primacía de esta última (arts. 58-2 y 58-3).

²⁸ En el mismo Preámbulo existe ya una referencia al convencimiento de los Estados Partes de la conformidad del "desarrollo progresivo y la codificación edl Derecho del mar logrados en esta Convención", con "los propósitos y principios de las Naciones Unidas, enunciados en su Carta". Se ha eludido, como se ve, cualquier referencia a la resolución 2625 (XXV).

por los estrechos internacionales (art. 39-1-b). Y, asimismo, según el artículo 138 ya señalado, el comportamiento general de los Estados en relación con 'la Zona' se ajustará... "a los principios incorporados en la Carta de Naciones Unidas... en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad y del fomento de la cooperación internacional y la comprensión mutua".

Igualmente, por lo que se refiere al deber de los Estados Partes de utilizar el mar con fines pacíficos, el artículo 301 recuerda su obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en cualquier forma incompatible "...con los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas".

Más genérica es la remisión que el artículo 279 realiza, en lo relativo a la obligación de los Estados partes de resolver sus controversias por medios pacíficos, al artículo 2-3 y al párrafo 1 del artículo 33 de la Carta. En este contexto, el artículo 298-1-c permite a los Estados Partes excluir del sometimiento a procedimientos de tipo jurisdiccional las controversias "respecto de las cuales el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ejerza las funciones que le confiere la Carta..." a menos que el propio Consejo "...decida retirar el asunto de su orden del día o pida a las partes que los solucionen por los medios previstos en la Convención"²⁹.

21. C) Por lo que se refiere al respeto de otros principios fundamentales en concreto, es evidente la preocupación de la Convención por la protección de la igualdad soberana de los Estados, como se traduce en el Preámbulo mismo y en el art. 157-3³⁰.

Por otro lado, el artículo 300 obliga a los Estados Partes a cumplir "de buena fé las obligaciones contraídas de conformidad con la Conven-

²⁹ Es interesante señalar que determinadas disposiciones de la Convención prevén la atribución a la Secretaría General, más allá de las de un "depositario tradicional" de tratados, de importantes competencias ejercitables en contextos específicos de fijación de límites de jurisdicción estatal sobre espacios marítimos, de desarrollo de los procedimientos en materia de solución pacífica de controversias y de realización del procedimiento de enmienda a la Convención misma. Cfr. art. 75-2, 76-9, 84-2, 287-6 y 8, 298-6 y 305 a 319. Referencias a relaciones con otros órganos de Naciones Unidas se encuentran ad ex. en arts. 163-13 y 169-1.

³⁰ Cfr. en tal sentido de respeto al núcleo territorial de la soberanía la disposición del art. 298-1, a), i). que establece la exclusión del sometimiento a un procedimiento obligatorio de solución de controversias de las que entrañen "necesariamente el examen concurrente de una controversia no resuelta respecto de la soberanía u otros derechos sobre un territorio continental o insular".

ción” y a ejercer “los derechos, competencias y libertades reconocidos en ella de manera que no constituyan un abuso de derecho”. De este modo parece introducirse en el Derecho del mar, con eficacia general, un estándar determinado de la buena fé generalmente exigible: el de no actuar en abuso del propio derecho³¹.

D) Por otro lado, como ya se ha señalado, diferentes disposiciones de la Convención remiten a principios o normas incorporados en dos resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. Así, en el Preámbulo los Estados Partes afirman su deseo de desarrollar mediante la Convención los principios incorporados en la resolución 2749 (XXV) de 17-12-1970 de la Asamblea General, que declaraba solemnemente que ‘la Zona’ y sus recursos son patrimonio común de la Humanidad. Esta última norma, cuya declaración solemne se recoge, es reiterada en términos tan rotundos por el artículo 136 de la Convención y su eficacia se refuerza de tal modo al atribuirle carácter de imperativa (art. 311-6), que caben pocas dudas que dentro del sistema de la Convención es concebida como de Derecho Internacional general imperativo³².

De otra parte, los artículos 140-1 y 301-1-c y -e aluden a la resolución 1514 (XV) del 14-12-1960. En ambas disposiciones la referencia no deja a mi juicio dudas del valor de Derecho Internacional general (ante todo ‘material’ o sustantivo) que se presta a las disposiciones de la indicada resolución, protectora, paradigmática del derecho de los territorios y pueblos sometidos a dominación colonial a su libre determinación³³.

³¹ Además, pues, de esa exigencia general de no causar intencionadamente daño a terceros o de no discriminar, ciertas disposiciones de la Convención imponen estándares específicos de razonabilidad” (arts. 110, 226-1b, 242-2...) u obligaciones de no discriminar (arts. 26-2, 119-3, 141, 227, 234...).

³² Las referencias normativas a la Humanidad en el texto de la Convención son, bien a “intereses y necesidades de toda la Humanidad” (Preámbulo, párrafo 5), bien al “beneficio de la Humanidad” (Preámbulo, párrafo 6c; arts. 140 y 149). Por su parte el art. 59 se refiere a la importancia de determinados intereses para “la Comunidad internacional en su conjunto”.

³³ En el primer artículo, se establece que las actividades en la Zona se realizarán prestando consideración especial a los intereses y necesidades de “... los pueblos que no hayan logrado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por las Naciones Unidas, de conformidad con la resolución 1514 (XV) y otras resoluciones pertinentes de la Asamblea General”. En el segundo, la referencia sirve para determinar los miembros de dos categorías de posibles firmantes de la Convención, siempre que tengan en su caso competencias para celebrar tratados en las materias regidas por la Convención: “los Estados asociados autónomos que hayan optado por esa condición en un acto de libre determinación supervisado y aprobado por Naciones Unidas de conformidad con la resolución 1514 (XV)...”; y “los

22. E) En materia del régimen de responsabilidad internacional, dos disposiciones de la Convención son, a mi juicio, las fundamentales. De una parte, el art. 304, incluido entre las Disposiciones generales (Parte XVI), el cual establece que las disposiciones de aquella relativas a la responsabilidad por daños se entenderán *“sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes y del desarrollo de nuevas normas relativas a la responsabilidad en Derecho internacional”*³⁴.

Por otro lado, en lo relativo al régimen de la responsabilidad internacional en materia de protección del medio marino, el artículo 235 establece que los Estados son responsables *“de conformidad con el Derecho Internacional del cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino (pár. 1); y que, en este terreno, los Estados cooperarán en la “aplicación del Derecho Internacional existente” (pár. 3).*

Así pues, en términos generales, como he sostenido en otro lugar (Ver mi colaboración en los *“Estudios en honor del Pfr. D. Antonio Trujol y Serra”*. Vol. II Madrid 1986, pgs. 773-789), puedo afirmarse que en cuanto al “régimen general” de la responsabilidad internacional aplicable en el contexto normativo de la Convención, ésta lo único significativo que hace es remitirse a las normas del Derecho Internacional (general o particular) ‘que sean aplicables’³⁵.

F) Conviene, por último, recordar las disposiciones de los artículos 74-1 y 83-1, relativas respectivamente a delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente. Como se indicó, los Estados efectuarán tal delimitación por acuerdo *“sobre la base del Derecho Internacional a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia a fin de llegar a una solución equitativa”*.

territorios que gocen de plena autonomía interna reconocida como tal por Naciones Unidas, pero que no hayan alcanzado la plena independencia...” de conformidad con dicha resolución. Ver también el artículo 162-2, ó) i), que contiene una disposición protectora de los intereses y necesidades de *“los pueblos que no hayan alcanzado la plena independencia u otro régimen de autonomía”*.

³⁴ Por su parte, el art. 295 “recuerda” la exigencia de agotar los recursos internos *“de conformidad con el Derecho internacional” antes de que puedan someterse a los procedimientos de solución previstos, las controversias entre Estados partes relativas a la interpretación o aplicación de la Convención”*.

³⁵ De otra parte, las disposiciones específicas que en la materia se encuentran no parecen ofrecer singularidad alguna respecto al régimen vigente del Derecho Internacional *general*, con la excepción (menos relevante de lo que se supone) del régimen del artículo 139.

Ciertamente hay aquí una remisión, entre otras, a las normas aplicables del Derecho internacional general y, en todo caso, una de ellas viene ya precisada expresamente: "que la solución sea equitativa". Sin embargo, la solución de controversias que puedan surgir en torno a la interpretación o aplicación de esos artículos en materia de delimitación, son sustraíbles a procedimientos jurisdiccionales (atr. 298-1, a), i) ³⁶.

CONCLUSIONES

23. El instrumento convencional de 1982 responde, en términos generales y como su propio Preámbulo indica, a la necesidad de una nueva Convención sobre Derecho del mar que sea "*generalmente aceptable*"; y ello aunque el texto final fuera aprobado por votación mayoritaria (y no por unanimidad o consenso) y aunque sea lento el ritmo de su aceptación definitiva por los Estados, que a finales de 1987 sólo en número de 38 (de los 60 exigidos para la entrada en vigor) la habían ratificado o se habían adherido.

En todo caso, no puede haber duda alguna de que la Convención ha logrado establecer criterios y procedimientos para armonizar muchos sino la mayor parte de los intereses de los diferentes Estados y grupos de Estados que, en lo que se refiere al acceso y a la utilización de los espacios marinos, se encuentran enormemente diversificados y aún en ocasiones se enfrentan agudamente entre sí.

Quizá las divergencias mayores, que siguen impidiendo a diferentes Estados desarrollados manifestar definitivamente su voluntad de vincularse por la Convención, se encuentren en torno al régimen de la Zona. No por azar, salvo el principio abstracto del "Patrimonio Común de la Humanidad", nada establecía al respecto el Derecho consuetudinario. Visto desde esa perspectiva material, el instrumento de Montego Bay constituye en verdad un caso atípico dentro de los 'codificadores' del Derecho Internacional, puesto que regula *ex novo* prácticamente toda esa materia, de un modo estrechamente vinculado con 'el objeto y fin del tratado'.

³⁶ Las referencias en la Convención a la equidad o a estándares de equidad, como contenido sustantivo de normas, son diversas (cfr. Preámbulo, párrafos 4 y 5. Arts. 59, 69-3, 70-1 y 4, 82-4, Anexo III, ap. 5 . . .). De otra parte, cualquier tribunal competente para decidir una controversia con base en la Convención de Jamaica podrá dirimir el litigio *ex aequo et bono* si las partes convienen en ella (art. 293-2). Ver también el art. 23 del Anexo VI.

24. Como quiera que sea la novedad más radical de la Convención se encuentra precisamente en su intento de establecer 'convencionalmente' los principios y reglas de un orden global de los mares.

De por sí, este intento de la Comunidad Internacional en su conjunto es ya enormemente significativo, aún sin entrar aquí en análisis, en cierto modo ya tradicionales, sobre las interacciones entre las normas consuetudinarias generales del 'Derecho Internacional del mar' y las disposiciones de esta Convención, trátase de efectos "codificadores", "cristalizadores" o "generales", que desde luego se han dado y se seguirán dando a escala ampliada en comparación con otras Convenciones "codificadoras".

En todo caso, respecto a lo que aquí más nos interesa, es decir las líneas directrices que sigue la Convención para organizar el sistema de los modos de producción del Derecho Internacional del mar, hay lo siguiente.

En primer lugar, destaca en verdad la novedad (en cierto modo radical) del propuesto régimen de 'la Zona', puesto que se prevé que las normas aplicables a las actividades allí realizadas sean establecidas, en gran medida, por una Organización Internacional determinada, (la Autoridad), dotada además de importantes poderes de ejecución y control.

En cuanto a la regulación de los demás modos de producción y particularmente a sus relaciones recíprocas lo cierto es que la Convención no contiene grandes novedades frente al sistema general de creación del Derecho dentro del ordenamiento jurídico internacional.

Podemos así considerar como secundarias las referencias hechas por las diferentes disposiciones de la Convención lo mismo a 'costumbres especiales', que a normas de determinados convenios internacionales en vigor o contenidas en resoluciones determinadas de Organizaciones Internacionales, que a 'reglas generalmente aceptadas'. Tampoco pueden considerarse especialmente significativas ni la 'salvaguardia' de la aplicabilidad de normas contenidas en determinados tratados internacionales, ni la salvaguardia, recomendación o autorización de la celebración de determinados acuerdos internacionales. Mucho menos las referencias inespecíficas al Derecho Internacional general.

25. A mi juicio lo más esencial reside en el 'esfuerzo normativo' que se ha hecho en la Convención para 'orientar las prácticas' de los Estados por una de estas vías: la de obligarles a celebrar ciertos tratados internacionales; la de obligarles a 'aplicar' o 'tomar en consideración' determinadas

resoluciones de Organizaciones Internacionales; y finalmente la de obligarles a cooperar, directamente pero sobre todo por conducto de las Organizaciones Internacionales, para la adopción de reglas de conducta aplicables en ciertas materias.

Se ha pretendido de ese modo 'cercar normativamente' la práctica estatal en materia de reivindicaciones de soberanía o jurisdicción sobre espacios marinos, de explotación y conservación de recursos marinos vivos y de protección y preservación del medio marino; y lograr así una creciente armonización de los Derechos internos, de tal manera que el 'proceso continuo de creación del Derecho del mar' adquiriera racionalidad y dirección propias en función de ciertos principios y objetivos comunes.

Ahora bien, hay que tener en cuenta también que son dos partes específicas de la Convención, la V sobre Zona económica exclusiva y la XII sobre protección y preservación del medio marino, las que se ven favorecidas frente a las demás (a excepción de la ya citada sobre el régimen de la Zona) con un régimen de 'prevalencia' reforzada y cuasi absoluta sobre cualesquiera otras normas. Y aún de estas dos partes es la segunda la que ha sido dotada de mayor eficacia obligatoria por medio de diferentes técnicas, particularmente las consistentes en el establecimiento de procedimientos obligatorios de solución de controversias (relativas a su interpretación y aplicación), conducentes a soluciones obligatorias.

Pues en cuanto al régimen de 'explotación en común' de recursos vivos de las zonas económicas exclusivas (en especial en el contexto de protección de intereses de los países en vías de desarrollo) el sistema establece obligaciones de negociar y concluir acuerdos (cuyo cumplimiento siempre es difícilmente exigible) y, en definitiva, se orienta a 'conciliar' intereses y no a 'ajustarlos'.

26. De modo que de los tres principios fundamentales de naturaleza programática, que obligan a los Estados a cooperar, respectivamente, para proteger el medio humano, para eliminar progresivamente el subdesarrollo y para realizar el desarme (ante todo el nuclear) y que, de ese modo, presiden la lenta emergencia de un orden internacional de cooperación, sólo el primero de ellos ha recibido en la Convención un impulso verdaderamente eficaz, mientras que el segundo queda instalado en técnicas de 'soft law' (cfr. *ad ex* las partes XII y XIV en toda su extensión) y el tercero no es mencionado sino por las vías irrelevantes e indirectas

del deber de los Estados de utilizar los espacios marinos con fines pacíficos. De tal situación no puede sino surgir la oscuridad en torno a la determinación de los 'principios básicos' de la Convención, en particular a los efectos del artículo 311-3.

En todo caso la pretensión de plenitud de la Convención no llega desde luego al establecimiento de un régimen de normas "secundarias" sobre responsabilidad internacional y mucho menos apunta a establecer un régimen "autocontenido" en el sentido de limitar a ciertas categorías específicas las contramedidas lícitamente aplicables frente a uno o varios responsables de violar sus obligaciones conforme a la Convención.

Progresivamente, podrá la Convención intensificar su influencia en el ordenamiento internacional, en especial si llega a estar en vigor para un número elevado de Estados entre los que se encuentren las principales Potencias marítimas. Entonces, si bien el *tempo* de creación del Derecho Internacional es muy diferente del ritmo de creación de los Derechos estatales, podría comenzar un proceso de sincronización entre ambos, en un sector tan esencial de las relaciones y del Derecho Internacional.



LA GUERRA FRÍA A TRAVÉS DE LOS TRATADOS Y DE OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

ALBERTO J. LEONART AMSÉLEM

Planteamiento y metodología.

Las guerras, generalmente, no terminan con el silencio de los cañones, ni incluso en ocasiones con los tratados de paz. Síguese un período que técnicamente llamamos tregua, armisticio, cese el fuego, conquista o *debellatio*, rendición o capitulación sin condiciones, preliminares de paz, tratados de paz, etc., cuyas situaciones jurídicas y políticas muy distintas ponen término total o parcial a un *status de facto y de jure*. Pero el estado de guerra desde el punto de vista psicológico, incluso político y sociológico, no termina pura y simplemente con el cese legal de las hostilidades. Naturalmente esto ocurre tanto en las guerras internacionales como en las llamadas guerras civiles. Tanto esto es así, diríase al respecto, que este período subsiguiente no ha podido prescindir para su denominación de la palabra "guerra". Nos referimos, en efecto, a la expresión "post-guerra", significativa en su contenido con el que calificamos este tiempo inmediato. El nexo guerra-postguerra se revela obvio en el sentido de que cuanto más largas y crueles son las guerras tanto más largas y enconadas son las postguerras. Esto fue así en la Iª Mundial y sobre todo en la IIª Mundial que fue mucho más bárbara y prolongada hasta el extremo de que muchos autores (el historiador Toynbee entre otros) hayan calificado de III Guerra Mundial a toda la seriada lista de conflictos regionalizados sobrevenidos en el curso de esta larguísima tercer postguerra mundial. Importa por consiguiente enfatizar dicho nexo entre la guerra y el período *a posteriori* inmediato.

Adviértase además, descendiendo al plano de los hechos, que después de 1945 los soviéticos no desmovilizaron a sus aproximadamente cinco millones de soldados y cuando hubieron de retirarse (casos de Irán, Mongolia) no lo hicieron de buen grado sino por presiones internas e internacionales. El tema del Irán fue el primero que figuró en la agenda del entonces recién creado Consejo de Seguridad y que enfrentó en la mesa a los ex-Aliados de la guerra. Los Estados Unidos tampoco desmantelaron muchas de sus bases de guerra (Alaska, Japón, Islandia, Eritrea). El conflicto se había replegado solo a sus cuarteles de invierno. Ahora bien, las postguerras se caracterizan también porque exhaustos los Estados combatientes, no digamos sus hombres, un retorno a otras hostilidades se hace, afortunadamente, problemático. Cuando los Estados Unidos desmovilizaron sus ejércitos y el temor a un nuevo conflicto amenazó en esos años, se sabía que el número de combatientes de la IIª Guerra Mundial que volvería a alistarse en tal supuesto era muy escaso, lo cual preocupaba a la Administración Truman. El temor a una nueva conflagración resulta así conjurado por esta laxitud y agotamiento lógico.

Proponemos en estas breves páginas, presentar un esquema (puesto que una exposición más amplia reclamaría otra extensión) sobre la inmediata postguerra que siguió a la victoria de las Naciones Unidas y que comúnmente llamamos "guerra fría". Hechos históricos y pasados, son, sin embargo, a nuestro juicio, todavía vivos en las relaciones internacionales y en el derecho. Es decir, el impacto de aquellos sucesos sigue marcando, en gran medida, las grandes líneas del mapa político del mundo, así como el equilibrio del poder tal y como quedó configurado no en 1945 sino en los años subsiguientes a este punto de partida. La IIª postguerra mundial fue así manifestándose durante un largo período de alta tensión, dominado por el miedo, la desconfianza e incomprensión mutuas ("tensión de hegemonía", como dijera Charles de Visscher)¹, que desde 1946 abarca distintas décadas no siempre fácilmente clasificables. Nosotros consideramos en especial un período que podríamos denominar la primera guerra fría que va *grosso modo* de 1946 a 1956. Fue una década muy tensa y pródiga en conflictos que estuvo al borde de generar en algún momento un conflicto armado generalizado, aunque no fuera tal vez la década más peligrosa.

¹ Ch. de Visscher: *Théories et réalités en Droit International Public*, 3ª ed. París, 1960, p. 108.

Aplicaremos como método de trabajo la selección y el análisis de algunos documentos jurídicos y políticos muy representativos de este contexto a fin de verificar al través de su letra y espíritu, lenguaje e intención interrelacionados, el verdadero estado de la cuestión. Aunque el documento no siempre expresa la verdad o el fondo o el corazón del problema, o todo el complejo fáctico del mismo, no hay duda de que está ahí como una prueba, con sus concesiones, reservas, ambigüedades y ocultos e inconfesables equívocos. Será así un procedimiento positivista y aproximativo, de resultados relativamente válidos y objetivos. Por consiguiente, evitaremos al máximo las consideraciones de orden doctrinal.

Introducción: la "Doctrina Truman" y el "Plan Marshall"

¿Comienza la guerra fría en 1947? ² No es posible seguramente aislar una fecha y un dato en una *guerra atípica* como fue ésta, ajena a las normas y costumbres convencionales clásicas. Ocurre sin embargo que en 1947 se manifiestan unos hechos significativos: los Planes Truman y Marshall, declaradamente el primero, veladamente el segundo, son evidentes en estos sentidos. Meses después, el Kominform (Buró de información y coordinación de los partidos comunistas, incluso de los P.C. francés e italiano, desde Moscú), complementará la réplica a aquellos Planes y la división de Europa. En Occidente, se suscriben los primeros

² Una cronología no es fácil de fijar. Las palabras "telón de acero" (*iron curtain*), —expresivas en aquella sazón de la división de Europa—, fueron pronunciadas por Churchill el 5 de marzo de 1946, un telón que había caído "from Stettin in the Baltic, to Trieste, in the Adriatic". Para Churchill, las capitales de Europa oriental y central estaban siendo "sojuzgadas bajo alguna forma no sólo a la influencia soviética sino también en alta y reciente medida al control de Moscú". Incluso, añadió, el futuro de Italia está en juego. Para el entonces ex-Premier urgía una nueva alianza anglo-americana. El discurso levantó, como es sabido, una gran polémica. Que el presidente Truman acompañara al conferencista ante el estrado confería al acto (teóricamente académico) un mayor endoso político. El propio Truman, por *comitas gentium*, hubo de invitar a Stalin para tener en Fulton la misma oportunidad de exposición que la que había tenido Churchill. (Hacia un mes, el 9 de febrero, del resonante discurso de Stalin en el Bolshoi moscovita, de tesis frías y distantes respecto a sus antiguos aliados de la IIª Guerra Mundial). V. textos y análisis de la conferencia de Churchill en Hugh Thomas: *Armed Truce. The beginnings of the cold war 1945-46*, (Cap. "Fulton and Churchill"). Londres, 1986, págs. 500 y sigs. Sobre los períodos y sus motivaciones jurídico-políticas, V. nuestro artículo; *La así llamada "guerra fría": el cuándo y el por qué*, Revista "Arbor" (Madrid, CSIC), oct. 1986, págs. 113 y sigs. También nuestro epígrafe "Guerra fría y Derecho Internacional" en *España y ONU*, vol. III (1948-49), Madrid, CSIC, 1985, págs. 10-16.

tratados regionales de defensa (Dunquerque y Río)³, precedentes de los grandes tratados de Bruselas (1948) y Washington (1949). En el Este, se suceden las alianzas bilaterales entre la URSS y las llamadas Repúblicas Democráticas. Y en el campo diplomático a nivel de los Cuatro grandes, las conferencias de Ministros de Relaciones Exteriores de Moscú y de Londres, esta última inacabada el 15 de diciembre, son un fracaso. Los temas más sensibles a la consolidación de la paz (Alemania, Austria) permanecen vivaces en la dinámica amenazante del período.

La llamada "Doctrina Truman" (Mensaje al Congreso el 12 de marzo de 1947)⁴, plantea sin circunloquios en el primer párrafo, una afirmación que resume la filosofía (política) de sus objetivos:

"The gravity of the situation which confronts the world today necessitates my appearance before a joint session of the Congress. The foreign policy and the national security of this country are involved"⁵.

Adviértase la relación que ya de entrada se patentiza entre la política exterior de los Estados Unidos y su seguridad interna. ¿Tenían pues estas ayudas económicas una naturaleza altruista o desinteresada o eran ante todo un programa de autoayuda a fin de evitar la expansión comunista y por ello la libertad de los propios Estados Unidos?

Al explicar las implicaciones que la ayuda (dirigida a Grecia y a Turquía) tendrá no sólo para estos países tan próximos a Rusia, sino también para los Estados Unidos, Truman abundará en esta misma idea. El texto no puede ser más claro:

"This is no more than a frank recognition that totalitarian regimes imposed on free peoples, by direct or indirect aggression, undetermine the foundations of international peace and hence the security of the United States"⁶.

³ Véanse notas 9 y 10.

⁴ Doctrina política y Plan de ayuda económica para Grecia y Turquía, país este último de situación menos grave al no haber en él guerra civil como ocurría en Grecia. La crisis económica en Turquía era también menos profunda que en Grecia. La Cámara de Representantes aprobó los 400 millones de dólares propuestos por 287 votos a favor contra 107 y el Senado por 67 votos contra 23. Truman firmó la Ley el 22 de marzo. (Por otra parte, las firmas de los Protocolos de adhesión de Grecia y Turquía al Tratado Nord-Atlántico (OTAN) tendrán lugar en Londres el 17-X-1951).

⁵ V., por ej., textos en *The Record of American Diplomacy*, Edited by Ruhl J. Bartlett, 3ª ed., New York (Knoff), 1954, p. 723.

⁶ *Ibidem*, p. 725.

De lo que no hay duda es de la conciencia que ya a la época tenía este país de líder mundial, o mejor aún, de la responsabilidad de dicho liderazgo con respecto a los países demócratas, una asunción o vocación con sus inevitables partes de autoproteccionismo por un lado, y de paternalismo, por otro. Vuelve así a surgir la duda, de autoconservación o bien de entrega generosa a los demás. Posiblemente, ambas direcciones en contra estaba en juego y se complementaban. Y así, finalizando la alocución (hay algo de arenga en el discurso), el presidente afirma, casi como amenazador:

“If we falter in our leadership we may endanger the peace of the world, and we shall surely endanger the welfare of our own Nation”⁷.

Como puede verse, esta segunda parte de la frase es expresiva de la relación entre la paz en el mundo y la paz y el bienestar de los Estados Unidos. Pasamos ahora al llamado “Plan Marshall”, —verdadero guión de enlace de la Doctrina Truman.

Haciendo implícita la invitación a la URSS y Estados del Este europeo, es lógico que el documento inicial del Plan, leído como es sabido en la más antigua Universidad norteamericana el 5 de junio de 1947, no hiciera ninguna referencia a los totalitarismos ni al expansionismo soviético, —a diferencia todo ello de la Doctrina Truman, Marshall, a la sazón Secretario de Estado (sucediendo a Byrnes el 21 de enero de ese año), no estaba en Washington cuando Truman pronunció su plan para Grecia y Turquía, ya referido precedentemente, sino en Moscú donde presidía la delegación americana de ministros de Relaciones Exteriores. A su vuelta de la capital soviética, declaró encontrarse impresionado por el estado de devastación y ruina de Europa bajo la sombra del gigante ruso.

Como puede verse, la proximidad temporal entre un Plan y otro hace que podamos relacionar dentro de un mismo objetivo sendos mensajes. De todos modos, Marshall cuidó en el suyo, como ya hemos apuntado, el evitar toda connotación política o ideológica. Y así, por ej., dijo:

“Our policy is directed not against any country or doctrine but against hunger, poverty, desperation and chaos. Its purpose should be the revival of a working economy in the world so as to permit

⁷ *Ibidem*, p. 727.

the emergence of political and social conditions in which free institutions can exist”⁸.

El Plan, —Programa para la Recuperación Europea—, perseguía al mismo tiempo agrupar a los beneficiarios, lo que además de aunar esfuerzos en vista a una mayor eficacia de su puesta en acción, contribuiría a hacer del Occidente europeo un bloque más compacto. La retirada de Molotov, brazo derecho de Stalin, de la conferencia de París, y después la de otros países del Este, ahondaría en la escisión y en las respectivas esferas de influencia. Este objetivo a reagrupar a los europeos era evidente cuando afirmaba:

“This is the business of the Europeans. The initiative, I think, must come from Europe. The program should be a joint one, agreed to by a number of, if not all, European nations”.

Los grandes tratados político-militares de asistencia mutua

La guerra fría fue desde una primera perspectiva una guerra de pactos regionales de asistencia mutua, una guerra sobre el “papel”, en los debates internacionales, en las conferencias diplomáticas y en suma en el derecho convencional, esto es, una guerra de gabinete, por decirlo así, pero capaz de trascender y potenciarse (como ocurriría en ocasiones) en cualquier momento. Quebradas las bases de la seguridad colectiva preconizada por la Carta de las Naciones Unidas, irrealizable el método de los “acuerdos especiales” previstos por el Art. 43, el Consejo de Seguridad, piedra angular del sistema, escindido y desunido, los acuerdos y arreglos regionales pasarán a ocupar el primer término como procedimientos a llenar esta laguna en el marco del Capítulo VIII. Se multiplican los tratados y los organismos aliancistas por parte de Occidente y de los países comunistas, y ambos bloques definirán sus posicionamientos a través de dos principales, respectivos, grandes pactos. Exactamente contruidos diez años después de la ya lejana “Batalla de Berlín”, fin de la IIª Guerra de Europa, estos bloques aparecen como la expresión más clara de una guerra, o de una pre-guerra, que jamás, por fortuna, logró estallar directamente. Estos tratados, algunos de cuyos textos-clave, sucintamente sistematizaremos, son prueba fehaciente y telós de fondo de esta perspectiva.

⁸ Los restos en Leonard Mosley, *Marshall. Hero for our times*. Hearts Books, New York, 1982, p. 404.

Existen, en nuestra opinión, seis momentos decisivos que jalonan este primer tiempo de la guerra fría que va desde el llamado Tratado de Río (1947), hasta los tratados y protocolos de 1954 (UEO y SEATO) y por consiguiente hasta el Tratado de Varsovia de 1955. Son las líneas que siguen un esquema de estos momentos con el objeto de transcribir, sin otra glosa, aquellos Artículos más denunciativos y explícitos de la latente hostilidad Este-Oeste.

al Tratados multilaterales occidentales.

a') 1947: Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (suscrito en el ámbito de la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad de Continente el 2 de septiembre). Con antecedentes en el curso de la IIª Guerra Mundial (Acta de Chapultepec), y aunque tempranamente elaborado con respecto al rigor de la guerra fría, el Art. 3 de este tratado sería un modelo para otros de la mismo o afín naturaleza en que los Estados Unidos son parte principal. Dice así (Art. 3, 1º):

“Las Altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado Americano será considerado como un ataque contra todos los Estados Americanos y en consecuencia cada una de dichas Partes Contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas”⁹.

Por otra parte, el tratado contempla asimismo la “agresión indirecta” u otras formas de ataque no-armado (léase, temor a la subversión comunista). En el contexto de este esquema, el Art. 6 del tratado también merecería a tal propósito una transcripción en la línea de estas ideas. Recogemos del mismo la parte *ad hoc* del texto:

“Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política del cualquier Estado Americano fuesen afectadas por una agresión que no sea ataque armado o por un conflicto extracontinental o intracontinental o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, el Organo de Consulta se reunirá..., etc.”.

⁹ *El Sistema Interamericano*. Instituto de Cultura Hispánica. Madrid, 1966, p. 474.

b') 1948: Unión Occidental o Tratado de Bruselas de 17 de marzo por el que Francia y el Reino Unido amplían el tratado de Dunquerque del 4 de marzo de 1947 y establecen con los miembros del Benelux una pentaunión. Suscrito en plena guerra fría (al mes siguiente del Golpe de Praga), el tratado, sin embargo, deja correr un velo sobre sus verdaderos motivos, señalando como objetivos (aparentes) los de orden económico, social y cultural. Dos textos del preámbulo y el Art. 4 son más sinceros en relación con el *animus* de los firmantes. Reza así el primer texto del preámbulo referido:

(“Las Altas Partes Contratantes... Resueltas).

“A se prêter mutuellement assistance, conformément à la Charte des Nations Unies, pour assurer la paix et la sécurité internationales et faire obstacle à toute politique d'agression”¹⁰.

El párrafo siguiente abre un paréntesis sorpresivo, significativo no obstante, aunque fuera de contexto relativo a la IIª Guerra Mundial:

“À prendre les mesures jugées nécessaires en cas de reprise d'une politique d'agression de la part d'Allemagne”,

Con respecto a la parte dispositiva del tratado, el Art. 4 establece:

“Au cas où l'une des Hautes Parties contractantes serait l'objet d'une agression armée en Europe, les autres lui porteront, conformément aux dispositions de l'Art. 51 de la Charte des Nations Unies, aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir, militaires et autres”.

c') 1949: Tratado de Washington del 4 de abril (OTAN). Rompiendo el mito definitivamente de la Doctrina Monroe y precedido a tal propósito de la Resolución Vandenberg del 11 de junio de 1948¹¹, este tratado, negociado en plena crisis europea (bloqueo de Berlín-Oeste por la URSS), es no sólo un símbolo sino también una batalla diplomática de este período. El Art. 5 formando parte del derecho a la legítima defensa individual y/o colectiva como un eximente legal y una válvula de escape, la

¹⁰ *Droit international et histoire diplomatique. Documents choisis*, C. A. Colliard, A. Manin, T. II, Europe, Eds. Montchrestien, 1970. p. 242.

¹¹ Resolución 239, Congreso 80º, 2ª Sesión. Señalaba el Punto 2º en cuyos términos el Senado reafirma dentro de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, “Progressive development of regional and other collective arrangements for individual and collective self-defense in accordance with purposes, principles, and provisions of the Charter”. *The Record of American Diplomacy...*, cit., p. 728.

disposición es bien conocida como standard en este tipo de acuerdos. Dice así su primer párrafo:

“The Parties agree that an armed attack against one or more of them in Europe or North America shall be considered an attack against them all; and consequently they agree that, if such an armed attack occurs, each of them in exercise of the right of individual or collective self-defence recognized by Article 51 of the Charter of the United Nations, will assist the party or parties so attacked by taking forthwith, individually and in concert with the other parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force, to restore and maintain the security of the North Atlantic area”¹².

d') 1951: Tratado de Seguridad entre Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos (ANZUS), suscrito en San Francisco el 1 de septiembre. Precedió por unos días al tratado de paz con Japón y al tratado de seguridad entre Estados Unidos y Japón. Este instrumento fue firmado en plena guerra de Corea, cuyas hostilidades eran susceptibles de extenderse a otras regiones e incluso a Europa, cuyo enclave berlinés seguía siendo una encrucijada crítica. Un párrafo del preámbulo es explícito de este peligro *in genere*:

“Desiring to declare publicly and formally their sense of unity, so that no potential aggressor could be under the illusion that any of them stand alone in the Pacific area”¹³.

e') 1954: Conferencia de Londres del 3 de octubre y Acuerdos de París del 24 de octubre, modificando y complementando el tratado de Bruselas llamado ahora Unión de Europa Occidental (UEO)¹⁴. En los términos del Protocolo I la República Federal de Alemania e Italia, son invitadas a adherirse al tratado, cuyo nuevo Art. 4 establece:

“Les Hautes Parties Contractantes et tous organismes créés par Elles dans le cadre du Traité coopéreront étroitement avec l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord”¹⁵.

¹² United Nations - Treaty Series - (UNTS) T 34, p. 240.

¹³ *The major international treaties 1914-1973*, J.A.S. Grenville, Ed. Methuen, 1974, p. 338.

¹⁴ Integrado actualmente por 9 Estados tras los recientes ingresos de España y Portugal en noviembre de 1988.

¹⁵ *Droit international... Documents choisis*, cit., p. 523. Bien entendido, el nuevo tratado ha excluido los párrafos referidos más arriba en el punto b') (V. Art. 2, 1º del Protocolo I).

El *trait d'union* con la OTAN es fuerte. En virtud del Protocolo II las fuerzas de la UEO quedarán fijadas conforme a las necesidades y recomendaciones militares de aquélla. Los Protocolos III y IV, sobre control de armamentos en la R. F. de Alemania, ésta queda bajo la prohibición de fabricar armas atómicas, biológicas y químicas. Y el régimen de ocupación por los Tres grandes occidentales se declara terminado. El impacto de estos Acuerdos sobre el bloque soviético generará una nueva y radical crisis, lo cual ya veremos en el siguiente epígrafe.

e") 1954: Tratado de Defensa Colectiva del Sud-Este Asiático (SEA TO), Manila, 8 de septiembre. Signatarios: los tres del ANZUS, además de Francia, Gran Bretaña y tres asiáticos, Filipinas, Paquistán y Tailandia. La relación entre ambas organizaciones es clara. Se reproduce un párrafo del preámbulo del ANZUS ya citado, y los Arts. 2 y 4 conjugan el derecho a la legítima defensa y el rechazo al peligro común. Dice así el Art. 4:

"Each party recognizes that an armed attack in the Pacific area on any of the parties would be dangerous to its own peace and safety and declares that it would act to meet the common danger in accordance with its constitutional processes"¹⁶.

Región, precisamente, de sino trágico y de las más agitadas desde 1945, la organización corrió desigual suerte y fue poco efectiva (*inter alia*, el desacuerdo interno). Los embates comunistas desde China y otros focos hubieran sido más potentes de todas formas sin este tratado.

b) El Pacto de Varsovia.

El gran tratado multilateral de asistencia recíproca entre la URSS y la Europa del Este no se produce hasta 1955. Hasta entonces las relaciones en esta área fueron realizándose a través de una tupida red de acuerdos bilaterales del tipo de "Amistad, cooperación y asistencia"¹⁷.

Con el año 1953, tras la muerte de Stalin, se llega al "fin de una época"¹⁸. No conviene sin embargo dar demasiada importancia al espe-

¹⁶ *The major international treaties...*, cit., p. 342.

¹⁷ Ejemplos de alianzas soviéticas con países del Este, tratados con Polonia (21-IV-1945), Yugoslavia (11-IV-1945), Rumania (4-II-1948), Hungría (18-II-1948), Bulgaria (18-III-1948), etc., Textos en *The major international treaties...*, págs. 361 y sigs.

¹⁸ Frase atribuida al presidente Eisenhower. Algunos gestos y signos externos mostraron en efecto ese final de época, incluso el final de un primer periodo de guerra fría. Tales como, intercambios de prisioneros y heridos en Pan-Mum-Jon

jismo, pues las tensiones permanecieron críticas (con matizaciones más suaves) entre los Tres grandes occidentales y la URSS. El tema central residía en los llamados "Acuerdos de París" y concretamente en su entrada en vigor, lo que la Unión Soviética estaba dispuesta a evitar a toda costa. En tal sentido, el Gobierno soviético reunirá una conferencia en Moscú (ausente la participación occidental) entre el 29 y el 2 de diciembre de 1954, en cuyo comunicado final era de destacar el siguiente párrafo:

"Los Estados participantes en la presente conferencia proclaman su determinación de adoptar, en el caso de que los acuerdos de París fuesen ratificados, aquellas medidas comunes en el dominio de la organización de las fuerzas armadas y de su comando unificado"¹⁹.

Poco después el mismo Gobierno emitirá una Declaración sobre la cuestión alemana con fecha del 16 de enero de 1955. Este texto, que es uno de los documentos precedentes de lo que será el Pacto de Varsovia, dice así, en su primer párrafo:

"Los gobiernos de los Estados Unidos de América, de Inglaterra y Francia, así como el de la República Federal Alemana, están poniendo todos los medios para obtener la ratificación de los Acuerdos de París. Haciendo esto, hacen caso omiso de las consecuencias desfavorables que resultarían de esta ratificación para todos los pueblos de Europa y para la paz universal"²⁰.

Pero el 5 de mayo se producen las ratificaciones y la protesta del Gobierno soviético no se hace esperar. Primero, con la denuncia y terminación de los tratados celebrados con el Reino Unido y Francia en plena IIª Guerra Mundial (1942 y 1944, respectivamente) y en fin con la conferencia de Varsovia, reunida días después. El párrafo segundo del preámbulo del Pacto a que dará lugar dicha conferencia es explícito, el cual reproducimos *in extenso*:

(Corea), amnistías en la URSS, etc. En la ONU, la URSS levantará su veto y Dag Hammarsjöld pasará a ocupar el cargo de Trigve Lie. Significativo sería la vuelta de embajadores a Belgrado, Tel Aviv y Ankara, y las interrumpidas conferencias de los Cuatro se reabren en el Berlín-Oeste el 25-1-1954. Ver, por ej., André Fontaine: *Histoire de la guerre froide*, Vol. II, Fayard, 1983, págs. 75 y sigs.

¹⁹ N.E.D. *Documentation française*, N° 2.450, p. 5.

²⁰ *La politique étrangère soviétique. Textes officiels (1917-1967)*. Ed. de Moscú, 1967, p. 148.

“Teniendo en cuenta la situación creada en Europa por la ratificación de los Acuerdos de París que prevén la formación de un nuevo grupo militar bajo la forma de la “Unión de la Europa Occidental”, con participación de una Alemania occidental militarizada y su integración en el bloque nord-atlántico lo cual aumenta el peligro de una nueva guerra y crea una amenaza a la seguridad nacional de los Estados amantes de la paz”²¹.

El llamado “Pacto de Varsovia” (Tratado de Amistad, cooperación y asistencia mutua”, firmado el 14 de mayo), es casi simétrico en su esquema formal con el Pacto Atlántico y el Art. 51 de la Carta de cuya manipulación y utilización sus autores no sospecharon, resulta así invocado tanto por los atlantistas como por los varsovistas. Una nueva frontera, de alambradas y armas, se yuxtapone ahora a las ya fuertes barreras políticas y económicas entre las dos Europas.

La ONU: la diplomacia de la guerra fría

La ONU se convirtió muy pronto en un centro planetario polémico y propagandístico donde la autoalabanza, las frases hechas, la retórica vacía por un lado, y el ataque, la injuria casi, por otro, formaron parte fundamental de una suerte de diplomacia *sui generis* que asimismo cabe denominar de guerra fría. El desacuerdo latente se manifestó de modo prematuro cuando en enero de 1946 las grandes potencias (institucionalizadas como “miembros permanentes” en el Consejo de Seguridad) procedieron a la elección de altos cargos (Secretario General, presidente de la Asamblea General, etc.). En cuanto a las contradicciones de tesis políticas y jurídicas, éstas vinieron al mismo tiempo. Paradójicamente, el contacto regular de estos representantes en estas tribunas multilaterales, lejos de beneficiar, perjudicaba en repetidas ocasiones tales contactos. El mundo, diríase, se ha achicado pero, contrariamente, al estar todos más juntos o más próximos, los recelos o los temores, las susceptibilidades, la envidia o el orgullo, ya instintivo, ya idiosincrásico, se han avivado y hecho más grandes. El efecto muchas veces ha sido contrario al deseado.

Son muchísimos los textos producidos por las Naciones Unidas en el ámbito de esta diplomacia que podrían traerse y discutirse en este lugar. Del enlistado de documentos hemos seleccionado dos grupos, el primero

²¹ El texto, por ej., en L. García Arias: *Corpus Iuris Gentium*, Zaragoza, 1968, p. 233, Ver United Nations Treaty Series (UNTS), t. 219, p. 3.

de la Secretaría General de la Organización y el segundo del Debate General de la Asamblea plenaria durante el VI período ordinario de sesiones. Podríanse aportar otros grupos de documentos, más éstos que siguen, brevemente expuestos, son suficientemente orientativos.

a) Memorias Anuales del Secretario General.

Como es sabido, son las "Introducciones" de las Memorias Anuales del Secretario General una fuente subjetiva e íntima pero experimental y vívida de quien ejerce el oficio —según dicen—, el más difícil del mundo. Hay un pasaje en la Introducción de la Memoria firmada el 4 de julio de 1947 (ya hemos aludido a esta fecha como determinante), donde en párrafo aparte escribe así Trigve Lie:

"Se dice a menudo, demasiado a menudo, que nos encaminamos a un nuevo desastre. Con mucha menos frecuencia se dice que la situación contiene en potencia alentadores perspectiva..."²².

Agregaba el Secretario General en el siguiente párrafo:

"No creo que la presente situación del mundo sea tan amenazadora como se asegura con frecuencia. Estoy convencido de que ningún estadista responsable de ningún país del mundo abriga o puede abrigar la idea de una guerra".

Son líneas, ciertamente, demasiado breves para someterlas a un examen, mas cabe preguntarse: ¿optimismo fingido, necesario, sincero? Levantan la duda, tanto por lo que afirman como por lo que dejan de afirmar.

En la Memoria Anual del año siguiente (con fecha del 5 de julio de 1948) encontramos en dicha parte introductoria general algunos comentarios más o menos breves, sugeridores de un estado de ánimo alentador hacia las Naciones Unidas, pero con un fondo crítico de la dinámica del momento. Así, por ej., cuando dice:

"Su creciente influencia/la de Naciones Unidas/ se ejerce sin cesar en favor de la paz y en contra de la guerra"²³.

²² *Memoria Anual del Secretario General sobre la Labor de la Organización*. Segundo período de sesiones de la Asamblea General, (A/315), Nueva York, 1947, p. VII.

²³ *Memoria Anual del Secretario General*. Tercer período de sesiones (A/565), Nueva York, 1948, p. IX.

Y en el párrafo siguiente, en relación a un panorama mundial que a su juicio "no hay que simplificar excesivamente", afirma así:

"La actual tirantez entre las dos naciones más poderosas, los Estados Unidos de América y la URSS, no es el único factor capaz de ejercer una influencia poderosa en la historia".

Y más adelante, refiriéndose a los dos grandes sistemas en pugna, en el contexto de un mundo en evolución en el que las Naciones Unidas han sido concebidas, establece un punto de equilibrio:

"Es igualmente inconcebible que en un mundo semejante, cualquier nación o grupo de naciones pueda establecer y mantener un nuevo imperio fundado en el poderío económico o militar"²⁴.

b) El Debate General en la VI Asamblea General (Intervenciones de Vishinski y Schuman).

En segundo lugar, veamos la intervención de A. V. Vishinski, entonces ministro de Relaciones Exteriores de la URSS, pronunciada en el Debate General de la Asamblea General en su sexto período de sesiones (16 de noviembre de 1951, sesión 348^a)²⁵. Respuesta o réplica a las precedentes intervenciones de los ministros Dean Acheson, Anthony Eden y Robert Schuman, este discurso (segundo que pronunciaba en el mismo Debate) era importante por el tema en juego: la reducción de armas atómicas y de todos los armamentos en los términos de un plan tripartito de desarme o de "sistema de etapas", presentado por el Secretario de Estado Acheson.

El discurso de Vishinski estaba en la base del lenguaje agresivo de la diplomacia staliniana (un lenguaje poco "diplomático") y dentro de la crisis de las relaciones con Washington. Extractamos del mismo, aquellas referencias relativas a una nueva, futura guerra contra la Unión Soviética, fruto imaginario, estratégico o hipócrita y también prueba del temor, ficticio o real, de Rusia frente al mundo occidental.

Así, para Vishinski "las bases militares, navales y aéreas (de los Estados Unidos) en territorio extranjero —dice—, constituye una de las medidas importantes del programa de preparación para una nueva guerra". Y añade: "No es preciso subrayar el hecho innegable de que el propósito de las bases norteamericanas es cercar a la URSS y a los países de demo-

²⁴ *Ibidem*, p. X.

²⁵ *Asamblea General. Sesiones plenarias* (Actas 6 de nov. - 5 de febrero). Sexto período de sesiones, París, 1951-1952, págs. 223-232.

cracia popular, al Norte, con la ayuda de los países escandinavos, al Sur, con la ayuda de Turquía y Grecia, en el Oeste, la ayuda de los países de la Europa occidental, y al Este con la ayuda del Japón que se convierte ahora en trampolín de agresión, arsenal y fortaleza del bloque atlántico, cuya punta está dirigida contra la URSS y la República de China”²⁶. El ministro soviético insistirá en estas proposiciones en conexión con el “bloque atlántico de agresión”, expresión que repetirá en distintos pasajes²⁷, y de cuya necesidad de desmantelamiento, añade, nada se dice en la propuesta. Más adelante (el discurso es desusadamente largo en relación a los demás), al referirse a la contradicción entre las palabras y los actos, vuelve a la misma idea la preparación de una futura guerra:

“Esta contradicción es la que permite desenmarcar íntegramente el carácter hipócrita y falso de la proposición de los Estados Unidos, del Reino Unido y de Francia sobre la reducción de los armamentos, y comprueba que no se trata sino de un biombo destinado a encubrir los objetivos reales, la continuación de la carrera armamentista y la *preparación de una nueva guerra, vinculada a estos objetivos*”²⁸.

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿a qué nueva guerra se estaba refiriendo? ¿A la IIIª Mundial? ¿A otra en relación con la guerra de Corea? Pues aludiendo a esta última, dice, simplemente:

“Los Estados Unidos son los que han comenzado la guerra en Corea. Por lo tanto a ellos les corresponde poner fin a esa guerra de agresión contra el pueblo coreano”²⁹.

Párrafos más abajo, Vishinski vuelve a invocar, agoraramente, “una nueva guerra”. A este respecto, este delegado manifiesta ante los Estados miembros reunidos en el plenario, que la URSS,

“ha presentado ya a la Asamblea General su programa constructivo de medidas destinadas a alejar la amenaza de una *nueva guerra* y a consolidar la paz y la seguridad de los pueblos”³⁰.

Por otro lado, veamos también algunos textos del discurso del representante de Francia, el primer ministro Robert Schuman, —discurso que

²⁶ *Asamblea General*, Ibidem, p. 227.

²⁷ *Asamblea General*, Ibidem, cit. por dos veces en la p. 227 y también en las págs. 228, 229 y 232.

²⁸ *Ibidem*, p. 229. El subrayado es nuestro.

²⁹ *Ibidem*, p. 229.

³⁰ *Ibidem*, p. 231. El subrayado es nuestro.

forma parte del anterior por ser contestación del referido de Vishinski. Schman, juntamente con el Secretario General ³¹, cerraba así el Debate, derecho que ejercía como representante del país anfitrión, en cuya capital la Asamblea General se reunía por segunda vez en tres años. Es un texto sereno y lógico, que no excluye un cierto realismo/pesimismo. Contiene naturalmente una referencia a esa supuesta amenaza a la paz. El párrafo merece transcribirse:

“Mayor gravedad reviste el hecho de que la atmósfera en que trabajamos está cada día más envenenada. Las críticas, muchas veces llena de odio, predominan sobre el espíritu de cooperación; una desconfianza recíproca nos obsesiona, paraliza las iniciativas y deforma las intenciones. Aparentemente, por lo menos, no existe entre nosotros desacuerdo sobre el objetivo esencial que nos es común: la defensa de la paz. A pesar de ello, todos abrigamos cierta inquietud por esta paz que todos deseamos. *Tememos que estalle la guerra como una descarga eléctrica sobre dos polos opuestos, y solo la impediremos si logramos disminuir la tensión fatal*” ³².

Este texto y las frases subrayadas por nosotros, son vivísimas del estado de la cuestión hacia finales del año 1951 y síntesis de los debates en la ONU iniciados en septiembre, cuando la apertura del período ordinario.

Del discurso de Schuman, hay un punto muy concreto en que el ministro francés se dirige vis-à-vis al soviético y sin acritud, mas noblemente, le reprocha por acusar a los occidentales.

“Nos acusa Ud. (dice, por Vishinski) de preparar y querer la guerra. Es una acusación monstruosa e insensata. Estoy dispuesto a creer que Uds. no desean la guerra y trato de ser con Ud. más equitativo de lo que es Ud. con nosotros. La guerra, como todas las malas acciones, se prepara en secreto...” ³³.

³¹ Trigve Lie expresó asimismo el temor de la comunidad internacional ante los peligros amenazantes de la época. “Nadie que haya escuchado el debate general o haya examinado las cuestiones que figuran en el programa, dejará de sentir que en ellas se reflejan las inquietudes y los temores de la humanidad entera”. Abundaba el Secretario General en “...el sentimiento universal de *inseguridad y temor a la guerra* que caracterizan esta hora de la historia, todo esto nos asedia en la más desoladora medida”. (El subrayado es nuestro). *Ibidem*, p. 237.

³² *Ibidem*, p. 234 (El subrayado es nuestro).

³³ *Ibidem*, p. 235.

Siempre sobre el mismo tema, en el marco del tono conciliador y de equilibrio, más adelante, proseguía así:

“Bien sé que nuestros regímenes se oponen y son inconciliables. Pero pueden yuxtaponerse sin hacerse la guerra, pueden hasta ponerse de acuerdo para tareas comunes y la victoria de 1945 ha sido la demostración brillante de lo que afirmo. ¿Por qué habría de ser imposible tal cooperación al servicio de las obras de paz?”³⁴.

Hay todavía otra alusión. Schuman abundará en estos tópicos a propósito de Alemania y de la unidad económica y política de Europa. Era sabido que el tratado de París instituyente de la Comunidad Europea del Carbón y Acero (CECA) habíase firmado hacía poco tiempo (el 18 de abril) y que a su vez éste era un punto de partida para otras comunidades económicas de conjunto como ocurriría en 1956. Schuman era precisamente uno de los principales promotores de esta idea y de esta empresa, de cuya primera, sorpresiva manifestación hizo gala en el Quai d'Orsey el celebrado 5 de mayo del año anterior. Ahora, el ministro galo expresa su preocupación por la actitud antioccidental de los soviéticos frente a la cuestión alemana y la creación de la CECA. Entresacamos del párrafo las frases más fundamentales:

“El problema alemán es el problema de Europa... Solo una Europa unida, organizada en la libertad, será garantía tanto contra la guerra como contra la miseria... Por ello, Francia propuso la creación de una comunidad europea... Esperábamos que el carácter pacífico de esta iniciativa no fuera puesto en duda por nadie, y que se consideraría como un esfuerzo por hacer a Europa más fuerte e independiente, económica y políticamente... Y he aquí que *una vez más se nos reprocha haber tenido fines belicosos, preparar la guerra cuando queríamos consolidar la paz...*”.

Y en párrafo aparte, casi en dramático llamamiento, agregaba:

“¡Cómo nos gustaría convencer a Uds.! No quiero creer que no desean ser convencidos. Con demasiada frecuencia, desgraciadamente, dan Uds. la impresión contraria”³⁵.

Otros comentarios y reflexiones.

Las líneas que anteceden permiten ya llegar a unos resultados breves y concretos desde *un punto de vista jurídico-internacional*. En primer

³⁴ Ibidem, p. 235.

³⁵ Ibidem, p. 237.

lugar, desde este ángulo, la guerra fría podemos definirla como una *guerra de tratados bilaterales y en especial multilaterales de asistencia recíproca* celebrados en el período bajo consideración y auspiciados respectivamente por los Estados Unidos y por la Unión Soviética.

Los tratados bilaterales fueron múltiples. En el lado Oeste, fueron principales los signados en Washington entre Estados Unidos y Francia y entre Estados Unidos y Gran Bretaña (ambos suscriptos el 27 de enero de 1950)³⁶. En cuanto a los tratados entre la URSS y Estados sujetos a su obediencia a la sazón, importa señalar el celebrado en Moscú con la R. P. de China el 14 de febrero de 1950. Instrumento del tipo clásico de los firmados por la Unión Soviética con sus vecinos del Este ("Amistad, Alianza y Asistencia mutua"), contempla únicamente la asistencia en el supuesto de una vuelta a la agresión y violación de la paz por parte del Japón o de cualquier otro Estado colaborador con el Japón (Art. 1, 1º)³⁷.

Pero donde esta guerra de tratados fue evidentemente más allá de las palabras textuales e intenciones, es en los grandes tratados o pactos multilaterales de asistencia mutua. Principalmente, el tratado de Atlántico-Norte, el tratado del Sud-Oeste asiático y el llamado pacto de Varsovia (que en rigor debería llamarse de Moscú), documentos de cuyas disposiciones más significativas ya hicimos referencia. Washington-Manila-Varsovia fueron así tres ciudades-símbolo de la guerra de tratados, guerra sorda, psicológica, de nervios, también latente en la letra y en el espíritu de estos textos como fiel reflejo de la atmósfera política en el derecho convencional.

La guerra fría (siempre desde este punto de vista jurídico) se manifestó con todo lujo de detalles a través de estos marcos legales en los términos de los Arts. 51 y 52-54 de la Carta de las Naciones Unidas sobre el derecho a la legítima defensa colectiva (Art. 5 del tratado de Washington. Art. 4 del tratado de Varsovia, Arts. 2 y 4 del tratado de Manila). Estos pactos político-militares suscriptos en el contexto de los

³⁶ Apuntamos aquí que ambos tratados no son *stricto sensu* de "asistencia mutua" si no como su nombre indica de "ayuda para la defensa mutua". La diferencia sería tan solo de matiz político. Por lo demás, estos tratados forman parte de los esquemas logísticos del Pacto de Atlántico-Norte. Textos en *Droit international... Documents choisis*, cit., págs. 298 y sigs.

³⁷ "...In the event of one of the Contracting Parties being attacked by Japan or any State allied with her and thus being involved in a state of war, the other Contracting Party shall immediately render military and other assistance by all means at its disposal". *The major international treaties*, cit., p. 370.

“Acuerdos regionales”, aunque subsidiarios en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales con respecto al Consejo de Seguridad, desempeñaron un papel primerísimo en el tenso escenario de la vida en aquel desgraciado período. Precisamente, estos tratados fueron el cauce por donde discurrieron las no disimuladas relaciones de inamistad y odio entre ambos bloques. Puede que así tal canalización legal atemperase una acción y unas energías prebélicas que de otro modo, menos regularizadas o controladas, hubiera podido poner al mundo al borde de una crisis más grave. Pero esto es una hipótesis difícil de comprobar. Al propio tiempo, ambos bloques eran conscientes de que estos instrumentos jurídicos se alzaban entre ellos como un escudo disuasorio frente a una posible acción que de desarrollarse convertiría la guerra latente en patente o como gustaba decirse entonces de guerra fría en guerra caliente. Felizmente, esto nunca se produjo pues los grandes conflictos armados como los producidos en Corea (1950-3), o en Suez (1956), por ej., fueron librados al margen de estos contextos convencionales³⁸, y en cuanto a los endémicos e interminables en el Sud-Este asiático, los mecanismos de la SEATO no fueron eficaces, como ya dijimos, habida cuenta, entre otras causas, la división y las contradicciones en el seno de la alianza. Fue acaso la guerra coreana (guerra civil y mundial al mismo tiempo) ya que tocó todo techo por decirlo así, o por decirlo de otra manera, la que llegó a alcanzar cotas más altas de peligrosidad ya que justamente la URSS y la R. P. de China acababan de firmar el ya referido tratado de Moscú sobre asistencia mutua. La intervención de los “voluntarios” chinos, verificada en el otoño de 1950, y la condena por la Asamblea General de las Naciones Unidas a dicha acción (Resoluciones 498 (V) y 500 (V)),

³⁸ Tras la guerra de Suez los Estados Unidos trataron de llenar el espacio de influencia abandonado por la Gran Bretaña, habida cuenta, además, de incremento del poder naval soviético en el Mediterráneo y apoyo de este poder a Egipto y Siria. El 5-1-1957 el Presidente Eisenhower pidió al Congreso le fuesen autorizadas unos programas de asistencia militar para la zona (Doctrina Eisenhower). La misma tesis, ya referida en los Planes Truman y Marshall, reaparece aquí: la yuxtaposición y la interrelación de la ayuda exterior y la seguridad USA (“The US regards as vitae to the national interest and world peace the preservation of the independence and integrity of the nations of the Middle East”). Doctrina de guerra fría, los Estados Unidos (Punto 2º), “is prepared to use armed forces to assist any such nation or group of such nations requesting assistance against armed aggression from any country controlled by international communism”. La Doctrina pasó a ser Ley el 9 de marzo de ese año. *Basic Documents in United States Foreign Policy*. Revised Ed. Thomas P. Brockway, Nueva York, 1968, 154-5.

eran factores a añadir al complejo, durísimo conflicto, —preámbulo del que sería más largo y cruel del Viet-Nam.

En otro orden de cosas, las Naciones Unidas nos han suministrado una fuente de información y documentación inapreciable. Intentar el conocimiento de estos períodos sin esta ayuda instrumental sería vano esfuerzo. No vamos a entrar aquí en el valor extrajurídico y publicitario de un gran número de estos discursos y debates pronunciados más para la galería que para convencer. Como lugar relativamente abierto a todos los Estados (el acceso a la Organización era a la época complejo y cerrado), en donde había bastante libertad de palabra (aparte los naturales grupos de presión y satelismos al uso), la ONU fue un centro donde convergían las descargas contenidas de los delegados soviéticos y demás países sometidos a su formidable disciplina, las dos Repúblicas de Ucrania y Bielorussia (ficción *de facto* y *de jure* negociada por Stalin en Yalta), además de Polonia, Checoslovaquia y Yugoslavia, país este último que en 1948 se "autodeterminó" del grupo. Por el contrario, el grupo occidental gozaba entonces de una confortable y segura mayoría de votos en la Asamblea General y en otros órganos. Puede por ello que sus intervenciones fuesen más blandas y desde luego menos polémicas.

A través de los documentos de ONU examinados, hemos abundado en nuestras citas en las perspectivas pesimistas en expresiones tales como "nuevo desastre", "situación amenazadora", "nuevo imperio fundado en el poderío militar", "trampolín de agresión", "bloque atlántico de agresión", "preparación de una nueva guerra", "amenaza de una nueva guerra", "tememos que estalle la guerra", etc., etc. Premeditadamente hemos elegido estos pasajes de estos textos, (también podíamos haber elegido otros), para comprobar y enfatizar este estado tensional o de quasi-prebeligerancia. En estos sentidos, por consiguiente, podemos afirmar que la guerra fría fue una *guerra de debates y de palabras en los foros de las Naciones Unidas entre los Dos Grandes y sus respectivas esferas de influencia*.

Un equilibrio de potencias permitió estabilizar relativa y pragmáticamente este *status mixtus*, como suelen denominarlo los juristas, dada la indefinición del mismo en términos concretos y jurídicos. La Unión Soviética se detuvo en su "larga marcha" hacia el Oeste europeo. La vieja política de la *balance of power*, como si la historia pareciera repetirse, favoreció dentro de ciertos límites este equilibrio precario e inhumano a

veces por las muchas actitudes concesivas y sacrificios que para otros pueblos ello llevó consigo. En cualquier caso, por fortuna, la ruptura o lo que hubiera sido una nueva guerra tal vez mundial no estalló entonces. La disuasión mutua, atómica y luego nuclear, jugó un rol en estas relaciones, sobre todo a partir de 1949 cuando los Estados Unidos perdieron el monopolio del arma atómica. Todavía en la hora actual la disuasión armamentística es un "argumento" de peso y estratégico. Nuestra paz por tanto no es jurídica, no descansa en el derecho sino que continúa apoyada en las armas. Es una mala paz sin duda, pero paz al fin y al cabo. Ha querido la casualidad que este breve trabajo haya coincidido con el cuadragésimo aniversario de la Alianza Atlántica, lo que nos ha dado una amplia perspectiva de una larga guerra fría que pese a intermitencias de distensión aún no ha terminado. Dan fe de ello muchos signos visibles y vivos en Europa (Berlín, Varsovia, Praga, etc.) y en el mundo (aquí la relación sería mucho más prolija).



LA COMISION PERMANENTE DEL PACIFICO SUR "CPPS", COMO VEHICULO DE COOPERACION PAN-PACIFICA

* HUGO LLANOS MANSILLA

La CPPS, Organismo Intergubernamental creado en 1952 e integrado por los Gobiernos de Colombia, Chile, Ecuador y Perú y que fue establecido para velar por el cumplimiento de la Declaración de Santiago sobre Zona Marítima, de 1952, que consagró la soberanía y jurisdicción exclusivas del Estado ribereño sobre una zona adyacente a las costas de 200 millas marinas, orienta su acción, entre otros, a los siguientes objetivos específicos:

- Protección, conservación y aprovechamiento de los recursos contenidos en la zona de las 200 millas marinas;
- Reglamentación, exploración, explotación y administración de los recursos vivos;
- Protección y conservación del medio ambiente marino;
- Promoción de la investigación científica;
- Promoción y transferencia de tecnología en relación con los recursos del mar;
- Formación y capacitación de personal científico y técnico;
- Intercambio de científicos, tecnólogos y otros expertos;
- Difusión de conocimientos y de información sobre las ciencias del mar y actividades conexas, etc.

La CPPS tiene actualmente su sede en Bogotá, Colombia¹

(*) Actual Secretario General Adjunto de la CPPS. Las opiniones manifestadas en este artículo son de carácter personal y no comprometen a la CPPS.

(1) Su sede es rotativa y cada 4 años su Secretaría General se cambia a la Capital de cada uno de sus países miembros. Desde 1986, su sede está en Bogotá.

En 1984, los Ministros de Relaciones Exteriores de los cuatro países miembros de la CPPS, reunidos en Viña del Mar, Chile, le señalaron a aquella como uno de sus principales objetivos, "el de ampliar progresivamente el ámbito de sus actividades en toda la Cuenca del Pacífico".

Los Ministros, conscientes de la importancia creciente del área del Pacífico y de los esfuerzos que ya realizan los países ribereños e insulares para enfrentar en mejor forma los desafíos que presenta tan vasta región, resaltaron la conveniencia de vincular estrechamente a los países de esta región del Pacífico con el resto de la Cuenca. Uno de los vehículos que consideraron como esencial para esta vinculación son los Comités de Cooperación Económica en el Pacífico, que permiten a nuestros países una más efectiva participación regional en las actividades que se desarrollan en otras zonas de la Cuenca.

Además, los Ministros consideraron que los demás países latinoamericanos participan de los mismos intereses fundamentales que los países miembros del Sistema Marítimo del Pacífico Sudeste, por lo que declararon deseable sumar esfuerzos para desarrollar políticas comunes en lo que se refiere a la Cuenca del Pacífico, en los temas relativos al mar.

A la fecha de la "Declaración de Viña del Mar", sólo Chile y Perú tenían constituidos y en funcionamiento, sus Comités de Cooperación Económica.

A impulso de dicha Declaración, la CPPS promovió en Colombia y Ecuador, la constitución de dichos Comités², recomendando que los Gobiernos adoptaran las medidas administrativas pertinentes, a fin de que las respectivas Secciones Nacionales coordinaran los trabajos y acciones que realizan en cada país los respectivos Comités.

Chile constituyó el respectivo Comité de Cooperación en el Pacífico, en diciembre de 1984, impulsado por su participación, desde 1980, en las reuniones de la Conferencia sobre Cooperación Económica en el Pacífico. Como esta Conferencia está estructurada sobre la base de una participación tripartita de los países miembros, que incluye representación de los sectores gubernamental, académico y empresarial, y la misma Conferencia recomendó a los países miembros la formación de los

² Ver Resolución Nº 2 de la XVIII Reunión Ordinaria de la CPPS, de Agosto de 1985.

Comités Nacionales de Cooperación en el Pacífico³, al igual que lo hizo la II Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de los países del Sistema del Pacífico Sur, Chile creó el Comité Chileno de Cooperación en el Pacífico, como organismo asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores⁴, con la función de asesorar al Ministro de Relaciones Exteriores en todas aquellas materias relativas a la participación de Chile en los esquemas de cooperación que se desarrollan en la Cuenca del Pacífico, coordinando la acción de los estamentos gubernamental, académico y empresarial. De aquí que este Comité está integrado por representantes del sector gubernamental: el Director de Política Bilateral del Ministerio de Relaciones Exteriores; uno del académico: la Directora del Instituto de Estudios Internacionales; y uno del sector empresarial⁵.

El Perú, por su parte, en septiembre de 1983⁶, constituyó la Comisión Nacional para Asuntos de la Cuenca del Pacífico, teniendo en cuenta la necesidad de diseñar una política adecuada para aumentar la presencia de ese país en los diferentes programas de cooperación de los países pertenecientes a la Cuenca y considerando que Perú deberá desarrollar acciones que incluyen aspectos económicos, culturales y de seguridad por lo que se requiere la participación, en dicha Comisión, de diversos sectores e instituciones nacionales.

En la Comisión referida se incluyen representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien la presidirá, del Ministerio de Marina, del Ministerio de Energía y Minas, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, del Ministerio de Pesquería y del Ministerio de Comercio, Turismo e integración.

El Comité Ecuatoriano para la Cuenca del Pacífico, creado con fecha 14 de mayo del año en curso⁷, está fundamentado en la Declaración de Viña del Mar de los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de la CPPS, así como en la XVIII Reunión Ordinaria de este Organismo, de agosto de 1985.

³ La Conferencia, en su III Reunión celebrada en Bali, Indonesia, en 1983, recomendó a los países miembros la formación de Comités Nacionales de Cooperación en el Pacífico.

⁴ Mediante Decreto N° 1197 de Dic. 26/84, del Ministerio Relaciones Ext.

⁵ Al presente, de la Sociedad Nacional de Agricultura.

⁶ Res. Suprema N° 433-83-RE, Sept. 14/83, complementada por Res. Supremas de fechas 9 de abril y 7 de noviembre de 1985.

⁷ Decreto Ejecutivo N° 2889, de 14 de mayo de 1987.

Dicho Comité, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, tiene como propósitos principales estudiar los asuntos relacionados con la participación del Ecuador en los diversos esquemas de cooperación internacional entre los países de la Cuenca del Pacífico y evaluar y coordinar las acciones correspondientes al desarrollo de las políticas que se adopten para tal propósito. Está integrado por representantes de los siguientes Ministerios: Relaciones Exteriores, Defensa Nacional, Industria, Comercio, Integración y Pesca; Energía y Minas, en cuanto al sector gubernamental, por representantes de las Escuelas Politécnicas de Quito y del Litoral, por el sector académico y por representantes de las Federaciones de las Cámaras de Industria y Comercio, en lo que concierne al sector empresarial.

El Consejo Colombiano de Cooperación en el Pacífico, creado el 28 de julio de 1987⁸, y que encuentra su fundamento en lo establecido en la XVIII Reunión Ordinaria de la CPPS, de 1985, tiene por objetivos y funciones, los siguientes: orientar la capacidad nacional hacia el conocimiento de los países de la Cuenca del Pacífico, de sus recursos, tanto en el plano académico como en el económico y empresarial, técnico científico y gubernamental; identificar y promover la ejecución de programas comerciales con los países ribereños de la Cuenca del Pacífico; proponer mecanismos de cooperación técnica y científica que tiendan a desarrollar el litoral Pacífico colombiano, asesorar al Gobierno en la donación de los planes y programas pan-pacíficos, etc.

Está integrado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, quien lo presidirá, el Instituto Nacional de los Recursos Naturales y Renovables y del Ambiente (INDERENA); la Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR); el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX); la Comisión Colombiana de Oceanografía (CCO) y el Fondo de Promoción de Exportaciones (PROEXPO). Otras entidades públicas o privadas o personas naturales o jurídicas podrán ser invitadas para que asistan al Congreso.

La CPPS convocará, en Chile, en junio de 1989 a una mesa redonda de los cuatro Comités de Cooperación Económica en el Pacífico, con el fin de promover un intercambio de experiencias y determinar áreas de acción comunes en la Cuenca. Posteriormente, convocará a una amplia

⁸ Decreto Nº 1410, de 28 de julio de 1987.

Conferencia de Cooperación Pan-pacífica, a la que serían invitados todos los países ribereños de la Cuenca, con el fin de crear efectivos mecanismos de cooperación entre ellos, en las tres líneas de acción representadas en los referidos Comités nacionales de los países de la CPPS: gubernamental, académico y empresarial.

La CPPS, con el fin de desarrollar una presencia efectiva en el ámbito de la Cuenca, ha procedido a designar a diplomáticos de los países que la integran, como sus representantes ante los Gobiernos de la región. Es así que actualmente está representada ante los Gobiernos de Japón, China, Corea del Sur, Filipinas, Australia, Nueva Zelandia, Indonesia, Fiji, Samoa Occidental, Tuvalu, Tonga, Kiribati, Naurú y Papúa Nueva Guinea. Se ha acreditado también un representante ante la ASEAN y se está considerando también la posibilidad de designar representantes de la CPPS en Singapur, Tailandia, Malasia y Hong Kong.

La CPPS ha propuesto a la ASEAN la suscripción de un Convenio de Cooperación, como consecuencia de la visita efectuada por el Secretario General de dicha organización a nuestra sede.

Sin embargo, la suscripción de convenios de esta naturaleza, con organismos como la ASEAN o la South Pacific Commission por ejemplo, no ha estado exenta de dificultades.

Se tropieza, en primer lugar, con una falta de conocimiento, agregado a una mezcla de recelos, con respecto a Latinoamérica, en general. Además, se prefiere una relación más flexible, que no conlleve demasiados deberes y obligaciones para las Partes, como los que implicarían suscribir un Convenio mediante el intercambio de Notas Reversales. Se prefiere así, mantener intercambio de documentos, de informaciones, presencia de observadores a las respectivas reuniones, sin que esto signifique mayores exigencias para dichas organizaciones.

Por otra parte, la CPPS ha iniciado vinculaciones con distintas entidades de la Cuenca, tales como la Pacific Economic Cooperation Conference —PECC—, la South Pacific Forum, la Forum Fisheries Agency —FFA—; el South Pacific Regional Environment Programme —SPREP—; la Office de la Recherche Scientifique et Technique —ORSTOM—; el ESCAP Pacific Operation Center —EPOC—; el South Pacific Bureau for Economic Cooperation —SPEC—; el East West Center, la University of the South Pacific, etc.

Así como la CPPS se ha empeñado en iniciar estos contactos, es necesario que también los países que la conforman, robustezcan estos vínculos con las entidades mencionadas.

Si bien, Chile y Perú se han mantenido, en este sentido a la vanguardia, Colombia y Ecuador recién inician una etapa más dinámica de acercamiento a la Cuenca.

La Conferencia de Cooperación Económica del Pacífico —PECC—, por ejemplo representa una gran oportunidad de vinculación a los países de la Cuenca. En su V Reunión de Vancouver, celebrada en noviembre de 1986, sólo Chile y Perú estaban presentes en ella, y con México representaban a Latinoamérica, en quizás la más importante reunión que se celebra periódicamente en la Cuenca.

La importancia de la PECC para los países pesqueros latinoamericanos se revela en la siguiente recomendación emanada del Grupo de Trabajo sobre Desarrollo y Manejo de Pesquería, que fue aceptada por las entidades de la PECC y que significa la primera gran oportunidad de vinculación —en el sector pesquero— entre nuestros países y los del otro lado de la Cuenca: “La V PECC debe respaldar y estimular la organización de Talleres de Trabajo con participación de los países isleños del Pacífico y los países latinoamericanos ribereños del Pacífico, en el que participen administradores de alto nivel, gerentes y científicos de las pesquerías, con el fin de desarrollar cooperación en el área de pesquerías entre los dos grupos de países ribereños.

La V PECC debe dar instrucciones al Grupo de Trabajo para que provea la asistencia que le sea posible ofrecer para el establecimiento de los Talleres mencionados anteriormente.

La V PECC debe respaldar y estimular la organización de Talleres de Trabajo con participación de todos los miembros interesados de ASEAN y los países latinoamericanos ribereños del Pacífico latinoamericano, en que participen administradores, gerentes y científicos de alto nivel de las pesquerías, con el fin de desarrollar cooperación en las áreas de pesquerías entre los dos grupos de países...”

Las ventajas y experiencias que ha alcanzado el sector pesquero en los países de la CPPS —en especial en Chile, Perú y Ecuador— coloca a este organismo en muy buen pie para iniciar una estrecha vinculación con los países isleños de la Cuenca.

El desarrollo de la tecnología de extracción y procesamiento, así como la investigación científica y administración pesquera ha tenido en nuestra región un desarrollo acelerado que la habilita para iniciar un provechoso intercambio de tecnología con los países de la Cuenca menos avanzados en este sector.

Considerando estos factores, con fecha 26 de septiembre al 1º de octubre de 1988, se realizó en Lima la Conferencia Internacional Pesquera Latinoamericana y de las Naciones Isleñas del Pacífico copatrocinada por la Comisión Permanente del Pacífico Sur y por la Organización Latinoamericana de Desarrollo Pesquero y financiada por la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional. Su organización estuvo a cargo del Ministerio de Pesquería del Perú, con el apoyo de la Task Force de la Pacific Economic Cooperation Conference (PECC).

El objetivo de esta Conferencia fue establecer vínculos de cooperación en el área pesquera entre los países ribereños del Pacífico Latinoamericano y las Naciones Isleñas del Pacífico (PIN's). Asimismo la Conferencia tuvo por objeto explorar las posibilidades de cooperación con los países del grupo ASEAN. Se buscó, igualmente informar tanto a los países Latinoamericanos y a los PIN's sobre los problemas de manejo pesquero de la otra región y de sus organizaciones regionales, así como identificar las oportunidades específicas para una cooperación práctica entre ellos, estableciendo un mecanismo para llevar a cabo dicha cooperación de manera efectiva.

Aparte de la presencia de los representantes de la CPPS y OLDE-PESCA, la Conferencia contó con la participación de delegados provenientes de Colombia, Chile, Ecuador, Perú, México, además de las siguientes Naciones Isleñas del Pacífico: Fidji, Islas Cook, Islas Marshal, Islas Salomón, Kiribati, Palau, Papúa Nueva Guínea y Samoa Occidental; y observadores de Filipinas, Indonesia, Malasia y Tailandia.

Participaron también, representantes de las siguientes organizaciones regionales del Pacífico: Forum Fisheries Agency (FEA); South Pacific Commission y PECC.

Durante el desarrollo de la Reunión se trataron, entre otros temas, los siguientes:

Las pesquerías de los países latinoamericanos: problemas de manejo y actividades de organismos regionales. Las Pesquerías de las Naciones

Isleñas del Pacífico: generalidades de la pesquería, problemas de manejo y revisión de las actividades de los organismos regionales; experiencia de los países latinoamericanos en la coordinación del manejo de los túnidos y negociaciones con naciones pesqueras de aguas distantes o de altura; experiencia de las Naciones Isleñas del Pacífico en el manejo y negociaciones con naciones pesqueras de aguas distantes o de altura; oportunidades de Cooperación en el manejo y desarrollo de la pesquería de atún, entre América Latina y los PIN's; problemas del Manejo de Pesquerías del Pacífico Latinoamericano; Legislación Nacional de Pesquerías y Cooperación Internacional; Manejo de la Pesquería de las Naciones Isleñas del Pacífico; problemas de desarrollo y marco para la cooperación en América Latina; acuicultura en América Latina, en las Naciones Isleñas del Pacífico y ASEAN y Perspectivas para una Futura Cooperación de América Latina con los PIN's y ASEAN.

La Conferencia aprobó entre otras propuestas, la siguiente recomendación:

Recomendación de la Conferencia

La Conferencia Internacional Pesquera Latinoamericana y de las Naciones Isleñas del Pacífico.

Considerando:

Que la Agencia Pesquera del Pacífico Sur (FFA) ha presentado ante la Conferencia la "Propuesta para una Cooperación en el Manejo y Desarrollo de la pesca de Atún entre América Latina y las Naciones Isleñas del Pacífico" (Doc. LATIN PIN/030).

Que, así mismo, se han considerado posibilidades de cooperación en otros ámbitos del desarrollo pesquero y se ha acordado que deben desplegarse mayores esfuerzos para explorar las oportunidades de cooperación entre las Naciones Isleñas del Pacífico y los países ribereños del Pacífico de América Latina teniendo en cuenta los derechos de soberanía que tienen sobre la totalidad de los recursos existentes en sus "aguas jurisdiccionales, inclusive las especies altamente migratorias"

Recomienda:

1. Que la CPPS y OLDEPESCA eleven la propuesta de los PIN a sus respectivos gobiernos para estudios y consulta;
2. Que la CPPS y OLDEPESCA consulten asimismo, con sus respectivos gobiernos, la conveniencia de celebrar una reunión relativa a los problemas que comparten los PIN y los países ribereños del Pacífico de América Latina en el manejo pesquero y materias propias de dicho sector, la misma que sería auspiciada conjuntamente por la CPPS, OLDEPESCA, FFA y SPC;
3. Que los Estados Miembros analicen las perspectivas de establecer un mecanismo de carácter consultivo relacionado por un lado con los organismos de las Naciones Isleñas del Pacífico y de otro lado los países ribereños del Pacífico de América Latina en lo relativo a tales materias para ser tratado en la mencionada reunión;
4. Que de prosperar dicha iniciativa, se invite a tal reunión a observadores provenientes de los Estados Miembros de la ASEAN a fin de que participen en ese mecanismo.
5. Efectuar la mencionada reunión una vez que las Organizaciones auspiciadoras hayan consultado a sus respectivos Estados Miembros la conveniencia de realizarla, así como la fecha y sede que acuerden mutuamente.

Posteriormente en la reunión en Lima, esta cooperación tri-regional de países latinoamericanos ribereños del Pacífico, las Naciones Islas del Pacífico y los países de la ASEAN, se ha reafirmado. En efecto, al crearse recientemente en Manila, el Western Pacific Fisheries Committee —WPFC— organización internacional no gubernamental cuyo propósito es promover la cooperación en el área pesquera entre el Sudeste Asiático y el Pacífico Sur —los países latinoamericanos costeros del Pacífico y sus organizaciones regionales, —la CPPS entre otras— adquirieron el estatuto de observadores especiales ante la WPFC.

Con lo anterior, se produce una mayor vinculación entre América Latina, los países isleños de la Cuenca del Pacífico y los países de la ASEAN.

Ya Chile se ha ofrecido a ser sede de la próxima reunión internacional que se celebrará para formalizarse un mecanismo consultivo permanente entre los países latinoamericanos del Pacífico, las naciones isleñas de la Cuenca, con la presencia de los países de la ASEAN, como observadores.

En otra área donde los países de ambas riberas del Pacífico enfrentamos experiencias similares, que puede dar origen a una estrecha vinculación con los países de la Cuenca, es en la pesca del atún.

La pesca de esta especie altamente migratoria que ha enfrentado a los países de la CPPS con las embarcaciones pesqueras de los países desarrollados, que han desconocido los derechos de los Estados ribereños consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, ha impulsado a nuestros países a concluir recientemente en Guatemala, un Proyecto de Convenio que regula la conservación, protección y óptima utilización del atún en el área de su desplazamiento, tanto dentro del mar adyacente a nuestras costas hasta 200 millas, como en las correspondientes áreas de alta mar adyacentes a ellas. Se ha citado a una reunión que se celebrará en Lima, en abril de 1989, a una Reunión de Plenipotenciarios que considerará la suscripción de este Convenio y que Crea la Organización Atunera del Pacífico Oriental.

Esta regulación legal del atún efectuada por los Estados ribereños del Pacífico Oriental, puede servir como medio para el intercambio de experiencias e informaciones con Estados ribereños del Pacífico Occidental, que enfrentan similares situaciones con las grandes flotas de países pesqueros que atentan contra la conservación del recurso.

Otro campo de cooperación con los países de la Cuenca se encuentra en el aprovechamiento de los recursos marinos en los fondos marinos y oceánicos.

La Convención de las Naciones Unidas, de 1982, al declarar la Zona y sus recursos como patrimonio común de la humanidad, ha desafiado la capacidad tecnológica de los países en desarrollo, los que deben capacitarse para el pronto y útil aprovechamiento de estos recursos. La reciente inscripción de la India, Francia, Japón y la Unión Soviética, como primeros inversionistas, acelerará el interés de la comunidad internacional para realizar trabajos de exploración y explotación de la Zona.

La CPPS está consciente de la necesidad de avanzar en los aspectos tecnológicos, jurídicos y económicos que ofrece dicha área. De aquí que

haya celebrado en Cartagena, Colombia, en el mes de septiembre de 1987, un Seminario-Taller sobre el aprovechamiento de los recursos situados en los fondos marinos y oceánicos, con el fin de realizar un diagnóstico e incrementar la capacidad y conocimiento de las técnicas de nuestra región en la utilización de dichos recursos.

Como consecuencia de este seminario la CPPS ha convocado a una Reunión de los Grupos de Cooperación en Minería Oceánica en el Pacífico Sudeste, en Quito, en el mes de junio de 1989. Estos Grupos son los siguientes:

Grupo de Cooperación en la Planificación de los Usos del Mar; Grupo de Cooperación en Investigación Científica, Grupo de Cooperación en Prevención y Control de la Contaminación Marina, Grupo de Cooperación en Tecnología y Grupo de Cooperación en Aspectos Legales.

Este evento contará con la participación de 5 expertos de cada país y cuenta con el copatrocinio del PNUMA, COI, CEPAL y la Oficina de las Naciones Unidas para Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar.

Son objetivos a largo plazo de esta Reunión: Promover la cooperación entre los países de la CPPS en el campo de la minería oceánica y en el de la planificación de los usos del mar y armonizar las actividades de los países de la CPPS en materia de investigación científica, adquisición de tecnología marina, prevención y control ambiental y formulación de legislación en el campo de la minería oceánica.

Son objetivos a corto plazo los siguientes:

1. Identificar áreas y mecanismos de cooperación para el desarrollo de los recursos minerales marinos en las áreas marítimas de los Estados y más allá de éstas;
2. Identificar áreas y mecanismos de cooperación en los aspectos regionales de la planificación de los usos del mar en las áreas marítimas de los Estados;
3. Realizar cursos de capacitación en minería oceánica, en sus aspectos científicos, técnicos, ambientales y jurídicos, con el fin de preparar expertos en este campo; y
4. Realizar cursos de capacitación en la planificación de los usos del mar, con el fin de familiarizar a los planificadores gubernamen-

tales y funcionarios responsables con el concepto de planificación integrada de los usos y recursos del mar, tanto en los aspectos regionales como dentro del marco de la planificación nacional.

Es este campo el que requiere, muy especialmente, la acción mancomunada de los países de la Cuenca, en sus aspectos legales, tecnológicos y de administración.

Una acción separada y duplicada, nos dejaría inermes ante el arrollador avance de los países desarrollados. Un trabajo conjunto posibilitará el funcionamiento efectivo de la Empresa creada por la Convención sobre el Derecho del Mar.

Se requiere así un trabajo cooperativo en el campo de la investigación científica y un intercambio de tecnología y experiencias en el área de la Minería Oceánica.

El acercamiento de la CPPS a los países y organizaciones de la Cuenca del Pacífico se ha visto facilitado últimamente, por la posición asumida en toda la región ante los ensayos nucleares franceses en Mururoa.

Las reiteradas protestas de la CPPS respecto a estos ensayos, han sido acogidas favorablemente por los países de la Cuenca, principalmente Australia y Nueva Zelanda. Igualmente, el Foro del Pacífico, en una de sus recientes reuniones recomendó que se mantuviera una estrecha coordinación con la CPPS en esta materia. Asimismo, el gobierno de Nueva Zelanda se ha mantenido en estrecho contacto con nuestro organismo, y se han estudiado acciones comunes que pueden emprenderse sobre el particular.

El reciente Tratado de Rarotonga, que crea una zona desnuclearizada en el Pacífico Sur, de 1985, actualmente vigente, y la Convención SPREP para la Protección y Desarrollo de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente en el Pacífico Sur, de 1986, abren interesantes perspectivas de cooperación en el área en lo tocante al vertimiento de desechos radioactivos u otros materiales radioactivos.

El Seminario-Taller sobre la Contaminación Radioactiva en el Pacífico Sudeste, celebrado en Santiago, los días 17 al 20 de junio de 1987, bajo los auspicios de la CPPS/PNUMA y CEPAL, constató que la Contaminación Radioactiva en el mar puede tener su origen en diversas fuentes, tales como explosiones nucleares, vertimientos y descargas a través de la atmósfera, los ríos, los estuarios, y colectores de diversos

usos y otras formas que tengan efecto en el mar. Con el fin de prevenir, controlar y reducir estos problemas, los países de la región deberían adherir a los postulados de diversos convenios celebrados sobre el particular, e instar a las potencias nucleares a que conformen sus acciones a las disposiciones y principios contenidos en dichos instrumentos.

Manifestó, asimismo, la importancia del Tratado del Tlatelolco, en mantener América Latina, en su área de aplicación, como zona libre de armas nucleares y formuló un llamado para que todas las potencias nucleares tomen parte en este instrumento.

Asimismo, analizó la recomendación adoptada en la X Conferencia General de OPANAL (Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe), Montevideo, abril de 1987, con el fin de examinar un posible Protocolo complementario al Tratado de Tlatelolco, que prohíba el depósito (ya sea por vertimiento, enterramiento y cualquier otro medio) de desechos radioactivos y otros materiales en los mares adyacentes a los espacios continentales e insulares de América Latina y el Caribe.

Destacó asimismo, la importancia de que la Comisión Permanente del Pacífico Sur continúe formulando protestas automáticas ante las explosiones nucleares que se realicen en el Arca del Pacífico, teniendo en consideración sus efectos dañinos en el Medio Marino.

En cuanto a los vertimientos, depósitos o enterramientos de desechos radioactivos, expresó el rechazo a su práctica en los espacios marítimos del Área del Pacífico, por sus graves consecuencias y efectos dañinos en el medio marino.

A este respecto se recomendó a la Autoridad General del Plan de Acción Regional PNUMA/CPPS, que adopte medidas para que los países partes en el mismo se abstengan de acciones directas o indirectas tendientes a realizar, asistir o estimular la descarga de desechos radioactivos u otras materias en el mar.

Además, teniendo en consideración la existencia del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias, 1972 (Convenio de Vertimiento de Londres), recomendó que los Estados del Pacífico Sudeste adopten las medidas para llegar a ser partes de éste, dado que contiene mecanismos jurídicos apropiados para la regulación de esta actividad.

Recomendó asimismo a las partes contratantes del Convenio que apoyen la iniciativa presentada por Kiribati y Nauru tendiente a que la referencia contenida en el Anexo Segundo, respecto de los desechos de nivel radioactivo bajo sea incorporado al Anexo Primero del Convenio, de manera que su vertimiento esté totalmente prohibido. Reiteró el principio de que el término "vertimiento" implica cualquier forma de depósito en el suelo y subsuelo marino. A fin de que los países partes en el Plan de Acción adopten prontas medidas en esta materia, se recomendó la celebración de un Protocolo complementario de la Convención de Lima de 1981, que contemple estos principios.

En este ámbito recomendó que los países miembros del Plan de Acción adopten como normas obligatorias para los buques de bandera nacional y otros que recalen en Puertos de su jurisdicción, las contenidas en el Código Marítimo Internacional de Transporte de Mercancías Peligrosas, de la OMI.

En cuanto al seguimiento de los aspectos jurídicos involucrados en la contaminación radioactiva, destacó que la celebración de convenios y la adopción de normas nacionales en materia nuclear y de protección contra la contaminación radioactiva requiere de un esfuerzo especial de información y entrenamiento de personal que opere en distintos niveles, para facilitar una correcta aplicación. Se recomendó sobre este punto realizar un curso de divulgación, entrenamiento y capacitación con este objetivo, en el marco del Plan de Acción. La UCR¹⁰ debería procurar la operación de un centro de documentación que sirva de apoyo a esta actividad. A este respecto el Seminario-Taller recomendó que uno de los estudios incorporados por la Asamblea General de Naciones Unidas al Subprograma de Recursos Marinos a ser ejecutado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, y que se refiere a temas de interés para la Comisión Permanente del Pacífico Sur, tenga por objeto recomendaciones sobre esta instancia.

Al mismo tiempo, la UCR, debería estimular su vinculación dentro de la Cuenca del Pacífico, con los Organismos competentes en asuntos marítimos, y aquéllos competentes en asuntos nucleares, a fin de conocer

¹⁰ Unidad Coordinadora Regional del Plan de Acción PNUMA-CPPS. La Secretaría General de la CPPS actúa como UCR.

y aprovechar su experiencia en la aplicación de nuevos instrumentos jurídicos, tales como el Acuerdo de Rarotonga, de 1985, que establece una Zona Desnuclearizada en el Pacífico Sur, y la Convención para la Protección y Desarrollo de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente en la Región del Pacífico Sur (SPREP), de 1986.

Para este efecto la UCR deberá organizar una reunión de expertos legales con los países de la Cuenca del Pacífico que participan en esos convenios, con el fin de analizarlos y estudiar sus alcances en la protección del ambiente marino contra la contaminación radioactiva.

Para el cumplimiento de esta última recomendación, la CPPS ha contemplado en su calendario de actividades esta reunión de expertos legales, a la que se invitarán también a aquellos pertenecientes a países de la Cuenca.

En efecto, esta Reunión tendrá lugar en Cali en marzo de 1989, y cuenta con el patrocinio del PNUMA. Se estudiará un Protocolo Regional preparado por la Secretaría General de la CPPS para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radioactiva y se preparará un Plan Regional de Vigilancia de la Contaminación Radioactiva en la Región.

Una especial oportunidad de vinculación con los países de la Cuenca, plantea la petición efectuada recientemente por la Cancillería del Perú a la CPPS, de enviar una Misión Científica al Atolón de Mururoa, y a las áreas aledañas, con el objeto de verificar "el carácter inocuo de esas explosiones nucleares y, por ende, garantizar que los niveles de radioactividad están por debajo de los límites internacionales tolerables y que no constituyen peligro alguno para la preservación del ecosistema en esa parte del orbe".

Como lo anotó el Perú, en su petición, en la ejecución de esta iniciativa, la CPPS podría solicitar el apoyo de los Estados Miembros del Foro del Pacífico Sur.

Esta iniciativa busca reeditar la Misión Científica encabezada por el científico neozelandés H. Axkinson, quien viajó al Atolón de Mururoa del 25 al 29 de octubre de 1983.

En 1987, el Profesor O'Sullivan de la Universidad de Auckland, puso en duda las conclusiones de la Misión efectuada en 1983, cuyo

informe expresaba sólo pequeñas dudas sobre la seguridad de los experimentos franceses y sus conclusiones aprobaban la defensa del gobierno francés. Expresó O'Sullivan la posibilidad de que la filtración de material radioactivo en el Atolón puede ser mayor y ocurrir antes que lo previsto por Francia y la Misión de 1983.

La anterior divergencia, ha llevado a Nueva Zelandia a promover la integración de un nuevo grupo de investigadores, que resuelva definitivamente los efectos de las explosiones nucleares francesas en el área.

Una forma de vinculación de la CPPS en este campo, sería constituir un grupo de investigadores de los países miembros del Sistema del Pacífico Sur que en unión con aquellos países de la Cuenca, estudien conjuntamente los efectos de las referidas explosiones en el medio marino.

En las reuniones sobre la Cuenca a que ha asistido la CPPS, uno de los tópicos más generalizados y debatidos es el alto grado de desconocimiento mutuo existente entre los países latinoamericanos y los del Este Asiático y Pacífico Insular. Particularmente para estos últimos, los países latinoamericanos son completamente desconocidos.

Por su parte, los países del Este Asiático miran a Latinoamérica como un todo de relativa homogeneidad, desconociendo la diversidad cultural y económica existente en ella.

Con el objeto de superar este desconocimiento, la XVII Reunión Ordinaria de la CPPS, celebrada en 1983, señaló programas concretos de vinculación con países, entidades y organismos existentes en la Cuenca, en las siguientes áreas: "*Derecho y Ciencia del Mar*". Se desea vincular a todos los centros del Pacífico que se ocupan de estas disciplinas, buscándose una coordinación institucionalizada e intercambiándose experiencias e informaciones de utilidad;

Tecnología en Actividades Marinas. Se pretende iniciar programas en los siguientes ámbitos:

- i. Captación de Tecnología marina de aquellos países que poseen un mayor grado de desarrollo tecnológico, así como de los organismos y entidades internacionales que sirven estos propósitos.

- ii. Intercambio de tecnología y experiencia con aquellos países de similar nivel tecnológico a los que integran la CPPS.
- iii. Transferencia de tecnologías y experiencias de los países de la CPPS hacia aquellos países de la Cuenca que la requieran en razón a su menor grado de desarrollo tecnológico.

Colaboración y Coordinación Económica con países y organismos, con el objeto de lograr esquemas de vinculación transpacífica con miras a la utilización óptima de los recursos marinos de toda la Cuenca.

Políticas comunes entre regiones susceptibles de ser aplicadas a toda la Cuenca del Pacífico, en materia de conservación del medio marino y preservación de las especies que allí habitan.

Un acto reciente, de especial trascendencia para la vinculación de la CPPS con los países de la Cuenca ha sido la reciente visita efectuada a China, por el Secretario General de nuestra organización, correspondiendo a una invitación extendida por el Gobierno de dicho país.

Como consecuencia de esta invitación, se suscribió un Acuerdo de Cooperación entre la Administración del Mar de la República Popular China y la CPPS, mediante el cual se reconoce que ambas Partes tienen los mismos deseos de llevar a cabo programas de cooperación en el campo oceánico y sus aspectos conexos y se reafirma sus intereses incidentes en el desarrollo de los vínculos de cooperación de los países ribereños de la Cuenca del Pacífico.

Con tal fin, las Partes consideran conveniente institucionalizar las relaciones de cooperación con el fin de promover una mejor coordinación en las diferentes actividades realizadas en las áreas de sus respectivos intereses.

En consecuencia, se establece una adecuada coordinación en los programas que tanto la Administración Estatal del Mar de China y la CPPS realizan en el campo oceánico y sus aspectos conexos, realizándose al efecto consultas mutuas y promoviéndose una amplia cooperación oceánica e intercambio de informaciones. Se prestarán, asimismo la asesoría técnica necesaria a los diferentes programas en las áreas objeto del Convenio.

En este Convenio se hace una expresa referencia al hecho de que "Ambas Partes se prestarán una estrecha cooperación con las actividades oceánicas que desarrollan en la Cuenca del Pacífico".

Este es el primer Convenio celebrado por la CPPS con un órgano estatal de un país determinado, y abre nuevas posibilidades de cooperación en el campo científico y sus áreas: - Protección, conservación y aprovechamiento de los recursos del mar, ordenación y desarrollo de las pesquerías, protección, conservación y preservación del medio marino, investigación científica marina, desarrollo y transmisión de tecnología marina, formación de personal científico y técnico, producción de energía derivada de las aguas, minería oceánica, etc.

Recientemente, una Misión China visitó los cuatro países de la CPSS y dentro del marco legal del mencionado Convenio, estudió la posibilidad de suscribir Convenios bilaterales con las entidades competentes de la región.

Con Corea y Japón se estudian Convenios similares, lo que iría creando para la CPPS un amplio campo de cooperación con los países de la Cuenca.

Asimismo, el programa científico del estudio del Fenómeno de "El Niño" (ERFEN), catalogado por la COI como el mejor programa de desarrollo de investigación científica de carácter regional, representa un medio para vincular a toda la comunidad científica de la región, ya que es un fenómeno que afecta a grandes zonas del área y produce un impacto directo y profundo en las pesquerías del Océano Pacífico.

A raíz de la firma del Acuerdo de Cooperación entre CPPS y la Administración Estatal del Mar de la República Popular China, se expresó en Memorandum explicativo del Acuerdo que las partes promoverán la cooperación, principalmente, en la Investigación del Fenómeno "El Niño". Se comprometen a elaborar, próximamente, un Plan de Ejecución del Acuerdo suscripto, con el fin de concretar, progresivamente, los programas de cooperación que se derivan de él.

En relación a la Cuenca del Pacífico la CPPS ha servido como catalizador para despertar el interés de los gobiernos que la integran en considerar, como uno de los puntos principales de su política internacional, el acercamiento a los países ribereños de la Cuenca. En este

sentido, la Declaración de Viña del Mar, suscrita por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países del Sistema del Pacífico Sur, en 1984, marca un hito al despertar el interés de nuestros países en la región bañada por el Océano Pacífico.

Este esfuerzo cooperativo que impulsa la CPPS con los Estados que la integran, hacia la Cuenca del Pacífico, podría aumentarse incorporando a más Estados Latinoamericanos.

Los Ministros de Relaciones Exteriores de los países de la CPPS en la Declaración de Viña de 1984, —Sección VI— consideran que “los demás países latinoamericanos del Pacífico participan de los mismos intereses fundamentales para los países miembros del Sistema Marítimo del Pacífico Sudeste y declaran que es deseable aunar esfuerzos para desarrollar políticas comunes en lo que se refiere a la Cuenca del Océano Pacífico”.

Panamá está ya vinculado a la CPPS a través del Plan de Acción Regional PNUMA-CPPS y ha acreditado un observador permanente ante nuestra organización, lo que significa que está ya cooperando con las actividades del Sistema del Pacífico Sur.

Asimismo, se ha invitado a Costa Rica nombrar un Coordinador permanente ante la CPPS.

Nuestra Organización, por otra parte, ha propuesto un Convenio de Cooperación a la Universidad para la Paz de las Naciones Unidas con sede en Costa Rica y se está proyectando realizar actividades en conjunto con dicha entidad, lo que iría facilitando la posibilidad de desarrollar futuros proyectos con los países centroamericanos, entre ellos, algunos relativos a la Cuenca.

La CPPS se encuentra adecuando su estructura orgánica y funcional, con el fin de asumir las nuevas tareas que se le ha encomendado, principalmente las relativas a su proyección hacia la Cuenca del Pacífico.

Es así, que se ha propuesto la creación de una Secretaría de Desarrollo Económico y Tecnológico, cuyas líneas de acción prioritarias serían las siguientes:

- Proyectos específicos.
- Estudios Económicos y Sociales.
- Asuntos empresariales y comerciales.

- Tecnología.
- Estadísticas aplicadas.

La CPPS asumiría así, a través de esta nueva Secretaría, nuevas tareas; conocer y aprovechar las oportunidades económicas que ofrece la Cuenca del Pacífico para los países que la integran y para aquellos que se encuentran ya asociados a sus actividades.

Se iniciaría así, una nueva etapa en las actividades del Sistema del Pacífico Sur, al aprobarse la reestructuración orgánica y funcional de la CPPS.

LUCHA CONTRA LAS DROGAS SIN DESTRUIR EL SISTEMA INTERAMERICANO

por JAVIER ILLANES F.

El problema de la producción, tráfico y consumo ilícitos de drogas y estupefacientes es una de las preocupaciones más serias en nuestro Hemisferio y no obstante informaciones recientes esperanzadoras en el sentido de que se estaría estabilizando el consumo, es más prudente prever que la magnitud de este flagelo seguirá siendo muy grave si es que no aumenta en los próximos años.

Es interesante citar la apreciación que sobre la materia nos da un reciente informe del "Diálogo Interamericano":

"El uso ilícito de drogas no es un problema sólo de los Estados Unidos. A través de gran parte de América Latina y del Caribe el uso de narcóticos ha estado creciendo rápidamente en los últimos años. Colombia, por ejemplo, puede tener un número mayor de adictos a la cocaína per capita que los Estados Unidos.

El problema de los narcóticos es, en realidad, dos grupos de problemas. El primero es el daño social causado por el abuso de las drogas, el cual está mezclado con los males que aquejan a todos los países en las Américas —pobreza, crimen, malas escuelas y la erosión de la autoridad. El segundo, es el crimen y la corrupción que resultan de que las drogas sean ilegales, y así se generan enormes provechos de su tráfico ilícito. La Comisión Presidencial de los Estados Unidos sobre Crimen Organizado estima que las ventas de narcóticos totalizaron más de 100 mil millones de dólares en los Estados Unidos, o sea el doble de lo que este país gastó en petróleo.

* Embajador de Chile ante la O.E.A. Miembro correspondiente de la AADI.

Cuando los narco-dólares compran a policías, tribunales o representantes elegidos, se desmoronan los cimientos del régimen democrático. En las tambaleantes democracias de América Latina, cuando los policías reciben ofertas de muchas veces su salario anual para ignorar negocios de drogas, o cuando jueces honestos arriesgan la muerte por juzgar casos de narcotráfico, la amenaza contra el sistema de gobierno representativo es particularmente seria.

Ninguno de estos grupos de problemas puede ser resuelto mágicamente. Ninguna "guerra contra las drogas" producirá grandes victorias muy pronto y debemos sospechar cuando se nos hacen declaraciones en este sentido.

Sin embargo, una mejor comprensión del problema de los narcóticos puede ayudar a los Estados Unidos y a América Latina a lograr una aproximación más realista y cooperativa para enfocar este problema que comparten¹.

Por su propia naturaleza este es un problema interamericano. En este hemisferio encontramos algunos países latinoamericanos que se encuentran entre los principales productores mundiales de drogas así como el consumidor número uno. Otros, en la región son países de tránsito para las drogas y sus precursores químicos o bien centros de lavado de los capitales que se generan con el tráfico ilícito.

Esta situación nos indica muy claramente que la lucha contra este mal debe tener también una dimensión hemisférica.

Son bien conocidos los esfuerzos hechos por las naciones del Continente en su lucha interna contra las drogas, a menudo al precio de vidas de dedicados servidores públicos así como con elevado costo financiero. Se han dado pasos valiosos hacia la internacionalización y la mayor eficacia en la lucha contra la droga dentro del Sistema Interamericano con la adopción del "Programa de Acción de Río de Janeiro" y la creación de la CICAD (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas).

A mediados de 1988, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, Sr. Ricardo García, en una carta dirigida a sus colegas los Cancilleres de los países miembros de la OEA, expresaba su convicción de que trabajando juntos, con espíritu de cooperación y solidaridad para

¹ "The Americans in 1988, a time for choices". Un informe del Inter-American Dialogue. The Aspen Institute for Humanistic Studies. University Press of America Inc. pp. 41, 42 (traducción del autor).

derrotar y erradicar el tráfico de narcóticos y la drogadicción, los países de la región podrían lograr, al mismo tiempo, el fortalecimiento de las bases jurídicas y políticas de la armonía hemisférica.

Al mismo tiempo, expresaba preocupación por algunas serias dificultades que surgen de diferencias de enfoque respecto del problema por parte de los Estados Unidos, por una parte, y de las otras naciones miembros del Sistema Interamericano, por la otra. Así, señalaba que mientras es cierto que todos nosotros estamos firmemente comprometidos a luchar contra el narcotráfico con todos los medios de que disponemos, hay discrepancias entre nuestros sistemas judiciales, nuestros procedimientos de extradición y en otras áreas que causan que tengamos evaluaciones distintas cuando llegamos a casos específicos.

A este respecto, en un reciente artículo publicado en la prestigiosa revista "Foreign Affairs", el experto norteamericano Sr. Bruce Bagley se refiere a este delicado aspecto del problema:

"Washington ve el problema de la droga con el enfoque de que hay que eliminarla en la fuente de producción y refinamiento o capturarla antes de que llegue a las costas norteamericanas. Las políticas internacionales que ha promovido en Colombia, como en el resto de América Latina y del Tercer Mundo, incluyen programas de erradicación, sustitución de cosechas, interdicción y fortalecimiento de la acción policial y judicial.

Dada la intensidad actual de los sentimientos antidrogas en los Estados Unidos y la presión política para "hacer algo" contra esta plaga, las soluciones en la fuente de producción que Washington preconiza en Colombia y otros países parecen lógicas desde la perspectiva norteamericana. Sin embargo, a menudo falta en los Estados Unidos la comprensión de que Colombia, como otros países latinoamericanos, confrontan ellos mismos problemas relacionados con las drogas igualmente terribles. Estos países ven la necesidad de equilibrar los esfuerzos del lado del aprovisionamiento con un énfasis mayor del lado de la demanda-consumo en los Estados Unidos si es que se ha de avanzar en esta lucha contra el tráfico de drogas"².

² Bruce M. Bagley, "Colombia and the War on Drugs". Foreign Affairs, fall 1988, p. 71.

En los últimos años se han ido haciendo más graves y frecuentes los casos de confrontación entre los Estados Unidos y países latinoamericanos con motivo de la lucha contra la droga. Sería estéril entrar a un recuento detallado de esas discrepancias. Bástenos decir que cuando se suscitan estas disputas entre los Gobiernos, generalmente, se producen también reacciones emocionales en las opiniones públicas que complican la búsqueda de soluciones de entendimiento. Por un lado, surgen acusaciones de falta de decisión, efectividad y hasta corrupción en la represión de la producción o tráfico por autoridades en los países latinoamericanos. Por el otro, dichos países ven estas acusaciones, en muchos casos con razón, como manifestaciones de un intervencionismo norteamericano que se creía históricamente superado. Los debates y mútuas recriminaciones pueden llevar a serios enfrentamientos que perjudiquen de manera grave la convivencia de nuestros países y el funcionamiento del Sistema Interamericano.

Aparece, pues, evidente que deberemos hacer mayores esfuerzos para evitar esta preocupante situación. Deberíamos examinar la manera en que nuestras energías y la legítima indignación que despierta el drama de la droga puedan ser encauzadas a través de canales legales y ojalá técnicos, desprovistos de carga política, de manera de conseguir el apropiado juzgamiento y castigo de aquellos responsables y no una confrontación entre Estados y Gobiernos.

Lo que se requiere es hacer la lucha contra los narcóticos más eficiente, por una parte, y crear mecanismos diseñados para prevenir que tal lucha, al final, termine por destruir el principio de la no-intervención y socavar las relaciones hemisféricas.

Existen tratados en vigor, tales como la Convención Unica sobre Narcóticos de 1961, enmendada en 1972, la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y el Acuerdo Sudamericano sobre Narcóticos y Sicotrópicas de 1973. El 20 de diciembre de 1988 se aprobó en Viena una "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas". Parece relevante armonizar todas estas normas y mecanismos con las nuevas instituciones creadas por el Sistema Interamericano a fin de hacer la guerra contra las drogas más efectiva y promover su realización sin detrimento de la soberanía e independencia de los Estados.

Probablemente hay varios caminos para buscar este objetivo. Hemos

sugerido, concretamente, dos propuestas que parecen factibles en el corto y mediano plazo.

La primera de estas propuestas consiste en preparar una Convención Interamericana contra la Producción, Tráfico y Consumo Ilícito de Drogas. El hecho de pactarse en un ámbito regional, en el que existe una mucho mayor uniformidad y afinidad cultural y jurídica que el ámbito mundial, seguramente permitiría que esta Convención Interamericana fuese considerablemente más concreta y específica que la aprobada por Naciones Unidas en Viena. Específicamente, tal instrumento podría, por ejemplo, contener una definición uniforme del crimen del narcotráfico en todas sus variables, definición aplicable "ipso facto" en todos los países ratificantes sin necesidad de una tipificación especial en sus códigos penales. Ello resolvería una serie de dificultades que se presentan actualmente. Asimismo, la referida convención podría enfrentar el problema de la extradición para crear un régimen eficiente destinado a solucionar los serios conflictos internacionales que se producen en esta área. Seguramente, esto podría lograrse mediante la creación de una jurisdicción universal para juzgar estos delitos, y el deber de enjuiciar y castigar al delincuente que el país requerido no desea entregar.

La segunda propuesta ampliaría, considerablemente, los poderes y mecanismos de la CICAD a fin de dar a este órgano un rol fundamental en la lucha hemisférica contra las drogas. En este esfuerzo, ya se logró en la Asamblea General de la O.E.A., celebrada en noviembre último en El Salvador, la ampliación del número de miembros de la CICAD, a fin de comprometer a todos en esta lucha e impartirle, así, una dimensión política que permita trascender el actual nivel técnico que tiene la Comisión.

Las facultades de la CICAD deberían también ser revisadas y fortalecidas para hacer de ella un órgano realmente importante y, eventualmente, capaz de evaluar los avances, imperfecciones o fracasos de los esfuerzos individuales o colectivos contra las drogas. Esta capacidad de evaluación, si se utiliza de una manera seria, justa y equitativa, debería ayudar poderosamente a superar el problema que suscitan hoy los juicios unilaterales del Senado norteamericano, con serias y contraproducentes consecuencias para la cooperación y el entendimiento hemisféricos.

El Sr. Bagley, en su artículo mencionado en las páginas precedentes, propone varias opciones para aumentar la eficacia de la lucha contra

las drogas en el Hemisferio. El pone énfasis en un aumento sustancial de fondos por los Estados Unidos, tanto para ayudar en acciones de cumplimiento de la ley por los países latinoamericanos, como para ofrecer alternativas económicas viables al comercio de drogas (sustitución de cosechas y subsidio en dinero para los agricultores productores de drogas). Al mismo tiempo, está conciente, como lo está el "Diálogo Interamericano", de las dimensiones políticas del problema en el Hemisferio e insiste en que:

"no hay duda que los Estados Unidos necesitan controlar más efectivamente su demanda si es que desean obtener éxito real en la lucha contra las drogas. Mientras las ganancias sigan siendo tan grandes, las drogas ilícitas continuarán siendo contrabandeadas en los Estados Unidos desde los países empobrecidos del tercer mundo.

Pretender vincular la reducción de la demanda a progresos en la aplicación de la ley (represión de producción y tráfico), como lo plantea actualmente Estados Unidos, es una estrategia llena de peligros para los países productores. Con esta política, Estados Unidos se pondría duro no sólo dentro de sus fronteras para reprimir la droga sino también con los Gobiernos latinoamericanos y caribeños que no satisfacen plenamente sus expectativas.

Se necesita, por el contrario, menos retórica y más diplomacia que permitirían una mayor cooperación norteamericana con los países latinoamericanos cuyo apoyo activo es indispensable".³

En conclusión, debemos poner énfasis en que si queremos ganar la guerra contra las drogas en nuestro Continente debemos esforzarnos no solamente en planear y financiar adecuadamente el gigantesco esfuerzo requerido —lo que es esencial— sino también evitar la confrontación entre nuestros países, y gobiernos y, en cambio, promover la cooperación hemisférica, el respeto y la comprensión, que son los elementos fundamentales para el éxito de esta empresa histórica.

³ Bagley. op. cit. p. 92.

**“EL DERECHO DE LIBRE DETERMINACION DE LOS PUEBLOS:
COLONIALISMO FORMAL. NEOCOLONIALISMO.
COLONIALISMO INTERNO”**

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

PARTE I

**UBICACION DEL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACION DE LOS PUEBLOS
EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO**

1 - Concepto de libre determinación

Los vocablos “libre determinación” y “autodeterminación” suelen emplearse como sinónimos. El término “autodeterminación” reapareció durante la Primer Guerra Mundial cuando los movimientos nacionalistas desempolvaban la expresión alemana “Selbstbestimmungsrecht”, que había sido empleada por los filósofos alemanes radicales a partir de 1848.

El principio, nacido formalmente en la Revolución Francesa, se conformó durante la Primer Guerra Mundial bajo una faceta particular: como principio de las nacionalidades. Este principio si bien emparentado con el de la libre determinación es distinto; no hay oposición entre ambos pero sí un enfoque diferente.

El principio de las nacionalidades propugnaba otorgar a cada “pueblo” un Estado propio e independiente. Se partía de la necesaria identificación entre Estado y Nación.

El principio de libre determinación, en cambio, no exige necesariamente la creación de un Estado independiente para cada pueblo, sino que pone su acento en que sea el pueblo mismo quien decida su propio destino. En la autodeterminación el derecho de separarse del Estado para formar uno nuevo o para unirse a otro, se ha ido dando sólo a modo de excepción y bajo ciertas circunstancias.

Este principio ha sido interpretado restrictivamente, especialmente por el riesgo que pudiese ser entendido por las diferentes poblaciones y etnias como la consagración de un derecho ilimitado de secesión, lo que se ha querido conjurar mediante distintas resoluciones de las Naciones Unidas¹. Es obvio que si el principio ha nacido por la voluntad de los Estados, no lo ha sido con el propósito de autodestruirse sino como compromiso de cumplir con ciertos deberes ya imposibles de desconocer, cuyo respeto, a su vez, les asegura su propia soberanía e integridad territorial.

El principio de igualdad de derechos y libre determinación, enunciado en los arts. 1 (2) y 55 de la Carta de Naciones Unidas, consiste en la facultad de elegir sin condicionamientos el status político y conducir el propio desarrollo económico, social y cultural.

La Resolución 1514 (XV) - "Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales" expresa:

"2-Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

En igual sentido la Resolución 2625 (XXV), párrafo primero del principio referente a la igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, dispone:

"En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin ingerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado

¹ Vg. la Resolución 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", que en el párrafo séptimo, referente al principio de la igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos, establece:

"Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color".

tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”.

Cuando se hace referencia al derecho de determinar libremente el status político, el principio abarca dos aspectos: a) el interno, que implica el derecho a elegir el propio régimen político; b) el aspecto internacional: el derecho a elegir la propia estructura estatal del punto de vista internacional.

Los aspectos económicos incluyen no sólo la selección sin interferencias del propio sistema sino también el derecho a la permanente soberanía sobre las riquezas y los recursos naturales.

Los aspectos sociales implican la posibilidad de elegir el propio sistema social conforme las tradiciones y las características particulares, como así también la promoción de la justicia social, la instauración de un régimen sin discriminaciones.

La determinación del régimen cultural significa el respeto, disfrute y enriquecimiento de la herencia cultural y la afirmación del derecho de todos los miembros a la educación y a la cultura².

Este último aspecto, el cultural, ha sido criticado por entenderse que establece barreras entre los pueblos en lugar de enriquecerlos con el mutuo contacto. Pero este aspecto y los otros no deben interpretarse en sentido aislacionista, fosilizante, antievolucionista, sino como modo de manifestar la preeminencia de la voluntad popular sobre las presiones de dominación que pudieran darse en los sutiles campos de la economía, la cultura y la vida social.

2 - *Naturaleza jurídica de la libre determinación*

Con anterioridad a la Carta de Naciones Unidas el derecho de los pueblos a la libre determinación se manifestó como un “principio político vago”, observado en circunstancias extrajurídicas en beneficio de la paz del mundo. Encontró aplicación en los casos de formación, transformación o desmembración de Estados a causa de revoluciones o guerras, es decir de situaciones de hecho que escapaban a las reglas normales del

² GROS ESPIELL, H. - “The right to self determination. Implementation of U.N. resolutions. Study prepared by H. GROS ESPIELL, Special Rapporteur of Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities” - N.U., Nueva York, 1980, pág. 22 y sgtes.

derecho positivo. Jamás pudo invocarse cuando la soberanía sobre un territorio estaba claramente definida, ya que de lo contrario hubiera ido contra el concepto mismo de Estado y su soberanía, piedra angular del ordenamiento internacional clásico. Así lo entendieron las dos comisiones que actuaron en el caso de las Islas Aaland³, el Consejo de Sociedad de Naciones y la mayoría de las delegaciones que opinaron en la cuestión.

El Pacto de la Sociedad de Naciones ni siquiera contempló la existencia del principio, en tanto la Carta de Naciones Unidas lo inserta en los arts. 1 (2) y 55.

En Derecho Internacional resulta especialmente difícil demarcar con precisión un principio político internacional, establecer cuando un principio político se transforma en norma jurídica.

Algunas doctrinas, principalmente las sustentadas por las potencias coloniales afirmaban que se trataba de un principio político de la "mayor significación" pero de ninguna manera de una norma jurídica. Entendían que no se trataba de un principio llamado derecho a la libre determinación sino de un mero postulado de las relaciones internacionales que no podía ser reducido a un concepto o artículo. Afirmaban que la Carta reconocía a la libre determinación de los pueblos como un principio conductor de las relaciones internacionales y no como un derecho, que los arts. 1 y 55 de la Carta no representan una codificación del derecho a la libre determinación. Invocaban argumentos de índole semántica tales como que la Carta habla de "principio" de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos y no de "principios", lo cual significa que la Carta se refiere a la observación de ese principio en las relaciones entre Estados, ya que en el plano internacional sólo pueden ser iguales los Estados soberanos. Esta interpretación tan limitada conduciría a reconocer que la Carta redundantemente reitera el mismo principio en dos artículos diferentes: 1 (2) y 2 (1). Aún hoy se esgrime que los derechos deben ser claramente definidos en el sentido de determinar los derechos

³ La Comisión Internacional de Juristas en un informe presentado al Consejo de la Sociedad de Naciones el 5 de setiembre de 1920, estimó que el principio de libre determinación ocupaba un lugar importante en el pensamiento político, especialmente a partir de la Guerra Mundial, pero no se encontraba inscripto en el Pacto y que su inserción en algunos tratados internacionales no bastaba para considerarlo como una de las reglas del Derecho de Gentes.

—La Comisión de Ponentes se declaró conforme con la opinión de la Comisión de Juristas considerando a la libre determinación como un principio de justicia y libertad expresado por una fórmula vaga y general.

y las obligaciones que engendran y que los conceptos pueblo, nación no están lo suficientemente definidos como para saber indubitablemente a quién se refieren como sujetos de derecho; claro que esta crítica podría hacerse a la mayoría de los derechos y deberes en el plano jurídico internacional. Se arguyó asimismo que si se admitiera a este principio como "derecho de los pueblos" se permitiría la intervención en asuntos internos de los Estados en evidente contradicción con el art. 2 (7) de la Carta misma.

Estas afirmaciones olvidan que en un mundo cada vez más interdependiente háy asuntos que preocupan a todos los Estados, en tanto protegen a la humanidad misma y no hay límites internos que sirvan de barrera a las arbitrariedades que atentan contra el hombre y sus derechos individuales y colectivos, ya que ello no es asunto interno del Estado, sino un bien que la comunidad en su totalidad se ve llamada a proteger. Un verdadero derecho de orden público internacional.

Los negadores del valor jurídico del principio de libre determinación desconocen la fuerza vinculatoria de las resoluciones de los órganos de las Naciones Unidas en el sentido que puedan transformar un principio en regla jurídica. No obstante, se opone a tal solución el carácter constitucional de la Carta y el hecho que los principios de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos y cooperación son principios funcionales sustantivos que imponen a los Estados obligaciones.

Toda discusión sobre la transformación en regla jurídica de la autodeterminación de los pueblos se torna innecesaria tras la entrada en vigor de los Pactos sobre derechos humanos, ratificados por un gran número de Estados y adoptados mediante numéricamente significativas votaciones. Así el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por 105 votos sin oposición y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos por 106 votos sin oposición.

El artículo primero de ambos Pactos a modo de reforzamiento de la norma, reitera el mismo texto y consagra al principio de libre determinación de los pueblos como regla jurídica indiscutible:

1. *Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.*
2. *Para el logro de sus 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 basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

3 - *Universalidad del principio*

El principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos se formula siempre en términos de universalidad: para *todos* los pueblos, ya sea que estén constituidos en Estados o no. Ello es consecuencia directa de la igualdad sociológica y ética de todos los pueblos.

En el art. 1 (2) de la Carta de Naciones Unidas expresa:

art. 1. “Los propósitos de las Naciones Unidas son:

1. . . .

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación, y tomar otras medidas adecuadas para favorecer la paz universal”.

El art. 55 perteneciente al Capítulo IX sobre Cooperación internacional económica y social establece:

“Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:”.

La Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV) confirma al principio como un derecho de todos los pueblos reforzando de ese modo los enunciados de la Carta y la práctica de la Organización, la cual a pesar de haberse preocupado eminentemente de la aplicación del principio a los pueblos coloniales, nunca lo redujo expresamente sólo a ellos.

Los Pactos sobre Derechos Humanos, aprobados por la Asamblea General en la Resolución 2200 (XXII), reafirman esta condición, espe-

cialmente al reiterar en ambos Pactos el mismo concepto: "todos los pueblos".

La universalidad del principio no permite deducir que su aplicación debe reducirse a los pueblos de los territorios dependientes o bajo administración de un Estado del que no forman parte integrante, tal como lo interpretaron las propuestas elevadas al Comité Especial de Principios por parte del Reino Unido y los Estados Unidos. Estas propuestas formulaban al principio como un deber de los Estados y al determinar los casos de aplicación, los reducían a supuestos coloniales, territorios en fideicomiso, territorios distintos en orden geográfico y diversos étnica y culturalmente del territorio del Estado que los administraba⁴. Tal posición no concordaba ni con la Carta de N. U. ni con importantes antecedentes como los enunciados de WILSON, o como el punto tercero de la Carta del Atlántico Norte, en la que por declaración conjunta, el Presidente de los Estados Unidos y el Primer Ministro, representante de su Majestad Británica establecieron: . . .

3. "They respect the right of *all* peoples to choose the form of government under which they will live; and they wish to see sovereign rights and self-government restored to those who have been forcibly deprived of them: . . ."⁵.

Ese mismo día, 14 de agosto de 1941, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Cordell HULL, aclaraba que la Carta era expresión de principios básicos, ideas fundamentales y políticas universales en su aplicación práctica⁶.

Pero, por otra parte, mientras el Vicepresidente del Gobierno de Coalición de Gran Bretaña, Clement ATTLEE, expresaba a estudiantes

⁴ Ante el Comité de Principios se entabló una verdadera pugna entre los partidarios de la formulación universal del principio y los que deseaban reducirlo a un derecho exclusivo de los pueblos coloniales. La propuesta de los EE.UU., presentada al Comité en 1966, y la presentada por el Reino Unido en 1967 especificaban que: "A.1) El principio es aplicable al caso de: a) una colonia u otro territorio no autónomo; b) una zona de ocupación subsiguiente a la terminación de hostilidades militares; c) un territorio en fideicomiso". (Doc A/6230 parr. 459 [A/AC. 125/L.32]; Doc. A/6799, parr. 174 [A/AC. 125/L.32] y Doc. A/6799, parr. 176 [A/AC.125/L.44, parte VI]).

⁵ 3- "Respetan el derecho de todos los pueblos a elegir la forma de gobierno bajo la cual desean vivir, y anhelan ver restablecidos los derechos soberanos y el propio gobierno a aquellos, que mediante la fuerza han sido privados de los mismos. . ."

⁶ HULL, Cordell - "The Memoirs of Cordell HULL" - New York 1948, Vol. II, pág. 127.

del Africa Occidental: "la Carta del Atlántico será aplicada a todos los pueblos del mundo", "la libertad por la que luchamos será reconocida a todas las razas humanas", NEHRU relataba que CHURCHILL, inmediatamente tras la suscripción de la Carta del Atlántico Norte, le había comunicado que los principios de la Carta no se referían a la India ⁷.

CHURCHILL en su discurso del 9 de Setiembre de 1941 afirmaba que Gran Bretaña estaba obligada al desarrollo progresivo de las facultades de auto gobierno hacia los pueblos que debían fidelidad a la Corona Británica en base a sus propios compromisos y no en base a la Carta del Atlántico Norte. Según fuentes americanas, el embajador de Estados Unidos en Londres, WINANT, intentó persuadir a CHURCHILL para que eliminara esa parte del discurso, ya que la posición de los EEUU era que la Carta era aplicable a todos los pueblos.

Esa misma posición universalista ya había sido proclamada por LENIN, quien lo concebía no sólo como un principio para la afirmación de Europa, sino que entendía que en primer lugar debía ser aplicado a Asia, Africa y otros lugares del mundo donde recién se conformaban los nuevos Estados. Recomendaba la modificación del punto 1903 del programa del partido referente al derecho de autodeterminación por una formulación nueva: "derecho de autodeterminación que incluya el derecho a la secesión y constitución del propio Estado para todas las naciones que conforman el Estado".

La universalidad del principio hace que no sólo sea aplicable a territorios dependientes o bajo administración de un Estado del que no forman parte integrante, sino que tiene un importante papel a desempeñar como conferidor de derechos para los pueblos de Estados soberanos en ciertas circunstancias, aunque el perfil que deba adoptar para su aplicación en cada caso sea diferente ⁸. La Resolución 2734 (XXV) de la

⁷ NEHRU, J. - "Discovery of India" - New York 1941 - traduc. "Otkrice Indije", RAD, Belgrado 1952, pág. 489.

⁸ John P. HUMPREY, Director de la División de Derechos Humanos de la Secretaría de la O.N.U., expresó: "si todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación y por otro lado se hace tal derecho exclusivo de los pueblos coloniales, habría que admitir que sólo las colonias son pueblos" - "The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century" - Vol. Centenario 1873-1973 - IILA, pág. 103.

Asamblea General "Declaración sobre el Fortalecimiento de la Seguridad Internacional",

"Reafirma solemnemente la validez universal e incondicional de los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas como base de las relaciones entre los Estados, cualquiera sea su extensión, ubicación geográfica, nivel de desarrollo o sistema político, económico o social..."

El principio de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos no actúa como destructor de otros principios básicos del orden jurídico internacional, como es la soberanía estatal, sino que los complementa. El derecho de los pueblos de los Estados soberanos respecto de la estructura jurídico-política que los encuadra se halla protegido al igual que los derechos de esos pueblos frente a los otros sujetos de la comunidad internacional.

4 - Alcance del principio

La libre determinación es un derecho de los pueblos pero ha nacido como tal en una sociedad de Estados y por la voluntad de ellos. Tal como aparece configurado en la Carta de las Naciones Unidas, en documentos posteriores y la práctica de la Organización, es un principio universal en el tiempo y en el espacio: "todos los pueblos", "siempre"⁹.

Aplicado el principio a distintos supuestos adquiere dimensión e implicancias diferentes. Entrelazado a otros principios del ordenamiento jurídico internacional aparece como:

a) un derecho de los pueblos de los Estados soberanos "ad-extra", o sea los derechos que a consecuencia de él tienen estos pueblos frente a todos los sujetos de la comunidad internacional;

b) un derecho de los pueblos de los Estados soberanos "ad-intra", o sea los derechos que a consecuencia de él tienen estos pueblos respecto de la estructura jurídico-política que los encuadra, los derechos que tienen respecto de su propio Estado¹⁰;

⁹ Acta Final de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (Helsinki 1973 - Helsinki 1975) - Secc. VIII.

¹⁰ MORENO LOPEZ, A. - "Igualdad de Derechos y Libre Determinación de los pueblos - Principio Eje del Derecho Internacional Contemporáneo" - Universidad de Granada - 1977. - pág. 189.

La autodeterminación aparece como el derecho que tiene el pueblo a elegir su propio gobierno, consecuencia de la concepción democrática de la vida social, aún cuando el pueblo opte por un régimen político no democrático.

El párrafo tercero del art. 1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece:

“Los Estados Partes en el presente Pacto, *incluso* los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas”.

Sólo un Estado independiente y soberano que posea un gobierno representativo de la totalidad de su pueblo podrá considerarse salvaguardado en su unidad nacional e integridad territorial. Pero un Estado, cuyo gobierno establezca distinciones por motivos de raza, credo o color queda expuesto a que el pueblo invocando el derecho de libre determinación rompa total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial.¹¹

La Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV) dispone:

“Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos antes aludidos en la formulación del presente principio de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia. En los actos que se realicen y en la resistencia que opongan contra esas medidas de fuerza con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta”.¹²

¹¹ Parr. 7, del Principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos de la Resolución 2625 (XXV) de la A.G.

¹² Parr. 5 de la Res. 2625 (XXV) de la A.G. de N.U.

—Sudáfrica al votar la Declaración hizo una reserva respecto de las disposiciones que “implican que la regla de que un Estado no puede violar la integridad territorial de otros Estados no se aplicará cuando un Estado pretenda que otros Estados no poseen un gobierno representativo de todo el pueblo”. (Reunión 1184 de la Sexta Comisión de la A.G. párr. 15).

5 - *Ubicación sintética del principio de libre determinación en el marco del ordenamiento jurídico internacional.*

Partimos de la base que ninguno de los principios de Derecho Internacional se opone a la aplicación de otro u otros, ya que todos deben ser interpretados en el contexto del ordenamiento jurídico internacional como integridad. Tampoco aceptamos que haya relación jerárquica entre principios fundamentales del Derecho Internacional como son igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, soberanía estatal, integridad territorial, no intervención, legítima defensa. Todos estos principios son perfectibles en su concepción, tal como la sociedad internacional misma, pero son inalienables, irrenunciables, imprescriptibles.

5 - 1 - *Soberanía Estatal*

La soberanía estatal es el poder supremo que un Estado ejerce en el territorio bajo su jurisdicción y conlleva el derecho a velar por su conservación y por su unidad.

No se trata de un derecho del Estado por ser Estado sino en tanto él es la organización que representa y expresa la voluntad del pueblo.

La Asamblea General de las N.U. declara que "todos los pueblos poseen un derecho inalienable a la plena libertad, al ejercicio de su soberanía y a la integridad de su territorio nacional" "y que en virtud de esos derechos ellos determinan libremente su estatuto político y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".¹³

5 - 2 *Integridad territorial*

Este principio utilizado por primera vez en las declaraciones del Congreso de Viena de 1815, aparece a menudo confundido con el principio de inviolabilidad de las fronteras. En la Carta de las Naciones Unidas es enunciado en forma amplia en el art. 2 (4):

"Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas".

¹³ Resolución 1514 (XV). En igual sentido, Resolución 2625 (XXV)...

El párrafo 6 de la Resolución 1514 (XV) de la A. G. dispone:

“Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

Estas expresiones aparecen como verdaderas cláusulas de salvaguarda de la unidad nacional y la integridad de los Estados soberanos.¹⁴

Asimismo el párrafo séptimo, referente al principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos de la Resolución 2625 (XXV) de la A. G. expresa:

“Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descripto y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color”.

En consecuencia la integridad territorial de los Estados soberanos e independientes está a salvo siempre que su gobierno sea representativo de la totalidad de los pueblos sin discriminaciones. La distinción por motivos de raza credo o color, la imposibilidad de determinarse libremente “ad intra” por no estar representados en el gobierno, rompe la protección a modo de excepción y permite la secesión.

5 - 3 *No intervención - Legítima defensa*

El principio de no intervención prohíbe la ingerencia no sólo en los asuntos internos sino también en los asuntos externos de los Estados. Pero estos aspectos son sólo aquellos en los que el orden jurídico internacional no impone un deber concreto a los Estados.

¹⁴ La Organización de Naciones Unidas se ha manifestado contraria a los movimientos separatistas interiores especialmente en las tentativas de secesión de pueblos bajo dominación colonial. Generalmente ha sido en protección de la situación de los nuevos Estados y frente a las dudas sobre la autenticidad de la conciencia nacional de los movimientos separatistas. Así a la tentativa de Katanga de escindir del Congo o Biafra de Nigeria opuso el principio de integridad territorial...

El principio de no intervención y el de libre determinación no se hallan en contraposición puesto que los pueblos organizados en Estados han decidido, por sí mismos, sus asuntos internos y externos, como así también sus deberes internacionales. De ahí que cuando surge una conducta lesiva de los deberes internacionales, como por ejemplo, el uso de la fuerza para impedir el ejercicio del derecho de libre determinación, aparece la obligación de la Organización y de los terceros Estados de no asistir impasibles a la violación.

Así el párrafo 5 sobre el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos de la Resolución 2625 (XXV) enfoca el tema desde una doble faz:

“Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos antes aludidos en la formulación del presente principio de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia. En los actos que se realicen y en la resistencia que opongan contra esas medidas de fuerza con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta”.

Por una parte aparece el deber de los Estados de no privar por la fuerza a los pueblos de su derecho a la libre determinación, por la otra, surge la facultad de los pueblos de pedir ayuda, recibir apoyo, ofrecer resistencia.¹⁵

¹⁵ La tendencia dominante de la doctrina y la práctica internacional consagran la ayuda indirecta, ya que la intervención armada directa ofrece el riesgo de afectar el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales o aprovechar la circunstancia para instalar en el nuevo Estado un gobierno títere. No obstante en el caso de Bangladesh la intervención armada por parte de la India no fue condenada por la A.G. de N.U.

PARTE II

TITULAR DEL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION

La determinación del titular del derecho a la libre determinación, ha sido en la práctica, una de las cuestiones más delicadas y controvertidas. No deseamos entrar en la ya desgastada discusión en torno a quienes son sujetos de Derecho Internacional. Conforme la amplitud que se dé al vocablo "sujeto", los pueblos podrán o no ser considerados como tales.

CHARPENTIER entiende por "sujetos", a las "entidades investidas por el derecho internacional *general* de una capacidad de iniciativa susceptible de modificar el ordenamiento jurídico internacional"¹⁶. Resulta evidente que los pueblos no modifican el ordenamiento jurídico internacional, sino que, como titulares de un derecho que la Comunidad Internacional les confiere, lo hacen efectivo por las vías que el ordenamiento internacional les señala. El hecho que a la persona privada individual o colectiva puedan corresponderle derechos u obligaciones en el campo internacional o el hecho que pueda poseer capacidad para obrar por sí mismo en determinados casos ante organismos de carácter internacional, no basta para que se transforme en sujeto de derecho internacional general en el sentido estricto y pleno que CHARPENTIER señala.

La Resolución 2625 de la A.G. de N.U. entre otras, establece que:

"En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos consagrada en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política, de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta".

Apareciendo los pueblos como "titulares" de derecho y los Estados como sujetos a un deber. Precisamente el derecho que poseen los pue-

¹⁶ CHARPENTIER, J. - "Autodetermination et Décolonisation" - Pedone, París, 1984, pág. 130.

blos es a alcanzar subjetividad internacional plena o limitada conforme el status político que adopten en ejercicio de la libre determinación. Por otra parte no podríamos decir que el pueblo una vez constituido en Estado deje de ser pueblo ni que haya perdido derecho a la libre determinación, lo que no significa que posea una subjetividad distinta a la del Estado. El Estado es manifestación organizada del pueblo.

Cuando un Estado no es representativo del pueblo, en el Derecho Internacional contemporáneo, el pueblo en lucha es llevado al plano internacional a través de los movimientos de liberación nacional, a quienes se considera representantes de la voluntad popular. Ello sólo ha sido así en los casos de Estados que mantienen ilícitamente una denominación colonial o racista. Así la resolución 2918 (XXVIII) de la A.G. afirmaba que los movimientos de liberación nacional de Angola, Guinea-Bissau, Cabo Verde y Mozambique eran los auténticos representantes de las verdaderas aspiraciones de los pueblos de dichos territorios. Asimismo la Resolución 3111 (XXVIII) de la A.G. reconocía que el movimiento de liberación nacional de Namibia, SWAPO, era el "auténtico representante del pueblo de Namibia"¹⁷.

Asimismo se han dado casos especiales como el de la "Conferencia Diplomática sobre Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en Conflictos Armados" que adoptó por aclamación, el 28 de febrero de 1974, un anteproyecto de resolución invitando a Guinea-Bissau a participar como Estado cuando aún no había completado el proceso de independencia, ni había llegado en consecuencia a ser miembro de N.U. El 1 de marzo la misma Conferencia adoptó por consenso una resolución invitando a los movimientos de liberación nacional reconocidos por las organizaciones intergubernamentales regional correspondientes.

La 40 reunión plenaria de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada el 12 de julio de 1974, había decidido que los movimientos de liberación nacional reconocidos por la Organización de la Unidad Africana o por la Liga de Estados Arabes podían designar representantes para participar como observadores sin derecho a voto¹⁸. Asimismo la Resolución III de la Convención so-

¹⁷ En idéntico sentido: Resoluciones 2508 (XXIV), 2625 (XXV), 2945 (XXVII), 3210 (XXIX) relativa a la OLP, 3236 (XXIX), 3375 (XXX)...

¹⁸ Official Records of the Third U.N. Conference on the Law of the Sea, Vol. I, párr. 71.

bre Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982, declara que "en el caso de un territorio cuyo pueblo no haya alcanzado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por las N.U., o de un territorio bajo dominación colonial, las disposiciones concernientes a derechos e intereses con arreglo a la Convención se aplicarán en beneficio del pueblo del territorio con miras a promover su bienestar y desarrollo...". A su vez la Resolución IV de la misma Convención expresa que "teniendo en cuenta que se ha invitado a movimientos de liberación nacional a participar en la Conferencia como observadores, de conformidad con el art. 62 de su reglamento, decide que los movimientos de liberación nacional que hayan participado en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, estarán autorizados a firmar el Acta Final de la Conferencia en calidad de observadores".

Si bien cada vez se da más participación a los pueblos a través de los movimientos de liberación a modo de cuestionamiento de la representatividad y legitimidad de los gobiernos colonialistas y racistas, la participación es acordada considerando a tales movimientos como titulares temporarios, hasta tanto se ejerza el derecho a la libre determinación.

Se ha hecho difícil precisar el significado de "pueblo" ya que la Carta de Naciones Unidas ha utilizado este vocablo con muy diferentes acepciones. En algunas expresiones ha equiparado el término a Estados, por ej. "Nosotros los pueblos de las N.U."¹⁹; en otras utilizó la palabra para señalar nación, población, grupo étnico...

Al enunciar la Carta entre sus propósitos el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, no da pautas para distinguir con precisión a qué grupos humanos se refiere.

Para discernir quién es el titular del derecho a la libre determinación conviene precisar conceptos afines, como nación, etnia, grupo étnico...

La doctrina no es uniforme en relación a la significación de "nación". Para la escuela alemana la nación se asienta sobre criterios objetivos tales como la raza, lengua, territorio, religión, en consecuencia rechaza el

¹⁹ Si bien se refiere a Estados abarca situaciones anómalas como la de India y Filipinas que no siendo Estados ingresaron como miembros originarios en la N.U.

valor de la voluntad de los individuos o el pueblo a autodeterminarse. En cambio la concepción subjetiva, que sustenta la escuela francesa, pone su acento en el devenir histórico, en la comunidad de tradiciones y costumbres y sobre todo en los elementos de orden ideal, espiritual, como la conciencia común de conformar una unidad, la voluntad de vivir todos bajo una misma autoridad.

Algunos autores anglosajones expresan que para que un grupo étnico constituya una nación, debe haber una dimensión política y exceder lo puramente local.

Para RENAN la nación es un alma, un espíritu, una familia espiritual resultante del pasado, de los recuerdos, los sacrificios, las glorias, del deseo de vivir o de continuar viviendo juntos, "es un plebiscito de todos los días" ²⁰.

Para MANCINI la nación "es una sociedad natural de hombres a la que la unidad territorial, de origen, de costumbres y de lengua, lleva a la comunidad de vida y de conciencia social" ²¹.

Para STALIN la nación es una "comunidad humana estable, constituida históricamente, pero sobre la base de la comunidad de lengua, de territorio, de vida económica, de solidaridad económica y conformación psíquica" ²².

Indudablemente la mera voluntad de vivir juntos carecería de estabilidad sin la existencia de vínculos materiales que le dan su origen y fundamento.

No debemos identificar los términos "nación" y "pueblo". "Nación" es más genérico, El *pueblo* está comprendido en la nación en tanto no todo pueblo constituye una nación. Más aún, un pueblo podría no constituir un grupo homogéneo étnicamente o bien podría pertenecer

²⁰ RENAN, E. - ¿"Qué es una Nación?" - Instituto de Estudios Políticos - Madrid, 1957, pág. 107.

²¹ Discurso pronunciado el 22 de enero de 1887 en la Cátedra de Derecho Internacional de la Universidad de Turín; cit. por CALOGEROPOULOS STRATIS, Op. Cit., pág. 22.

²² STALIN, J. V. - "Marksizam y Nacionalno-Kolonijalno Pitanje", Kultura, Beograd, 1947, pág. 290.

a la misma raza que aquél del que se desea separar u obtener autonomía.

Hay distintos grados de perfeccionamiento entre los conceptos de "etnia", "pueblo", "nación".

La etnia es el conjunto de características que distinguen a un grupo humano de otro. A menudo se ha vinculado la etnia con la lengua por ser la manifestación cultural más importante del grupo, ya que no sólo es el medio de comunicación del grupo que recopila todo lo que el pueblo fue, es y aspira ser. A menudo a las etnias se las ha llamado "grupos étnicos", "minorías étnicas", "minorías nacionales", pero no son sinónimos ya que no toda etnia es minoría. Cuando se habla de minoría es en relación con otro grupo étnico dentro de un Estado y no una esencia de la etnia. Por otra parte no todas las etnias son nacionales.

Cuando un grupo étnico habita en un territorio determinado en el que vive la mayoría de sus miembros, suele hablarse de "pueblo". Aún en los casos en que el territorio transitoriamente se pierde, el pueblo subsiste mientras pervive la voluntad aglutinante que busca la recuperación del terruño.

La diferencia entre "nación" y "pueblo" suele hacerse recaer en el distinto grado de conciencia étnica. En la nación la conciencia étnica es sentida vivamente por la mayoría de los miembros, los que aspiran a conservar su individualidad y procurar su desarrollo²³. Afirma OBIETA CHALBAUD que un pueblo es una nación en potencia y una nación es un pueblo mayoritariamente conciente. Son graduaciones de una misma realidad²⁴.

A veces los pueblos se sumen en un proceso de pérdida de conciencia como sucede con los surtiroleseles en Italia, los bretones y còrsos en Francia, escoceses y galeses en Gran Bretaña, grupos indígenas en América... Otras veces se produce un resurgir de la conciencia étnica como es el caso de los catalanes, vascos, armenios, palestinos...

Generalmente cuando se habla de nación se hace referencia a pueblos que han estado en la historia jurídicamente organizados y que abarcan la totalidad o mayoría de un núcleo étnico, religioso, cultural..., así

²³ OBIETA CHALBAUD, J. A. - "El Derecho de Autodeterminación de los Pueblos" "Un Estudio Interdisciplinar de Derechos Humanos". Universidad de Deusto, Bilbao, 1980, pág. 42.

²⁴ Ibidem, pág. 43.

nos referimos a nación croata, eslovena, montenegrina, servia, lituana... Incluso los mismos estados a que estos pueblos pertenecen distinguen la pertenencia a un Estado de la nacionalidad (*Staatsangehörigkeit* de *Nationalität*, *Staatsvolk* de *Volkstum*, *Drzavljanstvo* de *Narodnost*...). Así a quienes habitan en la República de Yugoslavia se denomina yugoeslavos pero por su nacionalidad croatas, serbios, eslovenos... Por ejemplo, hablamos de un pueblo aalandés pero nunca de una nación Aaland. Si bien étnicamente pueden conformar un grupo homogéneo, frente a la descolonización jamás hablamos de naciones ya que la nación representa una continuidad histórica permanente, en tanto la noción de pueblo es dinámica.

El Comité I/1 de la Conferencia de San Francisco de 1945 expresó que el principio de libre determinación "correspondía muy de cerca a la voluntad y a los deseos de los pueblos en todas las partes del mundo"²⁵ y que el "principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos constituye dos partes complementarias de una única norma de conducta"²⁶.

Cuando se expresa "igualdad de derechos" surge una clara reminiscencia de los ideales de la Revolución Francesa, por los cuales todos los hombres son iguales, todos los pueblos son iguales y en virtud de esa igualdad todos poseen el mismo derecho a elegir su propio destino.

En torno al significado mismo del término "pueblo", la Secretaría de la Conferencia, en un memorandum, a solicitud del Comité, expresó que el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos era una frase de entendimiento común y que no parecía haber otra expresión apropiada²⁷. Luego agrega que por "pueblos" se entiende a grupos humanos que pueden o no comprender a estados o naciones. Esta amplitud del término y sus alcances responde al sentido lógico del principio, pero desde los inicios mismos de su formulación apareció teñido del egoísmo mezquino de los que por sus propios intereses pretendieron limitarlo. Así los países colonialistas expresaron sus reservas a la aplicación del principio a las colonias y territorios no autónomos (cuando hoy se debe hacer un esfuerzo para demostrar que debe ser aplicado el principio a situaciones distintas de las coloniales o de territorios no autónomos). Los Estados

²⁵ UNCIO, vol, 6, pág. 296.

²⁶ *Ibidem*, pág. 396.

²⁷ *Ibidem*, pág. 661.

que contaban con minorías étnicas o nacionales en sus territorios comenzaron a inquietarse y hasta los que poseían inmigración no asimilada a la población nacional, temieron por las consecuencias de la aplicación del principio.

Pueblo es tanto el colonial formal, que pretende sacudirse al dominador extranjero, como el que se opone al sojuzgamiento discriminatorio dentro de su propio Estado cuando ese pueblo no posee representación en el gobierno y se lo trata en forma desigual en relación a otros pueblos transformándose el gobernante en verdadero extranjero colonialista.

La ambigüedad del titular del derecho en realidad no existe, sólo está en la mente de quienes desean limitar el significado de "pueblo" y el de "libre determinación" para seguir sustrayéndose a netas obligaciones de derecho, con conciencia de la ilegitimidad de sus actos pero formalmente amparados en una juridicidad que no es tal.

Aún cuando se ha querido identificar en los últimos veinticinco años la libre determinación con la situación de los pueblos coloniales, en los nuevos Estados, ex colonias, no siempre se ha aplicado el principio de libre determinación al disponer la independencia. Generalmente se mantuvieron los límites territoriales del tiempo de la colonia y numerosos pueblos debieron continuar divididos sin poder conformar una unidad jurídico-política como anhelaban.

Resulta comprensible que, por estrictas razones de seguridad internacional, las colonias o territorios no autónomos que se constituyeron en Estados, no puedan echar por tierra las divisiones territoriales entre Estados, pero tal situación no puede ser rígida, irreversible, ciega a las distintas realidades, so pena de convertirse en el mayor desconocimiento del derecho de los pueblos a la libre determinación.

Es imprescindible que todos los pueblos posean las vías de acción para obtener por medios pacíficos la concreción de su derecho a la autodeterminación.

Resulta grotesco afirmar —como se ha hecho— que la lucha armada confiere a un grupo étnico la entidad suficiente para hacer trascender sus reclamaciones al plano internacional.

La población²⁸ de los *territorios no autónomos o coloniales* no suele ser un conjunto homogéneo en nuestro tiempo. Junto a la población autóctona se halla la de aluvión, en su mayoría blanca, que se radica en el territorio con fines de índole generalmente económica. A veces la población blanca y su asentamiento es anterior a la colonización como empresa del Estado, actuando como empresa privada favorecida por la metrópoli (así por ej. India, Congo Belga, Rhodesia...). Estas empresas se volvían con facilidad económicamente reductibles debido a que la población indígena era despojada de sus riquezas y convertida en mano de obra barata. La situación que la minoría blanca goza, de privilegio, hace que sus intereses sobre el futuro político del territorio sean antagónicos a los de la población autóctona. Si la aplicación del principio de libre determinación de los pueblos permitiera la consolidación de tales privilegios de la minoría significaría una burla al principio mismo. Aún cuando la Carta de las Naciones Unidas al hablar en los Capítulos XI y XII de los pueblos dependientes no agrega a población o pueblo la expresión "indígena o autóctono", no obstante no cabe duda que es a esos pueblos a quienes va dirigida la protección, en tanto los blancos poseen el gobierno o sus favores.

La Asamblea General de las N.U. ha condenado la política de los Estados que continúa favoreciendo la inmigración y el asentamiento de colonos extranjeros en los territorios que administran, trasvasando a la población indígena a otras zonas de esos territorios²⁹.

La Asamblea General ha precisado que la libre determinación es básicamente un derecho de la población autóctona³⁰. En el caso reciente de Nueva Caledonia, MITTERRAND reconoció derechos al "primer poblador" en lo que hace a la relación entre población autóctona y aluvión³¹.

Es cierto que la población blanca, transcurridas generaciones desde el asentamiento de sus antepasados, no puede dejar de ser considerada integrante de la geografía del territorio y no puede ser excluida de parti-

²⁸ Población es el conjunto de los ciudadanos activos que ejercen sus derechos políticos, configuren o no un pueblo y sean o no étnicamente homogéneos.

²⁹ Así la A.G. condenó a Portugal en sus Resoluciones 2270 (XXII), 2395 (XXIII), 2707 (XXV)...

³⁰ Resoluciones 2138 (XXI), 2151 (XXI) en relación a Rhodesia del Sur; 2228 (XXI) sobre Somalia Francesa; 2229 (XXI), 2711 (XXV) sobre Sahara Occidental; 2795 (XXVI) sobre los territorios administrados por Portugal...

³¹ "Le Figaro", 21 de enero de 1985 (Nº 12.562) pág. 2.

cipar en el futuro destino de esos territorios, lo que en modo alguno puede ser preferencial. En la mayoría de los casos la población indígena prácticamente carece del derecho de voto o lo ejerce en forma limitada. La A.G. ha condenado esta discriminación racial en numerosas resoluciones ³².

No se suelen negar derechos a la población autóctona por el hecho de ser tal, sino en razón de ciertas exigencias generales —aparentemente no discriminatorias— como por ejemplo un cierto nivel económico o educacional. Los resultados son los mismos que si la razón formal hubiera sido la discriminación racial, ya que la población autóctona legislada por blancos y aprovechada por ellos, rara vez alcanza el nivel económico o de instrucción requerido. Por ello, la O.N.U. ha reafirmado el sufragio universal directo de los adultos como único procedimiento adecuado para el ejercicio del derecho de libre determinación, especialmente en los actos básicos iniciales como son la determinación del status político y del territorio. No se niega derecho a la población blanca pero se le quita la posibilidad de imponer su decisión minoritaria a la población autóctona mayoritaria ³³.

Se han dado casos en que la A.G. para el ejercicio del derecho a la libre determinación restringió el derecho sólo a la población indígena, tal es el caso del Sahara Occidental caracterizado por escasa población autóctona, nómada y por relativamente numerosas guarniciones militares y administrativas de la potencia administradora. Si no se hubiera adoptado tal decisión los votos de los administradores hubieran fácilmente superado a los de la población autóctona.

En las *situaciones neocoloniales* el pueblo de un Estado aparentemente ha disfrutado y disfruta de la libre determinación, no obstante su

³² Resoluciones 1536 (XV), 1698 (XVI), Resolución 38/11 de la A.G... (Si bien la Resolución 1514 (XV) no habla expresamente de la extensión del voto a toda la población surge del contexto mismo ya que de otro modo no podrían cumplirse sus prescripciones).

³³ Resoluciones 1569 (XV), sobre el Sahara Occidental, 1579 (XV) sobre Ruanda-Urundi; 2189 (XXI) sobre las Islas Viti; 2227 (XXI) sobre Papúa y Nueva Guinea. 2230 (XXI) sobre Guinea Ecuatorial...

status político real y su libre desarrollo económico social y cultural se hallan trabados.

Se ha identificado el término neocolonialismo con situaciones de dependencia económica en antiguos territorios coloniales por parte de las que fueron sus potencias colonialistas. De ahí que se haya llamado neocolonialistas a las potencias europeas y a EE.UU. tras la II Guerra Mundial. Ese sistema de control y dependencia se basa en inversiones de capital en países subdesarrollados (generalmente en el sector primario, vg. petróleo, minerales, productos agricolo-ganaderos...) en el manejo de los mecanismos del comercio internacional (vg. aumento de los precios de los productos manufacturados y disminución relativa de los precios de las materias primas), ayuda económica condicionada a los países subdesarrollados...

Si tenemos en cuenta que la independencia de los pueblos bajo dominación extranjera no es en realidad un fin en sí mismo sino un comienzo en el cumplimiento del principio de libre determinación, toda dominación, sea económica, cultural o ideológica configura un imperialismo neocolonial.

ARDANT sostiene que la política neocolonialista consiste en "aprovecharse de la debilidad de los Estados descolonizados para obtener ventajas económicas, políticas y culturales"³⁴.

La Asamblea General en su Resolución 1514 (XV) en forma amplia expresa que "la sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjera" constituye una violación de los derechos de los pueblos a disponer de sí mismos.

La Resolución 2131 (XX) de la A.G. declara que "la violación del principio de no intervención constituye una amenaza para la independencia, la libertad y el desarrollo económico, social y cultural libre y normal de los países, en particular de aquellos que se han liberado del colonialismo...".

Tras la adhesión a la independencia, el derecho de los pueblos a su autodeterminación implica un derecho a la conservación de su soberanía plena, no se identifica con ella, sino que esta última es consecuencia de la primera. El derecho lo posee el pueblo organizado.

³⁴ ARDANT, G., "Le Néocolonialisme, Mythe et Réalité" - Revue Française des Sciences Politiques (R.F.S.C.) - 1965, pág. 837.

Distinta es la *situación* de los pueblos en el *colonialismo interno* ya que están dotados de un gobierno pero éste no representa a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio en tanto hace distinciones en función de la raza, del credo o del color. Ya no se trata de un pueblo en lucha contra una potencia colonialista sino contra aquellos que poseen el control del Estado. En estos casos el pueblo carece de protección por parte del derecho interno y en virtud del principio de no intervención, está huérfano de protección directa por parte del Derecho Internacional. El titular del derecho es el pueblo frente al Estado que por su acción de gobierno discriminatoria ha perdido la protección que el Derecho Internacional acuerda a los Estados soberanos en relación a su integridad territorial e independencia política.

La tesis belga, sostenida ante la Comisión ad hoc de Estudio de los Factores en 1952 y ante la Asamblea General el 10 de diciembre de 1952 —si bien era una contraofensiva lanzada contra las potencias favorables a la descolonización— sostenía que la palabra “colonia” no aparecía mencionada en el Capítulo XI y que no era correcto aplicar ese capítulo únicamente a los territorios de ultramar ya que hay colonización no sólo por expansión marítima... que tal carácter colonial no desaparecía porque esos territorios estuvieran incorporados al área metropolitana. Recalcaba que existían muchas poblaciones en Asia, Africa y América que formaban grupos étnicos completamente diferenciados, distintos en raza, lengua, religión... que no tenían nada en común con los grupos sobre los que se apoyaban los gobiernos. Entendía que el Capítulo XI debía aplicarse a las poblaciones retrasadas de cualquier parte del mundo y criticaba a los Estados que contenían grupos de ese tipo en sus territorios. Todos ellos Estados que no “enviaban información sobre esos grupos y además atacaban a quienes cumplían las disposiciones de la Carta”.

A esta tesis se le opuso que la Carta no hace referencia a “pueblos retrasados” sino a “territorios no autónomos” y que el artículo 74 deja en claro que los territorios a los que se refiere el Capítulo son distintos del territorio metropolitano.

No obstante los pueblos retrasados también están protegidos, ya que el atraso, la escasa población o el reducido territorio no son obstáculos para que el pueblo ejerza su derecho a la libre determinación. Si ello es así en los territorios coloniales, iguales argumentos son válidos cuando un pueblo es oprimido por otro u otros desde el gobierno.

En la Sociedad de Naciones cualquier miembro poseía el derecho de llamar la atención del Consejo sobre la violación de los derechos de las minorías protegidas y los mismos interesados poseían un derecho de petición. En cambio en el marco de la ONU desaparece esa protección específica y separada para las minorías y es sustituida por el campo más amplio, pero más desdibujado de la protección de los derechos del hombre.

La protección del hombre se basa más bien en la no discriminación, concepción diferente, más reducida y hasta regresiva frente al sistema de la Sociedad de Naciones. Baste recordar la Opinión Consultiva del Tribunal Permanente de Justicia Internacional del 6 de abril de 1935 en el Asunto de las Escuelas Minoritarias en Albania. Tal opinión consultiva interpretaba los conceptos de igualdad de derechos y de hecho, y entendía que los Tratados de Protección de Minorías comprendían a ambos conceptos de igualdad. La Sociedad de Naciones no protegió a todas las minorías, pero aquellas que por tratado fueron convenidas fueron objeto de la preocupación de la Sociedad —exitosa o no— para que pudieran gozar de una igualdad efectiva y real.

A pesar que la Carta de N.U. contiene en su Preámbulo referencia a los derechos humanos, en el art. 1 (3) enuncia como propósito de la Carta la realización de la cooperación internacional” en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (propósito que reitera en el art. 55), la Carta no contiene disposición alguna que otorgue al individuo un derecho tal que éste pueda hacer valer contra su opresor accionando ante la Organización en forma directa.

Hay una serie de disposiciones que protegen a grupos minoritarios en los tratados de paz de 1947, por ej. con Bulgaria (art. 2), Finlandia (art. 6), Hungría (art. 2), Italia (art. 15)...; en convenciones bilaterales como el acuerdo Gruber-De Gasperi del 6 de setiembre de 1946 referente a las minorías del Tirol del Sur y Alto Adigio, el Tratado de Amistad del 10 de marzo de 1947 entre Polonia y Checoslovaquia, el acuerdo entre India y Paquistán de 1950; en las garantías internacionales al Estado austríaco de 1955, las Convenciones Tripartitas de Zurich y de Londres de 1959 referentes a Chipre; en la Resolución 2106 (XX) de la A.G. del 21 de diciembre de 1965 que adopta la “Convención Interna-

cional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial", en vigor desde el 4 de enero de 1969, por la cual se instrumenta el mecanismo internacional indispensable para poner fin a la discriminación racial, que abarca la idea de raza, color, linaje u origen nacional o étnico.

En Consejo de Europa promovió el estudio de la situación de las minorías en los Estados europeos y la Comisión Jurídica elevó conclusiones sobre las minorías de Austria, Dinamarca, Alemania e Italia, recomendando la Asamblea Consultiva negociaciones bilaterales entre Estados directamente interesados y la firma de un protocolo adicional a la Convención sobre derechos de las minorías étnicas.

La preocupación por proteger a los grupos étnicos, especialmente, como conjunto y no como suma de individuos adquiere importancia en tanto el pueblo no es una realidad física con características idénticas a las del individuo.

Su ser, su homogeneidad, depende de lo que produce: idioma, folklore, costumbres, cultura, de ahí la magnitud del valor de su protección.

El proyecto de la "Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y de la ingerencia en los asuntos internos de los Estados", Resolución 36/103 del 9 de diciembre de 1981, disponía que los esfuerzos de la comunidad internacional en los casos reconocidos por la A.G. como violaciones masivas y flagrantes de los derechos fundamentales del hombre y de los pueblos, no serían considerados como intervención en los asuntos internos de los Estados. El texto adoptado por la resolución resultó debilitado ya que se limitó a hablar de deber del Estado de respetar los derechos humanos, sin incorporar novedad alguna al tema.

Aún cuando el sistema de la Carta no provee a los pueblos de vías de acción directa contra el gobierno infractor de normas internacionales, el derecho del pueblo a la consecución del restablecimiento de la plena disposición sobre su destino es innegable.

PARTE III

SISTEMA DE PROTECCION

1. *Protección en el sistema de la S. de N.*

La protección se llevó a cabo mediante los Tratados de Paz y otros acuerdos ya que el Pacto de la S. de N., no hacía mención al derecho de las minorías ni a la libre determinación de los pueblos. No obstante el sistema de la S. de N., incorporó disposiciones especiales relativas a la igualdad ante la ley y la protección de lengua, raza, religión... de las minorías.

Si bien no fue un derecho reconocido a todos los pueblos, representó un intento de quebrar la infranqueable barrera que representaban los asuntos internos de los Estados cuando se trataba de obligaciones internacionales (previo órgano competente y un derecho de petición a los interesados). A pesar de ello los Estados minoritarios hicieron cuanto estuvo a su alcance para desalentar e intimidar a quienes se consideraban potenciales candidatos a presentar quejas o protestas.

Algunos Estados intentaron imponer procedimientos que obliarían a que las peticiones se presentaran por intermedio del Estado afectado³⁵. Polonia y Hungría cuestionaron el carácter representativo de los voceros de las minorías y negaron el derecho de los organismos internacionales, no estatales, para intervenir en cuestiones de protección de minorías.

Polonia y Lituania persiguieron a los ciudadanos que comparecieron ante la Liga; Yugoslavia se negó a otorgar pasaportes a quienes querían ir a tal fin a Ginebra. En general, casi todos los Estados obstaculizaron la presentación de quejas y su publicación.

Algunos Estados, con aparentes medidas de carácter general, burlaron cláusulas protectoras de las minorías, o bien emplearon tácticas agresivas. Por ej. la minoría checa en Austria se vio privada de enseñanza en idioma alemán en las escuelas. El gobierno alegó que el art. 68 del Tratado de Saint Germain lo "facultaba" pero no lo "obligaba" a implantar el idioma alemán en las escuelas minoritarias.

³⁵ Postura que luego prevaleció en el sistema de la Carta de N.U.

Los Estados minoritarios intentaron inducir a la Liga a adoptar una convención general sobre minorías que obligara a "todos" los Estados. El tratamiento se fue postergando y en la Cuarta Sesión de la Asamblea, en setiembre de 1934, el representante polaco, Coronel BECK, anunció que, mientras no se estableciera un sistema general, su gobierno negaría toda cooperación a las organizaciones internacionales para la supervisión del sistema. Más tarde Polonia rectificó su postura exigiendo que el régimen sólo se aplicara en Europa ³⁶.

La actitud de las potencias signatarias, frente a las quejas de las que se les corría traslado, era generalmente evasiva y tendiente a eludir responsabilidades.

Todos los tratados sobre minorías consignaban que el Estado interesado admitía que las estipulaciones contenidas debían ser reconocidas como leyes fundamentales y que ninguna disposición interna podía prevalecer sobre ellas, lo que no significaba que por su sola existencia los tratados tuviesen validez interna. En Polonia la Suprema Corte decidió en 1923, que el Tratado de Minorías no acordaba derechos que pudieran ser reclamados por individuos ante los tribunales polacos ni podía ser considerado como parte de la legislación nacional. Esta afirmación estaba en evidente contradicción con otro fallo de la misma Corte que atribuía efecto interno a tratados internacionales como el Concordato del Vaticano, tratado de Versalles, tratado de Riga...

Quienes más vehementemente intentaron defender el sistema de minorías fueron precisamente las llamadas "minorías débiles", las que no abusaron del recurso ante la Liga sino que agotaron las vías internas para defender sus derechos. Así la minoría judía sólo acudió a la Liga en los casos de "numerus clausus" en Hungría, con relación a la aplicación de la legislación racista en la Silesia Superior; en ocasión de la convención germano-polaca y con motivo del decreto del gobierno rumano de Goga sobre ciudadanía. Todas esas quejas prosperaron.

En cambio las llamadas "minorías fuertes" más que defender este sistema añoraban la independencia y abrigaban sentimientos separatistas.

³⁶ Actitud apoyada por Turquía, Irak y Jugoeslavia.

El debilitamiento del sistema se tornó evidente a través del número decreciente de minorías que presentaron peticiones ante la Liga:

1920—1930	57
1930—1931	204
1931—1932	101
1932—1933	57
1934—1935	46
1935—1936	19
1936—1937	15
1937—1938	14
1938—1939	4

Los tratados de minorías establecían obligaciones que eran garantizadas por la Liga. Así el art. 12 del Tratado con Polonia disponía:

“Polonia acepta que las estipulaciones de los artículos precedentes, en tanto afecten a persona pertenecientes a minorías raciales, religiosas o idiomáticas, constituyen obligaciones de interés internacional y deben ser colocadas bajo garantía de la Liga de las Naciones. No serán modificadas sin el consentimiento de una mayoría del Consejo de la Liga de Naciones... Polonia acepta que todo miembro de la Liga de Naciones tendrá derecho de llevar a la atención del Consejo cualquier infracción o cualquier peligro de infracción ...”³⁷.

Cuando se firmaron los tratados de minorías, la Liga aún no existía, de ahí que se hizo necesario organizar la Institución para que pudiera formalmente asumir la garantía.

Las Potencias signatarias del Tratado con Polonia³⁸ eran prácticamente las mismas que ingresaron al Consejo de la Liga. El informe presentado ante el Consejo sobre tratados de minorías, conocido como Informe TITTONI fue aprobado y el Consejo aceptó garantizar los tratados

³⁷ Similares disposiciones aparecen en otros tratados de minorías, así en el art. 14 del Tratado con Checoslovaquia; art. 11 del Tratado con Yugoslavia; artículo 12 del Tratado con Rumania; artículo 16 del Tratado con Grecia. También aparecen en los tratados de paz con Turquía (art. 44), con Austria (art. 69); con Hungría (art. 60); con Bulgaria (art. 57); en la Declaración de Albania del 2 de Octubre de 1921 (art. 7); Declaración de Lituania del 12 de mayo de 1932 (art. 10). En otros casos se evitó señalar el procedimiento en la protección de las minorías. Así sucedió en Lituania y Estonia, la convención germano-polaca sobre la Silesia Superior y en la garantía para la población de Aaland.

³⁸ Estados Unidos, Imperio Británico, Francia, Italia y Japón.

sobre minorías, de tal modo que las disposiciones sobre minorías no podían ser modificadas, sino por el consentimiento del Consejo por mayoría de votos, (a diferencia del requisito de unanimidad previsto por el art. 5 del Pacto de la Liga). Ni las mismas minorías podían renunciar a sus derechos. Ejemplo en tal sentido, lo presenta Turquía, que intentó inducir a las minorías a renunciar a los derechos que les acordaba el tratado de Lausana. Las minorías armenia, griega y judía se expresaron dispuestas a renunciar mediante la promesa de que el nuevo Código Civil proyectado por el gobierno se aplicaría a todos los ciudadanos turcos, sin distinción de raza, nacionalidad o religión. No obstante, la Liga consideró nula la renuncia y decidió que ella no derogaba el derecho de cualquiera de formular una queja por violación de derechos ante la Liga.

El hecho que la Liga fuera la garante de estos derechos no significaba que los Estados signatarios de los tratados perdieran su derecho a la ejecución de los mismos, aún cuando nunca hubieran hecho uso de tales derechos.

El informe TITTONI, del 22 de octubre de 1920, señalaba que las peticiones, las comunicaciones y los informes podían emanar de tres fuentes:

- miembros del Consejo,
- miembros de la Liga no representados en el Consejo,
- miembros de las minorías.

En los últimos casos las acciones carecían de efectos legales salvo que fueran "endosadas" por el Consejo.

El informe TITTONI establecía que cuando se dirigiera a la Liga una petición, el Secretario General debía comunicarla sin comentario a los miembros del Consejo, a título informativo, ya que sólo cuando uno de los miembros de Consejo llamaba la atención sobre la infracción o peligro de infracción, surgía la competencia.

Si el Estado interesado era miembro de la Liga debía ser informado al mismo tiempo que el Consejo sobre el objeto de la petición.

El informe expresamente establecía que las minorías no eran reconocidas como sujetos del derecho internacional a pesar del derecho a apelar directamente ante un organismo internacional.

Tres días después de la presentación del informe TITTONI, el Consejo adoptó una resolución expresando el deseo de que el presidente

y dos miembros más designados por aquél en cada caso, procedieran a considerar cualquier petición o comunicación. La resolución del 25 de octubre de 1929, que creó la Comisión de los Tres, fue discutida y objeto de impugnaciones en lo que hace a su legalidad por derogar el derecho exclusivo de los miembros del Consejo a denunciar infracciones. La CPJI, que tuvo oportunidad de expedirse al respecto en relación a una queja de la minoría alemana en Polonia, se pronunció a favor de la legalidad del organismo, cuya existencia significaba un progreso procesal, ya que eliminaba las posibles vacilaciones de los miembros individuales del Consejo.

El 3 de junio de 1921, el representante polaco propuso que todas las peticiones fueran primero examinadas por el Secretario General, el que elevaría al Estado interesado las quejas dignas de consideración. En base a esta propuesta y una enmienda propuesta por Checoslovaquia, el Consejo resolvió el 27 de junio de 1921, que las peticiones presentadas por recurrentes no miembros de la Liga se comunicarían inmediatamente al Estado interesado. Este debía informar al Secretario General dentro de tres semanas de recibido el texto. Para tal comentario se le concedían dos meses. Recibidos éstos, el Secretario General comunicaba de la petición, acompañando los comentarios, a los miembros de la Liga.

Polonia en varias oportunidades hizo propuestas para limitar el procedimiento ante la Liga, así sugirió que no se comunicara a los Miembros de la Liga de ninguna petición, salvo resolución expresa adoptada por el Consejo a pedido de uno de sus miembros (enero de 1923), más tarde propuso que las peticiones fueran introducidas sólo por intermedio de los Estados afectados (agosto de 1923). Como consecuencia de ello y el apoyo de otros miembros a la posición polaca el Consejo adoptó el 5 de setiembre de 1923 una resolución que establecía condiciones para la recepción de quejas. Así las quejas debían ajustarse a los tratados, no debía solicitar la separación entre la minoría y el Estado, no debían ser anónimas, debían abstenerse de lenguaje violento, debían contener informaciones sobre hechos que no hubieran sido objeto de otra petición. Se autorizaba al Estado afectado a solicitar una ampliación del período de dos meses para presentar el comentario. La comunicación de las peticiones y observaciones quedaba restringida a los miembros del Consejo (salvo resolución del Consejo o petición del Estado afectado).

En 1925 se introdujeron reformas al procedimiento y en 1929 volvió a ventilarse la cuestión procesal. El canciller SEIPEL de Austria sostuvo que el hecho que una minoría luche contra su absorción por la mayoría no incurre en acto desleal hacia el Estado. Afirmó que los derechos minoritarios eran simplemente parte del derecho de auto-determinación.

La resolución de Madrid del 13 de junio de 1925 disponía que el Secretario General debía informar al peticionante cuando su presentación fuera inaceptable y señalar las condiciones bajo las cuales podía ser admitida. Se autorizaba la creación de una Comisión de Cinco en casos excepcionales. Se subrayaba la conveniencia de celebrar sesiones de los Comités de Minorías en los intervalos entre las sesiones del Consejo. La Comisión de los Tres debía informar a todos los miembros del Consejo los resultados de sus conclusiones en relación a las peticiones sin necesidad de previa inclusión en el temario del Consejo.

Si bien se conocen los pronunciamientos oficiales de las Comisiones de Tres, Lettres de Clôture, no se han dado a publicidad los materiales de archivo de modo que no se conocen los términos reales de las quejas.

El Secretario de la Liga creó una Sección de Minorías la que cumplió una ingente tarea en los complejos fenómenos sociales, políticos, económicos y culturales de las minorías, grupos que a menudo visitó. De hecho desapareció esta Sección ya en 1935 aunque recién en 1939 el Consejo expresó formalmente su desaparición.

Según el informe TITTONI el Consejo era el encargado de la ejecución práctica de la garantía minoritaria pero ello no significaba que la Asamblea careciera de derechos en la materia, especialmente a través de sus comisiones y en particular la Sexta. Así la Asamblea el 21 de setiembre de 1922 exhortó a los Estados no vinculados por obligaciones internacionales, a observar, sin embargo, las mismas garantías en el trato a sus minorías.

En 1920 la Asamblea había recomendado que los tres Estados Bálticos y Albania sólo fueran reconocidos después de formular declaraciones sobre trato de minorías.

Los mayores defectos del procedimiento adoptado por la Liga lo constituía la falta de límite temporal, la falta de reglas para la ejecución de las resoluciones y el desaprovechamiento del arma que pudo haber representado la opinión pública.

El interés de la Liga por la protección de las minorías declinó especialmente a partir de 1934.

La competencia de la C.P.J.I. en cuestiones de minorías derivaba del art. 12 del tratado con Polonia y cláusulas similares en otros tratados. En el citado art. 12, Polonia aceptaba que toda diferencia de opinión relativa a cualquiera de los artículos del tratado sería considerada como una disputa internacional dentro del art. 14 del Pacto de la Liga, artículo que sometía las disputas a la Corte.

Cualquier miembro del Consejo tenía acceso a la Corte sin necesidad del consentimiento del Estado afectado ni de acuerdo entre los miembros del Consejo y el Estado minoritario. El Estado recurrente podía actuar en defensa de derechos de un tercero: la minoría afectada. Tal circunstancia anómala encontraba justificación en el hecho que el miembro del Consejo no actuaba en interés propio sino que desempeñaba una especie de función pública con miras al interés común de asegurar la paz.

Los Estados que tenían derecho de recurrir a la Corte Permanente en cuestiones de minorías eran los aliados principales, las potencias asociadas y los miembros del Consejo. El Tratado de Lausana suscripto por Gran Bretaña, Francia, Italia, Japón, Grecia, Rumania, Yugoslavia y Turquía, acordaba, por excepción, ese derecho a sus firmantes. El Consejo de la Liga como tal no tenía facultad de recurrir a la Corte, tampoco podían hacerlo los Estados minoritarios ni las minorías³⁹. El Consejo podía recurrir a la Corte sólo para pedir opinión consultiva y era el único organismo a excepción de la Asamblea que podía recabarlo⁴⁰.

Pronto surgieron dos cuestiones a) si para requerir la opinión consultiva de la C.P.J.I. era necesario el voto unánime del Consejo y b) si el Estado acusado de violar los derechos de una minoría podía votar en tal caso. La mayoría de los autores se inclinaron por una respuesta negativa a las dos cuestiones, no obstante no hubo pronunciamiento al respecto por parte de ningún organismo de la Liga.

En el único fallo que la C.P.J.I. dictó sobre minorías, su competencia fue discutida por el Estado afectado. La Corte no obstante rechazó toda interpretación de sus disposiciones tendientes a cercenar su

³⁹ En junio de 1919 se presentó un proyecto para acordar a los individuos y minorías interesados el derecho de recurrir directamente a la Corte, criterio que no prosperó.

⁴⁰ La Corte, en toda su existencia, pronunció 25 fallos y 27 opiniones consultivas. Cuatro casos concernían a minorías.

aplicación en la práctica. Así rechazó la interpretación de que las cláusulas de minorías contenían exhaustivamente las obligaciones máximas de los Estados ante las minorías, declarando que sólo enunciaban las obligaciones mínimas, de modo que la enunciación no era limitativa. (Así en los casos de las escuelas minoritarias de Albania, en la negativa polaca a reconocer contratos de preguerra celebrados por colonos del territorio antes ocupado por Alemania, en medidas adoptadas contra la población de habla polaca en Danzig. En todos estos casos la Corte buscó la igualdad, en los hechos y no sólo en la ley).

2. — *Protección en el sistema de las Naciones Unidas*

Tras la IIª Guerra Mundial el problema de protección de los derechos minoritarios se planteó en forma diferente. Se colocó el acento en la protección de los derechos del hombre como tal.

En los tratados de paz que se celebraron con Bulgaria, Finlandia, Hungría, Italia y Rumania (art. 2, 6, 2, 15 y 3 respectivamente) se establecieron garantías para la vigencia de los derechos humanos, reservándose los vencedores la facultad de proteger los que fueran desconocidos, la evolución política tras la IIª Guerra Mundial y la implantación de dictaduras en buena parte de los países signatarios de esos tratados, hizo que las cláusulas fueran meramente declarativas y sin vigencia práctica.

En relación a los tratados de minorías el Secretario General de las N. U. sostuvo que entre 1937 y 1947 las circunstancias relacionadas con la materia habían variado totalmente y que en líneas generales, el sistema creado por la Liga debía considerarse inexistente⁴¹.

La Comisión de Derechos del Hombre es una de las principales comisiones del C. E. y S. y actúa desde 1946 de conformidad con el art. 64 de la C. de N. U., con la misión de fomentar los derechos fundamentales del hombre y procurar su codificación⁴². Esta Comisión elaboró la Declaración General de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de los Derechos del Hombre de 1966, ha preparado la Convención sobre supresión de toda forma de discriminación racial, la Conven-

⁴¹ Austria considera subsistentes las disposiciones contenidas en el tratado de paz que siguió a la I Guerra Mundial.

⁴² A partir de 1953 comenzó a funcionar la subcomisión para la prevención de Discriminación y la Protección de Minorías.

ción sobre el castigo de los crímenes de genocidio, la Convención sobre la lucha contra la esclavitud, la Convención sobre derechos políticos de la mujer, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales, inició estudios sobre la defensa de los derechos fundamentales del hombre ante las consecuencias del desarrollo rápido de la técnica...⁴³.

La *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, Resolución 217 (III) del 10 de diciembre de 1948⁴⁴, no contiene referencia expresa al principio de libre determinación.

Esta Resolución contiene el siguiente texto:

“Considerando que es difícil adoptar una solución uniforme de esta cuestión compleja y delicada, que tiene aspectos especiales en cada Estado en que surge,
Considerando el carácter universal de la Declaración de los derechos del Hombre,
Decide no ocuparse en una medida especial de la cuestión de las minorías en el texto de esta Declaración,
... insta al Consejo a que solicite a la Comisión de Derechos Humanos y a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías efectúen un estudio cabal del problema de las minorías...”

Las N.U. se han preocupado por las minorías, pero no como titulares del derecho de libre determinación. Pueden ejercer ese derecho pero siempre que no atenten contra la integridad territorial del Estado, es decir, entrarían en la expresión “cualquier otra condición política” enunciada por lo Resolución 2625 (XXV) (vg. la autonomía).

El principal amparo lo encuentran los pueblos en los art. 2, 7, 18, 20 y 27 de esta Declaración Universal de los Derechos del Hombre, a pesar que esos derechos forman parte de los atributos generales de la persona humana y no le son propios.

La “*Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*”, Resolución 2106 (XX), en vigor desde el

⁴³ La principal dificultad de la Comisión se halla en la falta de una definición concreta de derechos del hombre.

⁴⁴ Aprobada por 48 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones (Arabia Saudita, Bielorusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Sudafricana, U. R. S. S. y Yugoslavia).

4 de enero de 1969 establece en el art. 1 que la expresión "discriminación racial" abarca

"toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

Al hablar de distinciones por razones de color, raza... origen nacional, está sugiriendo un concepto colectivo que responde a la idea de grupo étnico, pueblo, nación.

El artículo 9 señala el compromiso de los Estados de presentar informes al Secretario General para su examen por el Comité de informes sobre las medidas adoptadas para hacer efectiva la Convención.

El primer informe correspondía fuera presentado en el plazo de un año y en lo sucesivo cada dos años o cuando el Comité lo solicitara.

La Convención no reconoce a los oprimidos o discriminados derecho alguno en contra del Estado.

El art. 14 (1) expresa:

"Todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegaren ser víctimas de violaciones por parte de un Estado de cualquiera de los derechos estipulados en la presente Convención. El Comité no recibirá ninguna comunicación referente a un Estado que no hubiera hecho tal declaración".

El Estado que hubiere hecho tal declaración podrá designar un órgano dentro de su ordenamiento jurídico nacional, el que será competente para recibir y examinar las peticiones⁴⁵. Así en última instancia depende de la buena voluntad de los Estados el que la Convención pueda cumplirse. No podemos, no obstante, decir que se trata de una mera obligación moral. El Comité se compone de 18 "expertos de gran prestigio moral y reconocida imparcialidad", elegidos por los Estados partes entre sus nacionales (art. 8.1.).

⁴⁵ El nombre del órgano será depositado en poder del Secretario General, el que remitirá copia a los demás Estados partes. Asimismo el órgano anualmente elevará al Secretario General las copias certificadas del registro de peticiones.

Tanto en la Convención Europea de Derechos Humanos como en esta Convención prevalece el carácter facultativo del reconocimiento por parte de los Estados miembros del derecho de petición individual⁴⁶.

La declaración de aceptación del derecho de comunicación que un Estado hace puede retirarse en cualquier momento, pero obviamente tal notificación no puede tener efectos retroactivos y afectar las comunicaciones que el Comité tenga pendientes.

El procedimiento básicamente consiste en:

- el señalamiento por parte del Comité, en forma confidencial, de la comunicación al Estado afectado, el que dentro de los tres meses elevará al Comité explicación o declaración escrita aclaratoria de la cuestión, conteniendo las medidas correctivas adoptadas, si las hubiere;
- tras el estudio de la declaración del Estado y la comunicación del peticionario por parte del Comité, presentación a ambos de sus sugerencias y recomendaciones.

El *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, comprende el derecho de presentar peticiones individuales en un marco constitucional dentro del cual pueden desarrollarse procedimientos para el tratamiento de violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En los trabajos preparatorios chocaron los partidarios de otorgar a los individuos, grupos y organizaciones derecho a plantear demanda contra los que entendían que debía dejarse la iniciativa al Comité y/o a los Estados partes. El Uruguay presentó un memorandum proponiendo el nombramiento de un Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Fiscal General) encargado de receptor las reclamaciones de cualquier origen y facultado para iniciar una causa ante el Comité⁴⁷.

Las experiencias del Consejo de Administración Fiduciaria y la Organización Internacional del Trabajo alejaban los temores que el derecho de petición pueda desencadenar una ola de quejas maliciosas e in-

⁴⁶ Se habla de "comunicación" refiriéndose a la petición individual y se llama "peticionario" a la persona que eleva la comunicación.

⁴⁷ Doc. Ofic. de A.G., Sexto Período de Sesiones, Anexos, Tema 29 del Programa, doc. A/C. 3/564 y Doc. Ofic. del C.E. y S., 18 Período de Sesiones, Suplem. N° 7, anexo III "Propuesta de creación de una Oficina del Alto Comisionado (Fiscal General) de las N.U. para los Derechos Humanos.

fundadas que abrumara al órgano permanente paralizando su acción. Aún cuando tales efectos pudieran llegar a observarse bastaría, como salvaguarda, que se determinara un número de admisibilidades y se seleccionaran las demandas. Por otra parte el hecho que tales demandas deberían haber agotado los recursos internos limitaría su número.

En 1966 se suscribieron los dos Pactos Internacionales y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Conforme a este último, el Estado Parte que llegue a su vez a ser parte en el Protocolo Facultativo, reconoce la competencia del Comité⁴⁸ para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallan bajo la jurisdicción y aleguen ser víctimas de violación de los derechos del Pacto por un Estado parte.

El Protocolo Facultativo no establece plazo para la recepción y consideración por parte del Comité de las comunicaciones individuales. De acuerdo al art. 4 del Protocolo Facultativo, en un plazo de seis meses, el Estado parte interesado debe presentar por escrito explicación o declaración en las que se aclare la cuestión y se señalen las medidas adoptadas.

El Comité en base a la información escrita del individuo y del Estado parte examina el asunto en reuniones celebradas a puerta cerrada, después de haberse cerciorado:

- que el asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento internacional y
- que el individuo ha agotado todos los recursos de la justicia interna (salvo que el tratamiento de los recursos se prolongue injustificadamente).

De conformidad con el art. 89 del reglamento provisional, el Comité creó un grupo de trabajo encargado de hacer recomendaciones al Comité sobre el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad de las comunicaciones establecidos en los art. 1, 2, 3 y párr. 2 del art. 5 del Protocolo. Este Grupo de trabajo, conforme al art. 91 del mismo reglamento está facultado para pedir a los Estados partes interesados y a los autores de las comunicaciones que presenten información u "observaciones" relacionadas con la cuestión de su admisibilidad y conforme al párr.

⁴⁸ El Comité se compone de 18 miembros de los Estados partes que ejercen sus funciones a título personal y son elegidos de una lista de personas propuestas por los Estados Partes (art. 28 a 45 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

1 del art. 94, hasta puede examinar la sustancia de las comunicaciones con el fin de ayudar al Comité en la formulación de observaciones finales,

Todos los documentos relativos a las comunicaciones hechas de conformidad con el Protocolo Facultativo son confidenciales y sólo los miembros del Comité tienen acceso a ellos.

La *Resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social* del 27 de mayo de 1970, significa una innovación en el sistema de las N.U. en relación a las violaciones persistentes, fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito de las atribuciones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías.

Bajo la iniciativa del Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales y tras una serie de debates en varios órganos competentes de la ONU, el C.E. y S. decidió en 1967, por Resolución 1235 (XLII), que la Comisión de Derechos Humanos podía efectuar un estudio a fondo de las situaciones que revelaran un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos (con miras especialmente puestas en Rhodesia del Sur).

El procedimiento se estableció en 1970 por Resolución 1503 (XLIII) del Consejo y las reglas provisionales relativas a la admisibilidad de las comunicaciones se adoptaron por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías en su Resolución I (XXIV) del 13 de agosto de 1971.

El procedimiento es de alcance universal y está destinado sólo a casos persistentes de violaciones y no a infracciones aisladas. El objetivo de la Comisión de Derechos Humanos no es condenar a los Estados, ni actuar como tribunal, más bien es investigar y actuar como órgano de conciliación. La investigación sólo puede llevarse a cabo agotados los recursos en el plano internacional y con el asentimiento del gobierno interesado y su colaboración.

3. El *Consejo de Europa*, creado en 1949, con el objeto de lograr la unidad europea en todas las áreas a excepción de la militar, era una asociación pacífica de Estados democráticos que debían asegurar el respeto del derecho y la protección de los derechos humanos. La *Convención Europea de Derechos Humanos* (Convención de salvaguardia de los de-

rechos del hombre y de las libertades fundamentales), del 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de setiembre de 1953 y posee fuerza obligatoria en una veintena de Estados de Europa Occidental.

MC BRIDE, Ministro de Relaciones Exteriores de Irlanda, había expresado el 4 de noviembre de 1950 en el Sexto Período de Sesiones del Comité de Ministros:

“la lucha actual tiene lugar, en gran parte, en la mente y la conciencia de la humanidad. Siempre he pensado que en esta lucha nos faltaba una carta claramente definida en la que se enunciaran sin ambigüedad los derechos que los gobiernos democráticos garantizamos a nuestros pueblos. Esta Convención es un paso en ese sentido”.

La Convención Europea, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prevee un órgano judicial y confiere el derecho de presentar demandas “particulares” aunque en forma indirecta⁴⁹.

Las disposiciones del Título IV de la Convención tratan de las facultades y procedimientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pero todas las demandas, sean de un Estado, conforme al art. 24, o de una persona física, organización no gubernamental o grupo de individuos, conforme al art. 25, deben presentarse antes a la Comisión Europea de Derechos Humanos, que decide su admisibilidad de acuerdo a los art. 26 y 27. La Comisión efectúa una encuesta para ayudar a las “partes” a arribar a una solución amistosa, redacta un informe con exposición de hechos y solución adoptada en caso de resolución amistosa o bien exposición de hechos y dictamen. Sólo el Comité de Ministros o el Tribunal adoptan una decisión obligatoria sobre el fondo de la cuestión.

Sólo los Estados Partes y la Comisión pueden presentar un caso ante el Tribunal Europeo y con la condición que el Estado Parte interesado haya aceptado la jurisdicción obligatoria del Tribunal. Un particular no puede ser parte en los procedimientos entablados ante el Tribunal.

4. La Novena Conferencia Internacional Americana de 1949 resolvió que el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y su comisión permanente, así como el Comité Jurídico Interamericano procedieran a elaborar un

⁴⁹ Este último derecho aparece en el Protocolo Facultativo del Pacto.

proyecto de convención sobre la creación de una Comisión Interamericana de Protección de los Derechos Humanos.⁵⁰

En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores Americanas, en 1959, la protección de los derechos humanos en el continente llevó a la creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, compuesta de siete miembros elegidos, a título personal por el Consejo de la OEA. Tenía por objeto promover el desarrollo de los derechos humanos mediante la preparación de estudios y recomendaciones y servir de órgano consultivo de la OEA.

Conforme a la *Convención Americana de Derechos Humanos* del 22 de noviembre de 1969,⁵¹ la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano competente (al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud de la Convención. Conforme al art. 44 de la Convención "cualquier persona o grupo de personas puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violaciones a la Convención por parte de un Estado parte".

Los requisitos de admisión para una petición o comunicación son:

- a) que hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna;
- b) que se presente en el plazo de seis meses de notificado el lesionado de decisión definitiva;
- c) que la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional;
- d) que la petición (en el caso del art. 44) contenga el nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

Los incisos a) y b) no son aplicables cuando:

- no existe en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan violados;

⁵⁰ A falta de derechos sustantivos, el Comité Jurídico Interamericano entendió que no era factible tal proyecto de convención.

⁵¹ Suscripta por Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela. En vigor desde el 18 de julio de 1978.

- no se haya permitido al lesionado acceso a la jurisdicción interna o se le impidió agotarla;
- haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos (párr 2 del art. 46).

Si la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no logra una solución amistosa, se coloca la cuestión bajo la jurisdicción de un organismo judicial independiente. Los art. 52 al 69 de la Convención tratan de la organización, competencia, funciones y procedimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte posee también funciones consultivas para todos los órganos de la OEA como para todos los Estados miembros de la Organización (no sólo los que suscribieron la Convención).

La sumisión a la Corte por parte de los Estados es voluntaria y sólo ellos y la Comisión pueden ser "parte" en los procedimientos (art. 61)

5. Parte de la doctrina entiende que es un principio fundamental del Derecho Internacional que las normas internacionales no se pueden utilizar como pretexto para ingerir en los asuntos internos de un país, en tanto otros afirman la legitimidad de la inquietud de la comunidad internacional por la violación de los derechos humanos en determinados Estados.

Los mecanismos internacionales utilizados para controlar la aplicación de los derechos humanos como el Comité de Derechos Humanos (Pacto de Derechos Civiles y Políticos), el Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención sobre la Eliminación de Discriminación Racial), el Comité Consultivo de Expertos sobre la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, responden más a la idea de promoción de los derechos humanos que a su protección.

Muchos Estados han entendido que la existencia de estos órganos implica injerencia en asuntos internos y violación de soberanía alegando que cada Estado posee legislación interna protectora de los derechos humanos.

Otros Estados, por el contrario, han incorporado a su derecho interno órganos de control de cumplimiento de las normas relativas a derechos humanos. Así en Suecia, la que posee fuerte descentralización administrativa, se ha creado el cargo de "ombudsman", como comisionado parlamentario para fiscalizar y controlar a la administración. Es independiente en sus funciones del gobierno e incluso del Parlamento mismo.⁵² Aparece como un "tribuno de la plebe" al que acude un individuo cuando no está satisfecho por alguna decisión de autoridad administrativa⁵³. En Suecia existen dos tipos de "ombudsman", uno para supervisar a la administración civil y a la administración de justicia, el otro a las autoridades militares. Realiza investigaciones, tiene acceso a la documentación de las autoridades; si comprueba el abuso, error o negligencia, puede iniciar proceso contra el funcionario o proponer al gobierno se remedie la injusticia si no fuese posible subsanarla por proceso judicial⁵⁴. El "ombudsman" más que instrumento del Parlamento es protector de los derechos humanos individuales y colectivos.⁵⁵

La Comisión Canadiense de Derechos Humanos⁵⁶ tiene a su cargo la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Cuando se presenta una queja ante la Comisión, ésta puede establecer un tribunal de derechos humanos para examinarla o designar una persona que investigue la reclamación. Toda persona o agrupación de personas que tenga motivos para reclamar por prácticas discriminatorias podrá acudir a la Comisión, más aún, la propia Comisión puede iniciar reclamaciones cuando conociera de prácticas discriminatorias.

6. Orden internacional y derecho interno

La Resolución 3314 "Definición de la Agresión", del 14 de diciembre de 1974 en su artículo 7 dispone:

⁵² El Parlamento sólo establece las normas generales del "ombudsman".

⁵³ En Dinamarca y Finlandia incluso los ministros caen bajo la supervisión del "ombudsman". En Suecia y Finlandia el "ombudsman" se encarga de supervisar los actos judiciales (no así en Dinamarca).

⁵⁴ En la mayoría de los casos se ha amonestado al funcionario sin que se haya instruido proceso.

⁵⁵ En otros Estados se han creado instituciones análogas, así en la India existe la "office lokpal" ("protectora del pueblo").

⁵⁶ Creada por ley del 14 de julio de 1977.

“Nada de lo establecido en esta definición, en particular, en el artículo 3 podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere 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, en particular los pueblos que están bajo dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta, y en conformidad con la declaración antes mencionada”.

Cuando un Estado, en virtud del orden internacional posee un deber concreto, el derecho de no intervención no puede significar que la comunidad internacional deba permanecer impasible ante lesiones que afectan a la humanidad como tal.

El hecho que los Estados actuales sean en su mayoría multinacionales hace que los Estados teman a la aplicación del principio de libre determinación a los grupos étnicos o nacionales en sus territorios y opongán el principio de integridad territorial como freno a las reclamaciones de los pueblos. No debe confundirse esta situación con el “centralismo”, mal que aqueja a muchos Estados, aún a los que poseen homogeneidad poblacional, ya que no es esa la “discriminación” a que se refiere la Resolución 2625 (XXV). Esta última es la dominación que un pueblo ejerce sobre otro por razones de raza, credo, color... que se torna evidente a través de la imposición forzosa de una cultura extraña, la persecución sistemática a la lengua, cultura y unidad del pueblo sojuzgado con ánimo desnacionalizador. Generalmente deriva en emigraciones masivas a otros Estados y en el asentamiento del dominador en el territorio —antaoño poblacionalmente homogéneo— de los pueblos oprimidos

Si para que pueda considerarse que un pueblo colonial ha ejercido su derecho a la libre determinación (en caso que no se haya optado por la independencia sino por la asociación o integración con otro Estado independiente) se exige que se respeten las características culturales, las condiciones igualitarias con otros pueblos del territorio, qué razón puede llevar a pensar que los pueblos que no son considerados igualitariamente con otros pueblos dentro de un Estado, han ejercido su derecho a la libre determinación y constituyen en Estado

cuyas fronteras e integridad territorial son intangibles? El territorio debe seguir el destino que el pueblo elija ya que el pueblo no es un accesorio del territorio que debe seguir el destino impuesto por otros seres que disponen sobre su propio territorio y el ajeno.

Generalmente el principal punto de ataque es la lengua de un pueblo. NAERT acertadamente expresa:

“El mundo no habrá de ganar nada por el hecho de que mueran las lenguas de los pequeños pueblos... Reemplazar la diversidad lingüística actual por un reducido número de lenguas... llevaría a una fosilización del pensamiento, sería una organización de la estupidez. El progreso del pensamiento humano no señala ningún avance cada vez que un vasco abandona su lengua en favor del español o del francés...”⁵⁷.

A menudo se pretende justificar la estructura desigual del Estado en la aprobación libre de la mayoría de los ciudadanos en elecciones generales. Tales elecciones precisamente se llevan a cabo sobre la base de la desigualdad, ya que, si se busca mayoría, jamás las minorías podrían decidir sobre su propio destino, en tanto la mayoría poseería todos los resortes para conducir, por el número, a los pueblos minoritarios conforme a sus intereses. Una constitución decidida por la mayoría solo convendrá al pueblo mayoritario. MACARTNEY escribió:

“La regla de la mayoría, ejercida generalmente bajo el nombre de democracia, es una verdadera tiranía”⁵⁸.

A la mayoría, en virtud de principios democráticos, le corresponde decidir en los asuntos comunes, pero no puede, válidamente, hacer prevalecer su número en los asuntos que son propios y exclusivos de una región y un pueblo y que no pueden ser considerados comunes (vg. uso de la lengua, desarrollo económico, cultural, social, aprovechamiento de los recursos naturales...) ⁵⁹.

⁵⁷ NAERT, P. filósofo y profesor de la Universidad de Lund (Suecia), cit. por OBIETA CHALBAUD, J. A. en op. cit., pág. 114.

⁵⁸ MACARTNEY, C.A. cit. por OBIETA CHALBAUD, J.A. en op. cit. pág. 117.

⁵⁹ La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada por la UNESCO, el 14 de diciembre de 1960 se refiere a las minorías y expresa:

“1. Los Estados partes en la presente Convención acuerdan:... c) En que debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades que les sean pro...”

En un Estado multinacional suelen darse movimientos poblacionales de una región a otra, pero si tal "migración" adquiere el carácter de sistemática desintegración de la homogeneidad de un pueblo o nación, orquestado por el poder dominante, indudablemente se está violando el principio de libre determinación de los pueblos. Si en determinadas regiones, en tiempo breve, la población ha perdido su homogeneidad en porcentajes altos, sin precedentes en la historia del pueblo y sin justificación aparente en el presente, ello generalmente evidencia la desigualdad de hecho existente entre los distintos pueblos. Similar situación se da en los casos de fomento de la inmigración en zonas anteriormente homogéneas en lo que hace a su población. Baste recordar la minoría del Tirol del Sur en tiempos de MUSSOLINI. Para italianizarla cambió los nombres de lugares geográficos, fomentó la inmigración masiva de población italiana y unió administrativamente esta provincia (a la que denominó Alto Adigio) a Trento con el objeto que la población quedara sumergida en la populosa provincia italiana. Estas situaciones de sojuzgamiento se ven agravadas por el sofocamiento por la fuerza de todas las manifestaciones patrióticas de los grupos nacionales por considerarlas lesivas de la democracia y la unidad del Estado.

La autodeterminación no significa independencia. Solo las minorías fuertemente oprimidas terminan haciéndose separatistas comprendiendo que toda igualdad anunciada es sólo nominal.

Las N.U., si bien no han apoyado directamente hasta la fecha movimientos secesionistas, en los casos de opresión de un pueblo, violación de los derechos humanos colectivos, admitieron la ruptura de la integridad territorial de un Estado soberano. Tal el caso de Bangladesh.

La protección que las N.U. brindan a los pueblos es insuficiente no sólo por la falta de resortes para su efectividad, sino por su concepción genérica. Al estar concebida en el mundo de los derechos humanos y no de los pueblos —los que son fruto de lo que como conjunto realizan: lengua, religión, cultura, tradiciones...— éstos se ven obligados a la autodefensa.

La ausencia de jurisdicción internacional deja a los pueblos dominados librados a su suerte, abriendo sólo dos resquicios: el recurso a la opinión pública y a los medios violentos. Cuanto mayor es la carencia de actividad por parte de los órganos de las N. U., tanto más se refuerza, para el titular, la carga de su propia protección. Esta defensa casi siempre va acompañada de intervenciones militares que apoyan a las partes en conflicto, generando acciones de consecuencias impredecibles para el mundo y su paz.

La libre determinación de los pueblos dentro de un Estado no significa derecho a la secesión sino un derecho a su existencia nacional, a la no discriminación. Como corolario de la negación de esos derechos surge el derecho a la secesión. La minoría como pueblo, como nación sometida posee derecho a la secesión; la minoría como minoría carece de él.

Conclusiones

El principio de libre determinación, que naciera con visión universalista pero con los ojos puestos en Europa, vio reducida su aplicación en las últimas décadas sólo al campo del colonialismo formal. Esta estrecha interpretación no condice con el objeto ni con el fin del principio: el pueblo y su derecho a determinar libremente su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural.

Todo pueblo sometido posee el derecho, posee el deber de sacudirse el yugo de dominación que obstaculiza su existencia en libertad, ya sea que se trate de colonialismo formal, de situaciones neocoloniales o de colonialismo interno. Eadem ratio, idem jus.

La integridad territorial y la intangibilidad de las fronteras no constituyen un fin en sí mismas. A través de ellas se pretende respetar la voluntad de unidad de uno o varios pueblos que libremente eligieron una estructura jurídico-política interna y un status internacional. Pretender que los Estados deben permanecer inmutables de aquí a la eternidad, aún contra la voluntad de sus pueblos, sería transformar sus fronteras en prisión, sus leyes en maldiciones y al mundo en un hervidero de violencia.

Los distintos casos exigen procedimientos adecuados y soluciones diferentes correspondiendo a la O.N.U. —cuyo propósito fundamental es mantener la paz y la seguridad internacionales— formular una teoría y una técnica relativas a la aplicación del derecho de los pueblos a la libre determinación. Ello es una verdadera necesidad de nuestro tiempo, que exige el ingreso del derecho de libre determinación de los pueblos en una nueva fase histórica de su aplicación.

“LA PROTECCION Y PRESERVACION DEL MEDIO MARINO EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORANEO”

ERNESTO J. REY CARO

El tema de la protección y preservación del medio marino, aunque fue abordado por la literatura jurídica de otras épocas, es recién en la segunda mitad de este siglo cuando adquiere la dimensión que progresivamente la transformaría en una de las cuestiones fundamentales del Derecho del Mar y al mismo tiempo, una de las áreas más desarrolladas del llamado Derecho Internacional Ambiental¹.

Como es obvio, desde ambas perspectivas del derecho, la cuestión se centró en la formación de un cuerpo de normas internacionales aptas para regular los derechos y obligaciones de los Estados y la elaboración de principios básicos de conducta en la materia², ello sin perjuicio de que la responsabilidad pudiera recaer en otros entes, y que ciertas organizaciones internacionales proporcionaran a través de su estructura institucional los mecanismos adecuados para asegurar la eficacia de la acción interestatal.

La distribución clásica de los espacios marítimos que, como lo ha señalado la doctrina, se asentó sobre los intereses hegemónicos de las grandes potencias marítimas, se caracterizó por un reconocimiento de la

¹ Cf. Quéneudec, Jean Pierre “La contaminación del mar ante el Derecho Internacional”, Valladolid, España, 1974, pág. 9 y ss.

² Cf. Emanuelli, Claude “Les principes généraux de droit et la protection des Etats côtiers contre les risques de pollution des eaux navigables”, en The Canadian Yearbook of International Law, Vol. XIII, pág. 232 y ss.; Caffisch, L.C. “International Law Ocean Pollution: the Present and Future”, en Revue Belge de Droit International, Vol. VIII, 1972, pág. 7-33; Rey Caro, Ernesto J. “Problemática Jurídico-internacional de la Protección del Medio Ambiente”, en Humanitas, Universidad de Nuevo León, México, 1980, N° 21, pág. 647 y ss.

soberanía estatal sobre una porción reducida de las aguas marítimas adyacentes a las costas de los Estados —mar territorial—, limitada por el derecho de paso inocente o paso inofensivo en beneficio de los buques de otros países, fundado en el “jus communicationis” y en el “jus commercium”, banderas estas que no siempre se enarbolaron respetando sus auténticos objetivos³. Más allá de esta zona estaba la Alta Mar, con las tradicionales libertades de navegación, de pesca y con el progreso de la tecnología, de las libertades de tendido de cables submarinos y de aeronavegación, de las que gozarían los Estados con y sin litoral. En este gran espacio, regiría el principio de la ley del pabellón del buque, principio éste que solo cedería en el caso excepcional de la piratería. Únicamente para el ejercicio de ciertas competencias en materia de infracciones a las leyes de policía aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria que pudieran cometerse en el territorio de un Estado o en su mar territorial, se reconocía el derecho del estado ribereño de adoptar las medidas de fiscalización necesarias más allá del mar territorial. Tal era la “zona contigua”, que como la definiera la Convención de Ginebra de 1958, era considerada una zona de alta mar.

Esta estructura comenzaría a resquebrajarse con la aparición del concepto de plataforma continental que permitiría al Estado costero el ejercicio de soberanía sobre el suelo y subsuelo de las zonas marítimas adyacentes a su territorio más allá de su mar territorial hasta distancias que fueron evolucionando a medida que el concepto se consolidaba. Por otra parte, la reclamación de soberanía sobre mayores extensiones de aguas ribereñas fundada en razones predominantemente económicas, se materializó en reivindicaciones bajo la forma del mar territorial clásico, de un mar territorial “evolucionado”, de mar epicontinental, de mar patrimonial o de zona económica y que llegarían a distancias —200 millas—, que a principios de siglo eran imposible de imaginar. Desde la célebre Declaración de Santiago, de 1952 hasta las Declaraciones de Santo Domingo y Yaundé, de 1972, se producirían innumerables actos estatales especialmente originados en Estados latinoamericanos y africanos que echaban por tierra la clásica dicotomía mar territorial-alta mar y se consti-

³ El alcance del derecho de paso inocente en relación a los derechos del Estado costero en materia de preservación del medio marino ha merecido interesantes estudios. Cf. Emanuelli, Claude “La pollution maritime et la notion de passage inoffensif”, en *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. XI, pág. 13-36.

tuirían en el antecedente inmediato de la Zona Económica Exclusiva, consagrada en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982. Los Estados reclamantes no dejaban de advertir la necesidad de contemporizar sus derechos en estas zonas con los derechos de los demás Estados y los de la comunidad internacional. Se iba gestando una nueva distribución de competencias sobre los espacios marinos. A ello cabe agregar que receptada la idea del Embajador Pardo de Malta, expresada ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1967, la aplicación del principio del "patrimonio común de la humanidad" a los fondos marinos y oceánicos situados más allá de las jurisdicciones nacionales, habría de significar una disociación del régimen de la alta mar y para su instrumentación surgieron entes u órganos sobre los que recayó la obligación de conservar y preservar el medio marino, siendo a su vez titulares de derechos, sin perjuicio de la tradicional responsabilidad de los Estados ⁴.

La ley del pabellón del buque experimentaría una reducción en el ámbito territorial de aplicación y razones que se fundaban en los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, limitarían su alcance. Aquel "símbolo" de las grandes potencias marítimas en su confrontación con los derechos de los Estados costeros, habría de incidir directamente en las posturas adoptadas por los Estados en las sesiones preparatorias de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en las deliberaciones de la misma, en relación a muchos problemas del Derecho del Mar y entre ellos, la materia en consideración ⁵.

Desde la óptica del Derecho Internacional ambiental, la contaminación producida por el derrame o vertimientos en aguas marinas de sustancias nocivas con los consiguientes perjuicios, que en algunos casos asumieron el carácter de verdaderas catástrofes, determinaría que se gestaran normas de alcance regional o universal que progresivamente fueron

⁴ Cf. Treves, T. "La pollution résultant de l'exploration et de l'exploitation des fonds marins en Droit international", en *Annuaire Francais de Droit International*, 1978, pág. 831 y ss.

⁵ Cf. Douay, Claude "Le droit de la mer et la preservation du milieu marin", en *Le nouveau Droit de la Mer, sous le direction de Daniel Bardonnnet et Michel Virally*, París 233 y ss.; Jimenez de Aréchaga, Eduardo "El Derecho Internacional Contemporáneo", Madrid, 1980, pág. 275-278; Boyle, Alan E. "Marine pollution under the Law of de Sea Convention", en *American Journal of International Law*, Vol. 79 (2), April, 1985, pág. 347 y ss.

enriqueciendo esta rama del Derecho de Gentes ⁶. Surgieron numerosos tratados, y en conferencias internacionales se elaboraron principios rectores de la conducta de los Estados. La materia fue abordada desde el punto de vista doctrinario y convencional bajo ópticas diferentes. Una, teniendo en cuenta los agentes contaminantes como el petróleo, sustancias radiactivas u otras sustancias nocivas. La otra, teniendo en consideración las fuentes u orígenes de la contaminación, como los vertimientos de buques y aeronaves, descargas procedentes de buques o provenientes de tierra por emisarios, y más recientemente por la exploración y explotación de los fondos marinos o de la utilización del espacio ultraterrestre ⁷.

A partir del Convenio de Londres de 1954, para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, que sufrió con posterioridad algunas modificaciones, se inauguraría una larga lista de instrumentos con la finalidad común de la preservación y protección de los espacios marítimos, que han sido analizados detalladamente por una abundante doctrina ⁸.

En el ámbito universal al Convenio de Londres le seguirían, entre otros, varios acuerdos vinculados a la utilización de la energía nuclear, como el Tratado de Moscú de 1963 sobre prohibición de pruebas con armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre, bajo el agua, y el Convenio de Viena del mismo año sobre responsabilidad civil por

⁶ Cf. Lucchini, L. "A propos de l'Amoco-Cadiz. La lutte contre la pollution des mers: Evolution ou revolution du Droit International", en *Annuaire Francais de Droit International*, 1978, pág. 721 y ss.; Bollecker, Stern "A propos de l'accident d'Ekofisk. Problemes poses par la pollution par les installations de production petroliere off shore", en *Annuaire Francais de Droit International*, 1978, pág. 772 y ss.; Rochere de la J. "Les reactions de l'O.M.C.I. au desastre de l'Amoco-Cadiz", *Ibidem*, pág. 755 y ss. Dupuy, Pierre Marie "La préservation du milieu marin", en *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, Bruselas, 1985, pág. 983 y ss. Este autor pone de manifiesto la insuficiencia de los sistemas indemnizatorios de los años 70, que no cubrían toda la casuística, surgiendo como consecuencia de algunos desastres la conciencia de la necesidad de una legislación complementaria.

⁷ Cf. Yturriaga Barberán, José Antonio "Preservación del medio marino: perspectiva global", en *La actual revisión del Derecho del Mar*, Madrid, 1974, I segunda parte, pág. 363.

⁸ Ros, Vicent "Acuerdos regionales sobre preservación del medio marino", en *La actual revisión...*, pág. 43 y ss; Yturriaga Barberán, José Antonio, *op. cit.*; Quéneudec, Jean Pierre, *op. cit.*, pág. 24 y ss; Kiss, Alexandre Charles "Los principios generales del Derecho del Medio Ambiente", Valladolid, España, 1975, pág. 75 y ss. Según este último autor, el mar constituye el campo en que más se ha desarrollado la reglamentación internacional, debido a las características físicas y jurídicas de los océanos y la Alta Mar.

daños nucleares, además del Convenio de Bruselas de 1971 sobre responsabilidad por transporte marítimo de materiales nucleares. La desactualización del Convenio de Londres de 1954, determinó que tras una importante conferencia para tratar los problemas de la contaminación marina convocada por la OCMI, se suscribiera en 1973, también en Londres, un Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, que constituye uno de los instrumentos más completos sobre la materia, con cinco anejos, 2 obligatorios y 3 facultativos referidos a hidrocarburos, sustancias nocivas líquidas transportadas a granel, sustancias perjudiciales transportadas en paquetes, contenedores u otros receptáculos, aguas sucias de los buques y basuras de los buques, con normas prohibitivas de actos de descarga⁹. Un año antes se había adoptado en Londres un "Convenio sobre prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias"¹⁰ que consagró a escala universal los principios adoptados en el Convenio de Oslo, de 1972, sobre vertidos de buques y aeronaves, que suscribieron los países ribereños del Atlántico Nordeste¹¹.

También en el ámbito regional se adoptaron importantes instrumentos, como el Acuerdo de Bonn de 1969 relativo a la cooperación en materia de lucha contra la contaminación de las aguas del Mar del Norte por hidrocarburos, que fue una reacción regional ante el accidente del "Torrey Conyon", petrolero liberiano que derramó 60.000 toneladas de esta sustancia en el mar, causando graves daños en el medio marino de las zonas cercanas a las costas de Inglaterra y Francia; el Acuerdo de Copenhague, de 1974, relativo a las medidas adoptadas para luchar contra la contaminación por hidrocarburos de las aguas del mar; el Acuerdo de Neuilly, de 1972, relativo a la lucha contra la contaminación de las aguas del Mediterráneo también por hidrocarburos; el Convenio de

⁹ Cf. Mestral de, A.L.C. "Le Convention internationale de 1973 sur la prévention de la pollution par les navires", en *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. XII, pág. 239 y ss.

¹⁰ Cf. Mestral de, A.L.C. "Le convention sur la prévention de la pollution resultant de l'immersion de Déchets à la mer", en *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. XI, pág. 226 y ss.

¹¹ La República Argentina aprobó este Convenio por Ley 21947 del 6 de mayo de 1979. Cf. nuestra reseña "Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimientos de desechos y otras materias", en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Años XLII-XLIII. N° 1-2, pág. 367 y ss.

Oslo, de 1972, ya citado; el Convenio de Helsinki sobre protección del medio marino en el Mar Báltico, de 1974¹²; el Protocolo de Barcelona de 1976 relativo a la cooperación en materia de lucha contra la contaminación del Mar Mediterráneo por hidrocarburos y otras sustancias nocivas¹³, etc.

Debe destacarse la escasés de instrumentos regionales en el ámbito de los mares ribereños a los países latinoamericanos. En el área del Pacífico Sur, se han firmado un "Convenio para la protección del medio marino y la zona costera del Pacífico Sudoeste", en Lima, en noviembre de 1981; un "Acuerdo sobre la cooperación regional para el combate contra la contaminación del Pacífico Sudoeste por hidrocarburos y otras sustancias nocivas en caso de emergencia", suscripto en igual lugar y fecha; un Protocolo Complementario de este último acuerdo, firmado en Quito, en 1983; y un Protocolo para la protección del Pacífico Sudoeste contra la contaminación proveniente de fuentes terrestres, adoptado también en Quito, en 1983¹⁴.

Desde los primeros instrumentos se fueron plasmando un conjunto de normas de fondo y procesales, que luego se incorporaron en la Convención de Jamaica, de 1982, sobre el Derecho del Mar. Asimismo, en diversas declaraciones aprobadas en conferencias internacionales sobre la materia, se enunciaron principios que también entraron a formar parte de tal Convención.

La Declaración de Principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, aprobada por la Resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableció que los Estados, en relación a las actividades de la Zona, adoptarían y aplicarían reglas y procedimientos internacionales y colaborarían al efecto o fin de "a) impedir la contaminación, impurificación y otros peligros para el medio marino, incluidas las costas

¹² Cf. Kiss, Alexandre Charles "Récents traités régionaux concernant la pollution de la mer", en *Annuaire Français de Droit International*, 1976, pág. 720 y ss.

¹³ Cf. "Conferencia de Plenipotenciarios de los Estados ribereños de la región del Mediterráneo sobre la protección del Mar Mediterráneo", en *Anuario de Derecho Internacional*, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, España, Vol. III, pág. 740 y ss.

¹⁴ Cf. Comisión Permanente del Pacífico Sur "Convenios, Declaraciones, Estatutos, Reglamentos, Reuniones y Personal Internacional", Quito, Ecuador, 1985, pág. 39 y ss.

y la perturbación del equilibrio ecológico del medio marino". Se dejaba a salvo los derechos de los Estados ribereños vinculados con la adopción de medidas "para prevenir, mitigar o eliminar un peligro grave e inminente para sus costas o intereses conexos derivado de la contaminación, la amenaza de la contaminación u otras contingencias azorosas de cualesquiera actividades en la zona o causadas por tales actividades, con sujeción al régimen internacional que se establezca"¹⁵.

La "Declaración de Estados Latinoamericanos sobre el Derecho del Mar", del año 1970, reconoció el derecho de los Estados ribereños a prevenir la contaminación de las aguas y otros efectos peligrosos y nocivos que pudieren resultar del uso, exploración y explotación del medio adyacente a sus costas. En la reunión de Lima, conjuntamente con la mencionada Declaración se adoptó una resolución sobre el problema de la contaminación del medio marino, en la que se recomendaba a los Gobiernos latinoamericanos, entre otras políticas, la decisión de resguardar el medio marino¹⁶.

En la reunión del "Grupo Intergubernamental sobre la Contaminación de las Mares", realizada en Ottawa, en 1971, que fuera constituido por la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, se elaborarían importantes principios y directrices para la preservación del medio marino, que establecían obligaciones generales tales como: Los Estados tienen el deber de proteger y preservar el medio marino, adoptar medidas para evitar la contaminación marina y no transferir riesgos o daños de contaminación de una parte a otra del medio marino; Los Estados deben reducir al mínimo la descarga en el mar de sustancias nocivas procedentes de tierra o de buques y aeronaves, disponer de recursos adecuados para hacer frente a la contaminación producida por la exploración y explotación de los fondos marinos dentro de su jurisdicción y colaborar con los organismos internacionales competentes para impedir la contaminación de este tipo producida fuera de su jurisdicción nacional; Los Estados deben proteger las zonas del medio marino adyacentes a sus costas contra los daños causados por actividades realizadas dentro de sus propios territorios. Esta obligación se extiende a todos los Estados en relación al medio marino fuera

¹⁵ Cf. Asamblea General, Documentos Oficiales de XXV Período de Sesiones, Suplemento Núm. 28, Doc. A/8028, pág. 13.

¹⁶ Ver texto en "La actual revisión del Derecho del Mar...", pág. 310.

de las jurisdicciones nacionales. Los Estados deben cumplir la obligación que emana de los daños por la contaminación derivada de sus propias actividades o de las organizaciones o personas que están bajo su jurisdicción y cooperar en la elaboración de procedimientos para hacer frente a tales daños, de conformidad con el Derecho Internacional.

El preámbulo de la llamada Declaración de Ottawa contendría conceptos que sustentarían la acción internacional futura, en la que la "humanidad" asume un papel destacado: "El medio marino y todos los organismos vivos que mantiene son de vital importancia para la Humanidad, e interesa a la Humanidad entera administrar dicho medio de modo que no queden perjudicados ni su calidad ni sus recursos... Se necesita una adecuada administración, y las medidas encaminadas a evitar la contaminación de los mares deben considerarse un elemento esencial en esta administración de los mares y océanos y de sus recursos naturales"¹⁷. Sin duda, la Declaración de Ottawa, constituiría el cuerpo más completo de principios orientadores sobre la preservación del medio marino y de la lucha contra la contaminación y habría de incidir decisivamente en los trabajos de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

La reunión de Ottawa precedió a la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano que se celebró en junio de 1972, siendo ésta un hito relevante en la acción interestatal para la preservación del medio ambiente. De allí surgiría la "Declaración sobre el Medio Humano", adoptada por consenso de los 113 Estados que asistieron a ella. Contiene 26 principios. El principio 7º estableció que "Los Estados deben tomar todas las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina, menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otras utilizaciones legítimas del mar". El principio 6º le impone a los Estados el deber de poner fin a la descarga de sustancias tóxicas que el medio no pueda neutralizar, y de apoyar la lucha de los pueblos contra la contaminación. El principio 21º, reitera el derecho soberano de los Estados "de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo

¹⁷ Ver texto en "La actual revisión del Derecho del Mar...", pág. 319-322.

su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional". El principio 22º, impone el deber de cooperar para desarrollar el Derecho Internacional referente a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que causen las actividades realizadas dentro de la jurisdicción del Estado o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

La ayuda a los países en desarrollo para la cooperación científica y la cooperación en las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio, constituye el contenido de los principios 20º y 24º.

Nuevamente el carácter universalista y la concepción global de la materia aparece en el preámbulo, donde se afirma que "La protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos".

En el campo regional, la Declaración de Santo Domingo del 9 de junio de 1972 sobre los problemas del mar destacaba "el deber de todo Estado de abstenerse de realizar actos que puedan contaminar los mares y sus fondos marinos, tanto dentro como fuera de sus respectivas jurisdicciones", reconociéndose la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas que causen daños al medio ambiente marino, recomendándose un acuerdo internacional de alcance mundial¹⁸.

La cuestión de la contaminación marina fue considerada en la Comisión de Fondos Marinos, en donde las propuestas respondieron a dos grandes criterios. El primero, mantener la competencia exclusiva del Estado del pabellón fuera del mar territorial, que tenía como lógico sostenedores a las grandes potencias marítimas. El segundo, se reflejaba en las propuestas que extendían la jurisdicción del Estado ribereño a una zona adyacente al mar territorial. Esta perspectiva "zonal" era sostenida por numerosos Estados ribereños, y tendía a que éstos pudieran adoptar y aplicar medidas conducentes a evitar la contaminación marina por buques en áreas adyacentes al mar territorial que se encontraban bajo jurisdicción de dichos Estados.

¹⁸ Ver texto en "La actual revisión del Derecho del Mar...", pág. 332.

Yturriaga Barberán, examinando el contenido de las propuestas presentadas en la Comisión, las agrupa en 4 núcleos: a) las propuestas "zonales radicales", que pugnaban por el reconocimiento del derecho de los Estados ribereños de establecer una zona de control de la contaminación del medio marino que no excediera las 200 millas, dentro de la cual ejercerían jurisdicción para controlar las actividades y para impedir o reducir los daños al medio marino; b) la posición "zonal moderada", que reconocían al Estado la facultad de ejecutar las medidas adoptadas para la protección y preservación del medio marino dentro de los límites de su jurisdicción nacional, incluidas las zonas de protección ambiental adyacentes a su mar territorial; c) las posturas que defendían la "exclusividad de la ley del pabellón" fuera del mar territorial de los Estados; d) los proyectos que complementaban la ley del pabellón con la del Estado del puerto, con diversas alternativas¹⁹.

LA TERCERA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

La consideración integral de los problemas del Derecho del Mar a la luz de las profundas modificaciones que había experimentado la estructura clásica de los espacios marinos, constituiría uno de los grandes esfuerzos de las Naciones Unidas, tendiente a su codificación.

El tratamiento de la cuestión de la preservación y conservación del medio marino se vio facilitada por una vasta labor precodificadora manifestada en la adopción de normas convencionales de carácter general y regional consagradas en los numerosos tratados ya referidos, y el reconocimiento de principios básicos y normas de conducta enunciados en reuniones y conferencias especializadas y en trascendentes resoluciones de la Asamblea General de la ONU.

Esta situación contrasta con la imperante en la I^o y II^o Conferencias de Ginebra, de 1958 y 1960. En aquellas oportunidades la materia en examen aparece en forma muy aislada y sólo se incluye en la Convención sobre Alta Mar y en la Convención sobre Plataforma Continental. En la primera, el art. 24 estableció que "Todo Estado está obligado a dictar

¹⁹Cf. Op. cit., pág. 418-422.

disposiciones para evitar la contaminación de las aguas por los hidrocarburos vertidos de los buques, desprendidos de las tuberías submarinas o producidos por la explotación y exploración del suelo y del subsuelo submarinos, teniendo en cuenta las disposiciones de los convenios existentes en la materia". Únicamente se hacía referencia a un agente contaminante y a determinadas fuentes de contaminación. El art. 25 aborda la cuestión de las sustancias radiactivas y otros agentes nocivos, imponiendo a los Estados la obligación de evitar la contaminación producida por la inmersión de desperdicios radiactivos, teniendo en consideración las normas y reglamentos que puedan dictar las organizaciones internacionales competentes, y les obliga a colaborar con éstas para la preservación del mar y el espacio aéreo suprayacente contra la contaminación proveniente de actividades realizadas con sustancias radiactivas y otros agentes nocivos. La segunda incluye referencias genéricas en el art. 5, párrafos 1º y 7º, obligando al Estado costero a adoptar en las zonas de seguridad de las instalaciones y dispositivos para la exploración y explotación de los recursos naturales, "todas las medidas adecuadas para proteger los recursos vivos del mar contra agentes nocivos".

Durante los debates de la IIIª Conferencia, a pesar de que la temática no fue de las que ofreció mayores dificultades ni presentó posiciones irreductibles, nuevamente se enfrentaron las posturas sostenidas por los Estados que proponían el reconocimiento de derechos que le permitiera adoptar medidas en zonas adyacentes a su mar territorial, y por las potencias marítimas que se aferraban a la ley del pabellón. La materia estaba estrechamente vinculada con el reconocimiento de la Zona Económica Exclusiva y los derechos que sobre ésta podían ejercer los Estados ribereños por una parte, y con el régimen que se atribuiría a la Zona de fondos marinos situados más allá de las jurisdicciones nacionales, por la otra, que eran las dos grandes innovaciones del Derecho Internacional marítimo contemporáneo.

El tema fue tratado en la Tercera Comisión, que constituyó una prolongación de la Subcomisión III de la Comisión sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional. Dicha subcomisión fue creada en 1971.

Muestran las mencionadas posturas, algunas intervenciones en las sesiones de la Tercera Comisión. Así, el representante de Dinamarca, se expresaba en los siguientes términos:

“Su delegación, si bien está dispuesta a considerar el principio de que el Estado portuario es a quien corresponde hacer aplicar las disposiciones, entiende que la autoridad de este último debe circunscribirse a la aplicación de normas internacionalmente convenidas, y no debe estar basada en disposiciones nacionales adoptadas por el propio Estado portuario. Las medidas que éste tome para hacer cumplir las normas, como la visita y registro de un buque, deben circunscribirse en general al tiempo que el buque permanece en puerto, y todo procedimiento iniciado contra un buque debe comunicarse inmediatamente al Estado del pabellón”²⁰.

La postura llamada “zonal”, se manifiesta en las intervenciones de varias delegaciones, entre ellas la de Australia:

“Australia favorece un enfoque zonal, en virtud del cual el Estado ribereño estaría autorizado, de acuerdo con el derecho internacional, a ejercer un control eficaz de la contaminación por los buques en la alta mar, en una zona contigua a su mar territorial. En el documento... Australia expuso algunos principios en virtud de los cuales el Estado ribereño podría proteger su medio marino sin oponer injustificadamente obstáculos a la navegación; en esos principios hay un equilibrio que la delegación de Australia considera importante”²¹.

Por su parte, la propuesta del delegado de Francia ponía de manifiesto posiciones intermedias:

“La delegación de Francia considera que debe haber dos excepciones claramente definidas a la aplicación del derecho del Estado del pabellón: en el caso en que tenga fundados motivos para creer que se ha cometido una violación, el Estado ribereño debe estar facultado para verificar dicha violación y comunicarla a los tribunales del Estado del pabellón. Debe estar facultado también para procesar al infractor en sus propios tribunales en el caso de que el Estado del pabellón así no lo haga. Esta solución es eficaz, dado que el Estado del pabellón no suele interesarse en procesar al infractor y el Estado ribereño suele estar en mejores condiciones de verificar la infracción. Es, al mismo tiempo, una solución que protege la libertad de comunicación, puesto que el buque sólo podrá ser detenido durante el tiempo estrictamente necesario para verificar la infracción...”²².

²⁰ Cf. Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Documentos Oficiales, Vol. II, N.Y., 1975, pág. 347.

²¹ *Ibidem*, pág. 348

²² *Ibidem*, pág. 368

La proyección de la problemática de la preservación y protección del medio marino en la nueva distribución de los espacios marinos y la titularidad de derechos y obligaciones, se manifestaría igualmente en las posturas de las delegaciones asistentes:

“La zona en que el Estado ribereño debe tener derecho a establecer normas complementarias y reprimir las infracciones es la denominada zona económica o mar patrimonial. Nueva Zelanda considera que, dentro de su zona de jurisdicción, el Estado ribereño debe tener tanto derechos como obligaciones. En efecto, tiene la responsabilidad de la explotación racional de los recursos de la zona y, por lo tanto, debe reconocérsele también jurisdicción en lo que respecta a la preservación del medio en el que existen esos recursos”²³.

La delegación de Pakistán, sostenía:

“La Autoridad internacional de los fondos marinos que ha de establecerse en virtud de la futura convención debe tener a su cargo la prevención de la contaminación y la preservación del medio marino en la zona internacional, y debe también facilitar la asistencia técnica necesaria a los Estados ribereños para la adaptación y aplicación de las normas internacionales en la zona de su jurisdicción”²⁴.

En cuanto a la amplitud de las normas que debían ser incluidas en la futura Convención, en general hubo coincidencia en que ésta debía contener un conjunto de reglas básicas que luego se complementarían con la participación de los organismos internacionales competentes. Tal fue la opinión de las delegaciones de España y Suecia, entre otras. El representante de la primera, sostuvo:

“... el futuro convenio no debe ser una simple declaración de principios sobre el medio marino, sino contener una serie de artículos generales sobre la preservación de este medio y la lucha contra la contaminación, que puedan ser ulteriormente completados y desarrollados por los organismos internacionales especializados, o por las organizaciones regionales”²⁵.

Las características de la responsabilidad por los daños ocasionados

²³ *Ibidem*, pág. 364

²⁴ *Ibidem*, pág. 361

²⁵ *Ibidem*, pág. 371

en el medio marino y la falta de actualidad de las normas clásicas sobre esta materia, fue destacada por el delegado de Suecia:

“Con respecto a la responsabilidad y la indemnización, ha de subrayarse el carácter especial de los daños de que se trate. Los daños al medio marino muchas veces no perjudican a una persona determinada. Así, puede decirse que la contaminación de la alta mar perjudica a toda la humanidad. A menudo es muy difícil probar la relación causal entre determinada actividad y los perjuicios que ocasiona o estimar el monto de éstos en dinero. Por estas razones, es evidente que la doctrina tradicional de la indemnización por daños y perjuicios no permite resolver adecuadamente las cuestiones relativas a la indemnización por daños causados al medio marino, cuestión ésta que debe ser estudiada más a fondo de lo que puede hacerlo la Comisión”²⁶.

La necesidad de dar una solución global a la problemática sometida a consideración de la Tercera Comisión en el aspecto examinado, se puso de manifiesto ab-initio con un marcado consenso. Al respecto, el delegado de la República Democrática Alemana, sostuvo en la primera intervención:

“Existen ya algunos acuerdos bilaterales, regionales o especiales para la protección del medio marino y se están preparando otros; pero el problema sólo podrá ser verdaderamente resuelto por una convención universal que abarque todas las esferas. De poco sirven medidas diversas y parciales para las zonas ribereñas; se requieren normas internacionalmente convenidas que sean universalmente aplicadas. La contaminación del mar procede de distintas fuentes de la tierra, de los buques y de las actividades en los fondos marinos, y sería inútil circunscribirse a una sola de ellas. Además la protección del medio marino no puede separarse de la protección del medio ambiente nacional”²⁷.

El Presidente de la Comisión, al resumir las intervenciones de las numerosas delegaciones que expresaron sus opiniones, destacó las principales tendencias generales, que luego se materializarían en el texto definitivo de la Convención:

Existía una seria preocupación por el peligro creciente de la conta-

²⁶ Ibidem, pág. 360

²⁷ Ibidem, pág. 346

minación marina y el deterioro del medio marino, y una marcada coincidencia en la necesidad de medidas eficaces y coordinadas.

El alcance y extensión de los derechos y obligaciones de los Estados ribereños y de los Estados del pabellón en el control de la contaminación marina revestía una importancia fundamental, debiendo establecerse un justo equilibrio entre el ejercicio de la jurisdicción por parte de los primeros y los derechos del Estado del pabellón.

Se reconocía la estrecha interrelación entre las medidas nacionales, regionales y mundiales destinadas a impedir o disminuir la contaminación marina.

Se coincidió en la necesidad de medidas de evaluación, de control operacional y de ejecución respecto a las fuentes principales de contaminación, como la procedente de tierra, de la explotación de fondos marinos, de la procedente de buques y la contaminación resultante de vertimientos, destacándose el peligro extremo de la contaminación por sustancias radiactivas.

El problema de la responsabilidad y las obligaciones de los Estados, en particular de los del pabellón respecto de la contaminación procedente de los buques, debía merecer una consideración especial.

Hubo coincidencia en la necesidad de promover el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional en la materia y de la participación de las instituciones internacionales interesadas en la preservación del medio marino ²⁸.

LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

La Convención ha dedicado la Parte XII a la "Protección y Preservación del Medio Marino", aunque se encuentran disposiciones sobre la materia en capítulos anteriores.

Así, siguiendo la metodología de la mayor parte de las convenciones codificadoras, en el art. 1, se definen los distintos términos empleados en el instrumento y el alcance. Entre ellos, se incluye en concepto de contaminación del medio marino, entendiéndose por tal:

²⁸ *Ibidem*, pág. 373-374

“la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento”.

Por otra parte, al referirse la CNUDM al significado del paso inoce-
nente —art. 19—, determina que el paso de un buque extranjero resulta perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado, cuando aquel realice en el mar territorial, entre otras actividades “cualquier acto de contaminación intencional y grave contrario a esta Convención”, y se reconoce al Estado ribereño la facultad de dictar leyes y reglamentos para la preservación del medio ambiente y la prevención, reducción y contaminación de éste (art. 21).

Igualmente cuando regula el derecho de paso en tránsito en los estrechos utilizados para la navegación internacional —art. 93—, entre las obligaciones de los buques durante aquel, se impone el deber de cumplir con los “reglamentos, procedimientos y prácticas para la prevención, reducción y control de la contaminación causada por buques” y entre los derechos de los Estados ribereños de estrechos —art. 42—, se reconoce el de dictar leyes y reglamentos para la prevención, reducción y control de la contaminación “llevando a efecto las reglamentaciones internacionales aplicables relativos a la descarga en el estrecho de hidrocarburos, residuos de petróleo y otras sustancias nocivas”, y se prevé —art. 43—, que los Estados usuarios y los Estados ribereños de un estrecho deben cooperar mediante acuerdos para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques.

La CNUDM reconoce asimismo al Estado ribereño en la zona económica exclusiva, jurisdicción para la protección y preservación del medio marino (art. 56).

En la Parte VII, dedicada al régimen jurídico de la Alta Mar, entre los deberes del Estado del pabellón se consagra la obligación de ejercer de manera efectiva su jurisdicción y control sobre los buques que enarbolan su pabellón en cuestiones administrativas, técnicas y sociales, y entre las medidas que debe tomar se prescriben aquellas que aseguren que el capitán, los oficiales y la tripulación conozcan plenamente y cum-

plan los reglamentos internacionales aplicables entre otras materias, a la prevención, reducción y control de la contaminación marina (Art. 94, párr. 4, inc. c).

Al regular las actividades en la ZONA, se impone a la Autoridad la obligación de proteger el medio marino contra los efectos nocivos de tales actividades debiendo la misma establecer normas, reglamentos y procedimientos apropiados para "prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino y otros riesgos para éste, incluidas las costas, y la perturbación del equilibrio ecológico del medio marino, prestando especial atención a la necesidad de protección contra las consecuencias nocivas de actividades tales como la perforación, el dragado, la excavación, la evacuación de desechos, la construcción y el funcionamiento o mantenimiento de instalaciones, tuberías y otros dispositivos relacionados con tales actividades" (art. 145, ap. a).

La Parte XII que comprende 46 artículos sobre la materia, ha sido dividida en 11 Secciones.

La primera de ellas contiene disposiciones generales o principios básicos que rigen los derechos y obligaciones de los Estados en la materia, la mayoría de las cuales ya estaban incorporadas en los numerosos tratados de alcance universal y regional celebrados en las décadas anteriores.

Un principio rector impone a los Estados la obligación de proteger y preservar el medio marino (art. 192) y a este principio debe adecuarse el derecho soberano de los Estados de explotar sus recursos naturales de acuerdo a su política de medio ambiente (art. 193).

En este catálogo de obligaciones sobresalen: a) El deber de los Estados de tomar en forma individual o colectiva las medidas compatibles con la Convención, necesarias para preservar, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente; que las actividades bajo su jurisdicción o control no causen perjuicios a otros Estados o a su medio ambiente y que la contaminación por accidentes o actividades bajo su jurisdicción o control no se extiendan más allá de las zonas donde ejerza derechos de soberanía (art. 194); b) La obligación de que las medidas adoptadas con tal finalidad no impliquen directa ni indirectamente transferencia de daños o peligros de un área a otra o transformación de un tipo de contaminación en otro (art. 195); c) El deber de tomar las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar

la contaminación del medio marino causada por la utilización de tecnología bajo su control o la introducción de especies extrañas o nuevas que puedan causar cambios considerables o perjudiciales en un sector determinado del medio marino.

La Sección 2, regula la cooperación a nivel mundial o regional, la que se podrá instrumentar directamente o a través de las organizaciones internacionales competentes mediante la formulación de reglas y estándares y prácticas y procedimientos de carácter internacional, adecuadas a las características de cada región (art. 197).

La cooperación igualmente se materializa al imponer al Estado el deber de notificar todo daño a su medio ambiente o peligro de daño a los otros Estados que pudieren resultar afectados por esos daños y a las organizaciones internacionales competentes. En esta hipótesis los Estados del área y las organizaciones internacionales referidas deben cooperar para eliminar los efectos de la contaminación y prevenir y reducir al mínimo los daños (arts. 198 y 199).

Los Estados Partes se comprometen en este marco de la cooperación a la promoción de estudios y realización de programas de investigación científica y a intercambiar información y datos obtenidos sobre la contaminación del medio marino (art. 200) y sobre los datos que proporcione esta actividad, establecer criterios científicos para formular y elaborar reglas y estándares (art. 201).

La Sección 3, contempla la asistencia técnica a los Estados en desarrollo. Comprende por parte de los Estados la promoción de programas de asistencia científica para la protección y preservación del medio marino; la formación de personal científico y técnico; la entrega de equipos y servicios necesarios y la prestación de asistencia en caso de incidentes que por su importancia puedan causar una grave contaminación al medio marino, entre otras actividades. Se establece para los Estados en desarrollo un trato preferencial a través de las organizaciones internacionales, en la asignación de fondos y asistencia técnica y la utilización de servicios especializados.

La vigilancia y evaluación ambiental constituye la materia de la Sección 4. Impone a los Estados deberes a cumplir en forma directa o a través de organizaciones internacionales competentes. Para ello deben observar, medir, evaluar y analizar los riesgos de contaminación del medio marino, manteniendo bajo su vigilancia los efectos de cualquier acti-

vidad que autoricen o realicen (art. 204). Deben publicar los informes vinculados con los resultados obtenidos (art. 205) y deben evaluar los efectos potenciales de actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control que puedan causar una contaminación "considerable" del medio marino u ocasionar cambios importantes y perjudiciales (art. 206).

La Sección 5, aborda la cuestión de las reglas internacionales y legislación nacional para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino. Contrariamente a lo que pareciera insinuar el título, no se establecen las normas pertinentes sino que se determinan las pautas y objetivos que deben alcanzar las mencionadas reglas, distinguiéndose entre los siguientes casos:

La contaminación procedente de fuentes terrestres, incluidos los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe;

La contaminación resultante de actividades relativas a los fondos marinos a la jurisdicción nacional (plataforma continental) y de islas artificiales, instalaciones y estructuras bajo su jurisdicción;

La contaminación resultante de actividades en la ZONA.

La contaminación por vertimientos;

La contaminación causada por buques;

La contaminación desde la atmósfera o a través de ella.

Se prevé que las leyes y reglamentos nacionales deben ajustarse a las reglas y estándares y a las prácticas y procedimientos recomendados en los convenios internacionales y no podrán ser menos eficaces que éstos. En cuanto a la legislación internacional, se canaliza la acción de los Estados por conducto de las organizaciones internacionales o a través de una conferencia diplomática. Toda la legislación debe reexaminarse periódicamente.

En el caso de la contaminación por vertimientos, se establece que éstos no pueden efectuarse sin el consentimiento del Estado ribereño cuando se realicen en su mar territorial, en la zona económica exclusiva o en su plataforma continental.

El art. 1 de la Convención define lo que debe entenderse por vertimiento. Comprende "la evacuación deliberada de desechos u otras materias desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar" y "el hundimiento deliberado de buques, aeronaves, plataformas u otras

construcciones en el mar". El término no comprende la evacuación de desechos u otras materias resultantes de las operaciones normales de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar y de su equipo y el depósito de materias para fines distintos de su mera evacuación, siempre que ese depósito no sea contrario a los objetivos de la convención.

En relación a la contaminación causada por buques, se establece una extensa regulación que además de las pautas señaladas, consagra obligaciones para los Estados del pabellón de los buques o en cuyo territorio estén matriculados, y reglas procesales, en particular cuando las reglas y estándares internacionales sean inadecuados para hacer frente a circunstancias especiales y los Estados ribereños tengan motivos razonables para creer que un área particular de su zona económica exclusiva requiera la adopción de medidas obligatorias especiales para prevenir la contaminación causada por buques. En este caso se prevé un procedimiento de consulta a través de las organizaciones internacionales pertinentes.

La ejecución de las leyes y reglamentos dictados para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, es la materia de la Sección 6, estableciéndose reglas de competencias, según sean los casos.

En la hipótesis de contaminación por vertimientos, se otorga competencia al Estado ribereño, al Estado del pabellón del buque, o al Estado en cuyo territorio hayan tenido lugar los actos de carga de desechos u otras materias.

En cuanto a la ejecución por el Estado del pabellón, se prevé la adopción de medidas en caso de que los buques cometan infracciones a las reglas y estándares establecidos por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general, pudiendo a este efecto solicitarse la cooperación de cualquier otro Estado cuya ayuda pudiera ser útil (art. 217).

En relación a la ejecución del Estado del puerto, se autoriza a éste a realizar una investigación e iniciar procedimientos respecto de descargas procedentes de un buque realizada fuera de sus aguas interiores, de su mar territorial o de la zona económica exclusiva, siempre que ese buque se encontrara en el puerto o en una instalación terminal costa afuera de ese Estado, previéndose el procedimiento cuando tales descargas se hayan producido en las aguas interiores, el mar territorial o la zona económica

exclusiva de otro Estado, en cuyo caso será necesaria la solicitud expresa de este último (art. 218).

Igualmente, se ha regulado la ejecución por los Estados ribereños, otorgándosele competencia para iniciar procedimientos para prevenir, reducir y controlar la contaminación, en caso de infracciones cometidas en su mar territorial o en su zona económica exclusiva por buques que se encuentren en sus puertos o en una instalación terminal costa afuera. Esta facultad se extiende a los casos de sospechas de que el buque navegando por su mar territorial haya violado durante su paso las leyes y reglamentos dictados por el Estado ribereño, incluyendo la posibilidad de una inspección del buque y la retención del mismo, según el caso.

Cuando haya sospechas de que el buque navegando por el mar territorial o la zona económica exclusiva haya cometido en esta última infracciones a las normas referidas a la preservación, reducción y control de la contaminación o a sus leyes y reglamentos, se autoriza al Estado costero a requerir información sobre identidad y puerto de registro, sus escalas anteriores y siguientes y cualquier otra información. En la misma casuística anterior, si se creyera que hubiera provocado una descarga importante que amenace causar una contaminación considerable, se podrá efectuar la inspección física del buque, pudiendo llegarse en caso de contarse con pruebas objetivas y claras de las infracciones hasta la retención del buque (art. 220).

El art. 221 deja a salvo los derechos en caso de accidentes marítimos que pudieran perjudicar al Estado costero: "Ninguna disposición de esta Parte menoscabará el derecho de los Estados con arreglo al derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, a tomar y hacer cumplir más allá del mar territorial medidas que guarden proporción con el daño real o potencial a fin de proteger sus costas o intereses conexos, incluida la pesca, de la contaminación o la amenaza de contaminación resultante de un accidente marítimo o de actos relacionados con ese accidente, de los que quepa prever razonablemente que tendrán consecuencias perjudiciales".

Se han previsto igualmente obligaciones de hacer cumplir las leyes y reglamentos y reglas y estándares en el espacio aéreo de un Estado, en caso de contaminación desde la atmósfera o a través de ella (art. 222).

La Sección 7 aborda las "garantías" que deben respetarse en caso de procedimientos iniciados de conformidad con la Convención. Entre ellas

pueden señalarse las siguientes pautas a observarse por los Estados que ejecuten leyes y reglamentos:

a) La obligación de facilitar la audiencia de testigos y la admisión de pruebas presentadas por las autoridades de otro Estado o por una organización internacional competente (art. 223);

b) Las facultades de ejecución contra buques extranjeros solo podrán ser ejercidas por funcionarios o por buques de guerra, aeronaves militares u otros buques o aeronaves que llevan signos claros e indistinguibles (art. 224);

c) El ejercicio de tales facultades no podrá poner en peligro la seguridad de la navegación ni ocasionar riesgos a los buques (art. 225);

d) Las facultades de investigación están sujetas a limitaciones en el tiempo y a formalidades que evitan un exceso por parte del Estado ejecutor (art. 226);

e) Debe respetarse el principio de no discriminación de hecho ni de derecho, en cuanto a los buques contra los que se ejecutan o ejerzan las medidas (art. 227);

f) El procedimiento iniciado por un Estado por infracciones fuera de su mar territorial debe suspenderse si dentro de cierto plazo el Estado del pabellón inicia otro procedimiento. Esta obligación no es absoluta y se encuentra sujeta a ciertos requisitos.

g) La aplicación de las disposiciones de la Convención no debe afectar la iniciación de procedimientos civiles respecto a acciones por daños y perjuicios resultantes de la contaminación del medio marino;

h) Las infracciones cometidas por buques extranjeros fuera del mar territorial de un Estado, solo dará lugar a la imposición de sanciones pecuniarias e igual pauta rige para las cometidas en el mar territorial, salvo el caso de un acto intencional y grave contaminación en este espacio marítimo;

i) Las medidas adoptadas contra buques extranjeros deben ser notificadas al Estado del pabellón, dependiendo el alcance de tal notificación del hecho de que la infracción haya sido cometida dentro o fuera del mar territorial (art. 231);

j) Se consagra el principio de la responsabilidad del Estado por las medidas de ejecución en caso de daños y perjuicios por medidas ilegales

o que excedan lo razonablemente necesario a la luz de la información disponible, debiendo el Estado proveer las vías procesales para que sus tribunales conozcan de las acciones por daños y perjuicios.

En la Sección 8 se ha incluido —art. 234—, una de las pocas normas de la Convención que según la doctrina sería de aplicación a las regiones polares, en cuanto consagra el derecho de los Estados de dictar y hacer cumplir las leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino ocasionada por buques en zonas cubiertas de hielo dentro de los límites de la Zona Económica Exclusiva “donde la especial severidad de las condiciones climáticas y la presencia de hielo sobre esas zonas durante la mayor parte del año creen obstrucciones o peligros excepcionales para la navegación y la contaminación del medio marino pueda causar daños de importancia al equilibrio ecológico o alterarlo en forma irreversible”.

La responsabilidad del Estado por el cumplimiento de las obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino, constituye la materia de la Sección 9. Tal responsabilidad deberá ser apreciada de acuerdo con las normas vigentes en el derecho internacional. Asimismo, se impone a los Estados la obligación de que sus sistemas jurídicos aseguren una pronta y adecuada indemnización o reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción.

La Convención excluye de la aplicación de las normas relativas a la protección y preservación del medio marino —art. 236, Sección 10—, a los buques de guerra, naves auxiliares y otros buques o aeronaves pertenecientes o utilizados por un Estado y utilizandos únicamente para un servicio público no comercial. Importa la recepción del principio de inmunidad soberana de los Estados.

El último dispositivo de la Parte XII —art. 237— consagra el principio de la compatibilidad de las obligaciones específicas contraídas en otros instrumentos anteriores o posteriores a la CNUDM para la protección y preservación del medio marino, siempre que no se contrapongan con los principios y obligaciones de esta última.

El análisis de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, permite inferir que se ha consagrado un régimen que intenta establecer un justo equilibrio entre los derechos de los Estados costeros en los espacios marítimos sometidos a su soberanía,

jurisdicción o control y los derechos de los Estados del pabellón.

La Convención establece un sistema de ejercicio gradual de poderes y competencias estatales que se van atenuando desde el mar territorial hasta la alta mar.

Asimismo, contemporiza y conjuga los derechos de los Estados a explorar y explotar sus recursos naturales, con la obligación básica de proteger y preservar el medio marino, principios éstos que no sería aventurado sostener han adquirido el carácter de "jus cogens".

Por otra parte, la normatividad de la Convención, si bien establece reglas básicas y de procedimiento, se manifiesta como un "marco", que necesita ser complementada por acuerdos generales o regionales, otorgando una importante función legislativa a las organizaciones internacionales competentes.

La Convención se asienta en esta materia, en principios fundamentales del Derecho Internacional Ambiental: la cooperación internacional, la solidaridad en la lucha por la preservación del medio y el derecho de autoprotección frente a los peligros de degradación del medio marino.

El instrumento en consideración si bien fue precedido en materia de responsabilidad por una vasta formulación convencional, sólo ha establecido principios generales que deben ser desarrollados, presentando algunos interrogantes que la doctrina ha señalado y que ya se manifestaran en las sesiones de la Conferencia²⁹.

El principio de la responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones referidas a la protección y preservación del medio marino, pone en evidencia la conexión de la temática con otro de los grandes capítulos del Derecho Internacional. Los estudios que sobre la materia ha efectuado de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, permite ubicar el tema tanto en el ámbito de la responsabilidad del Estado por los actos internacionalmente ilícitos como en el área de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional, como surge claramente del informe del Relator Especial y del proyecto de artículos elaborado por éste³⁰.

²⁹ Cf. Treves, Tullio "Les tendences récentes...", pág. 780-783.

³⁰ Cf. ONU, AC, Doc. A/CN. 4/423, Corr. 1, 1 de junio de 1989, Quinto Informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial.

La trascendencia de los peligros que encierra la contaminación en ciertas circunstancias, indujo a la Comisión de Derecho Internacional en los casos de responsabilidad por los actos internacionalmente ilícitos, a calificar la "contaminación masiva" del medio marino como un crimen internacional.

Como lo estipula el art. 19 del Proyecto, "El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación esté reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional", y en el inc. d se incluye la hipótesis en consideración al prescribir que el crimen puede resultar "de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares"³¹.

Cabe agregar que la importancia de la preservación del medio ambiente sólo puede ser evaluada en relación con el ser humano, necesario punto de referencia. De allí que se haya abierto una nueva perspectiva en el tratamiento tradicional de los derechos del hombre y que hoy se hable de una "tercera generación", que entre otros derechos destaca que "Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente tienen derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, propicio para su desarrollo tanto económico, como social, cultural, político y jurídico"³².

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar tiene el mérito de constituir el primer intento de codificación de esta materia que afecta intereses sustanciales de la humanidad, ofreciendo una múltiple perspectiva cuyo desarrollo contribuirá a hacer realidad los

³¹ Cf. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, Art. 19 y su comentario, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 82º período de sesiones. Expresó la Comisión al respecto "Por último, dentro del marco no menos vasto de las preocupaciones relativas a la conservación de ciertos bienes esenciales para el progreso y la supervivencia de la humanidad, la Comisión ha prestado particular atención a la evolución reciente del derecho internacional con relación a la salvaguardia y la protección del medio humano. En esta materia, ha escogido como ejemplo de una violación de las obligaciones que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares...".

³² Cf. Uribe Vargas, Diego "La tercera generación de derechos humanos y la paz", Bogotá, 1983, pág. 50; tn. García Bauer, Carlos "Los derechos humanos en América", Guatemala, C.A., 1987, pág. 80 y ss.; Urueña, María Rafaela "El derecho a un medio ambiente sano como derecho humano", en Problemas internacionales del medio ambiente, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, pág. 217 y ss.

principios proclamados en numerosos instrumentos internacionales, alguno de los cuales han sido analizados. No obstante, no todos son optimistas. Según Dupuy, la Convención de Montego Bay por la precariedad de los resultados concretos, contrasta con el espíritu que presidió las negociaciones, poniéndose en evidencia algunas ambigüedades, reconociendo que en última instancia y más allá de la entrada en vigor de este instrumento, la efectividad de la protección del medio marino depende fundamentalmente de la convengencia de los intereses particulares con los de la comunidad internacional³³. No deben olvidarse las expresiones vertidas en la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el medio humano: "Hemos llegado a un momento de la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor solicitud a las consecuencias que puedan tener sobre el medio. Por ignorancia o indiferencia, podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar. Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente podemos conseguir para nosotros y para nuestra posteridad unas condiciones de vida mejores en un medio más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre...".

³³ Op. cit., pág. 1044-1045.

“LA EQUIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO: ASPECTOS ACTUALES”

JOSÉ JUNTE RUIZ

1. INTRODUCCION: LA NOCION DE EQUIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL

Ius est ars boni et aequi.

1. La *noción* de equidad, íntimamente ligada a la idea de justicia, ha estado presente de un modo u otro en todos los sistemas jurídicos a través de los tiempos¹.

Sin embargo, como todas las grandes nociones de base, esta figura es difícil de definir de un modo preciso y su papel en el mundo jurídico

¹ En el Derecho romano la equidad llegó incluso a constituir durante un largo periodo un auténtico sistema normativo y jurisdiccional de carácter paralelo, que permitía obtener un remedio adecuado en aquellos casos en los que la aplicación estricta del Derecho producía resultados contrarios a la justicia.

Lo mismo sucedió curiosamente en el Derecho anglo-sajón en el que el sistema de la *equitty* se mantuvo durante largo tiempo como un sistema alternativo al *common law*, aplicado por una jurisdicción también distinta —the *Court of Chancery*—, hasta su unificación definitiva por las *Judicature Acts* de 1873-75.

La *noción* de equidad ha sido también acogida en el tronco común de los ordenamientos continentales europeos, en los que en ocasiones ha llegado a jugar un papel importante como elemento de creación (Código civil suizo de 1907, Artículo 1) o, en todo caso, de interpretación y aplicación del derecho (tal es esencialmente el papel que la equidad desempeña en los ordenamientos inspirados en el modelo napoleónico de los que puede ser una expresión prototípica el Artículo 3, párrafo 2 del Código civil español).

El examen del Derecho comparado muestra asimismo que la equidad ha penetrado también, con profundidad y significados distintos, en otros sistemas jurídicos tales como el canónico, el islámico, el judaico, los Derechos primitivos africanos y orientales y los sistemas jurídicos socialistas. En definitiva, puede decirse que la *noción* de equidad es consubstancial a la idea misma de Derecho y que, en medidas distintas según los casos, su presencia se ha afirmado de un modo constante en los diferentes ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia. Vide *passim* NEWMAN, R.A. (Editor) “Equity in the World’s Legal Systems. A Comparative Study”, Brussels (Bruylant) 1973

igualmente difícil de delimitar con exactitud. Así, la naturaleza jurídica concreta de esta noción permanece todavía hoy ampliamente indeterminada; para algunos parecería constituir una suerte de principio general de todo ordenamiento; pero la mayoría de la doctrina la considera más bien como una virtud jurídica fundamental que contribuye a una mejor realización de los fines del Derecho². Por lo demás, la noción de equidad no ha podido nunca precisarse suficientemente, víctima sin duda de su propia riqueza substantiva y de su variada gama de formas y matices. Porque la característica principal de la equidad es su condición proteiforme, su versatilidad substancial, su diversidad formal, su permanente adaptación a las situaciones cambiantes para lograr lo que constituye su esencia misma: la justicia del caso concreto.

Esta idea de la justicia del caso concreto, sin duda difusa e indeterminada, constituye el denominador común de todos los intentos de definición realizados hasta la fecha y es posiblemente la única a la que puede reducirse conceptualmente una noción de tal enjundia y variedad de facetas.

2. Igualmente difícil es determinar el *contenido* básico de la noción de equidad.

En una visión inicial y, por así decir, primitiva, la equidad se concreta en la idea de igualdad: *equality is equity*, según la conocida máxima de *common law*. Sin embargo, una reflexión más detenida lleva pronto a la comprobación de que la aplicación indiscriminada de la igualdad no siempre produce resultados equitativos, principalmente en los supuestos en los que se parte de una situación de base desigual³. El Tribunal Internacional de Justicia, siguiendo la línea marcada por su predecesor el Tribunal permanente⁴ lo afirmó con claridad en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte:

² HERRERO de la FUENTE, A. "La equidad y los principios generales del Derecho de gentes", Valladolid (Gráficas A. Martín), 1973, p.21.

³ "On se rend ainsi compte que l'égalité n'est un critère de l'équité que si l'on met à sa base certains jugements de valeur qui permettent de déterminer "quelles différences son négligeables ou non pour le traitement égal des objets pris en considération. La maxime anglaise *Equality is equity*, appelle donc dans les rapports internationaux un correctif. Une égalité de traitement qui négligerait entièrement l'inégalité des conditions et des résultats peut conduire à de graves injustices". De VISSCHER, Ch. "De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public", Paris (Pedone) 1972, pp. 7-8.

⁴ Série A/B N° 64, p. 19.

“L'équité n'implique pas nécessairement l'égalité”⁵.

El profesor REUTER ha tratado de precisar algo más el contenido básico de esta noción, señalando que la misma suele concretarse en tres direcciones distintas: la búsqueda de un principio de equivalencia, la búsqueda de un principio de proporcionalidad o la búsqueda de una solución de finalidad⁶. Con todo, como señala el propio autor, la aplicación de parámetros objetivos no siempre resulta idónea para expresar el contenido concreto de la equidad, sobre todo cuando éstos se conciben “como una fórmula matemática que se impone por la gracia de los números”⁷.

De nuevo aquí, todo parece indicar que más allá de la idea de justicia, de razón y de buena fe, la concreción del contenido real de la equidad no puede efectuarse con carácter general⁸. Pues lo que ella postula es precisamente, la singularidad, la diferenciación, la adaptación, el ajuste... La equidad evoca, como hemos visto, la realización de la justicia del caso concreto; pero ésta se realiza necesariamente utilizando parámetros distintos en cada ocasión, de acuerdo con la diversidad de las situaciones jurídicas de base en su infinita variedad.

3. Con todo, si la equidad no puede ser plenamente precisada ni en su concepto ni en su contenido, si puede al menos acotarse la *función* que le es propia y el terreno jurídico en el que está llamada a realizar preferentemente su misión.

Así, como ha escrito el profesor BARDONNET, la equidad evoca la idea de ponderación para la realización de un equilibrio razonable:

“Elle renferme dès lors l'idée de balance et d'équilibre et à son propos on parle justement de “balance des droits et obligations des parties en litige”, de “balance des faits et des intérêts” ou “d'équilibre impartial et raisonné des intérêts”⁹.

⁵ *CIJ Recueil* 1969, p. 50, par. 91. Pero *Vide ibid.*, par. 90 y 101.

⁶ REUTER, P. “Quelques réflexions sur l'équité en droit international” (I)”, *Rev. Belge D.I.*, vol. XV, 1980-1, pp. 165-186.

⁷ *Ibid.*, p. 179

⁸ *Vide.*, CHEMILLER-GENDRAU, M. M. “La signification des principes équitables dans le droit international contemporain”, *Rev. Belge de D.I.* 1982, pp. 518 y sig., especialmente p. 522.

⁹ BARDONNET, D. “Equité et frontières terrestres”, *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*. Paris (Pedone) 1981, p. 42.

Consecuentemente, la equidad ha encontrado en el plano internacional un doble campo de aplicación privilegiado. Por una parte, en las "cuestiones estatutarias y civiles"¹⁰ que afectan sobre todo a las situaciones de trato comparativo: derechos de los extranjeros, no discriminación, igualdad de los Estados... Por otro lado, la equidad encuentra un terreno idóneo en la solución de las cuestiones "económicas y territoriales"¹¹ que afectan a los procesos de reparto de los bienes jurídicos entre los sujetos que los reclaman para sí: problemas de nacionalización y compensación, acceso y utilización de los recursos del planeta, delimitación de los espacios terrestres y marinos entre los Estados...

En el mundo del Derecho internacional la equidad busca, pues, sobre todo establecer la justa parte de cada cual (*summ quique*); la equidad es ponderación razonable y reparto justo; es, en definitiva *aequitatis ratio*.

4. Con todo, la penetración de la equidad en el campo del Derecho internacional¹² ha estado marcada por una contradicción que se ha manifestado con claridad a lo largo de su historia.

¹⁰ CHEMILLIER-GENDRAU, M. *Op. cit.* p. 525.

¹¹ *Ibid.*, p. 525.

¹² Al margen de los autores ya citados en las notas precedentes. BERLIA, G. "Essai sur la portée de la clause du jugement en équité en droit de gens", Thèse, Paris (Sirey) 1937. BERMEJO GARCIA, R. "Lugar y función de la equidad en el nuevo Derecho internacional", Anuario de Derecho internacional, vol. VII. 1983-84, pp. 171-209. BIN CHENG "Justice and Equity in International Law", *Current Legal Problems*, vol. 8, 1955, pp. 185-211. CASTILLO DAUDI, M. "La noción de equidad en la jurisprudencia internacional". Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau, Valencia (Universidad de Valencia) 1977, vol. I, pp. 95-106. DEGAN, V.D. "L'équité et le droit international", La Haye (Nijhoff) 1970; DIAZ ALBONICO, R. "La place de l'équité et l'enrichissement sans cause dans le calcul de l'indemnité en cas de nationalisation", *Rev. Egyptienne de D.I.* 1973, pp. 175-210. HANDL, G. "The Principle of Equitable Use" as Applied to internationally Shared Natural Resources its Role in Resolving Potential International Disputes over Transfrontier Pollution", *Rev. Belge D.I.*, 1978-79, pp. 40-64. MARTI de VESES PUIG, C. "La equidad en el ordenamiento jurídico internacional" Filosofía y Derecho cit., vol. I, pp. 695-739. MIAJA de la MUJICA, A. "La equidad en las decisiones de los Tribunales internacionales", *Anales de la Universidad de La Laguna*, t. VI, 1968-69, pp. 3-37. MOUSKHELI, M. "L'équité en droit international moderne", *RGDIP*, 1933-I-pp. 347-373. PIROTTE, O. "La notion d'équité dans la jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice", *RGDIP* 1973, pp. 133-134. ROSENNE, S. "Equitable Principles and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals", *Festschrift für Rudolf Binds*, Bern (Stämpfli) 1980, pp. 407-425. SCHWARZEMBERGER G. "Equity in International Law", *Yearbook of World Affairs*; vol. 26, 1973, pp. 346 y ss. STRUPSP, K. "Le droit du juge international à statuer selon l'équité", *RCADI* 1930-III; vol. 33, pp.450-462.

En efecto, un ordenamiento dominado por la preponderancia cuantitativa del Derecho no escrito, sustentado en una raíz moral que llegó incluso a ocultar durante largo tiempo su propia identidad jurídica, y que con un arsenal normativo escasamente evolucionado debía hacer frente a una gran diversidad de situaciones —caracterizadas generalmente por su complejidad y su evolutividad—, parecía un terreno abonado para el recurso a la noción de equidad. Y sin embargo, el recelo secular de los Estados a permitir la intervención de instancias jurisdiccionales con competencia obligatoria para la solución de controversias y, más todavía, a abandonar el escudo protector del Derecho estricto, ha actuado en la práctica como un freno a un recurso más generalizado a la equidad.

Por otra parte, como ha puesto de relieve la profesora CHEMILLIER-GENDREAU¹³, la equidad se sitúa en el centro de una contradicción conceptual y metodológica entre una visión formalista del ordenamiento internacional (que es la propia del positivismo idealista) y una aproximación ideológica al mismo (que corresponde con los postulados de la dialéctica materialista). La primera concepción, que ha dominado la doctrina y la jurisprudencia tradicional en la materia, presenta a la equidad como una noción abstracta, directamente vinculada a la idea de justicia, que forma parte (aunque a título indefinido) del *corpus iuris* internacional. La segunda concepción, considera que la equidad tiene sobre todo una función ideológica y como tal ha sido utilizada, principalmente por los países en desarrollo, para provocar la transformación del Derecho vigente haciendo aparecer nuevas normas que dieran satisfacción a sus reclamaciones históricas.

Con todo, tanto en la larga época de dominio del positivismo como en la reciente coyuntura de búsqueda de un nuevo orden internacional, la aplicación de la equidad en el campo del Derecho internacional se ha visto frenada por el recelo de los Estados a otorgar a la jurisdicción internacional un papel más destacado y, en cualquier caso, más libre de los rigores del Derecho estricto. Pero, en los últimos años, la propia jurisprudencia del Tribunal internacional de Justicia parece haber encontrado una fórmula conceptual que ha propiciado una renovada eclosión de la equidad en el campo del Derecho internacional. El punto de partida de esta renovación metodológica es el conocido *dictum* del Tribunal inter-

¹³ CHEMILLIER GENDRAU, M. *Op. cit.*, p. 512.

nacional de Justicia en su sentencia del 20 de febrero de 1969 en el asunto de la plataforma continental del Mar del Norte:

“La Cour en vient maintenant à la règle de l'équité. Le fondement juridique de cette règle dans le cas particulier de la délimitation du plateau continental a déjà été précisé. Il faut noter cependant que cette règle repose aussi sur une base plus large. Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de justifications objectives de ses décisions, non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément, une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables”¹⁴.

Con estas palabras el Tribunal parece haber abierto una nueva vía de aproximación a la siempre evasiva figura de la equidad, señalando con claridad el doble plano en el que dicha noción se proyecta en el actual Derecho internacional. De un lado, en una dimensión genérica, “como representación de la justicia abstracta”¹⁵, es decir, como exigencia básica en el proceso global de formación y aplicación del Derecho internacional. De otro lado, en una dimensión auténticamente positiva, como una “verdadera regla de derecho” en los casos en los que “los textos” mismos exigen una aplicación¹⁶. Superando así una contradicción largo tiempo considerada como irreductible¹⁷, la equidad ha adquirido una suerte de condición dual que le permite mostrarse tanto en su tradicional dimensión extrapositiva (*equity outside the rules o au-delà des textes*) como en su dimensión iuspositiva (*equity within the rules o selon les textes*).

¹⁴ *CIJ Recueil* 1969, p. 49, par. 88.

¹⁵ *Ibid.*, p. 47, par. 85 y p. 49 par. 88.

¹⁶ *Ibid.*, p. 49, par. 88.

¹⁷ “Depuis longtemps, les philosophes et les juristes se sont aperçus de ce caractère dualiste du droit; c'est ainsi que Cicéron opposait *lex nata* à la *lex scripta*. Cette distinction conservée à travers, les siècles, a été reprise par les juristes modernes. N'est-ce pas la même idée qu'exprime la distinction entre *das positive Recht und das richtige Recht* de Stammler, le *droit positif* et le *droit objectif, rationnel ou naturel* de M. Le Fur le *donné* et le *construit* de M. Geny; ou la *source formelle* et la *source réelle* de M. Bonnetcase?” MOUSKHELY, M. *Op. cit.*, p. 384.

Este planteamiento metodológico, cuyo potencial explicativo no ha sido todavía suficientemente explorado por la doctrina científica, constituye el eje de la presente ponencia. En su desarrollo prestaremos especial atención a los datos de la práctica internacional, principalmente jurisprudencial. Así podremos comprobar que la tradicional imagen de la equidad extrapositiva se ha manifestado sobre todo en los procesos de delimitación de las fronteras terrestres, mientras que la nueva modalidad de la equidad iuspositiva ha encontrado su campo de aplicación privilegiado en la delimitación de los espacios marinos.

2. LA DIMENSION EXTRAPOSITIVA DE LA EQUIDAD.
(*EQUITE AU DELÀ DES TEXTES O OUTSIDE THE RULES*)

El juez FITZMAURICE, en su opinión individual en la sentencia de la Barcelona Traction, del 5 de febrero de 1970, afirmó:

“el Derecho y la equidad no pueden realizar la justicia más que si ambos se completan mutuamente”¹⁸.

Estas palabras reflejan la concepción tradicional de la equidad que ha experimentado siempre una gran dificultad para precisar si dicha noción está fuera¹⁹ o dentro del Derecho²⁰ e incluso, si se acepta esto último, el lugar exacto que aquella ocupa en el seno de éste.

En efecto, las fronteras entre los componentes morales y sociales del Derecho y el Derecho mismo nunca han sido trazadas con claridad y menos aún en el caso de un ordenamiento como el internacional caracterizado por su “primitivismo”, su fluidez y su escaso grado de institucionalización. La doctrina tradicional ha mantenido pese a todo que la equidad constituye una noción jurídica que tiene también su lugar propio en el seno del Derecho internacional. Sin embargo, dicha doctrina nunca ha logrado determinar con claridad cuál sea éste lugar exacto, sobre

¹⁸ *CIJ Recueil* 1970, p. 87, par. 36.

¹⁹ Cf. REUTER, P. *Op. cit.*, pp. 165-166.

²⁰ Así lo había afirmado ya el juez HUDSON en su opinión en el asunto de las tomas de agua del Mosa:

“It must be concluded, therefore, that under Article 38 of the Statute, if not independently of that Article, the Court has some freedom to consider principles of equity as part of the international law which it must apply”. *PCIJ Ser. A/B p. 76-77*.

todo en lo que respecta a la relación entre la equidad y las fuentes normativas del ordenamiento internacional. ¿Constituye la equidad un principio general del Derecho aplicable en el plano internacional? ¿Constituye acaso una regla consuetudinaria? Esta cuestión no ha sido respondida nunca con claridad, aunque ello no ha impedido que la equidad fuera evocada comúnmente como una figura perteneciente al *corpus iuris* internacional²¹.

La Doctrina y la jurisprudencia internacionales han presentado así tradicionalmente a la equidad en una dimensión que podríamos denominar extrapositiva (*outside the rules; au-delà des textes*); es decir, como un referente jurídico que, sin embargo, no está integrado en la formulación de la regla misma. Concebida en estos términos, la equidad ha desempeñado un papel bastante significativo en los procesos de creación y aplicación del Derecho internacional; en las páginas siguientes trataremos de examinar el alcance real de ese papel en la teoría y en la práctica.

2.1. LA EQUIDAD EN LA FORMACION Y EN LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL

El papel de la equidad en Derecho internacional ha sido tradicionalmente considerado en una doble dimensión: a saber, como elemento de base en la formación de las normas de este ordenamiento y como elemento inherente a una sana aplicación de las mismas. En efecto, como ha dicho el profesor Charles de VISSCHER:

“L'équité... présente deux aspects selon qu'on l'envisage dans les décisions individuelles ou qu'on s'attache à son rôle dans la formation du droit objectif”²².

2.1.1. *La equidad en la formación del Derecho internacional.*

La presencia de la equidad ha creído así poderse detectar, en primer lugar, en el proceso de formación de las normas de Derecho internacional. Esta presencia, velada pero inequívoca, ofrece sin embargo diversos grados de evidencia y diversos niveles de proyección que conviene tratar de distinguir.

²¹ Vide los trabajos del *Centre d'Etudes et de Recherche de l'Académie de Droit International de La Haye* (1972), en *Anuario de l'AAA* 1972-73, N° 42-43, pp. 59-103.

²² De VISSCHER, Ch. *Op. cit.*, p. 6.

En efecto, la equidad aparece las más de las veces en un dimensión genérica, difusa e inconcreta, como un elemento latente en los procesos de formación del Derecho internacional. En tales ocasiones la impronta de la equidad queda oculta entre el conjunto de consideraciones, de intereses y de aspiraciones que dan origen a la regla²³ y su presencia no se hace patente en la expresión positiva de la misma. Parafraseando las afirmaciones del TIJ en la sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte podría decirse que, sobre la base de principios muy generales de justicia y buena fe, la equidad aparece aquí "simplemente como una representación de la justicia abstracta"²⁴. La equidad se presenta así, en una primera manifestación, como un elemento integrante del fondo común del Derecho internacional que aparece sobre todo como una expresión particular de la idea de justicia en el proceso de formación de las normas de este ordenamiento.

En otros casos, la equidad constituye la célula jurídica matriz de numerosas instituciones, principios y reglas internacionales, que tienen sin embargo una existencia autónoma: responsabilidad, abuso de derecho, cambio fundamental de circunstancias (*rebus sic stantibus*), enriquecimiento sin causa... En tales supuestos, y por patente que sea la presencia subyacente de la equidad bajo la expresión de estas figuras, un imperativo básico de rigor y economía jurídica debe llevarnos a propugnar la aplicación de lo que podríamos denominar el principio de especialidad. En su virtud, hay que evitar remontarse a consideraciones derivadas de la idea de equidad siempre que el Derecho internacional haya traducido ya sus exigencias a través de mecanismos y reglas particulares que presentan un contenido más preciso y poseen un mejor respaldo en el plano positivo. El profesor REUTER ha subrayado este punto con su habitual penetración:

"Quand à raison de son contenu détaillé et précis la règle juridique conduit presque directement par elle-même à son application, il n'est pas utile de mentionner expressément qu'il faut encore mettre un peu d'équité pour réaliser sa concrétisation finale; cela va de soi et à quoi bon rappeler qu'au moins à très faible dose l'équité est partout? Cela n'éclaire ni ne fortifie les arrêts de justice. A l'opposé quand il s'agit, remontant aux fins de la règle, de souligner des obligations ou des conditions que

²³ REUTER, P. *Op. cit.*, p. 185.

²⁴ *CIJ Recueil* 1969, pp. 47-48, par. 85.

les apparences ne révélaient pas immédiatement, le juge ou l'arbitre mentionnera volontiers des figure juridiques plus précises et plus convaincantes par conséquent qu'une équité non qualifiée: c'est ainsi que l'on invoquera l'abus de droit ou la frustration du *common law*, L'équité se révèle ainsi nominativement dans la jurisprudence dans un champ plus restreint que celui qu'une analyse doctrinale lui assigne"²⁵.

Por último, la impronta de la equidad en el proceso de formación de las normas de Derecho internacional es en ocasiones tan fuerte que llega incluso a manifestarse exteriormente como un elemento integrante de la regla de Derecho positivo.

En tales supuestos, la equidad se eleva del trasfondo substancial del Derecho para cristalizar en la expresión positiva de la regla misma, adquiriendo así una eficacia normativa autónoma. Este es el ámbito de la equidad "inside the rules" o "selon les textes" que fue evocado por el Tribunal internacional de Justicia en su sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte de 1969²⁶ y que, por la novedad e importancia del fenómeno, será objeto de un examen particularizado en la sección 3 del presente trabajo.

2.1.2. *La equidad en la aplicación del Derecho internacional.*

Con todo, al igual que en los demás sistemas jurídicos, en Derecho internacional la equidad ha encontrado su proyección principal en el plano de la aplicación de las normas, actuando como elemento de traslación de las exigencias genéricas de la justicia abstracta a las coordinadas específicas de los casos concretos.

El Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Luxemburgo de 1937, afirmó con claridad esta función genérica de la equidad en los procesos de aplicación (judicial o arbitral) del Derecho internacional:

"L'Institut ayant procédé à l'examen... du rôle de l'équité dans l'oeuvre du juge international; émet l'avis:

1° que l'équité est normalement inhérente à une saine application du droit, et que le juge international, aussi bien que le juge interne, est, de par sa tâche même, appelé à en tenir compte dans la mesure compatible avec le respect du droit;

²⁵ REUTER, P. *Op. cit.*, p. 185.

²⁶ *CIJ Recueil* 1969, pp. 49, par. 88.

2º que le juge international ne peut s'inspirer de l'équité pour rendre sa sentence, sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent une autorisation claire et expresse à cette fin" 27.

Tanto la práctica de los Estados como la jurisprudencia arbitral y judicial han reconocido esta dimensión equitativa del Derecho internacional y han postulado la proyección de la equidad como un elemento inherente a una normal aplicación de los principios y reglas de este ordenamiento. El propio Tribunal internacional de Justicia ha recurrido en alguna ocasión a consideraciones derivadas de esta forma de equidad normalmente inherente a una sana aplicación del Derecho, resumiendo su posición en la conocida afirmación de la sentencia de 1969 en el asunto de la plataforma continental del Mar del Norte:

"Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables" 28.

La equidad se presenta así como normalmente inherente a una sana aplicación del Derecho internacional. Pero, resulta difícil precisar hasta dónde alcanza su fuerza de proyección en el marco del Derecho positivo o, más concretamente, hasta dónde alcanza la elasticidad del Derecho internacional en vista a una aplicación equitativa del mismo. Para tratar de responder a esta cuestión conviene repasar los datos de la práctica internacional; siguiendo las indicaciones de BARDONNET 29, nosotros concentraremos nuestra atención en el examen de la práctica relativa a la delimitación y las fronteras terrestres que nos ofrece una buena muestra de la virtualidad (y de los límites) que presenta la referencia a la equidad en la aplicación de las reglas de Derecho internacional.

27 *Annuaire de l'Institut de Droit International*. Session de Luxembourg, Aout-Septembre 1937. p. 271.

28 *CIJ Recueil* 1969, p. 49, par. 88.

29 El autor señala que la conexión entre la equidad y las fronteras terrestres se plantea a menudo en la aplicación e interpretación de los convenios fronterizos o de principios tales como el *uti possidetis*:

"Ces dans ce cadre précisément qu'un examen, même sommaire, de la pratique internationale permet de constater le rôle nécessaire de l'équité": BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 36.

2.2. LA EQUIDAD EN LA DELIMITACION DE LOS ESPACIOS TERRESTRES

La práctica internacional contiene abundantes muestras de que los Estados, los órganos políticos y las instancias jurisdiccionales encargados de la delimitación de los espacios terrestres han recurrido a menudo a la equidad en su propósito de trazar una frontera estable y definitiva³⁰.

Para examinar el alcance concreto de los procesos de aplicación equitativa de las reglas de Derecho internacional, la doctrina suele recurrir a la tradicional distinción entre la equidad *infra legem*, la equidad *praeter legem* y la equidad *contra legem*. Como veremos en las páginas que siguen, esta distinción posee esencialmente un valor sistemático pero carece en realidad de todo criterio de objetivación. Por ello, en la práctica, es extremadamente difícil distinguir materialmente los diversos supuestos en los que la equidad es calificada con arreglo a estas categorías formalistas, sobre todo en los casos en los que dicha noción despliega una eficacia modificativa, correctiva o creativa en la delimitación de las fronteras terrestres^{30 bis}. Sin embargo, en su reciente sentencia del 22 de diciembre de 1986, la Sala del Tribunal internacional de Justicia que ha juzgado la controversia fronteriza entre Burkina Fasso y Mali³¹ ha adoptado una

³⁰ "Pour tracer une ligne frontière, on ne peut en effet échapper, quelle que soit la procédure utilisée, à un certain nombre d'exigences raisonnables et nécessaires et on doit tenir compte de toutes les circonstances particulières à chaque situation frontalière qui est spécifique. La finalité de toute opération de ce genre est de promouvoir une bonne frontière, c'est-à-dire une frontière stable et définitive, qui corresponde aux aspirations des populations frontalières et contribue à la paix et à la sécurité dans la région. C'est bien "une vérité première" de dire que le tracé d'une frontière "doit être équitable" "BARDONNET, D. *Op. cit.* pp. 46-47.

^{30 bis} "Les lignes qui vont suivre... ont pour seul objectif d'esquisser, à partir de quelques exemples connus de la pratique des Etats et de la jurisprudence arbitrale, les principales fonctions que l'équité peut remplir en ce domaine, permettant de modifier une frontière établie par voie conventionnelle, de corriger les injustices résultant de l'application du principe de *l'uti possidetis* et même de fonder le tracé de la ligne divisoire dans une région au statut indéterminé". BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 47

³¹ CII Recueil 1986, p. 567, par. 28.

"Il est clair que la Chambre ne peut, en la présente affaire, satuer *ex aequo et bono*. N'ayant pas reçu des Parties la mission de procéder à un ajustement de leurs intérêts respectifs, elle doit également écarter en l'espece tout recours à l'équité *contra legem*. La Chambre n'appliquera pas non plus l'équité *praeter legem*. En revanche elle prendra en considération l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités".

vez más esta aproximación metodológica que, pese a su inevitable ambigüedad y a su carácter puramente formalista, parece gozar todavía de cierto predicamento.

Por ello, nosotros utilizaremos también esta distinción para tratar de determinar su virtualidad y sus límites.

2.2.1. *Equidad infra legem*

Una primera manifestación de la equidad como elemento usual de aplicación del Derecho internacional es la que se ha denominado *infra legem*. En su virtud, como ha explicado SOERENSEN, "le juge, entre plusieurs interprétations ou applications possibles d'une règle positive, choisit celle qui tient le mieux compte de la situation individuelle des parties en litige et de l'ensemble de leurs droit et devoirs... dans les limites du droit positif"³².

Del examen de la práctica internacional en materia de delimitación de las fronteras terrestres parece poderse deducir que la equidad *infra legem* desempeña, en primer lugar, una función meramente interpretativa e individualizadora, proyectando el contenido de la norma sobre el caso concreto de acuerdo con las exigencias de la justicia. Así lo ha explicado recientemente, la sala del Tribunal internacional de Justicia que ha resuelto el litigio fronterizo entre Burkina Faso y Mali por medio de una sentencia del 22 de diciembre de 1986. En efecto, tras recordar que en materia de delimitación de las fronteras terrestres no existe un equivalente de la noción de "principios equitativos" a la que reenvía tan frecuentemente el derecho aplicable en materia de delimitación de las zonas marítimas, la sentencia mencionada afirma que:

"La Chambre... prendra en considération l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités"³³.

Pero junto a su eficacia meramente interpretativa, la equidad *infra legem* parece haber desempeñado también en alguna ocasión una cierta función complementaria o integradora, ofreciendo al juez o al árbitro

³² SOERENSEN, M. "Les sources de Droit international", Copenhage, 1946, p. 197.

³³ *CIJ Recueil* 1986, pp. 567-568, par 28. *Vide* también p. 633, par. 149.

internacional un criterio para resolver las cuestiones de detalle que la norma aplicable no contempla específicamente. En teoría, se trata aquí de una forma de equidad *infra legem* que, sin separarse del marco substancial del Derecho aplicable, permite al juzgador concretar sus perfiles ajustándolos a las exigencias del caso concreto. En la práctica, sin embargo, a veces se prolonga levemente el alcance expreso de la norma, haciéndose entonces muy difícil distinguir esta función integradora de la equidad de otras modalidades de aplicación supletoria (*praeter legem*) o derogatoria (*contra legem*), consideradas como inadmisibles.

El profesor BARDONNET ha señalado así una multiplicidad de ejemplos en los que las Comisiones de delimitación y, en su caso, las instancias arbitrales y judiciales, han recurrido a la equidad para ultimar los detalles relativos al proceso de delimitación, incluso en ausencia de una disposición expresa del convenio fronterizo³⁴. El autor considera "benéfico" este uso de la equidad integradora, con eficacia complementaria e incluso correctiva, aunque señala pese a todo que:

"Son maniemment est sans doute délicat surtout en l'absence d'une référence expresse, et il se situe toujours dans un registre relativement restreint"³⁵.

El propio Tribunal internacional de Justicia ha ido también en ocasiones bastante lejos en el uso de la equidad *infra legem* con eficacia integradora³⁶. Así, en el asunto de la controversia fronteriza entre Burkina Fasso y Mali, la Sala del Tribunal internacional de Justicia consideró que

³⁴ BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 52.

³⁵ *Ibid.*, p. 55.

³⁶ La equidad ha sido evocada en diversas ocasiones por la jurisprudencia internacional como parámetro para la determinación del importe de las compensaciones pecuniarias debidas en concepto de reparación. El propio Tribunal internacional de Justicia ha recurrido a esta forma de equidad *infra legem* para calcular el importe de la indemnización en el asunto de las Sentencias del Tribunal Administrativo de la OIT por demandas contra la UNESCO:

"Dans ces conditions, la Cour... se bornera à dire que si le tribunal, dans les motifs de sa décision sur le fond a dit "que la réparation sera assurée *ex aequo et bono* par l'allocation au requérant du montant ci-après", le contexte ne fait nullement apparaître que le tribunal ait entendu par là se départir des principes du droit. Il a voulu seulement énoncer que, le calcul du montant de l'indemnité ne pouvant pas être déduit des règles de droit posées à cet effet, il entendait fixer ce que la Cour a en d'autres circonstances, appelé la juste mesure de la réparation, le chiffre raisonnable de celle-ci (*affaire du Détroit de Corfou, arrêt du 15 décembre 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 249*)."
CIJ Recueil 1956 p. 100.

la equidad *infra legem* le permitía recurrir a la aplicación de criterios equitativos para determinar el trazado de la frontera litigiosa en los lugares donde la manifestación de *uti possidetis* no pudiera ser establecida con claridad:

“La Chambre conclut dès lors qu'en l'absence d'indications précises dans les textes quant à l'emplacement de la ligne frontière celle-ci doit diviser la mare de Soum en deux, de façon équitable. Bien que “l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité” (*Plateau continental de la mer du Nord, CIJ Recueil 1969*, p. 49, par. 91), il reste qu'en l'absence de circonstances spéciales c'est en général celle-ci qui traduit le mieux celle-là”³⁷.

2.2.2. *Equidad praeter legem.*

La doctrina y la jurisprudencia tradicionales han rechazado por el contrario generalmente la virtualidad de la equidad para desempeñar una función normativa autónoma, con carácter supletorio, en los casos de insuficiencia o laguna del Derecho positivo (equidad *praeter legem*).

Con todo, en la práctica arbitral relativa a la delimitación de los espacios terrestres³⁸, parece poderse encontrar algunos ejemplos de aplicación de la equidad para llenar ciertos vacíos del Derecho positivo.

Puede citarse a este respecto el asunto de al controversia fronteriza entre Bolivia y Perú resuelta por el laudo arbitral del Presidente argentino Figueroa Alcorta, el 9 de julio de 1909. En este caso, en virtud del Tratado General de Arbitraje del 21 de noviembre de 1901, debía aplicarse en principio la regla del *uti possidetis* de 1810. Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 del Convenio especial del 30 de diciembre de 1902, el árbitro podía resolver la cuestión equitativamente en los tramos en los que no apareciera definido con claridad la extensión del territorio según los documentos del Virreinato. En el transcurso del procedimiento, pronto se hizo evidente la dificultad de aplicar el principio *uti possidetis* ya que, de acuerdo con los documentos aportados por las partes, la zona disputada se encontraba completamente inexplorada. En tales condiciones, el laudo hubo de fundarse casi totalmente sobre la equidad para resolver el litigio fronterizo planteado, pues como dijo el propio árbitro:

³⁷ *CIJ Recueil 1986*, p. 633, par. 150.

³⁸ Cr. AKEHURST, M. “Equity and General Principles of Law”, I.C.L.Q. 1976, p. 805, nota 29. Vide también BARDONNET, D, *Op. cit.*, pp. 57 y sig.

“considérant... ce qui précède il résulte que je dois résoudre équitablement la question qui m'est soumise, en m'approchant, dans la présente décision, du sens des dispositions royales invoquées par les défenses respectives des Parties et de l'esprit qui les a inspirées”³⁹.

Asimismo, en el asunto del Rann de Kutch entre la India y Pakistan, la inexistencia de un auténtico acuerdo de límites, la inaplicabilidad del principio *uti possidetis*, y la complejidad de las circunstancias históricas y geográficas condujo al Juez Laguergren a pronunciar el 19 de febrero de 1968 una sentencia ampliamente fundada en la idea de equidad, aunque sin llegar a constituir una decisión *ex aequo et bono*⁴⁰.

El territorio disputado constituía una vasta superficie de 9100 km² configurando un “fenómeno geográfico único” por su carácter desértico, pantanoso y casi marítimo, en el que no existía una frontera bien establecida reconocida históricamente. El interés principal de la sentencia estriba en que en ella se sostiene que *equity* y equidad aparecen en gran medida ancladas en un mismo fondo común y forman igualmente parte del Derecho internacional:

“As both Parties have pointed out, equity forms part of International Law; therefore the Parties are free to present and to develop their cases with reliance on principles of equity”⁴¹.

En virtud de estas consideraciones, el Tribunal dio curso a las reclamaciones principales de Pakistán, adjudicando a este país una extensión correspondiente al 10 % del territorio litigioso (830 km²). La delimitación de los tres sectores en los que se dividía esta zona, y sobre todo la

³⁹ R.S.A. vol. XI, p. 145.

⁴⁰ En una primera decisión de 23 de febrero de 1966 el Tribunal distinguió cuidadosamente entre el recurso a la *equity* en el sentido anglosajón del término (que ambas partes propugnaban, aunque con matices distintos) y una auténtica decisión *ex aequo et bono*:

“An international Tribunal will have the wider power to adjudicate a case *ex aequo et bono*, and thus to go outside the bounds of law, only if such power has been conferred on it by mutual agreement between the Parties. The Tribunal cannot find that the Agreement of 30 June 1965 does authorize it clearly and beyond doubt to adjudicate *ex aequo et bono*. Therefore, and as the Parties have by any subsequent agreement consented to confer the power upon the Tribunal to adjudicate *ex aequo et bono*, the Tribunal resolves that it has no such power”. *The Indo-Pakistan Western Case Tribunal (Constituted Pursuant to the Agreement of 30 June 1965), Award 19 February 1968*, p. 6.

⁴¹ *Ibid.*, p. 6.

atribución a Pakistán de la mayoría del territorio en el sector más oriental de la misma, se fundó esencialmente en razones de equidad (*equity*) y más concretamente en consideraciones de orden y estabilidad de las relaciones entre Estados:

“In my opinion it would be inequitable to recognise these inlets as foreign territory. It would be conducive to friction and conflict. The paramount consideration of promoting peace and stability in this region compels the recognition and confirmation that this territory, which is wholly surrounded by Pakistan territory, also be regarded as such”⁴².

¿Puede, pues, deducirse de esta jurisprudencia la existencia de una regla que permite la aplicación de la equidad *praeter legem* en la delimitación de las fronteras terrestres entre los Estados?

La respuesta a esta cuestión no es fácil, pero parece que debe decantarse por la negativa. En efecto, reducida a sus justos términos, la práctica arbitral citada no parece avalar verdaderamente la aplicación de la equidad *praeter legem* para colmar las lagunas jurídicas que pudieran presentarse en la solución de los conflictos fronterizos. Pues en realidad, en todos los casos examinados, la autorización para que el árbitro colmara las lagunas que se presentaran en el proceso de delimitación estaba expresamente contemplada ora en las propias reglas a aplicar ora en el compromiso arbitral.

La práctica del Tribunal internacional de Justicia parece confirmar este planteamiento contrario a la admisión de la equidad *praeter legem*. En efecto, aunque la jurisprudencia del Tribunal sea en este punto algo movedizo⁴³, sus afirmaciones al respecto son, en general, poco proclives a la admisión de la eficacia normativa supletoria de la equidad⁴⁴. Así,

⁴² *Ibid.*, pp. 152-153.

⁴³ En efecto en el asunto del Canal de Carfú el Tribunal se apoyó en consideraciones humanitarias afirmando incluso expresamente algunos de sus miembros la eficacia de la equidad para rellenar las lagunas del Derecho. Por el contrario, en el asunto del Sudoeste Africano, el Tribunal se negó de plano a rebasar el ámbito del Derecho estricto. *Vide* MIAJA, A. *Op. cit.*, pp. 3-8.

⁴⁴ Un buen exponente de la posición del TIJ en este punto podría ser la sentencia de 5 de febrero de 1970 en el asunto de la Barcelona Traction. En efecto, en este caso, tras reconocer que se trataba de una materia en la que “el Derecho internacional no ha fijado sus propias reglas”, el Tribunal se negó a cubrir éste vacío recurriendo a consideraciones puramente equitativas:

“Il éte suggéré que, si l'on ne peut appliquer dans un cas d'espèce la règle générale selon laquelle le droit de protection diplomatique d'une société

por lo que se refiere a las cuestiones de delimitación de los espacios terrestres, la reciente sentencia relativa al litigio fronterizo entre Bukina Fasso y Mali es particularmente ilustrativa de la ambigüedad que suele acompañar la aplicación de estas categorías formalistas. En efecto, como ya hemos visto⁴⁵, la Sala del Tribunal que, en ausencia de indicaciones precisas en los textos, se había sentido legitimada para dividir la zona pantanosa de Souan en dos y atribuir las por igual a cada una de las partes, conjuró sin embargo tajantemente (pero también retóricamente) la aplicación de la equidad *praeter legem*):

“Il est clair que la Chambre ne peut, en la présente affaire, statuer *ex aequo et bono*. N'ayant pas reçu des Parties la mission de procéder à un ajustement de leurs intérêts respectifs, elle doit également écarter en l'espèce tout recours à l'*équité contra legem*. . . La Chambre n'appliquera pas non plus l'*équité praeter legem*. En revanche elle prendra en considération l'*équité* telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem* c'est-à-dire cette forme d'*équité* qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités. En effet comme la Cour l'a dit: "Il ne s'agit pas simplement d'arriver une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable". (*Compétence en matière de pêcheries, CIJ Recueil 1974*, p. 33, par. 78, p. 202, par. 69)⁴⁶.

2.2.3. *Equidad contra legem*.

En principio, la doctrina, la práctica y la jurisprudencia coinciden aquí de un modo unánime en la afirmación de que no cabe recurrir a la equidad para descartar la aplicación del Derecho internacional positivo, a menos que las partes interesadas lo hayan solicitado así expresamente. Esta idea, fue reafirmada por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 1937⁴⁷ y aparece consagrada en el propio Artículo 38, párrafo 2, del Estatuto del Tribunal internacional de Justicia:

revient à son Etat national, il pourrait être: indiqué, pour des raisons d'équité, que la protection des actionnaires en cause assumé par leur propre Etat national. L'hypothèse ne correspond pas aux circonstances de la 'présente affaire". *CIJ Recueil 1970* p. 49, par. 93.

⁴⁵ Supra p. 12 y nota (37).

⁴⁶ *CIJ Recueil 1986*, pp. 567-568, par. 28.

⁴⁷ "Le juge international ne peut s'inspirer de l'équité pour rendre sa sentence, sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent une autorisation claire et expresse à cette fin". *IDI: Annuaire cit.*, p. 271.

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

Este planteamiento, aparentemente simple, no ha dejado sin embargo de presentar algunos puntos oscuros referentes, por un lado, a la posibilidad de que la equidad despliegue pese a todo una cierta eficacia correctiva en la aplicación de las reglas positivas, y, por otro, al verdadero sentido del recurso a la jurisdicción de equidad (decisión *ex aequo et bono*) cuando las partes así lo convinieren.

a) Eficacia correctiva de la equidad.

La exclusión de principio de la equidad *contra legem* no ha impedido que esta noción haya desempeñado en la práctica, en determinadas ocasiones, una cierta función modificativa o correctiva de la aplicación de las reglas jurídicas.

La compatibilidad de este uso correctivo de la equidad con la proclamada exclusión de la equidad *contra legem* se ha logrado efectivamente forzando los resquicios que presenta inevitablemente este tipo de planteamientos de naturaleza esencialmente formalista. Así, en ocasiones, el árbitro ha encontrado una vía para la aplicación de la equidad derogatoria en los términos más o menos permisivos del acuerdo de delimitación o en las cláusulas del propio compromiso. En otros casos, el árbitro ha encontrado la legitimación para proceder a una utilización moderada de la equidad correctiva en la consideración de que los principios y reglas aplicables resultaban parcialmente impracticables o podían conducir a resultados irrazonables. Así, como ha señalado BARDONNET:

“Le recours aux considérations d'équité a-t-il tenu une place importante dans les arbitrages latino américains et pourrèt-il contribuer au règlement de certains différends frontaliers dans d'autres parties deu monde, pour corriger les injustices qui ne manque pas de susciter la généralisation de *l'uti possidetis*”⁴⁸.

En efecto en la práctica hispanoamericana, la equidad ha sido utilizada en alguna ocasión como un instrumento jurídico para conseguir la necesaria corrección de los inconvenientes derivados de una rígida aplicación del principio *uti possidetis*. Tal sucedió, por ejemplo, en el caso de la sentencia arbitral del 23 de febrero de 1933, dictada por el *Chief*

⁴⁸ BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 56.

Justice Charles Evan Hughes en un litigio fronterizo entre Guatemala y Honduras⁴⁹. En efecto, ante las discrepancias de las partes sobre la aplicación del principio *uti possidetis*, el árbitro se vio abocado a interpretar extensivamente el compromiso recurriendo así a la equidad para establecer una parte de la frontera:

“The Tribunal, by the provision of the as to the line of *uti possidetis* of 1821, is not required to perform the impossible, and manifestly is bound to establish that line only to the extent that the evidence permits it to be established. And as the Tribunal is expressly authorized in the interest of justice... to depart from the line of *uti possidetis* of 1821, even where that line is found to exist, the treaty must be construed as empowering the Tribunal to determine the definitive boundary as justice may require throughout the entire area in controversy, to the end that the question of territorial boundaries may be finally and amicably settled”⁵⁰.

El Tribunal internacional de Justicia parece haber sido, sin embargo, más cauteloso respecto a la posible eficacia correctora de la equidad. En efecto, la Sala que ha emitido la sentencia relativa al litigio fronterizo entre Burkina Fasso y Mali ha limitado considerablemente el papel de la equidad al afirmar que en su virtud no puede en modo alguno derogarse la eficacia vinculante de otras reglas jurídicas existentes en materia de establecimiento de las fronteras terrestres. Así, según la Sala, la equidad no puede contradecir las exigencias del principio *uti possidetis* considerado como una regla aplicable de Derecho positivo:

“A cet égard l'idée qui la guide est simplement celle-ci: “L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice” (*Plateau continental (Tunise Jamahiriya arabe libyenne)*). *CIJ Recueil 1982*, p. 60, par. 71). La Chambre tient néanmoins à souligner que rien n'autorise un recours à la notion d'équité pour modifier une frontière établie. Dans le contexte africain en

⁴⁹ R.S.A, vol II, pp. 1307-1366.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 1352. En este mismo laudo el Tribunal precisó incluso el contenido concreto de los criterios equitativos que le habían de servir de pauta para la determinación de la frontera: “In fixing the boundary, the Tribunal must have regard: 1) to the facts of actual possession. 2) to the question whether possession by one Party has been acquired in good faith, and without invading the right of the other Party, and 3) to the relation of territory actually occupied to that which is as yet unoccupied. In the light of the facts as thus ascertained, questions of compensation may be determined”. *Ibid.*, p. 1352.

particulier, on ne saurait invoquer les insuffisances manifestes, du point de vue ethnique, géographique ou administratif, de maintes frontières héritées de la colonisation pour affirmer que leur modification s'impose ou se justifie par des considérations d'équité. Ces frontières, aussi peu satisfaisantes soient-elles, jouissent de l'autorité de *l'uti possidetis* et sont à ce titre entièrement conformes au droit international contemporain. Hormis le cas d'une décision rendue, avec l'assentiment des Parties, *ex aequo et bono*, "il ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable" (*Compétence en matière de pêcheries, CIJ Recueil 1974*, p.X. 33, par. 78)⁵¹.

b) Equidad y decisiones *ex aequo et bono*.

En los supuestos en los que las partes autorizan expresamente al Tribunal a pronunciar una decisión *ex aequo et bono*, se ha planteado también el problema de determinar el alcance concreto de esta "jurisdicción de equidad".

En efecto, cabe preguntarse en primer lugar si la autorización para pronunciar una decisión *ex aequo et bono* supone en realidad la aplicación de la *equidad contra legem*. La expresión es sin duda demasiado contundente y traduce mal el significado del mecanismo que se trata de aplicar. Pues no se trata en realidad de contradecir las reglas del Derecho positivo sino más bien de lograr la solución del litigio al margen de las mismas.

Por otra parte, se ha cuestionado si esta autorización para dictar una sentencia *ex aequo et bono* remite al juzgador a la aplicación de la equidad —considerada como una noción jurídica— o si le conduce, por el contrario, a un terreno ajeno al propiamente jurídico y le permite alcanzar una decisión basada exclusivamente en los criterios de conveniencia y ponderación que considere más pertinentes para la solución del caso.

Algunos eminentes internacionalistas, tales como SERENI⁵² y GUGGENHEIM⁵³, consideran efectivamente que la autorización para el ejercicio de la jurisdicción de equidad no permite al juzgador situarse de lleno fuera del Derecho para ejercer una suerte de amigable composición

⁵¹ *CIJ Recueil 1986*, p. 633, par. 149.

⁵² SERENI, A. P., "Diritto internazionale", Vol. I. Milano, 1956, p. 154.

⁵³ GUGGENHEIM, P., "Traité de Droit international Public", T.I, Genève, 1947, p. 212.

desvinculada de toda consideración jurídica. Según este punto de vista, el juez o el árbitro encargado de emitir una decisión *ex aequo et bono* debe en realidad recurrir a la aplicación de la equidad considerada como una noción jurídica que debe ser utilizada con flexibilidad, pero también con rigor técnico, para la apropiada solución del caso.

La mayoría de los autores consideran hoy, sin embargo, que el pronunciamiento de una decisión *ex aequo et bono* permite al juzgador situarse al margen del Derecho mismo, descartando tanto la aplicación de las reglas de carácter positivo como la aplicación de la equidad considerada en su dimensión jurídica. Así, un jurista tan autorizado como Sir R. Y. JENNINGS ha llegado a afirmar que:

“(a) decision *ex aequo et bono* could well be made without the need of specifically legal training or skill. On the other hand, a decision according to equity as part of law should mean the application to the case of principles and rules of equity for the proper identification of which a legal training is essential”⁵⁴.

Cualquiera que sea la respuesta definitiva a esta cuestión todavía abierta, parece necesario subrayar un punto de particular importancia en este debate. A saber, que las decisiones *ex aequo et bono*, por más que puedan descartar la aplicación de las reglas de carácter dispositivo, no pueden en modo alguno adoptar soluciones incompatibles con las normas imperativas pertenecientes al *ius cogens* internacional. Así, como ha escrito el profesor DIEZ DE VELASCO⁵⁵, la autorización para el ejercicio de la jurisdicción *ex aequo et bono* encuentra su límite jurídico en las exigencias de las normas de *ius cogens* que, tal como señala el artículo 53 del Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 “no admiten acuerdo en contrario”.

⁵⁴ JENNINGS, R.Y. “Equity and Equitable Principles”, *Annuaire Suisse de DI*, 1986, p. 30. Vide también BROWN, E. “The Tunisia-Libya Continental Shelf Case A, Missed Opportunity”, *Marine Policy*, 1983, pp. 149-150. BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 38. Esta parece también la opinión del propio Tribunal internacional de Justicia, tal como se deduce de sus afirmaciones en el asunto de la plataforma Libia-Tunez:

“il faut distinguer entre l'application de principes équitables et le fait de prendre une décision *ex aequo et bono*, ce que la Cour ne peut faire que si les Parties en sont convenues (art. 38, par. 2 du Statut). En pareil cas la Cour n'a plus à appliquer strictement des règles juridiques, le but étant de parvenir à un règlement approprié”, *CIJ Recueil* 1982, p. 60, par. 71.

⁵⁵ DIEZ de VELASCO, M. “Instituciones de Derecho internacional público”, T.I, séptima edición, Madrid (Tecnos) 1985, p. 83.

Este breve repaso de la jurisprudencia relativa al papel de la equidad en la delimitación de los espacios terrestres pone de relieve el carácter esencialmente retórico de las distinciones al uso y la incertidumbre de una noción que se han mostrado siempre refractaria a una auténtica objetivación de sus elementos y que ha posibilitado así el ejercicio de un amplio margen de discrecionalidad jurisdiccional. En la práctica, las distinciones usuales entre la equidad *infra legem*, *praeter legem* y *contra legem*, lejos de ofrecer una guía metodológica segura, se han mostrado como una cobertura adicional de decisiones que poseían ya su propio fundamento jurídico.

La experiencia muestra pues que la equidad ha cumplido en los distintos casos de delimitación de las fronteras terrestres una discreta función interpretativa, sustitutoria o derogatoria en razón de la eventual imprecisión, insuficiencia o injusticia de la regla de Derecho positivo. El recurso de equidad se ha legitimado así, en la práctica, en virtud de su propia necesidad, de su carácter razonable y conveniente⁵⁶. Pero su propia condición extrapositiva le ha conferido tradicionalmente un estatuto jurídico incierto. No es, por tanto, de extrañar que en los últimos años hayamos asistido al desarrollo de un proceso tendente a reforzar el fundamento jurídico de la equidad mediante su incorporación a la propia regla de Derecho internacional positivo.

Esta es la nueva dimensión de la equidad *within the rules* o *selon les textes* cuya proyección teórica y práctica trataremos de analizar en las páginas que siguen.

3. LA DIMENSION IUSPOSITIVA DE LA EQUIDAD: (EQUITÉ SELON LES TEXTES O WITHIN THE RULES)

3.1. LA EQUIDAD EN LA FORMULACION DEL DERECHO INTERNACIONAL

La impronta de la equidad en el proceso de formación de las normas de Derecho internacional es en ocasiones tan fuerte que llega incluso a manifestarse exteriormente como un elemento integrante de la regla de Derecho positivo. En tales supuestos, cada vez más extendidos, la equidad se eleva del transfondo substancial del Derecho para cristalizar en

⁵⁶ BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 42.

la expresión positiva de la regla misma. Este es el ámbito de la equidad "inside the rules" o "selon les textes" que fue evocado por el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte de 1969:

"Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de la justification objective de ses décisions, non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables"⁵⁷.

Con estas palabras el Tribunal parece haber abierto una nueva vía de aproximación a la siempre evasiva figura de la equidad, al señalar que ésta puede adquirir una dimensión auténticamente positiva como elemento normativo autónomo, es decir, como una "verdadera regla de derecho", obligatoria para los Estados, en los casos en los que "los textos" mismos exigen su aplicación⁵⁸.

La práctica internacional conoce hoy efectivamente un creciente número de casos en los que la equidad ha quedado formalmente integrada en el contenido material de la regla de Derecho positivo como un referente normativo expresamente identificado. Esta dimensión positiva de la equidad no ha pasado desapercibida a los autores que con mayor penetración han examinado el fenómeno en los últimos años: JENNINGS⁵⁹, CHEMILLIER-GENDREAU⁶⁰, BARDONNET⁶¹. El profesor REUTER

⁵⁷ *CIJ Recueil* 1969, p. 49, par. 88.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 85 y par. 88.

⁵⁹ JENNINGS, R. Y. *Op. cit.*, pp. 28-29.

⁶⁰ CHEMILLIER-GENDREAU, M. *Op. cit.*, pp. 509-510: "L'équité et les principes équitables son évoqués avec une grande fréquence et une grande importance dans des domaines aussi divers et aussi importants que le respect des droits de l'homme, le fonctionnement de la justice internationale le droit de la mer, le droit international économique et plus particulièrement le droit qui régit la question de l'indemnisation en cas de nationalisation".

⁶¹ BARDONNET, D. *Op. cit.*, pp. 39-40: "Beaucoup plus fécond est le souci d'incorporer l'équité au droit. La règle de droit, qu'elle soit de nature coutumière ou conventionnelle, renvoie alors à l'équité. On trouve de nombreuses traces de cette tendance dans le droit des traités, de la responsabilité internationale, de la succession de Etats ou de l'environnement. Elle se manifeste également dans les situations de plus en plus fréquentes où des obligations de nature économique sont définies, en ce qui concerne par exemple l'utilisation des ressources naturelles dans le droit des fleuves internationaux, le nouveau droit de la mer, ou plus généralement le droit international économique".

se ha referido también a esta innovadora faceta de la equidad, resultante de su incorporación a la regla de Derecho positivo:

“Dans les cas les plus extrêmes, cette subordination est simplement formelle: c'est une règle juridique qui renvoie expressément à des principes équitables qu'elle ne précise pas autrement...”⁶².

Esta nueva dimensión iuspositiva de la equidad no deja, sin embargo, de presentar ciertas dificultades conceptuales y materiales. En primer lugar, como indican las palabras del profesor REUTER, es forzoso reconocer que el contenido concreto de esta evasiva noción no se hace más preciso por su incorporación a la regla de Derecho positivo. La equidad se positiviza pero “guarda su misterio”⁶³.

Por otra parte, la jurisprudencia internacional, que en los últimos años ha hecho un uso generoso de esta nueva modalidad de la equidad, no se ha preocupado excesivamente de hacer explícita la naturaleza concreta de la regla que, en cada caso específico, reclamaba su aplicación. Amparándose en el carácter particularmente difuso y evolutivo de este ordenamiento jurídico, el árbitro y el juez internacional han evocado de un modo inespecífico los “principios y reglas” internacionales para justificar la aplicación de la equidad. Esta relajada actitud jurisprudencial contrasta con el rigor metodológico empleado en otros casos. Así, en la propia sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte de 1969, el Tribunal, que había sometido a un extenso y severo escrutinio el fundamento normativo de la equidistancia, se mostró mucho menos exigente en la determinación del origen jurídico formal de la regla de la equidad en materia de delimitación⁶⁴.

Con todo, forzoso es reconocer que, pese a la inicial inconcreción de su fundamento normativo, a partir de la sentencia del Mar del Norte de 1969 la figura de la equidad se ha ido abriendo progresivamente camino hasta la superficie del Derecho internacional positivo que, en un creciente número de esferas, ha visto aparecer referencias cada vez más explícitas a esta noción. La equidad se ha convertido así en un componente formal de diversos textos que han hecho su aparición en la práctica del Derecho internacional en los últimos años. Entre los variados campos en

⁶² REUTER, P. *Op. cit.*, p. 179.

⁶³ *Ibid.*, p. 165.

⁶⁴ *CIJ Recueil* 1969 p. 32 par. 47, par. 85 y sig; p. 49 par. 88 y sig.

los que se ha manifestado de un modo pujante esta nueva dimensión iuspositiva de la equidad, cabe citar principalmente los siguientes: los textos relativos a la instauración de un nuevo orden económico internacional, uno de cuyos principios inspiradores es el del "beneficio mutuo y equitativo"⁶⁵; las reglas relativas al régimen de explotación de los recursos compartidos entre Estados⁶⁶; los convenios de codificación en materia de sucesión de Estados⁶⁷ y de utilización de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación⁶⁸; y las normas que establecen el régimen de aprovechamiento de los recursos de ciertos espacios tales como el espacio ultraterrestre⁶⁹, la Antártida⁷⁰ o el propio medio ambiente común⁷¹, que deben ser utilizados equitativamente por constituir un patrimonio colectivo de las generaciones presentes y futuras.

Pero sin duda el texto en el que la equidad aparece de un modo más reiterativo es el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 30 de mayo de 1982⁷² que se refiere a esta noción, tanto de un modo implícito como de un modo explícito, en un significativo número de sus disposiciones. Cabe citar así, por ejemplo, entre las referencias expresas a la noción de equidad, las que afectan a los siguientes temas: solución equitativa de los conflictos relativos a la atribución de

⁶⁵ Consagrado *inter alia* en el Artículo 1, e) de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados (AG Resolución 3281, de 12 de diciembre de 1974).

⁶⁶ Vide BARBERIS, J. "Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho internacional", Madrid (Tecnos) 1979, pp. 35 y sig; 68 y sig; 131 y sig; 154 y sig.

⁶⁷ Vide Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, de 8 de abril de 1978, en especial Arts. 17, l, c); 17,3; 18,1, b) y d); 18,2; 31,2; 37,2; 40, i y 41.

⁶⁸ Vide CDI, Segundo informe sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Doc. A/CN.4/381, de 24 de abril de 1984), Arts. 6, 7 y 8. Vide también HANDL, C. *Op. cit. infra ncta* (71).

⁶⁹ Vide Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (AG, Resolución 34/78 de 5 de diciembre de 1979, Anexo) Art. 11, 7, d) Vide también WILLIAMS, S.M. "The Role of Equity in the Law of Outer Space" *International Relations*, vol. V, 1975, pp. 776-799; CURTEIX, J. "De l'accès "équitable" à l'orbite des satellites géostationnaires", AFDI 1985 PP. 790-802.

⁷⁰ Doc. AMR/SCM/88/787: Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos, Arts. 29, 3, b) y c); 35,5.

⁷¹ HANDL, G. "The principle of "Equitable Use" as Applied to Internationally Shared Natural Resources: its Role in Resolving Potential International Disputes over Transformer Pollution", *Rev. Belge de D.I.*, 1978-79, pp. 40-64.

⁷² BELLO, E. "International Equity and the Law of the Sea", *Verfassung und Recht in Uberssee*, 1980, pp. 201 y sig.

derechos y jurisdicción en la zona económica exclusiva⁷³; acceso equitativo de los Estados sin litoral⁷⁴ y en situación geográfica desventajosa⁷⁵ a los excedentes de recursos vivos de la misma; distribución equitativa de los beneficios financieros y económicos derivados de las actividades en la Zona de fondos marinos⁷⁶; modalidades y condiciones equitativas para la transmisión de tecnología relacionada con tales actividades⁷⁷; promoción de precios equitativos para los consumidores de minerales procedentes tanto de la Zona como de otras fuentes...⁷⁸.

Con todo, como es bien sabido, son los Artículos 74 y 83 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativos a la delimitación equitativa de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, quienes contienen la más enjundiosa de las referencias normativas a esta noción. Por ello, en razón de la proyección adquirida por los "principios equitativos" en los procesos de delimitación de los espacios marinos, esta cuestión será objeto de un examen particularizado en el apartado siguiente.

3.2. LA EQUIDAD EN LA DELIMITACION DE LOS ESPACIOS MARINOS

La equidad ha jugado en los últimos años un importante papel como criterio jurídico para la delimitación de los espacios marinos entre Estados cuyas costas son adyacentes (delimitación lateral) o están situadas frente a frente (delimitación frontal). En particular, una reiterada jurisprudencia ha señalado que la obligación de lograr un acuerdo equitativo constituía la "norma fundamental"⁷⁹ en lo que respecta a la delimitación de los espacios marinos entre Estados vecinos. La regla de la delimitación equitativa se ha convertido así, aparentemente, en una exigencia del Derecho internacional positivo en la materia. Por ello se hace necesario explorar el origen, el contenido y el alcance de esta nueva regla.

⁷³ Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Art. 59.

⁷⁴ *Ibid.*, Art. 69, 1.

⁷⁵ *Ibid.*, Art. 70, 1.

⁷⁶ *Ibid.*, Art. 140, 2.

⁷⁷ *Ibid.*, Art. 144, 2 a).

⁷⁸ *Ibid.*, Art. 150, f) y Art. 151, 1, a).

⁷⁹ *CIJ Recueil* 1984, p. 299, par. 112.

3.2.1. *Origen de la regla de la delimitación equitativa.*

Como es sabido, la referencia a la equidad no estaba expresamente contemplada en las reglas relativas a la delimitación de los distintos espacios marinos que fueron objeto de codificación en los Convenios de Ginebra de 1958. En efecto, el Artículo 12 del Convenio sobre Mar territorial y zona contigua⁸⁰ hacía referencia únicamente a la delimitación por acuerdo entre las partes y, en su caso, por aplicación del criterio de la equidistancia matizado por la posible incidencia de circunstancias especiales que justificaran otra delimitación. Y la misma orientación inspiró el Artículo 6 del Convenio sobre Plataforma continental, cuyo tenor literal es el siguiente:

1. Cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos o más Estados cuyas costas están situadas una frente a otra, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se determinará por la línea media cuyos puntos sean todos equidistantes de los puntos próximos de las líneas de base, desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado.

2. Cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos Estados limítrofes, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se efectuará aplicando el principio de la equidistancia de los puntos más próximos de las líneas de base, desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado.

Aunque los textos reseñados no contienen una referencia expresa a la equidad, fue precisamente en materia de delimitación de la plataforma continental donde, de la mano de la jurisprudencia, se inició el afloramiento progresivo de esta figura a la superficie del Derecho positivo. En

⁸⁰ Este artículo afirma efectivamente que:

“Cuando las costas de dos Estados se hallan situadas frente a frente o sean adyacentes, ninguno de dichos Estados tendrá derecho, salvo mutuo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de una línea media determinada de forma tal que todos sus puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de cada uno de esos Estados. No obstante, la disposición de este párrafo no será aplicable cuando, por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados en otra forma”.

efecto, conectando con las expresiones originarias de la Proclamación Truman de 1945, que había afirmado ya que los límites de la plataforma continental debían establecerse convencionalmente "in accordance with equitable principles"⁸¹, el Tribunal internacional de Justicia afirmó en su sentencia sobre la plataforma continental del Mar del Norte que los principios esenciales en la materia eran:

"que la delimitation doit être l'objet d'un accord entre les Etats intéressés et que cet accord doit se réaliser selon des principes équitables. Il s'agit là, sur la base de préceptés très généraux de justice et de bonne foi, de véritables règles de droit en matière de délimitation des plateaux continentaux limitrophes, c'est-à-dire, de règles obligatoires pour les Etats pour toute delimitation; en d'autres termes, il ne s'agit pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d'appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables conformément aux idées qui ont toujours inspiré le développement du régime juridique du plateau continental en la matière..."⁸².

Esta elevación de los "principios equitativos" a la categoría de reglas de Derecho positivo no dejaba de presentar puntos oscuros al no precisarse convenientemente su origen convencional, consuetudinario o derivado de un principio general. Con todo, junto al conjunto de razones genéricas evocadas por el Tribunal en apoyo de la regla propuesta⁸³, no faltó una indicación específica de que los principios equitativos se encontraban implícitamente contenidos en la referencia del propio Artículo 6 del Convenio sobre la plataforma continental de 1958 a las circunstancias especiales:

"c'est en raison de la (conviction que la délimitation devait s'effectuer selon des principes équitables) qu'elle a introduit l'exception des "circonstances spéciales"⁸⁴.

El origen difuso de la regla de la delimitación equitativa no impidió, en todo caso, que ésta se afirmase progresivamente como una constante

⁸¹ *CIJ Recueil* 1969, p. 33, par. 47.

⁸² *Ibid.*, pp. 47-48, par. 85.

⁸³ *Ibid.*, p. 34, par. 48; también p. 47, par. 85, en el que el Tribunal evoca razones vinculadas a "la historia del desarrollo del régimen jurídico de la plataforma" y a "ciertas nociones jurídicas de base que reflejan desde el principio la opinio iuris en materia de delimitación".

⁸⁴ *Ibid.*, p. 37, par. 55.

básica de la jurisprudencia internacional en la materia. La sentencia arbitral del 30 de junio de 1977 en el asunto de la delimitación de la Plataforma continental franco-británica en la zona del Mar d'Iroise reiteró las afirmaciones anteriores del TIJ en términos sensiblemente similares:

“la limite entre des Etats qui donnet sur le même plateau continental doit, en l'absence d'accord être déterminée selon des principes équitables”⁸⁵.

La referencia a la equidad como criterio para la delimitación de los espacios marinos habría de cobrar un nuevo impulso en los trabajos de la IIIª Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que culminaron con la adopción del Convenio del 10 de diciembre de 1982. En efecto, aunque la elaboración del artículo relativo a la delimitación frontal y lateral del mar territorial discurniera por un camino separado y diferente⁸⁶, el debate sobre la equidad se extendió allí esencialmente no sólo a la delimitación de la Plataforma continental sino también a al de la nueva Zona Económica Exclusiva, que se confundieron así en una polémica única en los trabajos de la Conferencia⁸⁷.

La formulación inicial del texto relativo a esta cuestión, redactada al final del tercer período de sesiones (Ginebra, 1975) y contenida en el Texto único oficioso para fines de negociación, reproducía casi literalmente el contenido del Artículo 6 del Convenio de Ginebra de 1958, sin haber mención expresa de la equidad⁸⁸. No es por ello de extrañar que los Estados partidarios de este criterio (y no de la equidistancia) se mostraran insatisfechos con esta fórmula y reclamaran una nueva redacción que atribuyera a la equidad un papel, más destacado —y sobre todo más

⁸⁵ *Vides* R.S.A., vol. 18, pp. 3 y sig. Cf. RODRIGUEZ CARRION, A. “Sentencia arbitral de 30 de junio de 1977 entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Francesa, sobre delimitación de la plataforma continental”, REDI pp. 423 y sig.

⁸⁶ En efecto, el principio de la delimitación equitativa no fue retenido por la Conferencia en lo que se refiere a la delimitación del Mar territorial. El Artículo 15 finalmente adoptado tiene un contenido prácticamente idéntico al del Artículo 12 del Covenio de 1958. (Vide supra, nota (80) reteniendo esencialmente el criterio de la equidistancia contra el que habían combatido sin éxito las delegaciones de Venezuela y Turquía. *Vide* PASTOR RIDRUEJO, J. A. “Curso de Derecho internacional público”. Madrid (Tecnos) 1986 p. 323.

⁸⁷ *Vide* PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Op. cit.*, pp. 332-335. *Vide* también la opinión disidente del juez ODA en la sentencia de la plataforma Libia-Tunez, *CJ Recueil* 1982, p. 157, par. 134-145.

⁸⁸ Doc. A/CONF.62/WP.8/Parte 2.

explícito— como parámetro jurídico para la delimitación de los espacios marinos de que se trata. En el cuarto período de sesiones (Nueva York, 1976) el embajador venezolano Andrés AGUILAR, Presidente de la Comisión Segunda, introdujo en el Texto único revisado a fines de negociación una nueva disposición modificativa de la anterior en la que se hacía referencia expresa a los “principios equitativos”⁸⁹. Durante el V período de sesiones (Nueva York, 1976) las objeciones tanto de procedimiento como de fondo planteadas por los partidarios de la línea media —coordinados por la delegación de España— no lograron atajar el avance imparable de los partidarios de los principios equitativos —coordinados por la delegación de Irlanda—. La solución de esta espinosa cuestión, calificada como una de las “fundamentales” por la Conferencia, fue encargada a un “grupo de negociación” que propuso una fórmula de compromiso incluida en el Texto integrado oficioso para fines de negociación (primera parte del IX período de sesiones, Nueva York, 1980), a cuyo tenor:

“La delimitación... se efectuará por acuerdo... de conformidad con el Derecho internacional. Tal acuerdo se ajustará a principios equitativos, empleando la línea media o de equidistancia, cuando proceda, y teniendo en cuenta todas las circunstancias prevalecientes en el área de que se trate”⁹⁰.

Pese a ser todavía globalmente favorable a sus intereses, esta fórmula transaccional tampoco resistió el impulso creciente de los países partidarios de los principios equitativos. Así, al final del X Período de sesiones (Ginebra, 1981) se adoptó como fórmula definitiva el texto que hoy figura en los Artículos 74 y 83 del Convenio, a cuyo tenor:

“1. La delimitación (de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental) entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del Derecho internacional, a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa”.

⁸⁹ En virtud de esta disposición la delimitación debía efectuarse:

“por acuerdo entre los Estados interesados, de conformidad con principios equitativos, empleando cuando sea apropiado la línea media o equidistante y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes”. Doc. A/CONF.62/WP.8/Rev.1/Parte 2, Nota introductoria, pár. 6.

⁹⁰ Doc. A/CONF.62/WP.10/Rev. 30.

Los ecos de esta evolución tuvieron a su vez su caja de resonancia en el Palacio de Justicia de La Haya. El Tribunal, cuya sentencia de 1969 había actuado como detonante del proceso expansivo de los "principios equitativos", tuvo la ocasión de actualizar sus puntos de vista en la materia en la sentencia del 24 de febrero de 1982 relativa a la delimitación de la Plataforma continental entre Túnez y Libia. En esta sentencia el Tribunal reafirmó su convicción de que la aplicación de "principios equitativos" que permitan alcanzar un "resultado equitativo" constituía una exigencia del Derecho positivo internacional en materia de delimitación de la plataforma continental, precisando incluso que se trataba de "un principio general directamente aplicable como Derecho":

"L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice ne saurait manquer d'en faire application... la notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit. De plus, en appliquant le droit international positif, un tribunal peut choisir entre plusieurs interprétations" possibles celle qui lui paraît la plus conforme aux exigences de la justice dans les circonstances de l'espèce... La tâche de la Cour est ici... (d)'appliquer les principes équitables comme partie intégrante du droit international et peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable"⁹¹.

Esta línea jurisprudencial ha continuado manifestándose, con un trazado zigzagueante, en la sentencia dictada por una Sala del TIJ en el asunto de la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine del 12 de octubre de 1984 en la que, tras repasar los antecedentes convencionales, consuetudinarios, jurisprudenciales y codificatorios⁹², se proclama que los "principios y reglas"⁹³ que exigen proceder a una delimitación equitativa pertenecen a la *lex lata* en el actual "Dere-

⁹¹ *CIJ Recueil* 1982, p. 60, par. 71.

⁹² *CIJ Recueil* 1984, pp. 288 y sig., par. 79-96; par. 112-113.

⁹³ Como ha dicho el propio tribunal, los términos "principios" y "reglas" deben entenderse aquí como sinónimos:

"Quant à l'association des termes "règles" et "principes", il ne s'agit, de l'avis de la Chambre, que d'une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte on entend manifestement par principes des principes de droit, donc aussi des règles de droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental". *CIJ Recueil* 1984, pp. 288-290, par. 79.

cho internacional consuetudinario”⁹⁴ y constituyen por tanto la “norma fundamental” aplicable a “toda delimitación marítima entre Estados vecinos”⁹⁵. Así, según afirma la sentencia de referencia:

“De l’avis de la Chambre, les dispositions dont il s’agit... peuvent être considérées comme conformes actuellement au droit international général en la matière”⁹⁶.

La misma opinión ha sido manifestada por el Tribunal en su sentencia del 3 de junio de 1985 en el asunto de la plataforma continental entre Libia y Malta al subrayar que “las decisiones judiciales son unánimes en afirmar que la delimitación debe efectuarse mediante la aplicación de principios equitativos tomando en cuenta todas las circunstancias pertinentes a fin de llegar a un resultado equitativo”⁹⁷:

“La caractèrè normatif des principes équitables appliqués dans le cadre du droit international général présente de l’importance parce que ces principes gouvernent non seulement la délimitation par voie judiciaire ou arbitrale mais aussi, et d’ailleurs surtout, l’obligation incombant aux Parties de rechercher en premier lieu une délimitation par voie d’accord, ce qui révient à viser un résultat équitable”⁹⁸.

La regla de la delimitación equitativa ha penetrado así por diversos caminos en el Derecho internacional actual sin que sus orígenes inespecíficos hayan impedido su incorporación efectiva a la *lex lata* como expresión definitiva del consenso general en la materia⁹⁹.

3.2.2. *Contenido de la regla de la delimitación equitativa.*

La regla de la delimitación equitativa, que como hemos visto tiene unos orígenes normativos relativamente difusos, requiere también alguna precisión en lo tocante a su contenido concreto.

En efecto, la expresión literal de la regla ha variado considerablemente al hilo de sus reiteradas evocaciones jurisprudenciales así como en los diversos estadios del proceso codificador de los artículos relativos a

⁹⁴ *Ibid.*, p. 300, par. 114. Vide también *Ibid.*, p. 266, par. 22.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 299, par. 112.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 294, par. 94.

⁹⁷ *CIJ Recueil* 1985, p. 38, par. 45.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 39, par. 46.

⁹⁹ La idea del *consensus* fue formalmente evocada por la Sala del TIJ en la sentencia relativa al asunto del Golfo de Maine, *CIJ Recueil* 1984, p. 294, par. 112.

la delimitación de los espacios marinos. El contenido de esta "norma fundamental" es así particularmente difícil de aprehender toda vez que se trata de una regla innovadora¹⁰⁰, de perfiles poco fijados y de substancia especialmente huidiza, como corresponde a su denominador común que no es otro que la idea misma de equidad.

Se trata, además de una regla que, al menos en su aplicación judicial, presenta una fisonomía normativa variable en función de los perfiles jurídicos también variables de los espacios marinos a delimitar en cada caso. Puede señalarse así, a título de ejemplo, el cambio sobrevenido en relación con la noción de "prolongación natural", que la sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte había considerado como un elemento integrante de la regla de delimitación¹⁰¹ y que la sentencia de la plataforma Túnez-Libia ha caracterizado simplemente como "una de las circunstancias a retener como elemento de una solución equitativa"¹⁰².

Sin embargo, la práctica derivada de las reiteradas aplicaciones jurisprudenciales de esta nueva regla, permite vislumbrar, dentro de esta fórmula de geometría variable, una incipiente arquitectura común en la estructura general de la misma. Los diversos elementos básicos que parecen componer esa estructura serán examinados a continuación.

a) Obligación de lograr un acuerdo equitativo.

El primer elemento de la regla considerada es que la delimitación debe efectuarse por acuerdo entre los Estados interesados, ya sea directamente o ya sea mediante el recurso voluntario a la decisión de un tercero —árbitro a juez internacional—, con vistas a lograr un resultado equitativo.

Este punto fue subrayado ya en la sentencia del TIJ de 1969 en el asunto del Mar del Norte, al afirmar que la historia del desarrollo del régimen jurídico de la plataforma continental ha puesto de manifiesto la presencia de ciertas nociones jurídicas de base que reflejaban desde su origen la *opini juris* en materia de delimitación:

¹⁰⁰ *CIJ Recueil* 1984, p. 299, par. 111.

¹⁰¹ *CIJ Recueil* 1969, p. 47, par. 85 in fine.

¹⁰² *CIJ Recueil* 1982, p. 58, par. 68. *Vide* también par. 36-68, espec. par 43 in fine.

“ces principes sont: que la delimitation doit être l’objet d’un accord et que cet accord doit se réaliser selon des principes équitables”¹⁰³.

La exigencia de llegar a un acuerdo delimitador fue objeto de ulteriores comentarios en la sentencia de referencia¹⁰⁴ y ha sido especialmente desarrollada por la Sala del TIJ en la sentencia de 1984 relativa al asunto del Golfo de Maine. En esta sentencia, los jueces han intentado efectuar una formulación “más completa” y “más precisa” de la “norma fundamental” afirmando, en particular que de acuerdo con el Derecho internacional general:

“Aucune délimitation maritime entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face ne peut être effectuée unilatéralement par l’un de ces Etats. Cette délimitation doit être recherchée et réalisée au moyen d’un accord faissant suite à une négociation Menée de bonne foi et dans l’intention réelle d’aboutir à un résultat positif. Au cas où, néanmoins, un tel accord ne serait pas réalisable, la délimitation doit être effectuée en recourant à une instance tierce dotée de la compétence nécessaire pour ce faire”¹⁰⁵.

Por otra parte, conviene subrayar que el acuerdo delimitador (*y a fortiori* la decisión judicial o arbitral) debe en todo caso amoldarse a las exigencias del Derecho internacional. Así lo expresa, en particular, el texto de los Artículos 74 y 83 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar de 1982 al afirmar que la delimitación se efectuará por acuerdo entre los Estados:

“sobre la base del Derecho Internacional a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa”.

Pero los perfiles del Derecho internacional en esta materia son hoy particularmente cambiantes y sus exigencias concretas igualmente movilizadas, pudiéndose decir que esencialmente se limitan a exigir que la delimitación efectuada resulte equitativa. Con todo y pese a las profundas

¹⁰³ *CIJ Recueil* 1969, p. 47, par. 85.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 47-48, par 86-87.

¹⁰⁵ *CIJ Recueil* 1984, p. 299, par. 112. El párrafo 22 de esta sentencia afirma, en este sentido, que:

“(1) Le recours à une délimitation par voie arbitrale du judiciaire n’est en dernière analyse qu’un succédané au règlement direct et amiable entre les Parties”.

variaciones que han jalonado la acción judicial en este punto, la propia jurisprudencia del Tribunal insiste en que el proceso de delimitación equitativa debe amoldarse a las normas del Derecho internacional expresadas en el Artículo 38, párrafo 1, de su Estatuto ¹⁰⁶ y, en especial, a las coordenadas jurídicas que afectan al espacio marino considerado tal como éste se ha configurado jurídicamente ¹⁰⁷.

El acuerdo delimitador debe, en todo caso, tener un contenido equitativo; esto quiere decir (y la redundancia hay que imputarla a la propia doctrina jurisprudencial) que el acuerdo en cuestión debe estar inspirado en principios equitativos que permitan alcanzar un resultado equitativo. Esta orientación finalista, presente en la sentencia del Mar del Norte de 1969 ¹⁰⁸, fue subrayada con particular énfasis por la sentencia del TIJ en el asunto de la delimitación de la plataforma continental Túnez y Libia:

“L’application de principes équitables doit aboutir à un résultat équitable. Cette façon de s’exprimer bien que courante, n’est pas entièrement satisfaisante, puisque l’adjectif équitable qualifie à la fois le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir. C’est néanmoins le résultat qui importe: les principes sont subordonnés à l’objectif à atteindre. L’équité d’un principe doit être appréciée d’après l’utilité qu’il présente pour aboutir à un résultat équitable” ¹⁰⁹.

b) Obligación de aplicar parámetros equitativos.

El acuerdo o la decisión que permita alcanzar un resultado equitativo debe ser el resultado de la aplicación de los parámetros equitativos pertinentes en cada caso.

La jurisprudencia de TIJ ha prestado particular atención a la evaluación de estos parámetros cuyo carácter equitativo debe ser objeto de un escrutinio particular en cada caso. Sin embargo, el inventario de los parámetros en cuestión se caracteriza por su heterogeneidad, por su carácter abierto y por su orientación finalista ordenada a la consecución de una delimitación equitativa en el marco del Derecho internacional.

¹⁰⁶ Ibid., p. 290, par. 83. En el párrafo 22 de la sentencia la Sala había señalado ya que la delimitación debía efectuarse “avant tout, et toujours dans le respect du droit international”.

¹⁰⁷ Vide *infra* p. 33 y nota (113).

¹⁰⁸ El Tribunal habló aquí de “résultat raisonable”: *CIJ Recueil* 1969, p. 49, par. 90 in fine.

¹⁰⁹ *CIJ Recueil* 1982, p. 59, par. 70.

En efecto, el Tribunal ha utilizado en este punto una terminología muy diversificada para referirse a una serie de elementos heterogéneos cuyo punto de conexión común es su imprescindible dimensión equitativa y su virtualidad para la consecución de un resultado igualmente equitativo. Las sentencias pronunciadas en esta materia se refieren así indistintamente a cánones teóricos de carácter normativo o valorativo (“principios”, “consideraciones”, “criterios”), a procesos abstractos de naturaleza metodológica o instrumental (“métodos”, “procedimientos”, “medios”) e, incluso, a simples datos de carácter puramente fáctico o material (“circunstancias”, “factores”, “elementos”).

En teoría, el inventario de parámetros utilizables es en principio ilimitado; tal como señaló el Tribunal en la sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte:

“En réalité il n’y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s’assurer qu’ils vont appliquer des procédés équitables...¹¹⁰.”

Sin embargo, la jurisprudencia ulterior se ha visto obligada a precisar que debían tomarse en consideración solamente aquellas “circunstancias pertinentes”¹¹¹ y elementos jurídicamente relevantes que pudieran conducir en cada caso a una delimitación equitativa. Así lo ha afirmado, con especial claridad, el propio Tribunal en la sentencia Túnez-Libia:

“Tous les principes ne sont pas en soi équitables; c’est l’équité de la solution qui leur confère cette qualité. Les principes qu’il appartient à la Cour d’indiquer doivent être choisis en fonction de leur adéquation à un résultat équitable. Il s’ensuit être interprété dans l’abstrait; elle renvoie aux principes et règles permettant d’aboutir à un résultat équitable”¹¹².

Finalmente, en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Malta de 1985, el Tribunal ha perfilado todavía más los contornos de la utilización de parámetros equitativos, al reiterar que el espectro de las circunstancias que debían ser tomadas en consideración debía concretarse a aquellas que presentaran una conexión jurídica substancial con el espacio objeto de delimitación:

¹¹⁰ *CIJ Recueil* 1969, p. 50, par. 93.

¹¹¹ *CIJ Recueil* 1982, p. 64, par. 81.

¹¹² *Ibid.*, p. 59, par. 70.

“Pourtant, bien qu’il n’y ait peut-être pas de limite juridique aux considérations dont les Etats sont en droit de tenir compte, il peut difficilement en être de même lorsqu’une juridiction applique des procédures équitables. En effet, bien qu’il n’y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence seules pourront intervenir celles qui se rapportent à l’institution du plateau continental telle qu’elle s’est constituée en droit, et à l’application de principes équitables à sa délimitation. S’il en allait autrement, la notion juridique de plateau continental elle-même pourrait être bouleversés par l’introduction de considérations étrangères à sa nature”¹¹³.

c) Métodos prácticos de delimitación.

Finalmente, la delimitación debe completarse mediante la aplicación de aquellos “métodos prácticos” que permitan alcanzar un trazado equitativo en cada caso concreto.

Al igual que en el caso anterior, estos métodos prácticos se caracterizan también por su diversidad ya que, como indicó el Tribunal en la sentencia Túnez-Libia “en Derecho internacional no existe un método de delimitación único y obligatorio”¹¹⁴. Así, los métodos prácticos de delimitación a aplicar en cada caso serán seleccionados y combinados¹¹⁵, de acuerdo con su virtualidad para la consecución de un trazado equitativo.

Con todo, el rasgo más significativo de la evolución del Derecho internacional en este punto es la definitiva erradicación de la equidistancia como método de delimitación privilegiado. En efecto, la línea de la equidistancia que había sido ya excluida del Derecho internacional general por la sentencia de 1969 en el asunto del Mar del Norte¹¹⁶ ha sido ulteriormente desposeída de sus pretendidos atributos equitativos inherentes y degradada a la mera condición de método práctico de delimitación por la acción conjunta de una jurisprudencia reiterada¹¹⁷ y de

¹¹³ *CIJ Recueil* 1985, p. 40, par. 48.

¹¹⁴ *CIJ Recueil* 1982, p. 79, par. 111.

¹¹⁵ *Vide infra* p. 36 y nota (128).

¹¹⁶ *CIJ Recueil* 1969, pp. 45-46, par. 82.

¹¹⁷ *Vide* especialmente *CIJ Recueil* 1982, p. 79, par. 110. Pero *vide* también las opiniones disidentes de los jueces GROS (p. 149, par. 11), ODA (pp. 260-267, par 165-270, par. 181) y EVENSEN (p. 297, p. 5).

un proceso codificador poco propicio al mantenimiento de este criterio ¹¹⁸.

Así, la equidistancia se contempla hoy únicamente como uno de los métodos prácticos que pueden utilizarse conjuntamente con otros para llegar a un resultado equitativo en los procesos de delimitación de los espacios marinos ¹¹⁹. Tan es así, que en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Malta y Libia, el Tribunal ha excluido incluso la obligatoriedad de recurrir a la equidistancia como primera etapa del proceso delimitador:

“L'existence même d'une règle commune celle qui défend Malte, qui obligerait á employer l'équidistance seulement comme première étape de toute delimitation, et sous réserve d'une correction éventuelle, ne saurait être étayée par la simple énumération d'exemples de délimitation reposant sur l'équidistance ou une équidistance modifiée, bien que ces exemples montrent de façon frappante que la méthode de l'équidistance peut, dans bien des situations, produire un résultat équitable” ¹²⁰.

Por lo demás, los métodos prácticos de delimitación aplicados por la reciente jurisprudencia se caracterizan por su variabilidad en las diversas situaciones analizadas, habiéndose manifestado incluso una tendencia a la “sectorialización” de las zonas objeto de delimitación que ha permitido la utilización de distintos métodos prácticos en un mismo caso ¹²¹. Asimismo, la práctica jurisprudencial ha mostrado una tendencia a la combinación de métodos de delimitación, utilizando incluso factores correctivos entre los que destacan por su contundencia los aplicados en el asunto Libia-Malta ¹²².

3.2.3 *Aplicación de la norma de la delimitación equitativa.*

La regla relativa a la delimitación equitativa de los espacios marinos entre Estados cuyas costas son adyacentes o están situadas frente a

¹¹⁸ *Vide supra* p. 26-27.

¹¹⁹ *CIJ Recueil 1984*, p. 312, par. 156.

¹²⁰ *CIJ Recueil 1985*, p. 38, par. 44 in fine; *vide ibid.*, p. 46, par. 77.

¹²¹ *CIJ Recueil 1982*, p. 93, par. 133, C; *Ibid.*, 1984, p. 331, par. 206 y sig.

¹²² En efecto, en este caso, el Tribunal aplicó un criterio de ajuste consistente en efectuar una “traslación hacia el Norte de 18' de latitud”. *CIJ Recueil 1985*, p. 52, par. 73; *vide* también los criterios empleados por la Sala con carácter corrector en el asunto del Maine: *CIJ Recueil 1984*, p. 328, par. 197.

frente posee unas características muy peculiares que conviene examinar con algún detenimiento.

En efecto, como ya hemos visto, la regla en cuestión es una norma compuesta, inconcreta y finalista, que se ordena a la consecución de un resultado equitativo. Desde el punto de vista de las categorías técnico-normativas, la regla en cuestión se asemeja grandemente a lo que la doctrina privatista ha denominado "normas de orientación material" y constituye más un método o *approach* jurídico para la delimitación que una "regla" en sentido propio. El método de análisis de que se trata conlleva, efectivamente, un complejo proceso de ponderación de los factores relevantes que habrá de llevarse a cabo con una técnica similar al *weighting process o balancing of factors* que se aplica en algunos sectores del derecho internacional privado¹²³.

Así, en la sentencia relativa a la plataforma continental del Mar del Norte, el Tribunal introdujo tímidamente esta metodología al afirmar que:

"...cest le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équitable plutôt que l'adoption d'une seule de ces considérations en excluant toutes les autres. De tels problèmes d'équilibre entre diverses considérations varient naturellement selon les circonstances de l'espèce"¹²⁴.

El Tribunal arbitral que resolvió el litigio franco-británico de la *Mer d'Iroise*, utilizó de lleno este tipo de análisis para llegar a determinar la línea de delimitación en la zona de las islas del canal y, en menor medida, en la zona atlántica¹²⁵. Lo mismo hizo el Tribunal Internacional de Justicia en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia donde se refirió expresamente al "peso relativo atribuido a cada factor"¹²⁶ explicando al respecto que:

"... la Cour doit... peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable"¹²⁷.

¹²³ CHARNEY, J. I. "Ocean Boundaries between Nations: a Theory for Progress" AJIL 1985, p. 596.

¹²⁴ CIJ Recueil 1969, p. 51, par. 93.

¹²⁵ Vide R.S.A. par. 180-202 y 232-251.

¹²⁶ CIJ Recueil 1982, p. 44, par. 38.

¹²⁷ Ibid., p. 60, par. 71. vide también par. 107 y 126.

Esta misma técnica es la que ha guiado al Tribunal internacional de Justicia en su sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Malta y en la relativa al establecimiento de la frontera marítima entre Estados Unidos y Canadá en el Golfo del Maine. En este último asunto, la Sala del Tribunal se ha referido de un modo muy explícito a la metodología en cuestión cuya aplicación se ha extendido no solo a la elección de los criterios sino también a la de los métodos prácticos de delimitación:

“La Chambre pourra donc prendre en considération pour commencer... les critères, et surtout les méthodes pratiques théoriquement, susceptibles d'être appliquées à la détermination du tracé de la delimitation maritime unique américano-canadienne dans le Golfe du Maine et dans l'aire extérieure adjacente. Il lui appartiendra ensuite de choisir, dans cet éventail de possibilités, les critères qui à son jugement apparaîtront comme les plus équitables par rapport à la tâche à remplir dans le présent procès, ainsi que la méthode ou la combinaison de méthodes pratiques dont l'application permettra le mieux de traduire ces critères dans le concret”¹²⁸.

La aplicación de la regla de la delimitación equitativa ha puesto de manifiesto, sin embargo, algunas carencias inevitablemente asociadas al proceso de ponderación de los factores pertinentes que constituye la sustancia de la misma. Se ha evidenciado así, especialmente, que el particularismo del método aplicado, unido a la indeterminación y fluidez de los principios y métodos utilizables, conducía a veces a soluciones notablemente divergentes en sus fundamentos como en sus resultados. Así las opiniones disidentes de los jueces manifestadas en las distintas sentencias han venido a unirse a las críticas de una doctrina relativamente amplia que ha conjurado —a veces duramente— las tareas del nuevo método: casuismo, subjetivismo, arbitrio judicial, imprevisibilidad...¹²⁹.

¹²⁸ *CIJ Recueil 1984*, p. 312, par. 156.

¹²⁹ Así, por ejemplo, SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I. “La sentencia del Tribunal internacional de Justicia de 24 de febrero de 1982, en el asunto relativo a la plataforma entre Tunes y la Jamahiriya Arabe Libia”, *REDI* 1983, p. 79:

“La fórmula (contenida en el párrafo 132 de la sentencia Tunes-Libia) se orienta en la perspectiva de la justicia del caso concreto, resulta fugitiva respecto a la previsibilidad de los resultados y constituye, por consiguiente, un modelo de contingencia jurídica, y ello por no mencionar la incompatibilidad de la doctrina con la letra del artículo 83, 1, de la Convención, sobre el Derecho

Conviene advertir, sin embargo, que el propio Tribunal ha reconocido con cierta complacencia este particularismo, que parece haber sido conscientemente asumido, negándose a “sistematizar en exceso una construcción pragmática”¹³⁰ y a “utraconceptualizar” los principios y reglas aplicables¹³¹. Así, en el asunto del Golfo del Maine, la comprobación del carácter todavía rudimentario de las normas consuetudinarias en la materia ha llevado a la Sala a reafirmar su visión particularista del proceso jurídico de delimitación:

“La pratique, d’ailleurs, bien qu’encore peu abondante à cause de la nouveauté relative de la matière, est là pour démontrer que chaque cas concret est finalement différent des autres, qu’il est un *unicum* et que les critères les plus appropriés et la méthode ou la combinaison de méthodes la plus apte à assurer un résultat conforme aux indications données par le droit, ne peuvent le plus souvent être déterminés que par rapport au cas d’espèce et aux caractéristiques spécifiques qu’il présente”¹³².

La jurisprudencia parece así haber aceptado los riesgos inherentes a la aplicación de la regla de la delimitación equitativa y estar dispuesta a llevar a cabo el proceso de ponderación de los factores que resulten relevantes en cada caso. El método de que se trata, que ha sido asumido por la mayoría de los jueces, ha sido descrito con particular claridad por Eduardo JIMENEZ de ARECHAGA:

“Ainsi, dans le contexte du droit applicable à la délimitation du plateau continental, le fait que la décision doit être prise “conformément à des principes équitables”... oblige le juge à déterminer quelles sont les circonstances pertinentes dans chaque cas particulier et à apprécier leur importance et leur poids relatif. Appliquer l’équité signifie donc considérer et mettre en balance les circonstances particulières à l’espèce de façon à statuer, non pas en appliquant rigide­ment un certain nombre de règles et principes

del Mar de 1982, conforme al cual toda delimitación exige la aplicación del “derecho internacional”.

Vide también DECAUX, E. que compara la actitud de los jueces con la de un prestidigitador, “L’arrêt de la Chambre de la Cour internationale de Justice sur l’affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Maine (Canada/Etats-Unis), arrêt du 12 octobre 1984”, *AFDI*, 1984, p. 339.

¹³⁰ *CIJ Recueil* 1969, p. 53, par. 100.

¹³¹ *CIJ Recueil* 1982, p. 92, par. 132.

¹³² *CIJ Recueil* 1984, p. 290, par. 81.

généraux et de notions juridiques formelles, mais en adoptant et en ajustant ces principes, règles et notions aux faits, aux réalités et aux circonstances de l'espèce"¹³³.

No obstante, las propias dificultades experimentadas por el Tribunal para encontrar por esta vía el camino adecuado al ejercicio de su función judicial le han llevado a postular un mayor desarrollo jurisprudencial y a tratar de fijar mejor los límites de su propia actuación. Así, el Tribunal ha tratado de conjurar reiteradamente el fantasma de una decisión *ex aequo et bono* y ha tratado también de escapar al reproche de arbitrariedad:

"Certes, il n'existe pas de règles rigides quant au poids exact à attribuer à chaque élément de l'espèce; on est cependant fort loin de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou de la conciliation. Il ne s'agit pas non plus d'un recours à la justice distributive"¹³⁴.

Así, como ha subrayado E. D. BROWN, el Tribunal ha explicado lo que no es el proceso de aplicación de la norma de la delimitación equitativa; pero no ha dejado tan claro lo que éste es en realidad¹³⁵. Así, las diversas sentencias pronunciadas hasta hoy en este campo manifiestan todavía el ejercicio de una jurisdicción algo errática cuyo rumbo fluctúa entre las reglas de navegación establecidas en el Estatuto y el trazado singular que le marcan los distintos compromisos de arreglo judicial¹³⁶.

4. CONCLUSION

Las consideraciones desarrolladas en las páginas precedentes parecen permitir afirmar que la equidad juega hoy un importante papel en el campo del Derecho internacional que se concreta esencialmente en una doble dimensión:

a) Por un lado, como noción jurídica básica derivada de la idea de justicia¹³⁷, la equidad es normalmente inherente a los procesos de forma-

¹³³ *CIJ Recueil* 1982, p. 106, par. 24.

¹³⁴ *CIJ Recueil* 1982, p. 60, par. 71 *in fine*.

¹³⁵ BROWN, E. D. "The Tunisia-Continental Shelf Case", *Marine Policy*, 1983, pp. 149-150.

¹³⁶ Cf. *CIJ Recueil* 1982, p. 79, par. 110 *in fine* y *CIJ Recueil* 1964, p. 266, par. 23 *in fine*. Vide también DECAUX, E. *Op. cit.*, p. 319.

¹³⁷ *CIJ Recueil* 1982, p. 60, par. 71.

ción y aplicación de las reglas de Derecho internacional¹³⁸. Esta es la esfera propia de la *equity outside the rules* o *au-delà des textes* que constituye la dimensión tradicional de la misma y cuyo contenido y alcance puede verificarse recorriendo —por ejemplo— la jurisprudencia relativa a la delimitación de los espacios terrestres.

b) Por otro lado, en un creciente número de casos, la equidad ha pasado a formar parte del Derecho internacional positivo como un elemento normativo autónomo integrado en la formulación misma de la regla. Esta es la nueva dimensión de la *equity within the rules* o *selon les textes* que está adquiriendo una proyección creciente en el actual Derecho internacional y que se manifiesta sobre todo como elemento medular de la regla de la delimitación equitativa de los espacios marinos entre Estados vecinos.

Pero tanto en su tradicional dimensión extrapositiva como en su nueva dimensión iuspositiva, las fronteras propias de la equidad son particularmente difusas. Así, si la equidad interpretativa es normalmente inherente a una sana aplicación del Derecho internacional¹³⁹, se hace más difícil precisar en que condiciones el juez o el árbitro pueden recurrir a la misma para lograr un efecto correcto, supletorio o derogatorio de la regla de Derecho positivo. En particular, como demuestra el examen de la jurisprudencia relativa a la delimitación de los espacios terrestres, la dificultad principal reside en trazar con claridad la frontera que separa el recurso permisible a la noción genérica de equidad y el pronunciamiento de una decisión *ex aequo et bono* que solo puede realizarse cuando las partes así lo solicitan.

La aplicación de la equidad como elemento integrante de la regla de Derecho positivo se enfrenta a dificultades similares. El carácter inevitablemente flexible, abierto e inconcreto de la nueva forma de la delimitación equitativa ha pagado ya su tributo a la justicia con la moneda de una jurisprudencia variable en sus consideraciones jurídicas y —lo que es peor— imprevisible en sus conclusiones prácticas. Sin embargo, la regla está ahí para ser aplicada y el precio de inseguridad que por ella se paga debe considerarse como la contribución necesaria a la causa de la equidad.

Con todo, para que la justicia y la seguridad encuentren un equilibrio más llevadero, es conveniente que la equidad *selon les textes* o *within*

¹³⁸ Vide supra p. 7 y nota (22).

¹³⁹ Vide supra p. 9 y nota (27).

the rules alcance una formulación más acabada¹⁴⁰ y una aplicación más uniforme. Es cierto que la regla de la delimitación equitativa no puede ser reducida a una expresión excesivamente concreta, pero también es cierto que al menos sus elementos estructurales básicos deberían ser determinados con precisión y el contenido de cada uno de ellos ser objeto de una definición más estable.

La tarea en cuestión no es tanto una función legislativa como una obra doctrinal y —sobre todo— jurisprudencial. Y en este punto no cabe duda de que la jurisdicción internacional en general y el Tribunal de La Haya (y sus Salas) en particular, deben renovar su esfuerzo para encontrar pautas más firmes y más seguras en el ejercicio de su función judicial. Conviene, en efecto, como ha señalado el profesor GALINDO POHL, que se desarrolle todavía más el método de análisis jurídico que permita aplicar mejor la nueva regla:

“Aunque la generalización ha de usarse en esta materia con gran prudencia, la construcción teórica de cierto marco común a los principios de equidad, y la consiguiente determinación de una estructura operativa, puede contribuir al esclarecimiento de esta materia que está en proceso de dilucidación y hasta cierto punto de creación en la jurisprudencia internacional...”¹⁴¹.

Y conviene asimismo que se proceda a estabilizar los contornos de la regla de la delimitación equitativa, fijando definitivamente sus elementos estructurales y tratando de depurar progresivamente el contenido básico de los mismos. En particular debe subrayarse con mayor énfasis que el principio básico según el cual la delimitación debe realizarse a través de un acuerdo que permita lograr un resultado equitativo, está en todo caso sometido a las exigencias del Derecho internacional. Y también parece necesario que se delimite y se fije progresivamente el inventario de parámetros equitativos y métodos prácticos de delimitación que son jurídicamente pertinentes para lograr el resultado propuesto.

¹⁴⁰ Así lo reclama GALINDO POHL, R. “Comentarios sobre el caso relativo a la plataforma continental entre Libia y Tunes”, *Anuario Jurídico Interamericano*, 1985, p. 153.

“Cabe observar que la Corte no presentó en la sentencia de 1982 las formulaciones de los principios de equidad. Dichos principios aparecen mencionados muchas veces en la sentencia, pero sus formulaciones no se encuentran”.

¹⁴¹ GALINDO POHL, R. *Op. cit.*, p. 139.



NOTAS BIBLIOGRAFICAS

“ESTADOS DE EMERGENCIA EN LA REGION ANDINA”

Editado por la Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987, 322 pág.

El título de este trabajo corresponde al Seminario Internacional organizado en la ciudad de Lima, entre los días 23 y 25 de abril de 1987 por la Comisión Interamericana de Juristas, con el auspicio del IIDH, y con la finalidad de “estudiar y analizar las consecuencias jurídicas, sociales y políticas de estas situaciones de excepción en los países de Andeamérica”.

Luego de un análisis global a partir de la presentación del Dr. Héctor Gros Espiell (CIDH y director del IIDH), se analizó la situación de cada uno de los países de la subregión en base a los trabajos presentados por juristas pertenecientes a Estados integrantes de la misma.

Desde la presentación se destaca la coexistencia de los Estados de excepción con gobiernos democráticos, al punto tal que se constituyen en situaciones permanentes y la normalidad una verdadera excepción.

En esa ocasión se manifestó la preocupación por la desnaturalización en que caen los estados de excepción basados en el principio de legítima defensa, reconocido como tal frente a situaciones extraordinarias en que corre peligro el orden institucional.

Bajo el título “Los derechos humanos en los estados de excepción. Los Derechos Humanos y la dignidad humana”, el jurista ecuatoriano Edmundo Durán Diez analiza instrumentos internacionales sobre derechos humanos desde una perspectiva histórico-política y rescata el concepto de “estado de emergencia” como lo denomina la constitución de su país, según lo caracteriza Daniel Antokoletz “La suspensión de las garantías constitucionales basada en la necesidad de preservar instituciones fundamentales del Estado y proteger a sus autoridades constitucionales contra la perturbación del orden interior o los peligros de un ataque exterior”.

El jurista e investigador colombiano Gustavo Gallón se refirió a “la experiencia colombiana en Estados de emergencia y la viabilidad de su control internacional”, comenzando por caracterizar a Colombia como “un laboratorio del estado de sitio” debido a los extensos períodos de vigencia de tal situación, constituyéndose en una verdadera institución normal para esa nación.

Por su parte el Secretario Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas, Dn. Diego Ayán (Perú) se ocupó del tema “Estados de excepción y régimen jurídico” destacando la enumeración de derechos declarados “inderogables” por el Derecho Internacional y la evolución histórica de dicha situación en Perú en los últimos cincuenta años.

El representante de Chile, Dr. Roberto Garretón Merino, miembro del Departamento Jurídico de la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago, presentó su trabajo “Los estados de excepción al servicio de la doctrina de la seguridad nacional. La experiencia chilena” donde parte del concepto de “estado de excepción” en sus dos acepciones: situaciones que dan origen a los regímenes de excepción que hoy se encuentran previstas en la casi totalidad de las constituciones y la acción de quienes establecen un gobierno de facto, haciendo la salvedad que se referirá al primero de ellos en sentido estricto.

Caracteriza la situación de su país en ese momento, a partir de la Constitución de 1980: 1) carácter militarista; 2) excesiva concentración de poder en el ejecutivo; 3) la actividad política es mal vista por las autoridades militares; 4) absoluta desconfianza en el pueblo; 5) atenta contra el pluralismo político; 6) se da el rango constitucional a una determinada concepción o modelo económico rígido; 7) es una constitución rígida.

“El estado de sitio en Bolivia”.. es el título bajo el cual el profesor boliviano Gonzalo Medina se ocupa de la historia de su país y de las causas del estado de sitio tales como la conmoción interna, interrogándose acerca de si es necesario que éste se produzca o basta con un “caso de grave peligro de conmoción interna” y su relación con el orden público.

Concluyendo con el conjunto de ponencias presentadas, el Dr. Juan Carlos Rey (Venezuela), agregó su trabajo “El derecho de excepción y el régimen jurídico de la seguridad y defensa de Venezuela” en el que se sintetiza un aporte del mismo autor presentado a la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, septiembre de 1985, relativo al Derecho de Excepción en Venezuela.

Es de destacar que este aporte venezolano cuenta con una importante bibliografía, de interés para los estudiosos del tema.

Finalmente se agregan las conclusiones y recomendaciones del Seminario, y a todo ello le siguen dos anexos, el primero de los cuales incluye los principios de Siracusa sobre disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mientras que el segundo incluye normas internacionales y constitucionales sobre estados de excepción en la Región Andina.

Es éste sin duda alguna un importante y actualizado compendio del tema relativo a la situación existente en los países andinos.

,Graciela R. Salas

CONFORTI, BENEDETTO

"Diritto Internazionale". Editoriale Scientifica. Terza Edizione (ristampa inalterata). Roma, 1989, 432 pág.

Este nuevo trabajo del profesor Benedetto Conforti, reedición de su obra de 1987 ve la luz casi al concluir 1989, en un generalizado proceso de estructuras políticas tanto de la Europa oriental cuanto occidental.

Sin embargo, a pesar de los cambios señalados, el Derecho Internacional permite nuevos y diversos enfoques, de lo que da sobradas muestras el profesor Conforti, quien afirma, precisamente, que la obligatoriedad del Derecho Internacional, tema tan controvertido, no puede sino pasar a través de los operadores internos, quienes tienen el deber de aplicar y hacer cumplir el Derecho, en primer lugar los jueces.

De ahí que muestre una especial óptica de la teoría de la autolimitación del Estado, enunciada por Jellinek en el siglo pasado, según la posición italiana que surge del art. 10 de su actual constitución, todo ello en lo relativo al proceso de incorporación del Derecho Internacional al derecho interno.

Podríamos decir que el punto central de esta obra está en el estudio de las normas internacionales, pues luego de ocuparse de la definición del Derecho Internacional y de la subjetividad internacional en la introducción, dedica la primera parte a la formación de tales normas, incluyendo tanto las fuentes tradicionales cuanto las resoluciones y recomendaciones de las distintas organizaciones internacionales.

En cuanto al contenido de las mismas, materia de la segunda parte, el hombre parece ser el centro de la disciplina, de allí que incluya las relaciones del hombre con el territorio del Estado, el hombre ante otro Estado, un Estado frente a otro Estado y sus inmunidades (*atti jure imperii ed atti jure gestionis*), haciendo especial referencia a convenciones regionales como la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados Extranjeros.

A continuación el problema de la aplicación del Derecho Internacional en el ámbito interno, es decir, el proceso de incorporación, es motivo de un tratamiento especial, no sólo en el sentido tradicional, sino también en relación, por ejemplo, al derecho comunitario y aún del problema planteado por la necesidad de coordinación entre las normas internacionales con las normas estatales de adaptación y las normas regionales, sean éstas de legislación exclusiva o de legislación concurrente entre el Estado y las regiones, problema si se quiere particular a Italia y a aquellos Estados de organización interna semejante.

Al analizar la violación de las normas internacionales y sus consecuencias incluye el análisis de los elementos que constituyen esas violaciones y aún la responsabilidad que surge de los actos ilícitos como en el caso *Fondería di Trail* (sentencia arbitral de 1941) por el humo que se desplaza de un Estado a otro o en el caso del Estrecho de Confú (Sentencia de la C.I.J. de 1949).

Finaliza su interesante trabajo con un apartado en el que hace referencia al hecho de que la reafirmación o la consolidación de las normas de Derecho Internacional aún se enfrentan a una situación según la cual la función jurisdiccional aún hoy es arbitral, sea en cuestiones políticas o jurídicas, lo que hace necesaria una voluntad positiva de ambas partes en conflicto, máxime cuando se trata de hallar soluciones políticas por parte de los Estados interesados.

Como una reflexión final, debemos referirnos al contenido general de este curso que comprende, como queda dicho, grandes temas que han preocupado durante siglos a los *jus internacionalistas*. En él es digno de destacarse el acierto al enfocarlos desde una óptica interna (italiana) sintetizando y simplificando cada uno de ellos de forma tal que estén al alcance de aquellos que recién se inician en el conocimiento del Derecho de Gentes.

Leyendo la "premissa alla 1a. edizione" comprendemos que está inspirada en la necesidad de los alumnos de carreras universitarias de contar con el material necesario, no sólo para iniciar un estudio sino también para obtener finalmente la aplicación del Derecho Internacional por el hombre de la calle en su vida diaria. He ahí el valor de este nuevo trabajo del profesor Conforti.

Es, a no dudarlo, una obra interesante, muy actualizada, con un lenguaje ágil y de fácil acceso aún para quienes no hablamos el mismo idioma.

Gracila R. Salas

NIKKEN, PEDRO

"La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Desarrollo Progresivo" - Editorial Civitas, Madrid, 1987, 321 págs.

El autor, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya desde la Introducción, brinda una visión optimista del desarrollo de los derechos humanos, "una cierta dosis de esperanza sobre el futuro de la libertad". Sin dejar de reconocer numerosas deficiencias y limitaciones observa que el régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que hace al número y contenido de los derechos protegidos, como a la eficacia y el vigor de los procedimientos.

Divide el trabajo en dos partes. En la primera, examina al fenómeno de la progresividad como uno de los elementos, que se encuentra presente en la concepción misma del sistema internacional. En la segunda parte, estudia la operatividad del régimen a la luz de los trabajos de las distintas instituciones de protección y promoción de los derechos humanos.

La Primera Parte: "La Concepción Progresiva" se constituye de tres Capítulos. El Primero: "La instauración progresiva" analiza el origen de la progresividad, la que va poniendo límites a la idea clásica de soberanía.

El Capítulo Segundo: "Bases de la Progresividad", se ocupa de los elementos presentes en las más significativas convenciones tendientes a la progresividad.

El Capítulo Tercero: "Los Compromisos abiertos a la Progresividad", estudia la evolución de determinados conceptos contenidos en distintas convenciones.

La Segunda Parte de la obra: "La Progresividad Operativa", destaca que la expansión del sistema de protección, si bien depende de la cooperación y la voluntad de los Estados, se afirma en la práctica de las organizaciones internacionales y las instituciones de protección de los derechos humanos, práctica que ha despejado importantes dudas teóricas e impulsado más elevados grados de protección. Esta Segunda Parte, también se divide en tres capítulos, numerados como IV, V y VI.

El Capítulo IV: "La Iniciativa Individual en los Procedimientos Internacionales Relativos a los Derechos Humanos", distingue los casos en que la iniciativa individual se halla limitada a la denuncia y no va más allá del suministro de la "notitia criminis", de los casos en que se ha reconocido al individuo condición de parte en los procedimientos internacionales.

El Capítulo V: "La Posición del Estado Demandado" observa cómo el Estado, por un lado, trata de defenderse frente a las imputaciones y, por otro lado, debe cooperar con los órganos internacionales.

El Capítulo VI: "El Valor Sobvenido de las Declaraciones", hace un agudo enlace con el Capítulo Primero, analizando la fuerza obligatoria de las Declaraciones y su valor en el proceso de la progresividad, verdadero motor de cambio de los patrones culturales y de un nuevo estado de conciencia universal.

La obra presenta una visión integradora, positiva, del sistema de protección de los derechos humanos y un tratamiento de la temática totalmente novedoso. La precisión de datos y referencias tornan a este estudio en herramienta de enorme utilidad para los internacionalistas. Al mismo tiempo, la simplicidad en la presentación de los temas más complejos, lo hace accesible para los legos.

Lo más destacable, es la unidad lógica de la obra, el espléndido ensamble entre capítulos, títulos y subtítulos, resultando cada tema preludio necesario del siguiente y consecuencia del anterior. Obra integral que cubre con profundidad y riqueza el renovado interés de la comunidad internacional por la temática.

Zlata Drnas de Clement

DIAZ BARRADO, CASTOR M.

“El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza en Derecho Internacional”, Tomo I y II, Ed. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1989.

Cuando un trabajo de tesis es galardonado con el premio Cátedra “Miguel de Cervantes” 1989, que concede la Academia General Militar de Zaragoza para tesis doctorales en ciencias jurídicas, se puede tener la seguridad que es el fruto de una minuciosa tarea de investigación y evaluación. Tal es el caso de la tesis doctoral de Díaz Barrado, base de la obra que comentamos.

Después del precedente sentado por la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional convocada por la Sociedad de las Naciones en 1930, la codificación diplomática del Derecho de responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos se ha revelado como la más compleja y conflictiva de las realizadas hasta ahora bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

Esta difícil temática es la que aborda, al decir del prolonguista con notable “coraje intelectual” el prof. Díaz, deteniéndose en el análisis y estudio de uno de los supuestos incluidos en el Capítulo quinto del actual proyecto de codificación como causa de exclusión de responsabilidad del Estado: “El acto de consentimiento”.

Es bien sabido que el “consentimiento” suele ser invocado en situaciones de “alto voltaje” político que por su naturaleza, pueden poner en peligro el objetivo básico de la Sociedad Internacional Contemporánea: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Sin embargo, el autor ha elegido evitar toda tentación ideológica y enfocar el tema desde una óptica estrictamente jurídica, determinando el lugar que ocupa y ha de ocupar el consentimiento del Estado en el marco de una realidad ineludible en la actual Sociedad Internacional: el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales.

Y lo hace de una manera sumamente completa, dividiendo el estudio en siete partes, con un total de veinte capítulos (Tomo I), donde encontramos tratados temas de tanto interés y actualidad como: el principio de No Intervención, los trabajos de codificación efectuados sobre la materia, la naturaleza jurídica y límites de aplicación del consentimiento, las condiciones de validez requeridas para su ejercicio, los diver-

sos procedimientos utilizados, los órganos competentes para prestar el consentimiento y los efectos jurídicos del mismo.

Tan exhaustivo trabajo es acompañado por un Apéndice (Tomo II) de Textos y Documentos, con lo más relevante de la práctica internacional sobre la materia originado a partir de las 2ª Guerra Mundial.

El autor nos hace arribar de tal modo, mediante un análisis comparativo y de gran versación, a la concepción jurídica del "acto de consentimiento", precisando los límites normativos de esta excepción, sin eludir el tratamiento de cuestiones tan conflictivas como las derivadas de las peticiones de ayuda armada concomitantes a algunos enfrentamientos armados internos, pronunciándose en cada caso con soluciones ciertas y clarificadoras.

Es en consecuencia, una publicación esencialmente docente e informativa, que permite un conocimiento actualizado y completo de un tema de por sí harto atractivo para todo estudioso de la realidad americana.

Susana B. Galván

„LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ESTUDIOS Y DOCUMENTOS": Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Departamento de Publicaciones. San José, Costa Rica - 1987.

El ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Don Pedro Nikken, concluye el prólogo del libro conceptualizando, sintéticamente, el contenido y el objeto perseguido con su edición, al expresar: "esta obra será una contribución práctica importante para el mejor conocimiento de la Corte, de las actividades que ha cumplido y de su virtualidad como medio de protección de la dignidad humana".

Fue el Instituto Interamericano de Derechos Humanos el que concibió y desarrolló la idea de investigar y publicar las actividades de la Corte, mediante la compilación, en un volumen, de los Estudios de mayor importancia y trascendencia, los que fueron prolija y cuidadosamente redactados por Miembros, ex-Miembros de la Corte y calificados autores.

El trabajo tiene dos partes fundamentales, a más del Prólogo y de la Introducción y Actualización. En la primera se hallan reunidos metodológicamente los Estudios que son los que, indudablemente, cimentan

y califican a la obra de original; mientras que, en la segunda, bajo la portada de Anexos, se localiza la transcripción de documentos internacionales vinculados directamente con el tema principal de la obra y datos de suma importancia como lo son, entre otros, una detallada nómina de los integrantes del Consejo Directivo de la Corte Interaericana de Derechos Humanos desde el año 1979 —de su creación— hasta el año 1987 y un listado de los títulos por ella publicados, que se compone de los siguientes: Memoria de la Instalación: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informes Anuales y Fallos y Opiniones.

El Prólogo está constituido por un breve análisis de la importancia y la trascendencia de la actividad y los fines perseguidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; donde se señala la preocupación por lograr una mayor protección de los derechos esenciales de la humanidad que encuentran su fundamento en los atributos mismos del ser humano.

La eficacia de esta Institución Judicial radica en que sus decisiones son de cumplimiento obligatorio, garantizando así el efectivo ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales del hombre en cada uno de los estados miembros de la O.E.A.

En la Introducción y Actualización son considerados los acontecimientos relacionados con la Corte que, por ser muy recientes, no fueron objeto de análisis o mención en los Estudios que se realizaron para componer la obra.

Thomas Buergenthal, con este resumido pero sustancioso trabajo, logró actualizar algunos temas e incorporar otros de fundamental importancia en el quehacer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que son citadas y comentadas cuestiones que no habían sido, hasta el año 1985, sometidas a su jurisdicción. Entre ellas, la emisión de tres opiniones consultivas fundamentadas en las bases filosóficas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de Costa Rica; la remisión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte, de tres casos contenciosos y la nueva integración del Tribunal, a partir de enero de 1986, con jueces de reconocidos antecedentes.

En cuanto a los Estudios que integran el libro objeto de nuestra recensión, advertimos la prolija y la certera labor, realizada por el Instituto, en la elección de los temas investigados como así también en la

determinación de las personas encargadas de su realización, cuyas cualidades profesionales, sin lugar a dudas, presagian el éxito de la obra.

Ocho son los Estudios confeccionados. El orden otorgado, que indudablemente responde a una correcta estructura metodológica y sus títulos, es el siguiente: *The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court* (obra en inglés sin traducción al castellano); *Algunos aspectos de la Jurisdicción Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; *El Procedimiento Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; *The Role Of Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights* (trabajo en inglés no traducido al español); *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; *La Jurisdicción Contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos*; *El Proyecto de Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1979 y Antecedentes de la Creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

El contenido, de los títulos nominados, es el resultado de un evidente trabajo de investigación paciente y ordenado que efectuaran, respectivamente: Thomas Buergenthal, Presidente de la C.I.D.H.; Máximo Cisneros Sánchez, ex-Juez de la C.I.D.H.; Héctor Gros Espiell, Juez de la C.I.D.H.; Charles Moyer, Secretario de la C.I.D.H.; Rafael Nieto Navia, Vice-Presidente de la C.I.D.H.; Rodolfo E. Piza Escalante, Juez de la C.I.D.H.; Manuel E. Ventura, Secretario Adjunto de la C.I.D.H. y Daniel Zovatto, Asistente de la Dirección Ejecutiva del I.I.D.H.

Esta recopilación de estudios, documentos y datos sobre la Corte Interamericana de D.H. es una obra literaria de valioso contenido; destacándose la precisión y claridad de lenguaje utilizado por sus autores como así también el espíritu realista, actualizado y reflexivo con el que fueron abordados cada uno de los temas.

Rodolfo Jesús Monti

CEREZO DE DIEGO, PROMETEO:

"Alonso de Veracruz y el Derecho de Gentes", Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 1985, 372 páginas.

El descubrimiento del texto original latino del tratado "De dominio infidelium et iusto bello", en México, en 1958, por el jesuita Ernest J.

Burrus, de una de las obras principales de fray Alonso de Veracruz, ha permitido al autor efectuar una importantísima contribución a la divulgación y conocimiento del pensamiento jusinternacionalista de este religioso que aunque nacido en España, desarrolló su actividad en el Nuevo Mundo poco tiempo después de la llegada de Colón.

El objetivo del trabajo, que asume la envergadura de una tesis doctoral, ha sido, nos dice en la introducción su autor, probar la vinculación y dependencia del pensamiento veracruziano con la doctrina sostenida por su maestro Vitoria, hecho este que permite reforzar la opinión de la existencia de una auténtica Escuela Española del Derecho de Gentes, ampliando su ámbito geográfico, dado que Veracruz vivió al otro lado del Atlántico, destacando además Cerezo de Diego, otras características que lo unen con aquel célebre agustino: pertenecer a la misma orden religiosa y ser paisanos.

Señala el autor el alcance multifacético de la doctrina veracruziana, que si bien muestra los aspectos teóricos de la Conquista, se extiende al estudio de los principios jurídicos y morales y a las normas que habrían de guiar la acción de gobierno de la Administración española en torno a los problemas que presentaba la sociedad hispano-indígena del Nuevo Mundo, como el reparto de tierras, encomiendas, trato humano, etc., supliendo de esta manera la falencia que acusaba la Escuela Española, criticada por haber omitido una cumplida respuesta a los integrantes de una ética colonial cristiana.

Partiendo de la distancia que existe entre el contenido de las doctrinas de los teólogos-juristas del Siglo de Oro y el moderno Derecho internacional, de corte positivista y marcado por un concepto radical de la soberanía estatal, el autor está convencido de que la doctrina de los clásicos puede dar una respuesta plena y satisfactoria a muchos problemas actuales, como el respeto y la protección de los derechos del hombre, el fomento de las relaciones pacíficas entre los pueblos basados en el reconocimiento de los derechos y de la igualdad de los Estados, la elaboración de un nuevo orden económico internacional y la cooperación para lograr un desarrollo que procure el bien común de la humanidad, entre otros.

La obra ha sido dividida en tres partes. La primera de ellas comprende dos capítulos dedicados, el primero, a una biografía de Veracruz y el segundo, al manuscrito hallado recientemente, oportunidad en donde

aborda la historia del mismo, la ocasión, título, fecha y lugar de composición y las causas por las que quedó inédito, penetrando luego en el análisis interno del Tratado.

La segunda parte ofrece una visión muy oportuna y sistemática de los problemas heredados en el tiempo en que Veracruz desarrolló su labor intelectual y evangélica. Está subdividida en cuatro capítulos dedicados al "Señorío universal del Emperador", a "La autoridad temporal del romano pontífice", a los problemas relacionados con el descubrimiento de América y a la polémica en torno a la incapacidad de gobierno y de posesión de los aborígenes americanos, respectivamente.

La última parte, que constituye el objetivo concreto del estudio, está dedicada a la consideración del pensamiento veracruziano sobre la conquista del Nuevo Mundo. Sus tres capítulos están consagrados a la doctrina sobre los universalismos del imperio y del papado, a las causas injustificantes de la conquista del Nuevo Mundo y a las causas justificantes de tal conquista, respectivamente, temas estos examinados y analizados a partir fundamentalmente, de la obra que impulsó el espíritu investigador de Cerezo de Diego.

Escrita en un lenguaje claro, preciso y no menos académico, esta tesis doctoral constituye un aporte de inapreciable valor para quien intente calar profundo en el conocimiento del destacado integrante de la Escuela Clásica Española del Derecho Internacional y de su aporte a esta rama de las ciencias jurídicas, pudiendo encontrarse un paralelismo inédito del pensamiento de Vitoria y de su discípulo sobre problemas que concitaron la atención de los teólogos y juristas de la época.

Las conclusiones que ofrece en apretada síntesis, aparecen como digno broche de oro de una investigación seria que revela las dotes intelectuales de su autor, justo merecedor del premio que le fuera otorgado por el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

Ernesto J. Rey Caro

GARCIA AMADOR, FRANCISCO V.

"El Derecho Internacional del Desarrollo. Una nueva dimensión del Derecho Internacional Económico", Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1987, 288 pág.

Obra centrada en uno de los grandes capítulos del Derecho Internacional contemporáneo, propone como objetivo el examen de los aspectos más trascendentes de la cooperación internacional en el campo económico, del llamado Nueva Orden Económico Internacional y de otros elementos que se sintetizan en una nueva disciplina jurídica que sirve de título a la publicación.

En esta propuesta, el autor vuelca su vasta experiencia docente y diplomática y profundiza en temas que ya había abordado con anterioridad con singular éxito, brindando una versión actualizada, a la vez que se apoya en la abundante documentación de Naciones Unidas y en instrumentos básicos como la Declaración sobre el establecimiento del NOEI y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

Cinco grandes capítulos dividen esta actualísima materia, que se corresponden con aspectos históricos, jurídicos, conceptuales y evolutivos que son de indispensable consideración para brindar una perspectiva global y metódica.

En el primero de ellos ofrece una visión histórica del ámbito del Derecho Internacional y dedica dos subcapítulos a la concepción del Derecho Internacional Económico y a la problemática jurídica e institucional del desarrollo. En este último, analiza el concepto y elementos constitutivos del Derecho Internacional del Desarrollo y las características de este sistema normativo, en donde resalta la "dualidad de normas" y la "finalidad" o "fundación específica", destacando, asimismo, la singularidad en cuanto a las fuentes.

"Las reclamaciones del mundo en desarrollo", constituye en contenido del capítulo segundo, analizando en el mismo diversas cuestiones como el concepto, sujetos y contenido del "Derecho del Desarrollo"; la reclamación a la asistencia para el desarrollo; la reclamación a un trato preferente en el área del comercio; otras reclamaciones y principios relativos al Nuevo Orden Económico Internacional —derecho de todo Estado a aprovechar los beneficios de la ciencia y la tecnología, derecho de los Estados a escoger su sistema económico, principio de igualdad de participación en las relaciones económicas internacionales—, y el deber de cooperar para el desarrollo, oportunidad en la que se examina su naturaleza y alcance.

En el capítulo III, se estudian las características de la expropiación y nacionalización de bienes extranjeros en el Derecho Internacional tradicional y los cambios producidos en la práctica interestatal de la posguerra; la génesis y desarrollo de la doctrina de la soberanía permanente sobre los recursos naturales y la cuestión de la compensación, incluyendo las disposiciones relativas al arreglo de controversias.

El capítulo siguiente está dedicado a los variados problemas que caracterizan las inversiones extranjeras, mereciendo una particular consideración el derecho aplicable a las relaciones contractuales entre Estados y empresas extranjeras y el arreglo de controversias entre Estados y empresas extranjeras, momento en el que examina materias tan controvertidas como la de los efectos de las cláusulas compromisorias respecto al principio del agotamiento de los recursos internos y al ejercicio de la protección diplomática y los "códigos de conducta" para las empresas transnacionales.

En último capítulo está consagrado a "La problemática del desarrollo y la revisión del Derecho Internacional". Especial mención merece en esta parte del estudio, las referencias que hace de la "Doctrina Calvo" y la "Cláusula Calvo" entre las contribuciones de latinoamérica al desarrollo del Derecho de Gentes, aportes estos que tenían como mira un orden internacional fundado en principios que garantizaran la independencia política y la integridad territorial de las naciones, cualquiera fuera la condición de ellas. Dedicó especial atención a las causas por las que los nuevos Estados repudian y cuestionan la validéz del Derecho Internacional clásico, en particular los principios que han regido la responsabilidad de los Estados por el trato a los extranjeros y examina críticamente el movimiento revisionista actual, al que estima parcialmente justo: "Ninguna razón ética o de cualquier otra naturaleza que se invoque para revisar un ordenamiento jurídico, sea internacional o interno, nunca podrá justificar revisiones drásticas y parcializadas, tales como las hemos destacado. La revisión moderada, imparcial y justa debiera ser como en el pasado, la *conditio sine qua non* de la búsqueda actual de un nuevo orden jurídico internacional. Bajo este nuevo orden deben disfrutar de una adecuada protección jurídica los intereses legítimos de todos los países, no los de una categoría en particular". Tales son las palabras finales de este nuevo aporte del destacado jurista cubano, elaborado con rigor

científico y lenguaje preciso, ofreciendo una visión objetiva y desprovista de preconceptos de cuestiones en las que la literatura jurídico-internacional de nuestro días se muestra proclive a la radicalización.

Ernesto J. Rey Caro

CARASALES, JULIO CESAR

“El desarme de los desarmados. Argentina y el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares”, Editorial Pleamar, Buenos Aires, 1987, 360 pág.

Inspirado su título en una frase atribuida al hoy Presidente de la Corte Internacional de Justicia José María Ruda, pronunciada en oportunidad de examinarse en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1968, el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, la obra, como lo señala inicialmente su autor —destacado jurista y diplomático—, está destinada a la “gran audiencia” y tiene como objetivo hacer conocer los fundamentos de la posición argentina frente a la “cuestión nuclear” y específicamente al convenio referido.

En la introducción, tras remarcar las consecuencias lógicas que se derivaron para la humanidad y la influencia en el pensamiento y preocupación de científicos, estadistas y juristas de la apertura de la “era atómica” con el lanzamiento de las bombas en Hiroshima y Nagasaki, en agosto de 1945, el autor se pregunta inicialmente si no hubiera sido radicalmente diferente la estructura de la comunidad internacional sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas, de haberse pergueñado este instrumento después de aquel acontecimiento o, si el uso de la energía atómica hubiera abierto otros senderos de no haberse producido la Segunda Gran Guerra que impulsó su utilización para fines no pacíficos.

Seguidamente analiza el concepto de “no proliferación” y distingue diversas clases: la horizontal, la vertical y la geográfica, diferenciación esta que permite ubicar la problemática en la perspectiva de los países que no han tenido acceso a la tecnología nuclear o que habiéndola conseguido, solamente la han orientado hacia un uso pacífico. La primera —horizontal— se produce cuando nuevos Estados por transferencia o producción propia acceden a las armas nucleares. La segunda —sostiene—,

se da cuando se incrementan estas cualitativamente por parte de los Estados que ya la poseen. La última, se produce cuando las armas nucleares son emplazadas en ámbitos geográficos de países aliados de cualquiera de las potencias nucleares. El capítulo se complementa con nociones de índole técnica, la caracterización del llamado "ciclo de combustible nuclear" y las salvaguardias, cuestión ésta última sobre la que Carasales ha de centrar posteriormente su crítica en relación al TNP.

Como el trabajo tiende a un análisis del TNP, los capítulos siguientes están destinados a abordar el nacimiento de éste y su contenido. Señala al examinar los antecedentes del instrumento, la postura de las dos superpotencias y de los otros "países nucleares" como la Gran Bretaña, Francia y China, y la actitud de los países no poseedores de armas nucleares —entre ellos la Argentina— tanto en el seno de los foros del desarme, como fuera de éstos, historiando el origen de la Comisión de Energía Atómica, la Comisión de Armamentos Convencionales y la Comisión de Desarme, producto esta última de la fusión de las dos anteriores. Examina la evolución de la Conferencia del Comité de Desarme desde su composición originaria hasta que se produce lo que llama la "democratización" de ella, ocurrida en 1978. Concluye el capítulo destacando las negociaciones en torno al TNP, o mejor dicho las "negociaciones inexistentes" dado que, en su opinión, el método empleado dista mucho de ser una negociación ortodoxa de un instrumento internacional en igualdad de derechos y obligaciones.

El compromiso de las potencias nucleares, el compromiso de los países no nucleares, las salvaguardias, la cooperación para fines pacíficos, las explosiones con fines pacíficos, el desarme, las zonas libres de armas nucleares —parte ésta donde se examinan los orígenes y contenido del Tratado de Tlatelolco y se efectúa un análisis comparativo—, las enmiendas y conferencias de examen, las normas complementarias del TNP como firma, ratificación, vigencia, etc. y el preámbulo del Tratado constituyen las materias de los capítulos III al XIV inclusive.

Previo al capítulo referido a la Argentina, examina la cuestión de las garantías de seguridad y realiza un análisis crítico del TNP desde el punto de vista de su eficacia y de su situación actual, entre otros aspectos, insistiendo en que este Acuerdo se ha preocupado únicamente de la proliferación "horizontal" y que la "no proliferación" y el "Tratado de No Proliferación" no son sinónimos.

Finalmente, aborda la postura argentina, destacando que la misma se ha mantenido incólume desde 1968 hasta la fecha, sin distinción de gobiernos, fundada en un firme convencimiento de los defectos del TNP y de su inconveniencia para los intereses nacionales.

Sin duda, los propósitos de Carasales se han cumplido con creces, constituyendo la obra de su autoría una herramienta de uso indispensable para el investigador, para el docente y para el público en general, y un aporte de gran relevancia para la doctrina argentina en una materia que no permite simplificaciones. A ello se suma el estilo franco y directo de la exposición.

Ernesto J. Rey Caro

DÍAZ ALBONICO, RODRIGO:

“El Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina”, Editorial Universitaria S.A., Santiago de Chile, Chile, 236 pág. y 4 mapas.

Obra colectiva dirigida por Díaz Albónico, reúne en forma metódica numerosos trabajos de diferentes autores chilenos sobre el trascendente acuerdo que puso fin a la controvertida “cuestión del Beagle”, que por casi un siglo afectó las relaciones entre los dos países más australes del continente.

Comprende cuatro capítulos destinados sucesivamente al contexto del Tratado, a los aspectos jurídicos relevantes, a los espacios marítimos y su régimen y a las perspectivas de cooperación argentino-chileno. Cada uno de estos capítulos contiene comentarios sobre subtemas vinculados con las respectivas materias, escritos generalmente por quienes tuvieron algún grado de participación en las diferentes etapas que caracterizaron el conflicto.

En la primera parte se incluye las colaboraciones de Julio Philippi Izquierdo, Crisólogo Bustos Valderrama y Osvaldo Muñoz Miranda. Philippi, efectúa un análisis del preámbulo del Tratado y de su importancia para la interpretación del instrumento, citando una abundante y calificada doctrina que avala la trascendencia de esta parte de los convenios internacionales. Bustos Valderrama presenta una visión histórica de la relación entre ambos países, llegando a la conclusión que éstas estuvieron signadas

por la enemistad y el desencuentro y se interroga sobre cual es el contenido y alcance de la paz y amistad pactada en el Tratado de 1984, examinando de esta óptica los procedimientos previstos. Muñoz Miranda, estudia el laudo arbitral de 1977 relacionándolo con el Tratado de Paz y Amistad, destacando la importancia de aquel en la solución dada en 1984.

La segunda parte ha agrupado los trabajos de Helmut Brunner, Jeanette Irigoín Barrene y Edgardo Riveros Marín. Los dos primeros han centrado su atención en la acción desarrollada por la Santa Sede y el peso moral de su participación e influencia en la solución del conflicto, reseñando Jeannette Irigoín las opiniones de hombres públicos argentinos y chilenos —no siempre coincidentes entre los primeros—, sobre la autoridad papal en esta materia. Riveros Marín dedica su estudio a los diversos mecanismos de solución pacífica de controversias previstos en el Tratado, haciéndolo en forma objetiva y ciñéndose a las cláusulas del mismo.

Cinco trabajos han sido dedicados a los aspectos marítimos del Acuerdo. María Teresa Infante Caffi, se ocupa de la delimitación marítima en el mar de la zona austral; Mateo Martinic Beros al Estrecho de Magallanes; Patricio Prieto Gándara al régimen de navegación en los canales australes; Carlos Quiñones López a los recursos no vivos de hidrocarburos en las áreas regidas por el Tratado y Oscar Pinochet de la Barra a la Antártida y el Tratado de 1984. La primera, limita su investigación a la caracterización del problema a la luz de las fuentes aplicables a la delimitación en general y al caso específico, y a un análisis de la delimitación efectuada y su alcance en relación a los espacios marítimos que existen en el área, poniendo de manifiesto en el tratamiento de ambos aspectos un conocimiento exhaustivo de la cuestión. Martinic Beros, destaca el carácter transaccional de la solución adoptada en relación al Estrecho de Magallanes, sin perjuicio del sacrificio que significó, según su opinión, para las aspiraciones chilenas. Prieto Gándara, reseña las tesis argentinas y chilenas sobre la materia y la solución adoptada en el Tratado y Quiñones López analiza la cuestión de los recursos minerales resaltando la perspectiva que ofrecen en la actualidad las zonas delimitadas por el Tratado. Pinochet de la Barra, profundo conocedor de la temática antártica, manifiesta sus dudas en relación a la solución adoptada, que considera lesiva a los intereses chilenos.

En la cuarta y última parte, Sergio Gutierrez Olivos analiza las relaciones argentino-chilenas desde la óptica de la vecindad, mostrando ab

inicio confianza en que la solución adoptada evite conducir a ambos países a las situaciones prebélicas de 1878 y 1978. Centra su estudio en la cooperación, en el intercambio comercial, en los recursos naturales y en la ciencia y la tecnología. Raymundo Barros Charlín, aporta su autorizada opinión en cuanto a la dimensión jurídico-institucional de la cooperación económica entre ambas naciones, ofreciendo un exhaustivo panorama de las alternativas de integración, concluyendo que Argentina y Chile se encuentran en condiciones de construir una "economía de la solidaridad", proponiendo detectar y proyectar aquellas regiones y áreas donde la solidaridad aparezca como más viva y enriquecedora. Eduardo Rodríguez Guarachi, también dedica su estudio a la cooperación económica y la integración física, e Iris Vittini de Gutierrez analiza el Tratado en su proyección socio-laboral.

La obra, desde una perspectiva unilateral, permite conocer y profundizar la trascendencia del acuerdo en diversas áreas y las posibilidades que surgen para ambos países —en particular en el campo de la cooperación y de la integración— a partir de la vigencia del mismo.

Se trata de un esfuerzo científico serio —con alguna de cuyas conclusiones se puede disertar— de la calificada doctrina chilena, digno de ser imitado por los especialistas argentinos.

Ernesto J. Rey Caro

MANGAS MARTIN, ARACELI:

"Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español", Editorial Tecnos, Madrid, 1987, 319 pág.

Uno de los acontecimientos más importantes del presente siglo por la trascendencia y repercusión en las más diversas esferas de actividades de la nación española, ha sido el ingreso a las Comunidades Europeas.

Si bien los juristas de la península ibérica venían dedicando una proporción bastante discreta de su producción científica al estudio del llamado Derecho Comunitario —auspicioso hecho este que permitió a los docentes de las universidades latinoamericanas contar con una bibliografía de uso corriente en idioma español orientada al conocimiento de aquel

fenómeno jurídico—, es a partir del Tratado de Adhesión del 12 de junio de 1985 cuando se hace evidente la necesidad de abordar la cuestión bajo una nueva óptica. El proyecto se hace realidad y la confrontación del Derecho de las Comunidades Europeas con el Derecho Español da un material más que abundante a los estudiosos para examinarlo en sus variadas proyecciones.

No es de extrañar que quien había consagrado muchos años a especializarse en el Derecho Comunitario, aprovechara esta ocasión para elaborar un trabajo que diera respuesta a muchos interrogantes y explicara el fenómeno comunitario a la luz de los instrumentos que lo sustentan y su incidencia en el ordenamiento jurídico español, partiendo de la Carta Magna de 1978 cuyo art. 93 había previsto que el Estado podía atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones internacionales. Araceli Mangas Martín, actual catedrática de Derecho Internacional Público en Salamanca, se proyecta como docente e investigadora en esta obra, destinada a constituirse en bibliografía obligatoria para quien aspire escudriñar en tan interesante problemática.

Siete grandes capítulos posee el trabajo. El primero de ellos está dedicado a considerar el fundamento jurídico-constitucional de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, analizando el impacto jurídico de este hecho y las alternativas previas a la adhesión. Examina el art. 93.1 de la Constitución, la atribución de competencias y sus límites y las condiciones de la adhesión tanto de fondo como de procedimiento.

El segundo capítulo ha sido consagrado a la recepción del Derecho Comunitario, tanto el Derecho internacional convencional —tratados constitutivos de las Comunidades Europeas—, como los actos normativos de las instituciones comunitarias, oportunidad esta última donde analiza las diversas alternativas de acuerdo a la naturaleza de tales actos. El siguiente capítulo estudia la relación de los principios del ordenamiento comunitario con los ordenamientos internos, dedicando particular atención a los efectos y a la primacía del Derecho Comunitario y las soluciones adoptadas por los Estados Miembros, concluyendo con la consideración de la problemática en España, avalando su opinión con una calificada doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

La cuestión del Derecho Comunitario y el control constitucional es examinada en la cuarta parte de la obra. Después de las generalidades,

considera el control constitucional de los tratados internacionales, el conflicto entre la norma comunitaria y la interna posterior, la oposición entre la norma comunitaria y la Constitución, y el tema de los Derechos Fundamentales y el Derecho Comunitario, con especial referencia a la materia en relación a la Constitución española y el Tribunal Constitucional. La parte siguiente —Capítulo V—, ha sido dedicada al análisis de la aplicación del Derecho Comunitario en España, aunque previamente aborda la ejecución del Derecho Comunitario por las instituciones comunitarias y por los Estados Miembros. Concluye el capítulo con la consideración de la práctica española en materia de aplicación del Derecho Comunitario.

La organización territorial de España, de extrema complejidad, y el Derecho Comunitario, constituye el contenido del capítulo sexto, extendiéndose en la cuestión de la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad externa del Estado y en la aplicación del Derecho Comunitario en España. Concluye el estudio con una referencia a la superioridad jerárquica del Derecho Comunitario sobre el Derecho de las Comunidades Autónomas.

El panorama de la problemática que abarca la obra finaliza con el control del cumplimiento del Derecho Comunitario sea por las instituciones comunitarias, sea por el Estado español y las Comunidades Autónomas.

A guisa de conclusión la autora reclama se tenga en cuenta la vasta experiencia de más de tres décadas de integración al afrontar los problemas jurídicos que implica el ingreso de España a las Comunidades Europeas, para no tropezar con errores en que cayeron otros Estados de las Comunidades, expresando su confianza en que su trabajo contribuirá "a que la participación de España en ese empeño de integración, en esa unidad europea, abre definitivos surcos de paz y solidaridad en la Historia de España".

Sin hesitación, el trabajo de la profesora Mangas Martín constituye una contribución científica de gran relevancia en la materia escogida, poniendo de manifiesto la autora un profundo conocimiento de la realidad comunitaria y de su proyección en España, expresando sus ideas con gran convicción y un marcado idealismo.

Ernesto J. Rey Caro

MARTINEZ PUÑAL, ANTONIO:

“Los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en la Zona Económica Exclusiva (Participación en la explotación de los recursos vivos)”, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, España, 1988, 421 págs.

No escapa al observador que el Derecho del Mar contemporáneo contrasta en cuanto a la riqueza y multiplicidad de instituciones con el Derecho Internacional marítimo clásico, cuyo contenido estaba fundamentalmente influenciado por la dicotomía mar territorial-alta mar, espacios en torno a los cuales giraba toda la problemática. Dicha complejidad, fruto de la evolución experimentada en las últimas décadas, se puso de manifiesto en las sesiones preparatorias de la III Conferencia de las Naciones Unidas y en las deliberaciones de esta magna reunión. El reconocimiento de derechos más allá de las distancias tradicionales no se produjo fácilmente y el juego de los intereses contrapuestos determinó que se manifestara el agrupamiento de los Estados de conformidad con los comunes intereses y derechos reivindicados, dejándose de lado las pautas que determinaban la toma de posiciones estatales en otros grandes foros internacionales.

Como bien lo destaca el autor en la introducción, el reconocimiento de la Zona Económica Exclusiva incidiría en forma directa en la aparición de un grupo de Estados que congregaría a los sin litoral y a los llamados en situación geográfica desventajosa, categoría esta última imprecisa, pero que no fue óbice para que ambas situaciones sirvieran de sustento de una acción unificada.

La obra constituye un aporte de fundamental importancia para el esclarecimiento de una temática que no ha merecido trabajos especializados, pero este hecho por sí solo no muestra el mérito más relevante, sino que se está frente a un trabajo metódico, bien estructurado y fundado en un estudio exhaustivo de los antecedentes, discusiones y proyectos presentados en la III Conferencia, avalado por las opiniones de destacados especialistas. Martínez Puñal da a conocer el fruto de una tarea científica que sin duda debe enorgullecer a la doctrina española.

El autor analiza la forma en que se fue constituyendo el grupo de Estados ya referido y como paulatinamente fueron haciendo valer sus pretensiones en las instancias ya relacionadas, advirtiendo sobre la conso-

lidación de una *communis opinio* que se inclinó por reconocer la necesidad de articular aquellos intereses en el marco de la Convención sobre el Derecho del Mar. Igualmente destaca el *consensus gentium* sobre la conveniencia de regular la participación de dichos Estados en los recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva en un régimen unitario, particularizado y separado que se consagrara en los arts. 69 y 70 de la CNUDM, aunque señala que a pesar de la limitación a los recursos vivos únicamente, en su opinión, no dejaba de haber convincentes argumentos para extender los derechos de participación a los recursos no vivos, habida cuenta del papel que pueden desempeñar los recursos energéticos submarinos en el desarrollo de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en atención a la estrecha conexión entre el Nuevo Derecho del Mar y el Nuevo Orden Económico Internacional, orden este que —destaca—, se encuentra presente en todo momento en la línea de argumentación de la defensa de los derechos de participación de tales Estados. Según su parecer, la Convención no otorga a estos Estados el trato que hubieran merecido en atención a las mejoras que en la distribución de los recursos a escala mundial supuso la Zona Económica Exclusiva.

Como podía preverse, la cuestión del alcance y contenido de los términos “sin litoral” y “en situación geográfica desventajosa” ocupa la atención del autor casi desde el comienzo mismo de la obra. La caracterización de los primeros pareciera no ofrecer mayores dificultades, no aconteciendo lo mismo con los segundos. Se inclina por afirmar que en los términos del art. 70, ap. 2 de la CNUDM, la expresión “situación geográfica desventajosa” encierra dos rasgos esenciales: necesidad de pescado y la imposibilidad de reivindicar zonas económicas exclusivas propias. Tales Estados —dice— habrán de ser Estados ribereños, incluidos los ribereños de mares cerrados y semicerrados, que encajen en alguno de los dos supuestos de “dependencia nutricional pesquera” recogidos en el texto convencional citado: “dependencia, en razón de su situación geográfica de la explotación de los recursos vivos de las Zonas Económicas Exclusivas de otros Estados de la región o subregión, y dependencia con base en la imposibilidad de establecer Zonas Económicas Exclusivas propias”.

Entre otras cuestiones, aborda la del pago de derechos y otras formas de remuneración por parte de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa por el ejercicio del derecho de participación, previsto en el art. 62, párr. 4 a, inclinándose por su improcedencia, por ser

contrario —afirma— a los principios que sustentan el Nuevo Orden Económico Internacional. Igualmente critica el sistema de solución de controversias, especialmente la falta de obligatoriedad para las partes del Informe de la Comisión de Conciliación (art. 297 de la CNUDM), hecho este que dejaría en clara posición de debilidad a los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa a la hora de reclamar el ejercicio de los derechos de participación en los recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva.

El plan de la obra comprende una introducción y cinco capítulos dedicados sucesivamente a “La diversidad de situaciones geográficas en relación con la extensión de la jurisdicción nacional como elemento determinativo de la agrupación de intereses: análisis teórico-doctrinal”; “La desventaja geográfica ante el proceso de revisión del Derecho del Mar en el marco del debate general de la Comisión de Fondos Marinos”; “Los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en relación con la Zona Económica Exclusiva en el marco de las propuestas presentadas en la Comisión de Fondos Marinos”; “Los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en relación con la Zona Económica Exclusiva en el marco de los proyectos presentados —y de la Convención aprobada— en la III Conferencia sobre el Derecho del Mar”, y “Los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en la Zona Económica Exclusiva: régimen jurídico”. Todos ellos han sido convenientemente divididos siguiendo los requerimientos de la especificidad y desarrollo que exigen los subtemas que comprenden.

En suma, quien desee indagar sobre este novedoso capítulo de la CNUDM, sus antecedentes y soluciones consagradas, como así también sobre aspectos no debidamente esclarecidos o conflictivos, encontrará en la obra de Martínez Puñal una ayuda de inapreciable valor fundada en una investigación seria y exhaustiva.

Ernesto J. Rey Caro

GARCIA BAUER, CARLOS:

“Los Derechos Humanos en América”, Tipografía Nacional de Guatemala, Guatemala, C. A., 1987, 416 pág.

El redimensionamiento de la persona humana, constituye uno de los acontecimientos más destacados del Derecho Internacional contemporáneo.

neo. Los sistemas de protección de los derechos del hombre, otrora casi inexistentes en el Derecho de Gentes, en nuestros días se manifiestan como una realidad indiscutida. Los avances más notorios se han registrado en el ámbito regional, brindando Europa y América dos ejemplos de cuánto se ha ido progresando en este campo, ello a pesar de que todavía el individuo no ha logrado un acceso directo a los tribunales instituidos en los Tratados de Roma y San José de Costa Rica.

No se pone en tela de juicio que tempranamente los países del Nuevo Mundo prestaron especial atención a esta problemática, y las constituciones del siglo pasado fueron pioneras en la materia. No es extraño, por lo tanto, que el autor de esta obra comience ofreciendo una reseña de los esfuerzos realizados para institucionalizar la protección de los derechos humanos en el continente, destacando la influencia ejercida por el jusnaturalismo y la obra de algunos evangelizadores ejemplares —Fray Bartolomé de las Casas, entre otros—, que intentaron resguardar al indígena americano contra un trato no siempre congruente con los ideales de la colonización. Los aportes de América del Norte, la influencia de la tradición británica y la evolución en América Latina —donde el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre apareció como un principio general del derecho constitucional—, han merecido una especial consideración. La discriminación racial o “el problema negro”, que hasta nuestros días exhibe lacerantes heridas en la gran potencia continental; la manifestación de la problemática en el Canadá; el movimiento feminista; las alternativas no siempre edificantes que ha presentado la cuestión de la protección de los derechos humanos en muchos países latinoamericanos como consecuencia de gobiernos totalitarios; el reconocimiento de la llamada “segunda generación” de tales derechos, como los económicos, sociales y culturales en cuya gestación se reconoce la influencia de la doctrina papal con las importantes encíclicas sobre los temas sociales; y la acción emprendida durante los años de la Segunda Guerra Mundial que repercutió en las Declaraciones Americana y Universal, ambas de 1948, constituyen también facetas que no han escapado a la pluma del tratadista. Tal es el contenido de la primera parte del trabajo.

La segunda, está dedicada a la gestión de la comunidad internacional, examinando los factores que condujeron y motorizaron aquella, espe-

cialmente a partir de la Carta de la ONU y la Carta de la OEA. Habida cuenta del enfoque continental de la obra, se pone especial énfasis en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y se analizan los derechos humanos "tradicionales", los de la novísima "generación" como el derecho al desarrollo, a un medio ambiente sano y adecuado, a la paz y seguridad, y a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad y el valor jurídico de aquel instrumento. Como síntesis de esta parte del trabajo, el autor manifiesta su convicción de que la observancia de los derechos humanos se halla consustanciada con el *jus cogens* internacional.

El tercer capítulo aborda la cuestión del "Derecho Humanitario" y su evolución a la luz de los más importantes instrumentos de este tipo como el llamado "Derecho de Ginebra"; el problema de los refugiados y las personas desplazadas; y las llamadas "zonas grises", calificativo que obedece a la falencia de regulaciones específicas. Todas estas materias se examinan desde una óptica general y particular o regional, y desde esta última perspectiva se destacan las alternativas que precedieron a la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las diversas etapas en la vida de ésta —incluyendo una reseña de las visitas de la Comisión a diversos países durante casi dos décadas— y la incorporación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los mecanismos de protección continentales.

La última parte doctrinaria —la más extensa—, está consagrada a la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Sus antecedentes, principios, derechos reconocidos, órganos, procedimientos, reforma, etc., han merecido un exhaustivo análisis, agregando la breve pero rica experiencia de la Corte en materia de Opiniones Consultivas, dictámenes estos que han sido examinados en profundidad. Cabe destacar que si bien ya se había puesto en marcha la competencia contenciosa del Tribunal, a la fecha de conclusión de la obra que comentamos aún no se habían dictado sentencias definitivas. La obra se complementa con un apéndice documental.

La vasta experiencia docente y diplomática del autor, que le permitió participar activamente en las conferencias y reuniones donde se gestaron los más importantes instrumentos para la protección de los derechos humanos, jerarquiza sus opiniones y permite conocer aspectos poco

divulgados de la larga lucha para el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre. Se trata pues de otro aporte científico del eminente jurista guatemalteco destinado a enriquecer la literatura sobre la materia.

Ernesto J. Rey Caro

LINARES, ANTONIO:

“Derecho Internacional del Espacio Ultraterrestre”, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios - Caracas, 1987 - 648 páginas.

En esta extensa obra, se recogen prácticamente todos los antecedentes y documentación de importancia sobre la materia del título, surgidos en los últimos treinta años.

Desde el 18 de diciembre de 1958 —cuando la Asamblea General de la ONU proclamó por la Resolución 1348 (XIII) “el interés de la humanidad en el espacio ultraterrestre”— hasta la actualidad, se han producido innumerables adelantos en el campo tecnológico espacial, que a su vez plantean conflictos y problemas.

Coordinar, planificar, legislar y ejecutar sobre las actividades del espacio ultraterrestre, requiere un proceso continuo, del que la comunidad internacional no se ha desentendido. Muestra de ello son los diversos Acuerdos y Tratados referidos a la materia, que se han ido estableciendo: sobre los principios que deben regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del Espacio Ultraterrestre, sobre el salvamento y devolución de astronautas y objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre, sobre el registro de estos objetos, etc.

Teniendo en cuenta las circunstancias apuntadas, el autor desarrolla este trabajo sobre tres principios orientadores: a) la necesidad de regular jurídicamente el Espacio Ultraterrestre; b) el estudio de los Acuerdos y Tratados formalizados hasta ahora y de sus antecedentes; c) el convencimiento de que es imprescindible la cooperación jurídica internacional.

En la obra que nos ocupa se pueden distinguir dos grandes partes. La primera —que abarca los capítulos I a VI— trata de la necesidad de

un derecho internacional del Espacio Ultraterrestre, los principios que deberían regularlo, sus fuentes y las normas positivas acordadas hasta el presente. La segunda parte —entre los capítulos VII y IX— aborda in extenso los problemas pendientes de solución y los estudios y proyectos realizados en este sentido.

Son de especial interés la prolija descripción que hace el autor de las diversas teorías sustentadas para definir los límites del Espacio Ultraterrestre, así como el examen de los antecedentes históricos y de los principios generales del derecho internacional del Espacio Ultraterrestre. La exposición detallada de los Acuerdos vigentes y su proceso de elaboración al igual que de las numerosas organizaciones de cooperación multi-lateral y bilateral existentes, tanto gubernamentales como privadas —todo ello acompañado de abundantes citas documentales— dejará ampliamente satisfecho al estudioso del tema.

Al desarrollar las cuestiones aún no normadas (mediante convenios internacionales, Linares hace gala de su dominio de la materia, proponiendo soluciones originales para cuestiones tan complejas como las emisiones directas de televisión desde satélites, la teleobservación de la tierra también desde satélites y los sistemas de transporte de personas y de cargas en el Espacio Ultraterrestre. En estas materias aporta documentos difíciles de conseguir por otros medios, como por ejemplo las transcripciones de actas taquigráficas de las sesiones del Grupo de Trabajo sobre Satélites de Radiodifusión Directa y del Grupo de Trabajo sobre Teleobservación Terrestre mediante Satélites, así como monografías y proyectos de convenciones.

A despecho de algunos párrafos de ardua comprensión y de que en ciertos sectores del libro se extraña una más clara diagramación de los subtítulos, opinamos que nos encontramos frente a un trabajo muy valioso, tanto por la novedad de los temas abordados como por la abundancia documental y la extensión y calidad del tratamiento de la problemática jurídica del Espacio Ultraterrestre. Por lo específico del tema y el rigor con que es abordado, es recomendable para especialistas en la materia.

José Alejandro Consigli

HUMMER, WALDEMAR y SCHWEITZER, MICHAEL:

“Derecho Europeo. El derecho institucional de las tres comunidades europeas y el derecho material de la Comunidad Económica Europea”. Impreso por Fundación Editora Notarial, La Plata, 1987, 371 páginas.

La caracterización del Derecho Internacional Público efectuada por el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Prof. Díez de Velasco Vallejo, destaca en particular que es este un ordenamiento eminentemente dinámico. Lo afirma en doble referencia tanto al número de sujetos que componen la Comunidad Internacional, en un sentido cuantitativo, cuanto, ahora en sentido cualitativo, a las conductas de estos sujetos que son objeto de regulación de este sector normativo. Una comprobación de esta aseveración es, sin duda, el fenómeno relativamente reciente del Derecho Comunitario, inscripto en la evolución del Derecho Internacional como una nueva metodología de los estados en la organización de sus relaciones para el logro de objetivos comunes.

Sin lugar a dudas, dentro del Derecho Comunitario, el ritmo de esa dinámica ha sido determinado por los avances de la Europa contemporánea. Tanto la extensión de la experiencia, como su profundización, han hecho que el paradigma de la evolución del Derecho Comunitario, esté representado por el de elaboración europea.

Este es precisamente el objeto de la obra que comentamos. Habrá, necesariamente, que resaltar que es ésta en el tema, una obra básica, entendiéndose por tal, aquella cuyos contenidos y sistematización la convierten en una pieza literaria de tales características que hacen imprescindible su lectura y consulta, sea para realizar un acercamiento a los conceptos fundamentales, o como marco teórico referente para la labor de profundización en una rama de la ciencia. Con las características propias de un manual, y por consiguiente con sus ventajas didácticas, la obra es igualmente de gran utilidad para los estudios especializados de mayor abstracción conceptual.

El plan de la obra incluye una indización general y otra analítica; distribución en diez capítulos que contienen el desarrollo conceptual, el documental, y cuando se ha considerado oportuna, su graficación-esquemmatización; además, cuestionarios (de sumo interés para la implemen-

tación de técnicas de foro en la enseñanza de la materia), y casos prácticos de utilidad para el control de transferencias de conocimientos a través de la comparación con experiencias jurisdiccionales.

Previo planteo del marco histórico que dio origen al fenómeno comunitario en Europa, los autores abordan los conceptos fundamentales del Derecho Europeo. En el Capítulo III, destacable por la minuciosidad, se disecciona el derecho institucional de las comunidades europeas desde su fundación, descripción orgánica y de competencias, hasta el estudio de la jurisdicción en el ámbito del mismo.

Al estudio general de las relaciones del sistema regional hacia su interior y al exterior, efectuado en el Capítulo IV, se lo complementa con los Anexos A y B del Capítulo X, en lo referido a las relaciones existentes entre la América Latina y las Comunidades Europeas, lo que otorga a la obra una incomparable utilidad para el seguimiento de la evolución del Derecho Comunitario en nuestro marco regional. En el citado Anexo B, por vía de la descripción de las relaciones comerciales entre los estados de ambas regiones; y en el Anexo A, por medio de la semblanza general de los aspectos fundamentales del avance del proceso integrador en América Latina.

Los Capítulos V y VI, se dedican al estudio del derecho del personal y presupuestario, elaborándose en el último de ellos una exégesis relativa a los derechos fundamentales dentro del Derecho Comunitario Europeo, previa identificación de sus "fuentes de conocimiento".

Resulta conceptualmente medular el Capítulo VII cuyo objeto es el análisis de la naturaleza jurídica e interpretación del Derecho Comunitario Europeo y sus relaciones con los derechos de los estados miembros que, necesariamente, concluye con un estudio sobre la supranacionalidad en las Comunidades Europeas.

El procedimiento comunitario, su distribución vertical y horizontal de competencias, así como el denominado "equilibrio institucional", son desarrollados en el Capítulo VIII.

"El derecho material de la C.E.E." se intitula al Capítulo IX que, a través de un método analítico, casuístico y puntual, agota en la práctica, una materia de arduo tratamiento que con encomiable maestría y dinamismo exponen los autores incorporando, de modo ejemplar, el estudio de casos jurisprudenciales vinculados.

Finalmente, en el plan de la obra se incluye a modo de complemento en el Anexo C, el Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea.

Hummer y Schweitzer, no han obviado una contribución importante al estudio del Derecho Comunitario, una bibliografía general y específica, de notable jerarquía y actualidad es citada de manera constante. Así, el estudiante que se inicia, el docente y el investigador científico, han recibido de esta obra un significativo aporte, cuya completitud, sistematización y profundidad, son difícilmente discutibles.

La actualidad de este libro, posterior al ingreso de España y Portugal a la, ahora, "Europa de los Doce", lo presenta como altamente recomendable, máxime en el ámbito latinoamericano donde contar con bibliografía de última generación no es siempre un recurso disponible. Por ello, resulta igualmente loable la selección efectuada por la Fundación Editora Notarial para la publicación de esta magistral obra, digna de recibir los mayores encomios tanto por su vuelo intelectual, cuanto por su ajustada metodología expositiva y didáctica.

Nelson D. Marcionni



C R O N I C A S

XXº ANIVERSARIO DE LA ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

Aunque veinte años pareciera no ser un período considerable en la vida de las entidades científicas, si se recuerdan los propósitos que impulsaron a un grupo de profesores argentinos a fundar una institución que agrupara a los estudiosos e investigadores del Derecho internacional y disciplinas afines, podría afirmarse que ellos se han cumplido cabalmente y que, incluso, las realizaciones han sobrepasado las ambiciosas metas que se elaboraron en aquellos dos Seminarios de Rosario y Córdoba, en 1968 y 1969 respectivamente.

La feliz idea de congregar por primera vez a los profesores de Derecho internacional de todo el país contó entre sus más entusiastas sostenedores a quien hoy, por designios del Señor, no nos acompaña en tan auspiciosa celebración, pero que evocamos por su generosa contribución para afianzar los primeros pasos de la Asociación y admiramos por su calificado aporte a la ciencia del Derecho de Gentes. Destacado docente y reconocido científico, Juan Carlos Puig ocupa un lugar de privilegio en la corta historia de la institución. No olvidamos tampoco a Mario Amadeo, a Isidoro Ruiz Moreno, a Werner Goldschmidt, a Maximiliano Francisco Páramo, a Benjamín Frías Alurralde, a Bodhan Halajczuk, a Frida Pfirter de Armas, a Livio B. Rossanigo, a Manuel Zanón, a Rubén Cattáneo y a tantos otros que desde los primeros tiempos y desde diferentes centros científicos del país contribuyeron al engrandecimiento de la AADI y la prestigiaron.

La Resolución Nº 1 del Primer Seminario Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Internacional Público, celebrado en Rosario, en noviembre de 1968, sobre la base de un proyecto elaborado por los profesores Enrique Ferrer Vieyra y Juan Carlos Puig, dispuso crear la Sociedad Argentina de Derecho Internacional, estableciendo entre los fines de la futura institución: "a) asegurar la cooperación orgánica y continua entre los profesores e investigadores de Derecho internacional y disciplinas afines; b) promover la actualización de la enseñanza; c) coordinar las investigaciones que en ese ámbito se realicen; d) auspiciar el perfeccionamiento de los profesores e investigadores del Derecho internacional tanto en el país como en el extranjero; e) promover la participación de profesores y especialistas argentinos en conferencias y reuniones internacionales; f) coordinar las actividades de la Sociedad con otras entidades científicas afines; g) cooperar con las actividades que desarrolla el Comité Jurídico Interamericano y otros órganos jurídicos internacionales; h) programar las publicaciones que sean necesarias".

La citada resolución fijó como sede de la "Sociedad" y de su Secretario Ejecutivo, la Escuela de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Rosario.

Del Seminario surgieron otras importantes resoluciones referidas a la elaboración de un esquema básico para un curso de Derecho internacional público, a la utilización de la jurisprudencia internacional y casos prácticos de política internacional en la enseñanza del Derecho internacional público, a la publicación de un "boletín" para informar sobre las principales actividades vinculadas a la disciplina, a la preparación de repertorios bibliográficos sobre Derecho Internacional y disciplinas afines en Institutos y cátedras de las universidades argentinas; a la reubicación de la materia Derecho internacional público en los programas de estudios de las carreras de abogacía del país, y al establecimiento de centros de estudio del Derecho internacional en las universidades nacionales y privadas de la Argentina.

La creación de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, se concretó en el Segundo Seminario Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Internacional Público, que se celebró en la ciudad de Córdoba, en septiembre de 1969, oportunidad esta en la que se elaboraron

los primeros Estatutos y el Reglamento de la institución. Ambos instrumentos se mantuvieron hasta que en el año 1986 se obtuvo la personería jurídica, debiendo adecuarse ambos a esta nueva alternativa en la vida de la Asociación.

Como lo pusiera de manifiesto Juan Carlos Puig en la reunión inaugural del Segundo Seminario, el ámbito científico originario, limitado especialmente a los docentes e investigadores de Derecho internacional público había sido prometedoramente ampliado, dando lugar a la incorporación de quienes la vocación los especializó en disciplinas afines: "Asimismo la amplitud de miras animó desde el principio a nuestras deliberaciones, unida a las inquietudes expresadas por especialistas en las distintas disciplinas relativas a la comunidad internacional, o desgajadas del añoso tronco del *jus gentium*, han significado también la inesperada ampliación del ámbito de nuestras actividades. Lo que en un principio se concibió como un encuentro de especialistas en Derecho internacional público, culminará probablemente en un entidad madre que cobijará además en su seno Secciones de Derecho Internacional Privado, Derecho de la Integración, Relaciones Internacionales y Derecho Espacial".

Estas fueron las cinco secciones básicas de la Asociación, hasta que en 1981 se creó la sección de Documentación, Metodología y Enseñanza.

La AADI celebró durante los veinte primeros años de vida diez congresos ordinarios con una periodicidad de dos años. Ofrecemos una breve reseña de los mismos:

El primero se realizó en la ciudad de Mendoza entre el 13 y el 15 de marzo de 1971. La Sección de Derecho Internacional Público trató los temas "Aprovechamiento hidroeléctrico de los ríos internacionales y su regulación jurídica" y "Aprehensión ilícita y desvío de aeronaves", siendo sus relatores los Dres. Nelly Eve Chiesa y Bodhan Halacjzuk; La Sección de Derecho Internacional Privado, los temas "La formación del estudiante en orden al Derecho Internacional Privado en el curso de un año lectivo" y "Ley y tratado. Modificación del tratado por ley posterior", actuando como relator los Dres. Celestino Piotti (h.) y Stella Maris Biocca. La Sección de Relaciones Internacionales abordó el tema "Guerra fría y coexistencia pacífica", teniendo como relator al Dr. Roberto Bartolomeo Carlomagno; La Sección de Derecho de la Integración trató dos temas: "Integración fronteriza argentino-chilena" e "Integración regional

y soberanía nacional”, siendo sus relatores los Dres. Oscar Ortíz y Pablo A. Ramella; La Sección de Derecho Espacial abordó el tema “La enseñanza e investigación del Derecho Espacial”, teniendo como relator al Dr. Aldo Armando Cocca.

El segundo congreso ordinario tuvo lugar en la ciudad de San Miguel de Tucumán entre los días 28 de abril y 1º de mayo de 1973. La Sección de Derecho Internacional Público continuó con el tratamiento del tema “Aprovechamiento hidroeléctrico de los ríos internacionales y su regulación jurídica” y agregó: “Régimen jurídico de la utilización de los fondos oceánicos internacionales”, actuando como relator el Dr. Calixto Armas Barea; La Sección de Derecho Internacional Privado abordó los temas “Codificación del Derecho Internacional Privado (Trabajos efectuados por el Comité Jurídico Interamericano)” y “Problemas de Derecho Internacional Privado en la Extradición”, siendo sus relatores los Dres. Stella Maris Biocca y César Cuervo. También trató el tema “Orden público, cláusula general y cláusulas especiales”, con un relato del Dr. Carlos Malfussi. La Sección de Relaciones Internacionales, abordó los temas “Objeto y método de la ciencia de las relaciones internacionales” y “Argentina y el pluralismo en el sistema interamericano. Presupuestos para un análisis metodológico”, con relatos a cargo de los Dres. Daniel Antokoletz y Carlos E. Bauler; La Sección de Derecho de la Integración continuó con el tema “Integración regional y soberanía nacional” y trató “Integración fronteriza (Zona NOA), con relato del Dr. Raúl Martínez Moreno. La Sección de Derecho Espacial abordó el tema “Convenio sobre responsabilidad por daños espaciales”, siendo su relator el Dr. Aldo Armando Cocca.

El tercer congreso ordinario se celebró entre los días 16 y 20 de julio de 1975, en la ciudad de Corrientes. La Sección de Derecho Internacional Público trató el tema “Jurisdicción del Estado sobre el mar adyacente. Unidad y pluralidad de regímenes” siendo su relatora la Dra. Frida Pflirter de Armas y el tema “Reformulación del sistema interamericano. Aspectos jurídicos y políticos”, actuando como relator el Dr. Alfredo Rizzo Romano; la Sección de Derecho Internacional Privado, abordó los temas “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras” y “La autonomía de la voluntad como punto de conexión en el Derecho Internacional Privado argentino”, teniendo como relatores a

los Dres. Horacio Daniel Piombo y Eduardo Leopoldo Fermé respectivamente. La Sección de Relaciones Internacionales continuó con el tema "Objeto y método de la ciencia de las relaciones internacionales", siendo su relator el Dr. Artemio Melo; La Sección de Derecho de la Integración consideró el tema "Argentina y el Grupo Andino", con un relato del Dr. Maximiliano Francisco Páramo y "Medios y sistemas para la integración latinoamericana" con un relato conjunto de los Dres. Luis I. Savid Bas, Iris Mabel Laredo y Arturo Pagliari; La Sección de Derecho Espacial abordó el tema "Matrícula y registro de vehículos y de todo objeto lanzado al espacio", siendo su relator el Dr. Manuel Augusto Ferrer.

El cuarto congreso se realizó en la ciudad de Santa Fe entre los días 22 y 25 de septiembre de 1977. La Sección de Derecho Internacional Público trató el tema "Argentina y los aspectos actuales del Derecho del Mar", siendo su relator el Dr. Ernesto J. Rey Caro; la Sección de Derecho Internacional Privado el tema "La filiación en el Derecho Internacional Privado", actuando como relatora la Dra. Graciela Márquez de Fermé; la Sección de Relaciones Internacionales retomó el tema "Reformulación del sistema interamericano. Aspectos jurídicos y políticos", siendo su relator el Dr. Julio A. Macagno; La Sección de Derecho de la Integración, trató el tema "Las empresas multinacionales de capital regional en el proceso de integración latinoamericano", con relato del Dr. Julio Rodríguez Arias; La Sección de Derecho Espacial trató el tema "Aprovechamiento de la energía del espacio ultraterrestre", actuando como relator el Dr. Aldo Armando Cocca.

El quinto congreso ordinario tuvo lugar en la ciudad de San Juan entre los días 20 y 23 de septiembre de 1979. La Sección de Derecho Internacional Público trató el tema "Derecho Internacional Ambiental", con relato del Dr. Ernesto J. Rey Caro; la Sección de Derecho Internacional Privado el tema "Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado argentino y formulación de principios de orden público internacional en esta materia", siendo su relator el Dr. Antonio Boggiano; la Sección de Relaciones Internacionales, trató el tema "La Antártida. Aspectos jurídicos y políticos de la explotación de los recursos naturales", actuando como relator el Dr. Alfredo Bruno Bologna; La Sección de Derecho de la Integración trató el tema "El Sistema Económico Latinoamericano. Su efectividad como instrumento de la integración latinoamericana", siendo su relator el Lic. Luis Dallanegra Pedraza; la Sección

de Derecho Espacial consideró el tema "La sociedad humana en el espacio", con relato a cargo del Dr. Manuel Augusto Ferrer.

El sexto congreso ordinario se celebró en la ciudad de Mar del Plata, entre el 24 y 26 de septiembre de 1981. La Sección de Derecho Internacional Público trató el tema "Los actos jurídicos unilaterales (con especial atinencia a los intereses marítimos argentinos)", siendo su relator el Dr. Alberto Seve de Gastón, y "Los problemas pesqueros regionales argentinos y el Derecho Internacional Público", con relato a cargo del Dr. Eduardo Hooft; La Sección de Derecho Internacional Privado, consideró el tema "Derecho Internacional Privado Marítimo", siendo su relator el Dr. Manuel A. Vieira; La Sección de Relaciones Internacionales abordó el tema "La noción de conflicto en el mundo contemporáneo. Su proyección sobre la concepción tradicional de la seguridad colectiva e individual de los Estados", actuando como relatora la Lic. Graciela B. Martí; La Sección de Derecho Espacial consideró el informe de la relatora Dra. Silvia Maureen Williams sobre el tema "El sistema marítimo internacional por satélite". La Sección de Derecho de la Integración abordó el tema "La Argentina ante el proceso de transición de la integración latinoamericana", siendo su relatora la Dra. María Teresa Moya Dominguez.

El séptimo congreso ordinario se realizó en forma conjunta con el Primer Congreso Argentino de Derecho Internacional, organizado también por la AADI, en la ciudad de Rosario, entre los días 22 y 24 de septiembre de 1983. La Sección de Derecho Internacional Público trató el tema "Recursos naturales compartidos entre Estados", siendo su relatora la Dra. Lilian C. del Castillo de Laborde; la Sección de Derecho Internacional Privado abordó el tema "Obras de entes binacionales. Su proyección en el campo del Derecho Internacional Privado", con relato a cargo del Dr. Horacio Daniel Piombo; La Sección de Relaciones Internacionales consideró el relato del Dr. Heriberto J. Auel sobre el tema "Nacionalismos e interdependencia en las relaciones internacionales"; La Sección de Derecho de la Integración trató el tema "Aspectos sociales y políticos de la integración latinoamericana en su nueva fase", siendo su relator el Lic. Darío A. Olivera; La sección de Derecho Espacial trató el tema "Patrimonio común de la humanidad y economía del espacio", siendo su relator el Dr. Roberto Malkassian; La Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza consideró el tema "Metodología de la enseñanza

del Derecho Internacional”, siendo su relator el Dr. Didier Opperti Badán.

El octavo congreso ordinario y Segundo Congreso Argentino de Derecho Internacional, se celebró en la ciudad de La Plata entre los días 26 y 28 de septiembre de 1985. La sección de Derecho Internacional Público trató el tema “El Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile. Su proyección sobre los espacios marítimos”, actuando como relator el Dr. Ernesto J. Rey Caro; La sección de Derecho Internacional Privado abordó el tema “La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado”, siendo su relator el Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani; La sección de Relaciones Internacionales abordó el tema “Teoría de las relaciones internacionales en el mundo de los estados en vías de desarrollo”, siendo su relator el Lic. Luis Dallanegra Pedraza; La Sección de Derecho de la Integración trató el tema “Integración en América Latina, propuestas de vías de acción”, con un relato del Dr. Pablo Baccaro; La Sección de Derecho Espacial abordó el tema “Régimen jurídico de los recursos del mar y los recursos del espacio”, actuando como relatora la Dra. Silvia Blumkin; La Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza”, consideró un informe de la Dra. Graciela Chalita sobre el tema “Técnicas de participación activa del grupo”.

El noveno congreso ordinario y Tercer Congreso Argentino de Derecho Internacional, se realizó en la ciudad de San Miguel de Tucumán entre los días 13 y 15 de agosto de 1987. La Sección de Derecho Internacional Público consideró el tema “El Derecho Internacional frente a la reforma constitucional”; La Sección de Derecho Internacional Privado abordó el tema “La protección de menores en el Derecho Internacional Privado”, con un relato conjunto de los Dres. Ubaldino Calvento Solari y Graciela Márquez y el tema “La filosofía y el Derecho Internacional Privado”, siendo su relator el Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani; La Sección de Relaciones Internacionales trató el tema “La política exterior argentina y la deuda externa”; La Sección de Derecho de la integración trató el tema “Los acuerdos de integración y cooperación entre Argentina y el Brasil del 29 de julio de 1986 a la luz de las disposiciones del Tratado de Montevideo”, con relato de la Dra. Iris Mabel Laredo; La Sección de Derecho Espacial consideró el tema “Problemas de radiodifusión directa por satélites” actuando como relatora la Dra. Silvia Maureen Williams; la Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza,

en tema "Nuevas experiencias en la metodología de la enseñanza y la investigación del Derecho Internacional".

El décimo congreso ordinario y Cuarto Congreso Argentino de Derecho Internacional, se realizó en la ciudad de Buenos Aires, entre los días 9 y 11 de noviembre de 1989. La Sección de Derecho Internacional Público trató el tema "El Tratado Antártico, alternativas a partir de 1991", contando con un relato conjunto de las Dras. Luciana Díaz de García y María Teresa Moya Domínguez; La Sección de Derecho Internacional Privado consideró el tema "La responsabilidad civil por hechos ilícitos en el Derecho Internacional Privado", siendo su relator el Dr. Eduardo Leopoldo Fermé; La Sección de Relaciones Internacionales abordó el tema "Las constantes en la política exterior argentina", con el relato del Dr. Guillermo Fígari; la Sección de Derecho de la Integración trató el tema "Integración y cooperación argentino-chilena", siendo su relatora la Dra. Ofelia Staringer de Caramutti; La Sección de Derecho Espacial consideró el informe del Dr. Aldo Armando Cocca sobre el tema "Contaminación terrestre por actividades espaciales"; La Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza, consideró el informe del tema "Técnicas de evaluación en el proceso de enseñanza-aprendizaje", elaborado por la Dra. María Blanca Noodt Taquela.

Durante el mismo período, la Asociación organizó otras reuniones científicas, algunas de ellas en conjunto con prestigiosas instituciones nacionales y extranjeras, pudiendo recordarse las Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales, con la Universidad de Belgrano, en noviembre de 1971; la Conferencia Especializada de las Secciones de Derecho Internacional Público, Derecho de la Integración y Relaciones Internacionales, celebrada en Rosario, en mayo de 1975; el Seminario sobre Empresas Conjuntas Latinoamericanas en el proceso de integración regional, realizado en Rosario, en noviembre de 1976; las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, con la Asociación Uruguaya de Derecho Internacional, realizadas en Montevideo, en octubre de 1978 y las Segundas Jornadas realizadas en la ciudad de Mar del Plata, en septiembre de 1981; las Primeras Jornadas Interuniversitarias de Estudios Científicos de Soberanía y Derecho Internacional, con la Universidad Católica de Salta, en julio de 1979; el Primer Curso en Derecho del Espacio, realizado en Córdoba, en noviembre de 1980;

las Jornadas sobre la situación político institucional de la Antártida Argentina y sus condiciones de desenvolvimiento, en Rosario, en mayo de 1981; las Jornadas sobre reformas a la Constitución Nacional, en La Plata, en mayo de 1984; las Primeras Jornadas Latinoamericanas sobre Antártida, en Rosario, en agosto de 1986; las Jornadas sobre Enseñanza y Aprendizaje del Derecho Internacional, con la Universidad Nacional de Buenos Aires, en octubre de 1988, etc.

Cada dos años, la AADI renovó sus autoridades, en coincidencia con la realización de los congresos ordinarios. Durante los veinte años ocuparon los diferentes cargos en el Consejo Directivo:

Presidentes: Dr. Juan Carlos Puig (1969-1975); Dr. Calixto Armas Barea (1975-1979); Dr. Ernesto J. Rey Caro (1979-1983); Dr. Horacio Daniel Piombo (1983-1987) y Dr. Aldo Armando Cocca (1987-1991).

Vice-presidentes: Dr. Pablo A. Ramella (1969-1973 y 1979-1981); Dr. Alfredo Rizzo Romano (1973-1979); Dr. Horacio Daniel Piombo (1981-1983); Dr. Aldo Armando Cocca (1983-1987) y Dr. Jorge José Torres (1987-1991).

Secretarios Generales: Dr. Ernesto J. Rey Caro (1969-1979); Dr. Antonio Boggiano (1979-1981); Dr. Nelly Eve Chiesa (1981-1985); Dra. María Teresa Moya Domínguez (1985-1991).

Prosecretarios Generales: Dr. Carlos Guastavino (1985-1989).

Protesoreros: Ctr. Jorge Giner (1985-1989).

Directores de la Sección de Derecho Internacional Público: Dr. Calixto Armas Barea (1969-1975); Dr. Juan Carlos Puig (1975-1977); Dr. Maximiliano F. Páramo (1977-1979); Dr. Pedro Baquero Lazcano (1979-1981); Dra. Frida Pfirter de Armas (1981-1983); Dr. Eduardo Hooft (1983-1985); Dr. Julio Ariel Macagno (1985-1987); Dra. Marta Y. Tejerizo (1987-1991).

Directores de la Sección de Derecho Internacional Privado: Dr. Celestino Piotti (h) (1969-1973); Dr. Werner Goldsnmidt (1973-1983); Dra. Berta Kaller de Orchansky (1983-1985); Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani (1985-1989).

Directores de la Sección de Derecho de la Integración: Dr. Oscar Ortiz Baeza (1969-1973); Dr. Luis I. Savid Bas (1973-1977); Lic. Luis

Dallanegra Pedraza (1979-1981); Dra. María Teresa Moya Domínguez (1981-1985); Dr. Jorge José Torres (1985-1987); Dra. Iris Mabel Laredo (1987-1989).

Directores de la Sección de Relaciones Internacionales: Dr. Roberto Bartolomeo Calomagnò (1969-1973); Dra. Iris Mabel Laredo (1973-1977); Dr. Alfredo Bruno Bologna (1977-1979 y 1983-1985); Dr. Artemio Luis Melo (1979-1981); Adolfo César Vera (1981-1983); Dr. Susana Torres (1977-1979).

Directores de la Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza: Dra. Graciela Chalita (1987-1989).

Desempeñaron el cargo de Consejeros en las distintas comisiones directivas los Dres. Calixto Armas Barea, Roberto Bartolomeo Carlotomagnò, Gustavo Barberá, Emilio Baquero Lazcano, Stella Maris Biocca, Raúl Cardón, Ricardo Colombo, José Amadeo Conte Grand, Nelly Eve-Chiesa, Luis Dallanegra Pedraza, Fernando Díaz Ulloque, Eduardo Leopoldo Fermé, Benjamín Frías Alurralde, Carlos Guastavino, Werner Goldschmidt, Bodhan Halaczuck, Eduardo Hoft, Iris Mabel Laredo, Julio Ariel Macagno, Raúl Martínez Moreno, Constanso Moi, Oscar Ortíz Baeza, Beatríz Pallarés, Maximiliano Francisco Páramo, Horacio Daniel Piombo, Pablo A. Ramella, Ernesto J. Rey Caro, Alfredo Rizzo Romano, Luis Savid Bas, Eduardo Sutter Schneider, Manuel Viera y Renato Viglione.

De todos los congresos y reuniones especiales surgieron importantes resoluciones elaboradas en base a enjundiosos informes y relatos, que sin duda han contribuido al desarrollo de la ciencia del Derecho Internacional.

La AADI efectuó también diversas publicaciones, boletines informativos, boletines de secciones, actas y documentos de los congresos ordinarios, libros, etc. y en 1980 instituyó un premio especial a las mejores producciones científicas, habiendo sido conferido en dos oportunidades.

Asimismo, las Comisiones Directivas realizaron casi un medio centenar de reuniones a los efectos de abordar las cuestiones propias y atinentes al funcionamiento normal de una institución científica.

Quienes tuvimos la fortuna de haber participado en la gestación de la Asociación y de haber desempeñado funciones directivas en estos

primeros veinte años de labor orientada a alcanzar aquellas metas que inspiraron su creación, que coinciden con los propósitos de la comunidad internacional contemporánea, comunidad que transita por una de las etapas más espectaculares de la historia, no podemos menos que emocionarnos al rememorar tantos acontecimientos que jalonaron la existencia de la institución y que tratamos de compendiar en estas breves referencias.

Quizá sea oportuno recordar algunos conceptos que exteriorizamos en oportunidad de conmemorar el decimoquinto aniversario de la AADI, en Rosario, examinando las características de nuestra tarea, y que son igualmente válidas en esta circunstancia: "La temática que abordamos en estos días difiere en su amplitud de aquella que ocupó las sesiones de 1969, pero guardan una finalidad común: el perfeccionamiento docente, el acrecentamiento de nuestro patrimonio intelectual, el intercambio de experiencias y muchos otros propósitos que partiendo y manteniendo siempre como eje a la persona humana, sirven como contribución al afianzamiento de los principios que deben imperar y guiar la acción de los pueblos que integran la comunidad internacional contemporánea: la paz y la justicia. Nadie ignora que estamos transitando por uno de los periodos más trascendentes y quizá más críticos de la humanidad, del cual pueden surgir los principios para la constitución de una comunidad internacional auténticamente universalista, sustentada en la igualdad jurídica de sus miembros, en la cooperación, en las relaciones amistosas, que aseguren una paz estable fundada en la vigencia del Derecho, o bien puede significar el comienzo de una carrera degradante que conduzca al hombre a su holocausto final. Como juristas que nos llamamos, no podemos sino tener absoluta confianza y fe en que la primera de aquellas opciones es posible, más aún, es la única racional, y tras esa meta debemos ir y por esas ideas debemos luchar, sin olvidar que el Derecho es la única protección válida, es el único vallado para las ambiciones y apetitos desmedidos de aquellos que embriagados por el poder, sueñan con someter al mundo a sus designios y servirse de él para satisfacer mesquinos intereses".

Retomando el papel protagónico de los jus-internacionalistas en una comunidad que experimenta profundas y vertiginosas modificaciones, no cabe duda que es en nuestros días cuando más posibilidades se le brinda a su espíritu creador para proporcionar la estructura jurídica a las

noveles instituciones y ravisar las ya obseletas, con la finalidad suprema de elaborar un ordenamiento internacional que responda a los legítimos intereses de todos los pueblos y no al dictado de los que ostentan la fuerza.

La rememoración de los éxitos de nuestra Asociación no pretende en forma alguna ignorar las dificultades que han debido sortearse para conservarla, y es solo el inquebrantable espíritu de solidaridad, esa acuciante necesidad de encontrar la verdad, esa vocación de servicio a la comunidad de todos sus integrantes, esa amistad desinteresada, lo que ha permitido festejar este nuevo aniversario.

Ernesto J. Rey Caro

Este tomo se terminó de imprimir
en el mes de Mayo de 1990 en
los talleres gráficos de la Direc-
ción General de Publicaciones
de la Universidad Nacional
de Córdoba - Ciudad
Universitaria - Córdoba
REPÚBLICA ARGENTINA

